

# La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos\*

**NIEVES FENOY PICÓN**  
Prof. Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*La regulación del error en los contratos del Código civil es antigua y parca, y no refleja la doctrina de los autores, ni su aplicación práctica por los tribunales, siendo conveniente su reforma. La cuestión es cómo hacerse. Para responderlo, en el trabajo se analizan diferentes modelos de regulación del error en los contratos, teniendo en cuenta la distinción error vicio/error en la declaración. Categorizando, puede distinguirse entre: a) el modelo tradicional: Código civil, Code civil francés antes de su reforma de 2016, algunos Códigos civiles latinoamericanos; b) el modelo tradicional actualizado: Code civil tras su reforma de 2016; y c) el modelo moderno: Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, Derecho holandés, Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos, Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Propuesta para el Código civil de Cataluña de los profesores Bosch/del Pozo/Vaquero. Por otro lado, hay que tener en cuenta al Derecho inglés. La adopción, en el error, de uno u otro modelo es decisión de política legislativa, en cuyo trasfondo se entremezclan los principios de autorresponsabilidad, de confianza y seguridad del tráfico jurídico, y el logro de una buena y equilibrada regulación. La regulación moderna del error responde, en principio, a lo anterior y existe una tendencia favorable a ella.*

---

\* En el marco del Proyecto DER2014-53972-P, Ministerio de Economía y Competitividad.

*En los sistemas jurídico continentales, la imposibilidad inicial, total, absoluta y definitiva se ha tratado tradicionalmente como supuesto de nulidad absoluta del contrato. Pero, hay también sistemas jurídicos que para aquélla admiten la validez del contrato y permiten que el contrato pueda anularse (por error, dolo) y aplican, en ocasiones, el régimen del incumplimiento contractual. Otras veces, aquella imposibilidad se reconduce, sin más, al incumplimiento contractual. En los textos jurídicos anteriormente citados se encuentran ambos modelos de regulación y al igual que para el error, la cuestión es cuál adoptar en la reforma del Código civil. En dichos textos se percibe la tendencia a evitar la nulidad absoluta del contrato, pero, en el Code civil tras su reforma de 2016 y en la Propuesta para el Código civil de Cataluña se continúa con el modelo tradicional de la nulidad absoluta del contrato.*

### PALABRAS CLAVES

*Error vicio, error en la declaración, requisitos del error, imposibilidad inicial y su tratamiento jurídico, modelos de regulación, modernización del Derecho de obligaciones y contratos, reforma del Código civil.*

### ABSTRACT

*The mechanism for the regulation of contractual mistakes contained in the Civil Code is both ancient and sparing, and neither reflects the academic literature nor its practical application by the courts, thus making it advisable to reform it. The issue is how this reform should be implemented. To that effect, this paper analyses different methods of regulation of contractual mistakes, on the basis of the distinction between material mistake/mistaken statements. Broken down by categories, a distinction could be made between: a) the traditional model: Civil Code, French Code civil before its 2016 reform, different Latin American Civil Codes; b) the updated traditional model: Code civil, after the 2016 reform; and c) the modern model: Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Dutch Law, OHADAC Principles of International Commercial Contracts, Latin American Principles of Contract Law, Proposal for the modernisation of the Liabilities and Contracts Law, Civil Code Proposal submitted by the Association of Professors of Civil Law, Proposal for a Catalanian Civil Code submitted by professors Bosch/del Pozo/Vaquer. On the other hand, English law should also be taken into consideration. As far as mistakes are concerned, the adoption of one model or another is a decision which has to do with legislative policy and has a background where the principles of self-responsibility, confidence and safety of the relationship between the different players of the legal system are intertwined with an appropriate and well-balanced regulation. In principle, the modern regulation of mistakes meets the requirements established, and its popularity is gradually increasing.*

*As far as continental systems are concerned, the initial, full, absolute and definitive impossibility has been traditionally considered a case of absolute invalidity of the contract. However, in connection with such impossibility, some legal systems admit the validity of the contract, which may subsequently be declared void (due to a mistake or wilful intent) and, on some occasions, the rules governing contractual breach are applied. On some occa-*

sions, however, such impossibility is simply considered as a contractual breach. The above-mentioned legal texts contain both types of regulation, and the question, as in the case of mistakes, would be to ascertain which one will be incorporated into the Reform of the Civil Code. A trend to avoid the full invalidity can be perceived in such texts, but the Code civil, after the 2016 reform, as well as the Proposal for a Catalonian civil Code, insist on the traditional model that entails the full invalidity of the contract.

## KEYWORDS

*Material mistake, mistaken statements, mistake requirements, initial impossibility and its legal consideration, regulatory models, modernisation of the liabilities and contracts Law, Reform of the Civil code.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UNA PRIMERA Y BÁSICA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO. II. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y DE QUÉ TRATO. 1. La *Parte Primera*. 2. La *Parte Segunda*. 3. La *Parte Tercera*. III. EL OBJETIVO DEL TRABAJO.

PARTE PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS PECL, EN EL DCFR, EN LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT 2010*, Y EN EL DERECHO HOLANDES. I. *Los PECL*. 1. El artículo 4:102 PECL: *Initial Impossibility*. 2. El error en los PECL. 2.1 El artículo 4:103 PECL: *Fundamental Mistake as to Facts or Law*. 2.2 El artículo 4:104 PECL: *Inaccuracy in Communication*. II. *El DCFR*. 1. El artículo II.-7:102 DCFR: *Initial impossibility or lack of right or authority to dispose*. 2. El error en el DCFR. 2.1 El artículo II.-7:201 DCFR: *Mistake*. 2.2 El artículo II.-7:202 DCFR: *Inaccuracy in communication may be treated as mistake*. III. *Los Principios UNIDROIT 2010*. 1. El artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*: imposibilidad inicial. 2. El error en los *Principios UNIDROIT 2010*. 2.1 El artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*: Definición del error. 2.2 El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*: Error determinante. 2.3 El artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*: Error en la expresión o en la transmisión. IV. *El Derecho holandés*. 1. La imposibilidad inicial: su evolución al régimen del incumplimiento. 2. El error. 2.1 El artículo 6:228 BW: el error. Su influencia en la regulación de los PECL y en otros textos jurídicos. 2.2 El error en la declaración.

PARTE SEGUNDA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*, EN EL DERECHO INGLÉS Y EN LOS PLDC. I. *La OHADAC y los Principios OHADAC*. 1. La OHADAC: una panorámica general. 2. Los *Principios OHADAC*: una panorámica general. 3. Cuando se aplican los *Principios OHADAC* y otras cuestiones. 4. El artículo 3.1.3 *Principios OHADAC: imposibilidad inicial*, y el artículo 7.1.8 *Principios OHADAC: Fuerza mayor*. 5. El error en los *Principios OHADAC*. 5.1 El artículo 3.4.3 *Principios OHADAC: error*. 5.2 El artículo 3.4.4 *Principios OHADAC: error en la declaración*. El error de cálculo. II. *El Derecho inglés*. 1. Sobre el *mistake*. 1.1 El *mistake negatives consent*. 1.2 El *common mistake*. 1.3 La defensa *non est factum* («this is not my deed»). 2. La *misrepresentation*. III. *Los PLDC*. 1. Cómo se

concibieron, el camino recorrido y la programación de futuro. 2. Algunas de las dificultades a las que los PLDC se enfrentan. 3. El problema de las fuentes y la tensión entre la tradición y la modernización del Derecho de contratos en la elaboración de los PLDC. 4. Cuándo se aplican los PLDC y qué funciones desempeñan. 5. La imposibilidad inicial en los PLDC. 5.1 Las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesan para la imposibilidad del objeto. 5.2 Las respuestas de los informes nacionales *en lo que interesa*. 5.2.1 El informe de Argentina. 5.2.2 El informe de Brasil. 5.2.3 El informe de Colombia. 5.2.4 El informe de Chile. 5.2.5 El informe de Paraguay. 5.2.6 El informe de Uruguay. 5.2.7 El informe de Venezuela. 5.3 La imposibilidad inicial en los PLDC: ¿una regulación tradicional o moderna? 6. El error en los PLDC. 6.1 La pregunta del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesa para el error. 6.2 Las respuestas de los informes nacionales. 6.2.1 El informe de Argentina. 6.2.2 El informe de Brasil. 6.2.3 El informe de Colombia. 6.2.4 El informe de Chile. 6.2.5 El informe de Paraguay. 6.2.6 El informe de Uruguay. 6.2.7 El informe de Venezuela. 6.3 La presentación general del error de los PLDC, las influencias recibidas en su regulación, y la adopción de una regulación moderna del error. 6.4 Excurso sobre las diferentes dimensiones del error según Morales Moreno. Algunos intentos de revisión de la dogmática del error en Alemania. 6.5 El concreto análisis del error de los PLDC. 6.5.1 El artículo 28 PLDC: *el error*. 6.5.2 El artículo 29 PLDC: *Causales del error*. 6.5.3 El artículo 31 PLDC: *Error en la declaración o en la transmisión*.

PARTE TERCERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL, EN LA PMCC, EN LA PCCAPDC, EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*, Y EN EL DERECHO FRANCÉS (ANTES Y DESPUÉS DE LA ORDONNANCE N.º 2016-131). I. *El Código Civil*. 1. La imposibilidad inicial. 2. El error. 2.1 El error vicio. 2.1.1 Su noción. El requisito del nexo causal entre el error y la celebración del contrato. 2.1.2 Sobre qué puede, o no, recaer el error para poder ser relevante. 2.1.3 El requisito del error esencial. 2.1.4 El requisito del error excusable. 2.1.5 La reconocibilidad del error por el otro contratante como requisito del error, y su funcionamiento, según Luna Serrano. 2.1.6 La imputabilidad del error al otro contratante como requisito del error, según Morales Moreno. 2.1.7 Los deberes de información y el error: la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del contrato de *swap* y otros contratos de riesgo. 2.2 El error de derecho, en particular. 2.2.1 Su noción. 2.2.2 La evolución del error de derecho: de su irrelevancia, a su relevancia. 2.3 El error en la declaración (error obstructivo): su noción y el problema del régimen de ineficacia aplicable. II. *La PMCC*. 1. Los artículos 1303 y 1450/1460 PMCC: la imposibilidad inicial. 1.1 El análisis y la valoración del artículo 1303 PMCC por algunos autores. 1.2 El análisis y la valoración del artículo 1450/1460 PMCC por algunos autores. 2. El artículo 1298 PMCC: el error, y la inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad. 2.1 El entronque del artículo 1298 PMCC con el Moderno Derecho de contratos, y con la doctrina y la jurisprudencia sobre el error del artículo 1266 CC. 2.2 El análisis del artículo 1298 PMCC. Los apuntes de Clavería Gosál-

bez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma. 2.2.1 El error (error vicio). 2.2.2 La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad (error en la declaración). 2.3 Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma. III. *La PCCAPDC*. 1. Cómo surgió el proyecto de crearla, su planificación y estado. 2. Una visión general y básica del Libro V de la PCCAPDC, y de sus Títulos I y II, según la EM de la PCCAPDC. 3. La imposibilidad inicial en la PCCAPDC. 4. El error en la PCCAPDC. 4.1 El artículo 527-3 PCCAPDC: *Error*. 4.2 El artículo 527-4 PCCAPDC: *Esencialidad del error*. 4.3 El artículo 527-5 PCCAPDC: *Relevancia del error*. 4.4 El artículo 527-6 PCCAPDC: *Excusabilidad del error*. IV. *La P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*. 1. Su razón, alcance y objetivos. 2. La imposibilidad inicial en la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*. 3. El error en la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*. 3.1 El artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*: *error*. 3.2 El artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*: *error en la declaración*. V. *El Derecho francés*. 1. La imposibilidad inicial. 1.1 La imposibilidad inicial *antes* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 1.2 La imposibilidad inicial *tras* la *Ordonnance* n.º 2016-131. 2. El error. 2.1 El error *antes* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 2.1.1 El error vicio (*l'erreur, vice du consentement*). El error de cálculo (*erreur matérielle*). 2.1.2 El error obstativo (*l'erreur-obstacle*). 2.2 El error *tras* la *Ordonnance* n.º 2016-131: error vicio y error obstativo. 3. Breve excursión sobre el deber general de información de una parte a la otra, y su relación con los vicios del consentimiento.

PARTE CUARTA: CONSIDERACIONES GENERALES. I. *Para el error (el llamado error vicio)*. II. *Para el error en la declaración o en su transmisión*. III. *Para la imposibilidad inicial*.

BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN. UNA PRIMERA Y BÁSICA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO

[1] Este trabajo se inserta en lo que viene denominándose la *Modernización del Derecho de obligaciones*<sup>1</sup>. Y lo centro en el análisis de las siguientes cuestiones jurídicas.

[2] La *primera cuestión* versa sobre el *error jurídicamente relevante*, lo que supone analizar *cuáles son sus requisitos de aplicación*. Como es conocido, del error se ha destacado su gran comple-

<sup>1</sup> MORALES MORENO selecciona los siguientes aspectos dogmáticos claves en esa modernización: «1.º) El cambio en la relación obligatoria modelo tomada en cuenta para articular el Derecho de las obligaciones nacidas del contrato. 2.º) El cambio en la idea de contrato y sus requisitos. 3.º) El cambio en el modo de entender la vinculación contractual en el nuevo Derecho de contratos» [(2016) p. 39, pero v. desde p. 33; con anterioridad (2012) p. 337].

alidad<sup>2</sup>, lo que, ya mismo, se percibirá en las siguientes consideraciones que vierto en este apartado I del trabajo.

[3] Al *aproximarse* al error, es habitual encontrarse con la afirmación de que, en él, se enfrentan los siguientes intereses. Está el interés *de proteger la voluntad del sujeto que erró*, lo que lleva a que, descubierto su error, se le permita desvincularse del contrato. También está el interés *de la protección del sujeto que no erró y que fue de buena fe*, lo que conduce al mantenimiento del contrato. A esto último se le suele referir como *el interés de la confianza*. Por último, está *el interés de la seguridad del tráfico jurídico*; que los terceros puedan confiar en la validez de los contratos celebrados. El otorgar mayor importancia a uno u otro interés, o lograr un cierto equilibrio entre todos ellos, da lugar a la *variedad* de regulaciones de los distintos sistemas jurídicos<sup>3</sup>. Realidad, la anterior, que Kramer describe del modo que sigue.

«5. *Freedom of the will.*—The difficulty of the issue is due to the fundamental and contradictory principles of contract law which all come into play when one considers the legal significance of mistake. On the one side there is the principle of freedom of the will, according to which, as *Savigny* wrote, “the will itself must be treated as the only real and effective consideration”. This view, which supports the will theory of the GERMAN pandectists of the

<sup>2</sup> Según KRAMER: «4. *Complexity of the law of mistake.*—The problem of how to deal with contracts that have been made under the erroneous beliefs of the parties has for centuries been one of the hardest of general contract law. *Grotius* opened his comments on mistake with the words: “*De pacto errantis perplexa satis tractatio.*” This perplexity is only insignificantly relieved when one releases oneself from a fixation with national legal systems and considers the matter from the more remote viewpoint of the comparative lawyer. It is significant that *Zweigert* entitled his comparative overview of the law of mistake, “mistakes about mistake”» [cursiva del original; (2008) núm. 4, p. 4]. En la misma línea y también desde el Derecho comparado y citando a Konrad *Zweigert*, ESTEBAN DE LA ROSA (2016) núm. 6, pp. 1124-1125. Lo mismo sucede si me traslado a los *Derechos nacionales*. Así, para el Derecho *holandés*, según HARTKMAP: «Error is the most important and the most problematic defect of consent. It has given rise to a considerable amount of case law» [(2015) núm. 78, p. 88]; para los *Derechos alemán e inglés*, MARKESINIS/UBERATH/JOHNSTON: «The law of mistake presents formidable difficulties in all legal systems. In any event this is true for German (Stephan Lorenz [...]): ‘one of the most controversially discussed’ areas of the law) and English law (an ‘extremely difficult area of the law’, McKendrick [...])» [(2006) p. 277]. V. DE CASTRO Y BRAVO, *ADC* (1988) pp. 403-406.

<sup>3</sup> ESTEBAN DE LA ROSA destaca la diversidad del tratamiento jurídico del error, en el Derecho comparado: «[...] una muy acusada dosis de particularismo jurídico, que se concreta tanto en definiciones diferentes del error relevante como a la hora de establecer las consecuencias que provoca su concurrencia. Estas desigualdades son perceptibles también en la comparación entre sistemas que pertenecen a una misma órbita jurídica» [(2016) núm. 1, p. 1118; en núm. 32, p. 1146, vuelve a aludir al particularismo].

last century, logically requires the invalidity of a declaration not conforming to the will of a party. [...] <sup>4</sup>.

[...] <sup>5</sup>.

7. *Reliance; economic arguments.*—On the other side there is the need to protect the reliance of the other party, along with, if one likes, the maxim “*pacta sunt servanda*” and the peculiarly ENGLISH principle of the sanctity of contract. According to this, one ought to be able to rely on the contractual word of the parties —“one man, one word” as an old GERMAN legal adage put it—without having to fear that one’s trust in the contract as concluded might be undermined by an appeal to subjective and erroneous assumptions of the other party. This principle of reliance can be supported by the notion of responsibility for one’s own actions. Whoever makes declarations under the influence of a mistake is liable for the defects arising from his own “sphere of risk”, and should not be allowed to shift the risk of a onesided mistake onto the shoulders of the other party.

[...] <sup>6</sup>.

8. *Conclusion.*—It is clear that these two major conflicting evaluations cannot easily be reconciled. *One should thus not be surprised that legal systems throughout the world waver in uneasy compromises, sometimes emphasising the freedom of the will, sometimes suggesting that one errs at one’s own risk and that the reliance of the contractual partner on what has been declared is to be protected*» (salvo esta última cursiva, mía, el resto y las mayúsculas del autor) <sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Los puntos suspensivos: «This is entirely consistent with ROMAN sources such as Digest 44.7.57: “*In omnibus negotiis contrahendis..., si error aliquis intervenit,... nihil valet quod actum sit*” (Pomponius) or Digest 50.17.116.2: “*Non videntur qui errant consentire*” (Ulpian)» [cursiva del original; KRAMER (2008) núm. 5, p. 4].

<sup>5</sup> Los puntos suspensivos: «6. *Disruption of contractual equivalence.*—The influential argument of the GERMAN economic lawyer Schmidt-Rimpler (1941) that a contract affected by mistake is lacking “*Richtigkeitgewähr*” (guarantee of correctness), *i. e.* does not typically lead to a rational (*i. e.* well-considered) balancing of interests between the parties, also tends to support the relevance of mistake. Such a contract loses its presumption of fairness. From this viewpoint, it is indefensible that one contracting party can make an enormous and objectively fully unjustifiable gain at the cost of another, who was, perhaps, momentarily and excusably distracted in a way that is fully excusable (*errare humanum est!*). In very similar fashion, Perillo has recently stated that, in considering the relevance of a mistake, “ideas of unjust enrichment are heavily involved. Before applying any relief based on mistake, one must search the facts for unexpected, unbargained-for, gain on the one hand and unexpected, unbargained-for, loss on the other... Involved are cultural beliefs about unjust enrichment and unjust impoverishment./ In France, Ghestin has recently advocated a similar position. [...]» [cursiva del original; KRAMER (2008) núm. 6, pp. 4-5].

<sup>6</sup> Los puntos suspensivos: «The economic argument that generous rules relating to mistake undermine the efficiency of transfer and discourage contracting parties from taking as much care as possible in informing themselves of all the circumstances relevant to the contract also points towards a limitation of the right to avoid for mistake» [KRAMER (2008) núm. 7, p. 5].

<sup>7</sup> KRAMER (2008) núms. 5, 7 y 8, pp. 4-6. En su exposición de Derecho comparado, resalta la protección del interés de la confianza del que no erró, ESTEBAN DE LA ROSA (2016) núm. 32, pp. 1145-1146; para el Derecho alemán y con un ejemplo de error en la

[4] Centrándome ya en el llamado *error vicio*, recordaré el distinto punto de partida con el que el *Civil Law* y el *Common Law* se enfrentan a aquél. Según Smits, con el que coincido, el *Civil Law* normalmente se acerca a partir del sujeto que yerra, mientras que el *Derecho inglés* lo hace desde la parte que causó el error. El autor lo expone como sigue.

«The civil law usually approaches these questions from the perspective of the party in error. If the intention to be bound is the most essential element in the formation of a contract, then his intention must be properly formed. In cases where there is a 'defect' in the intention – because it is based on a wrong assumption – this must affect the validity of the contract. A party must therefore be able to invalidate the contract in cases where the defect is serious enough. Civil law countries traditionally accept three *defects of consent* (*vices du consentement*, *Willensmängel*, *wilsgebreken*): mistake, fraud and threat. Civil codes usually group these three grounds for avoidance together in one section (see for example Arts. 1109 ff. *Code Civil* and §§ 119 ff. BGB; see however Arts. 3:44 and 6:228 Dutch BW). In addition to these three grounds, several jurisdictions also allow avoidance of the contract for *undue influence*.

The starting point of English law is different. It does not begin with the (defective) intention of the party in error, but from the party who *caused* the error. This party may have made false statements or – exceptionally – remained silent while it ought to have spoken. English law therefore requires a so-called *misrepresentation* in order for the contract to be avoided by the innocent party. It was only in the nineteenth century that, under continental influence, English law also carved out a place for avoidance on the basis of mistake not caused by a misrepresentation (a so-called self-induced misapprehension), but the scope of this possibility has remained very limited. As the English lawyer John Cartwright puts it: 'English law rarely allows a remedy for mistake' (practically speaking only the 'common mistake', [...], is accepted). The underlying policy reason behind this different approach is [...] that English law puts great emphasis on protecting the reasonable reliance of the other party who believes an agreement did come into being. Avoidance for mistake would frustrate this reliance» (cursiva del original)<sup>8</sup>.

[5] En cuanto al llamado *error obstativo* o *error en la declaración*, este presenta también una pluralidad de trato en los distintos

declaración, destaca los intereses contrapuestos presentes a la hora de regular el error, FLUME [trad. Miquel González/Gómez Calle (1992, obra original/1998, traducción del original) pp. 495-497]; para el Derecho *español*, MORALES MORENO *infra* nota 630; para los Derechos *español y francés*, VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 19-38; para el Derecho *francés*, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 191, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 495, p. 250, y núm. 499, p. 252, y antes BÉNABENT (2010) para la teoría de los vicios del consentimiento núm. 71, p. 57 y para el error núm. 75, p. 60.

<sup>8</sup> SMITS (2014) p. 160.

sistemas jurídicos. Kramer, de nuevo, describe sintéticamente esa pluralidad, y así, en algunos sistemas jurídicos el error obstativo tiene una posición privilegiada en cuanto que no hay vinculación contractual, o tiene la misma solución jurídica que la del error vicio, o es irrelevante bajo cierto presupuesto, etc.

«67. *Errors in expression privileged.*—[...], the error in expression has a privileged position in certain legal systems on the conceptual ground that an undesired declaration cannot really be binding. GERMAN and SWISS law are paradigmatic of this approach. While it is true that FRENCH law only regulates mistakes of fact in its central provision (CC art. 1110 par. 1), in practice the *erreur-obstacle*, which lacks express statutory basis, is given a privileged position in that it leads to nullity. Both writers and courts include cases where contractual statements have been misunderstood by the other party within the category of *erreur-obstacle*. The SPANISH Supreme Court holds that a declaration of will vitiated by an error of expression can be void under the doctrine of *error obstativo*, so long as the one making the statement cannot be criticised because he could have prevented the mistake with appropriate care. In other cases, *i. e.* where the one making the statement can be accused of carelessness, or where the other party is in good faith, the declaration of will is treated as fully valid.

68. *Equal treatment of error in expression and mistakes of fact.*—Other legal systems treat both categories identically. As has already been shown [...], AUSTRIAN (CC § 871 par. 1) and ITALIAN law are notable for this approach.

69. *Netherlands.*—Finally, one must emphasise the solution adopted by the DUTCH new Civil Code. This only permits avoidance for mistake of fact, while invoking an error in expression (concerning the content of a contract as correctly interpreted) is expressly excluded by art. 3:35: “[...]”. Reference has already been made to rules of the SCANDINAVIAN Contracts Act, which have the same effect [...].

70. *Common Law; Objective theory of assent.*—[...]/ ENGLISH law also starts from an “objective principle”, or “objective test”. The person making a statement is bound in spite of his error in expression, so long as “whatever [his] real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him...”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> KRAMER (2008) núms. 67-70, pp. 35-36. V. el cuadro 4.1, en el que SMITS indica el enfoque y trato que al *dissensus* dan los Derechos francés (arts. 1101, 1108, 1382 *Code civil*), alemán (§§ 119.I, 122 BGB), holandés (art. 3:35 BW) e inglés [(2014) p. 66]. El § 119 BGB dispone: «Impugnabilidad por error/ (1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurso en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que, de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido./ (2) [...]»; y el § 122 BGB: «Deber de resarcir el daño por quien impugna/ (1) Si una

[6] La segunda cuestión jurídica que en el trabajo trato se refiere al régimen jurídico aplicable a la imposibilidad inicial, total, absoluta y definitiva de la prestación contractual. Desde la perspectiva del Derecho comparado, a la misma se la ha aplicado el régimen de la nulidad absoluta, o el de la inexistencia<sup>10</sup>; el de la anulabilidad (o nulidad relativa) por subsumirla en el error o en el dolo, vicios del consentimiento; y también se la ha aplicado el régimen del incumplimiento contractual, pues el deudor asume la posibilidad del cumplimiento, o por las circunstancias del caso ello se le imputa. La razón del estudio de esta segunda cuestión jurídica, junto con la anterior de los requisitos del error relevante, se debe a la apuntada posible solución a través de la figura del error, *materia con la que inicié mi investigación*. Kramer, de nuevo, me va permitir ilustrar la aludida pluralidad de los posibles regímenes jurídicos.

«134. *Independence of the doctrine of impossibility in Civil Law.*—CIVILIAN legal systems traditionally distinguish clearly between mistake and initial objective impossibility of performance. In the latter case, the contract is a nullity from the start, without the need to examine whether there is at the same time a significant mistake—which doubtless must often be the case: *Impossibilium nulla obligatio est*. This independence of the doctrine of impossibility, which treats nullity as the “natural” consequence, and which completely excludes any possibility of conflict with avoidance for mistake, can be found in the majority of CIVILIAN Civil Codes, e. g. AUSTRIAN [...], GERMAN [...], ITALIAN [...], SPANISH [...] and the SWISS CO [...]. It is also recognised in FRENCH law, although the Civil Code contains only one specific rule, namely art. 1601 par. I, whereby nullity is the consequence of the sale of a certain object, if the object has been completely destroyed at the time of contracting.

135. *Common Law and modern trend.*—In the COMMON LAW world, i. e. in ENGLISH and AMERICAN law, one starts from a different presumption, in that the promise of performance in a contract always has the character of a guarantee. This means that in principle the promise to perform is binding even in a case of initial impossibility, and that the failure to perform is in principle treated as a breach of contract.

---

declaración de voluntad es nula según el § 118 o ha sido impugnada conforme a los §§ 119 y 120, y debía ser emitida frente a otro, el declarante debe resarcir a este otro el daño sufrido o, en otro caso, a un tercero, por confiar en la validez de su declaración, aunque no se deba superar la cuantía del interés que el otro o el tercero tenían en la validez de la declaración./ (2) El deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer)» [trad. ARROYO AMAYUELAS, revisión de la trad. BECKMANN (2008) p. 55]

<sup>10</sup> Sobre la categoría de la inexistencia contractual, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 42-47.

In recent years, this view has had an influence outside the COMMON LAW world. Thus it makes no difference to the concept of breach in the Convention on the International Sale of Goods whether the vendor's performance was objectively possible or not at the time of contracting. The only decisive fact is that there was no performance, and that the vendor was thereby in breach (CISG art. 45). He can be relieved of the consequences of this solely under the provisions of CISG art. 79<sup>11</sup>. The DUTCH new Civil Code also unifies the consequences of breach of contract: no distinction is drawn between initial and subsequent impossibility. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts contain an express statement to the same effect: "[...]" (art. 3.3 (I)). [...] (par. 2).

The principle that under ENGLISH and AMERICAN law a contract is not automatically void when performance was always impossible because of its status as guarantee, is however not unlimited. It is precisely these limitations that create interesting points of connection with the law of mistake for the purposes of this chapter. [...]»<sup>12</sup>.

## II. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y DE QUÉ TRATO

[7] El trabajo lo he dividido en tres *Partes*, cuyos contenidos y respectivas razones son como siguen.

### 1. LA PARTE PRIMERA

[8] La dedico a la exposición que, de la imposibilidad inicial y del error, ordenan diversos y conocidos textos de *soft law*, unos de ámbito europeo, otro, mundial. En ellos se dispone una *regulación moderna*. Se trata de: a) los *Principles of European Contract Law* (PECL); b) el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR); y c) los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (*Principios UNIDROIT 2010*). En el ámbito del *Derecho nacional*, expongo el *Derecho holandés* adscrito al modelo de *regulación moderna*.

<sup>11</sup> Para la CISG, ROJO AJURIA: «[I]a inexistencia del objeto de la venta, según la opinión dominante de la doctrina, debe ser resuelta según las normas referentes al incumplimiento del contrato, y no a las normas de Derecho interno que declaran la nulidad del contrato» [«Comentario del artículo 4 CISG» (1988) p. 81].

<sup>12</sup> KRAMER (2008) núms. 134-135, pp. 60-61; v. hasta p. 62 (refiriéndose al Derecho inglés y al *American law*). VARA PARRA se refiere al movimiento favorable en el Derecho comparado consistente en desplazar la imposibilidad inicial absoluta desde la nulidad absoluta *ab initio* hasta el ámbito de la responsabilidad contractual [(2016) núms. 1-2, pp. 1161-1163; v. además núms. 3-4 pp. 1163-1164]. V. también L. DíEZ-PICAZO (2006) pp. 1087-1096.

[9] La anterior mención de los PECL me permite llamar la atención sobre el dato de que el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, se ha referido a los PECL al conocer de un caso de *error vicio*<sup>13</sup>. En concreto y al menos en:

a) Para los requisitos del error –art. 1266 CC y doctrina jurisprudencial– el Tribunal Supremo ha mentado el artículo 4:103 PECL (*infra* [17]) en sus *SS*, 1.<sup>a</sup>, de Pleno, 27.01.2016, y 03.02.2016.

[A] *La STS*, 1.<sup>a</sup>, de Pleno, 27.01.2016 (Pte. Excmo Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 92/2016).–Se conoció de la adquisición de unas acciones a *Bankia* en julio de 2011 y cuyo valor, tras su adquisición, cayó drásticamente. Los compradores demandaron al banco y ejercitaron la acción de error vicio del consentimiento<sup>14</sup>. En la sentencia se lee:

«La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código Civil, ha declarado que para que el error invalide el consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.

*Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), cuyo art. 4:103 establece: [se reproduce ese artículo en español]»* (cursiva mía; FD 9.º, 1).

[B] *La STS*, 1.<sup>a</sup>, de Pleno, 03.02.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 91/2016).–También se conoció de la adquisición de unas acciones a *Bankia* en julio de 2011, cuyo valor cayó de modo drástico tras su adquisición y los compradores ejercitaron la acción de error vicio<sup>15</sup>. En la sentencia, se vuelven a recordar los requisitos que según jurisprudencia debe reunir el error para ser relevante y se alude al artículo 4:103 PECL. En concreto:

«1. Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes

<sup>13</sup> No sorprende, pues, es conocido, ello no es algo raro en el hacer del Tribunal Supremo (v. FENYO PICÓN, *ADC* (2009) [10] pp. 167-168, nota 17 en pp. 168-169, y *ADC* (2015) [14] pp. 819-820). ESTEBAN DE LA ROSA se refiere al interés que la regulación del error de los PECL, de los *Principios UNIDROIT* y del DCFR tienen para superar el particularismo de las regulaciones nacionales del error [(2016) núm. 4, pp. 1122-1123; también se refiere a los *Principios OHADAC* y al CESL, *op. cit.*, pp. 1123-1124).

<sup>14</sup> *Infra* nota 669 para los hechos, en detalle.

<sup>15</sup> *Infra* nota 670 para los hechos, en detalle.

requisitos: [y se reproducen los de la anterior letra [A] para el error del art. 1266 CC]

[...].

3. *Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: [...] [transcribiéndose el art. 4:103 PECL]»* (cursiva mía; FD 3.º, 3).

b) Para la fijación del momento a partir del cual se computa el plazo de ejercicio de la acción de anulación por error (art. 1301 CC), el Tribunal Supremo se ha referido, *para ciertos contratos (contratos de tracto sucesivo y complejos)*, al artículo 4:113 PECL, en su *S, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015*; y también en su *S, 1.ª, 16.09.2015*.

[A] *La STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015 (Pte. Excmo Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 254/2015)*.—En esta ocasión, la demandante había celebrado un contrato de seguro de vida *unit linked multistrategia* y demandó su nulidad por error. Además de otras cuestiones, se planteó *si la acción había sido ejercitada en plazo*<sup>16</sup>.

Según el artículo 1301 CC, la acción de anulación por error se computa «desde la consumación del contrato» (criterio objetivo). Pero el Tribunal Supremo adopta, en su sentencia, un criterio *subjetivo* de cómputo *para ciertos contratos* (con apoyo en el art. 3 CC). Y precisamente el artículo 4:113 PECL adopta el crite-

<sup>16</sup> HECHOS.—El 13.10.2009, la demandante —ciudadana alemana que hacía años que pasaba temporadas en Tenerife— demandó al *Banco Santander, S. A.* Suplicó la declaración de nulidad del contrato de seguro de vida *unit linked multistrategia por error en el consentimiento* —no se la había informado adecuadamente de la naturaleza y del riesgo del producto; que se trataba de un producto *sin garantía de capital*— y suplicó la restitución del capital con los intereses legales desde la celebración del contrato, el día 06.07.2005. Alegó que *solo conoció* que podía perder su inversión *cuando* el 11.12.2011 (*sic*; 11.12.2008) se suspendió la liquidación periódica de los beneficios, informándosela de que la inversión había sido afectada por el *caso Madoff*; se la ofreció acciones preferentes como compensación, lo que rechazó. El banco se opuso a la demanda y aparte de otras alegaciones, alegó la excepción de caducidad (señaló el 19.09.2009 como fecha de inicio del cómputo del plazo, fecha en la que el seguro de vida comenzó a surtir efectos). La demanda se desestimó *en primera instancia*, aparte de otras cosas, por considerarse caducada la acción [se entendió que la consumación del contrato tuvo lugar *cuando* hubo el concurso de voluntades de los contratantes el día de la firma del contrato (el 06.07.2005)]. La clienta recurrió; además de otras cosas, cuestionó que el momento inicial de cómputo fuera el de la perfección del contrato, pues el contrato tenía liquidaciones periódicas de beneficios que cesaron el 11.12.2008; además, su solicitud de diligencias previas a la demanda para obtener documentación fue presentada dentro de los cuatro años desde la firma del contrato. El banco se opuso y alegó, entre otras cosas, la caducidad de la acción porque los cuatro años se computaban desde el pago de la prima del seguro, y la solicitud de diligencias no interrumpe el plazo de caducidad. En *segunda instancia* se desestimó el recurso, pues se consideró caducada la acción y la presentación de diligencias preliminares no interrumpe un plazo de caducidad. La clienta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En el último alegó infracción del artículo 1301 CC [cese de la caducidad por las diligencias preliminares que promovió (motivo tercero)]. Para todo lo anterior, los FD 1.º y 4.º El Tribunal Supremo casó; entendió que hubo error (FD 7.º 9) y que la acción no había caducado (FD 5.º 6); declaró la nulidad del contrato y condenó a la oportuna restitución (FD 9.º).

rio subjetivo para el inicio del plazo de la anulación por error [«*Time Limits/ (1) Notice of avoidance must be given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, after the avoiding party knew or ought to have known of the relevant facts or became capable of acting freely*», cursiva mía<sup>17</sup>]. En su sentencia, el Tribunal Supremo *diferencia* los negocios jurídicos *simples*, y los contratos (relaciones contractuales) *complejos* como con frecuencia son *los contratos bancarios, los financieros y de inversión actuales*. Y para los de inversión actuales, el cómputo de los cuatro años *no* puede tener lugar *antes* de que el cliente haya podido conocer su error, *computándose desde aquel evento que le permita la comprensión real de las características y de los riesgos del producto complejo adquirido*. Lo anterior supone, para el caso, que el Tribunal Supremo considera ejercitada la acción en plazo (FD 5.º6). Lo argumentó así:

«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “*la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”, tal como establece el art. 3 del Código Civil [cursiva del original].

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [*sic*; 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los “*contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente*”, quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción [cursiva del original].

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tra-

<sup>17</sup> a) Según el *Comment A* del artículo 4:113 PECL: «The need for security in transactions requires that the party entitled to avoid a contract should do so *within a reasonable time after it learns the relevant facts*, or, in cases of duress or undue persuasion, it is free of the threat or influence of the other party» [cursiva mía; LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 275]. Según el *Comment B*: «The party should act within a reasonable time *of learning the relevant facts; it is not necessary that it know that they give it a right to avoid the contract*. If it is in doubt it should take legal advance. *A reasonable time will include time to take advice and consider its position*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 275). En las *Notas* de Derecho comparado del artículo y para el Derecho español se informa: «SPAIN, *four years from end of threat or, in cases of fraud and error, from date of contract*, CC art 1301» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 276).

b) DE CASTRO Y BRAVO advierte: «conviene tener en cuenta que el Código se ha separado de sus antecedentes inmediatos (Proyecto de 1851 y Código francés e italiano), al disponer que el plazo de cuatro años, que dura la acción de la nulidad, empezará a contarse desde la consumación del contrato (artículo 1301) y no desde el momento en que se tuvo conocimiento del error. Coincide en ello con lo establecido para la acción de rescisión por vicio o defecto oculto (art. 1490)» [ed. fac. (1971) § 149, p. 120]. V. además DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 124-127, 129, 132.

tura. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. *Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113) [cursiva mía].*

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error» (FD 5.º-5;)<sup>18</sup>.

[B] *La STS, 1.ª, 16.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Cendoj, Roj STS 4004/2015).*—La clienta demandó la

<sup>18</sup> En el FD 5.º (núms. 3 y 4) el Tribunal Supremo señala la *incorrección* de la tesis de que el día de inicio del cómputo de los cuatro años es el de la celebración del contrato, sostenida por el Juzgado de Primera Instancia y no corregida adecuadamente por la Audiencia (v. *supra* nota 16); el Tribunal Supremo indica que no puede confundirse la consumación del contrato (art. 1301 CC) con su perfección; y se detiene en cuándo se considera consumado al contrato, con apoyo en diversas sentencias y en el diccionario de la RAE; señala que la «consumación del contrato» ha de interpretarse buscando el equilibrio entre la seguridad jurídica (que no se prolongue indefinidamente la eficacia claudicante del contrato) y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. En la *STS, 1.ª, de Pleno, 24.05.2016* (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan; Cendoj, Roj STS 2133/2016) se indica cuándo se inicia el cómputo del plazo del artículo 1301 CC para el error y el dolo en los *contratos de tracto sucesivo y no complejos*: «[...]», procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, *la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial*» (cursiva mía; FD 4.º 7.ª; v. de ese FD 4.º desde 4.ª hasta 8.ª); comenta dicha *STS, 1.ª, de Pleno, 24.05.2016*, CASASAYAS RAMIS, *RDC* (2017) pp. 126-129, 154-157 y 158-159 para los *contratos de tracto sucesivo no complejos*, y pp. 149-154 para los *contratos de tracto sucesivo y complejos*.

declaración de «nulidad de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) Landbanski Island realizada el 4 de enero de 2007 por error vicio del consentimiento» (cursiva mía; FD 1.º) y la correspondiente restitución (pretensión principal)<sup>19</sup>. El Tribunal Supremo consideró que la acción *no* había caducado y reprodujo lo transcrito en [A] de la anterior STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015 sobre el inicio del cómputo de la acción de anulación por error. Dijo:

«1. [número, negra en el original] La sentencia de la Audiencia Provincial aborda correctamente la cuestión de cuál es la naturaleza de la nulidad derivada del error vicio del consentimiento, que no es la de una nulidad radical, [...], sino la de una nulidad relativa o anulabilidad. [...].

[...].  
En esta clase de nulidad, el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, [...].

2. [número, negra en el original] Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada.

En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero declaramos: [se transcriben los párrafos de la anterior letra [A]]» (FD 4.º).

[C] Expuestas las anteriores sentencias, considero oportuno recordar que el artículo 1304 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 dispone un plazo de dos años para la anulación del contrato por error<sup>20</sup>, de

<sup>19</sup> HECHOS.—Subsidiariamente pidió la declaración de que *Bankinter* fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y se le condenara a indemnizarla. En primera instancia se estimó la pretensión principal de la clienta; se consideró que hubo error esencial en su consentimiento —no fue informada de las características y de los riesgos del producto como su carácter perpetuo, sin posibilidad de rescate por la demandante por su sola voluntad; producto emitido por una entidad extranjera de la que no existía información habitual en los mercados secundarios nacionales; la posible ausencia de rentabilidad y el riesgo de pérdida del capital invertido—; y se afirmó que el vicio del consentimiento conllevaba la nulidad radical y absoluta, no sometida a plazo de caducidad (el banco alegaba excepción de caducidad). En segunda instancia se estimó el recurso del banco, pues la Audiencia Provincial entendió que la acción tenía un plazo de cuatro años, de caducidad, que empezaba cuando la celebración del contrato, y la acción había caducado cuando fue ejercitada. La clienta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal, asumió la instancia y dictó sentencia (FD 3.º 4); entendió que la acción *no* había caducado cuando se ejercitó (FD 4.º 3) —la acción se ejercitó en diciembre de 2011, y al menos fue, hasta octubre de 2008, cuando la clienta conoció los elementos determinantes de su error— y hubo error en el consentimiento de la clienta (FD 5.º 12).

<sup>20</sup> Sobre la reducción a dos años de la *Propuesta* (art. 1304) frente a los cuatro años del Código civil (art. 1301), SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS considera que esa «considerable reducción del plazo de ejercicio de la acción de anulación puede encontrarse, quizá, en la intención de favorecer al contratante que no puede ejercitar dicha acción. Ciertamente, el contratante que no puede anular el contrato se encuentra en una posición incómoda e insegura, en cuanto que los efectos del negocio están en manos de otra persona, que puede mantener esta situación de inseguridad durante bastante tiempo. Ni el CC ni la Propuesta

*caducidad, y computado «desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (cursiva mía)*<sup>21</sup>. En dicha *Propuesta*, además, se dispone expresamente el ejercicio *extrajudicial* de la facultad de anular; y frente a la demanda de cumplimiento, puede oponerse la *excepción de anulación* «y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior» (art. 1305)<sup>22</sup>.

Y c) en la distinción de los campos aplicativos del error y del dolo, y sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en cada uno de ellos, el Tribunal Supremo se ha referido a los PECL, en su *S, 1.ª, 29.09.2015*.

*La STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Cendoj, Roj STS 4286/2015)*.—En esencia, se había celebrado una compraventa de participaciones sociales de una sociedad propietaria de una finca; la compra tenía por objeto esa finca para posteriormente urbanizarla, lo cual resultó inviable. El comprador demandó a los dos vendedores la nulidad de la compra —por dolo y error en la formación del consentimiento— y las

---

se ocupan de la situación del contratante no legitimado, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por tanto, no merecedor de protección. Sin embargo, debe advertirse que tal afirmación no es siempre correcta: el que contrató con un incapaz o con quien sufrió la violencia o intimidación de un tercero, puede ser ajeno o desconocedor de estas causas de anulación. En cualquier caso, no hay por qué llevar los perjuicios para el culpable más allá de lo que exige la razonable protección del inocente; por ello, podría pensarse en articular alguna medida que pudiera forzar a éste a decidir, definitivamente, sobre la eficacia o ineficacia del contrato» [(2016) p. 434; en la siguiente nota se transcribe el art. 1304]. La reducción de la duración del plazo en el artículo 1304 de la *Propuesta* se insertaría en la generalizada tendencia favorable a la reducción de la duración de los plazos de ejercicio (otro ejemplo, de Derecho positivo, es el reformado art. 1964 CC: de un plazo general de quince años para las acciones personales se pasó a otro de cinco años; sobre el mismo, COBACHO GÓMEZ (2016) pp. 531-535; GÓMEZ POMAR, *InDret* (2015) pp. 1-3).

<sup>21</sup> Artículo 1304 PMCC: «La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr: [...] / — En los de error o dolo, y [...], desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad; [...]». V. BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 505-506; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) pp. 204-205. Sobre la gran variedad de plazos e inicio de cómputo en los sistemas jurídicos del Caribe, «Comentario del artículo 3.5.1 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) pp. 184-186, y 183-184.

<sup>22</sup> Artículo 1305 PMCC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde. / También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior». Sobre el artículo 1305 PMCC, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) pp. 435-436; BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 502-503; CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2013) p. 360. Para el Código civil, PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) p. 204; DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005) pp. 96-115, 150-154. Para los *Principios OHADAC*, la anterior nota 21. Da cuenta del modelo extrajudicial de anulación del contrato (Derechos alemán y estadounidense) y del modelo judicial (Derecho francés antes de su reforma de 2016), JEREZ DELGADO (2011) [12]-[20] pp. 39-51 (en la actualidad, v. art. 1178 *Code civil*); la autora es partidaria de interpretar el sistema de anulabilidad del Código civil como modelo extrajudicial, *op. cit.*, [116]-[142] pp. 151-168, y en su relación con el proceso [143] ss., pp. 169 ss.

consiguientes y oportunas restituciones, y el pago de otras cantidades<sup>23</sup>. El Tribunal Supremo consideró que «el dolo contractual de la mercantil vendedora se presenta de forma inequívoca» (FD 2.º3), *lo que hacía impropcedente entrar a valorar el supuesto del error* (FD 2.º4). Dijo:

«La fundamentación jurídica del presente caso parte, necesariamente, de las perspectivas analíticas y conceptuales que presenta el dolo y el denominado error vicio, en la formación de la voluntad contractual, para precisar el distinto tratamiento jurídico que hay que establecer respecto de uno y otro supuesto. [...]»

En nuestro ordenamiento, el tratamiento jurídico del dolo contractual, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprobable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual (STS de 14 de enero de 2014, núm. 537/2013).

En este sentido, el error que produce o comporta el dolo queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante y provocar, de este modo, una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial.

Esta nota de antijuridicidad que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad del contrato<sup>24</sup>. *En esta línea se desenvuelven también los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa*<sup>25</sup>» (cursiva mía; FD 2.2.º).

<sup>23</sup> Para el caso de que eso no prosperase, ejercité la acción rescisoria del Código civil, artículo 1294. *En primera instancia se desestimó* la demanda. El comprador recurrió y la *Audiencia Provincial estimó* el recurso y la demanda. Los vendedores interpusieron recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1261.1.º, 1266 y 1300 CC (motivo primero) e infracción de los artículos 1260.1.º (*sic*, 1261.1.º), 1269, 1270.I y 1300 CC (motivo segundo; cfr. Antecedente de Derecho 5.º, y FD 2.º). El *Tribunal Supremo* no casó.

<sup>24</sup> Sobre la concurrencia y diferencias error/dolo, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 166-171.

<sup>25</sup> Artículo 4:118 PECL: «Exclusion or Restriction of Remedies/ (1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted./ (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

## 2. LA PARTE SEGUNDA

[10] La aglutino en torno a la armonización del Derecho de contratos –de su Teoría general– que en los últimos años se está produciendo en el ámbito *internacional latinoamericano*. Expondré dos regulaciones de *soft law* que recogen una regulación *moderna del error*. Sobre la imposibilidad inicial, si bien en una se dispone claramente una regulación *moderna*, de la otra no puede hacerse firmemente tal aseveración. Se tratan de: a) los *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales de 2015 (Principios OHADAC)*; y b) los *Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, versión de octubre de 2015 (PLDC; *infra* [105])<sup>26</sup>.

Trato también del *Derecho inglés*<sup>27</sup>. Su exposición, en esta *Parte Segunda*, se debe a la especial referencia que en los *Comentarios oficiales* de los *Principios OHADAC* se le hace, y que su conocimiento permite un mejor entendimiento de las materias que en el trabajo analizo. También en esta *Parte Segunda* expongo el tratamiento que de la imposibilidad inicial y del error hacen los Derechos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela según ciertos informes nacionales. Siendo difícil la calificación global de esos Derechos por la pluralidad de sus regulaciones, puede *genéricamente* decirse que responden a los *modelos tradicionales* de la imposibilidad inicial, y del error.

## 3. LA PARTE TERCERA

[11] La dedico a la imposibilidad inicial y al error del *Código civil*, cuyas regulaciones responden al modelo *tradicional*. Además, es conocido, existen distintas propuestas de reforma del Derecho de contratos que expongo en esta *Parte Tercera* para aquellas materias. Se tratan de: a) la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 de la Sección Civil

<sup>26</sup> Sobre la unificación del Derecho en Latinoamérica, FERRANTE, *Revista de Derecho Privado* (2016) pp. 116-122 y *RChDP* (2014) pp. 12-20. En otro plano, DÍAZ ALABART, *RDP* (2012) pp. 115-116.

<sup>27</sup> Sobre la gran importancia práctica del Derecho inglés en la contratación internacional, y problemas que su elección como Derecho aplicable al contrato celebrado puede plantear, v. las genéricas consideraciones de SÁNCHEZ LORENZO (2013) pp. 11-14; para la relación del Derecho inglés, con la CISG, el CESL, los PECL, el DCFR y los *Principios UNIDROIT*, *op. cit.*, pp. 170-174. Sobre el *Civil Law* y el *Common Law*, de interés las consideraciones de DE EIZAGUIRRE, *ADC* (2012) pp. 533-546. Y sobre los PECL: «One of the major benefits offered by the Principles is to provide a bridge between the civil law and the common law by providing rules designed to reconcile their differing legal philosophies» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *op. cit.*, p. xxiii].

de la Comisión General de Codificación (PMCC)<sup>28</sup> que responde al modelo *moderno*; y b) la *Propuesta de Código civil, Libros V y VI*, de la *Asociación de Profesores de Derecho Civil* de mayo de 2016 (PCCAPDC) que también responde al modelo *moderno*. Informo también de ciertos apuntes de Luis Humberto Clavería Gosálbez que responden al modelo *tradicional actualizado*.

Asimismo, analizo la regulación que de la imposibilidad inicial y del error proponen, en 2016 y para el *Código civil de Cataluña*, los profesores Esteve Bosch Capdevila, Pedro del Pozo Carrasco, y Antoni Vaquer Aloy (*P. Bosch/del Pozo/Vaquer*). La imposibilidad inicial responde al *modelo tradicional*, y el error, *al moderno*.

Finalmente trato del *Derecho francés*, diferenciando: a) su regulación de la imposibilidad inicial, y del error, *antes* de la reforma del *Code civil* por *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*<sup>29</sup>, que responde al *modelo tradicional*; y b) su regulación *tras* dicha reforma, que responde al *modelo tradicional actualizado*.

[A] La *Ordonnance* es fruto de la amplia habilitación dada al *Gouvernement* por el artículo 8 de la «loi n.º 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures»<sup>30</sup>. El artículo 9.I de la *Ordonnance* dispuso su

<sup>28</sup> Utilizo la versión publicada en papel por el Ministerio de Justicia/Gobierno de España, ISBN 978-84-7787-116-3 (v. *infra* nota 788). Sobre las funciones, organización, y otras consideraciones sobre la *Comisión General de Codificación* tras sus nuevos Estatutos de 28.09.2015, PAU PEDRÓN, *ADC* (2016) pp. 980-990. La PMCC se ha traducido al francés, VV. AA (2016) pp. 9-88.

<sup>29</sup> *JORF, 11 février 2016, texte 26 sur 113* (NOR: JUSC1522466R); para una información general sobre la reforma francesa, SAVAUX, *ADC* (2016) pp. 715-741; v. QUIÑONES ESCÁMEZ (2016) pp. 243-281, en particular a partir de la p. 253. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance –JORF, 11 février 2016, texte 25 sur 113* (NOR: JUSC1522466P)– se informa de una futura reforma del *Code civil* sobre la responsabilidad civil (v. SAVAUX, *op. cit.*, p. 717). Por su parte, PIZARRO WILSON destaca que tras el bicentenario del *Code civil* «les esprits commencent à s'inquiéter», y en vez de la satisfacción de contar con un código que había logrado mantenerse vigente durante doscientos años, las críticas al mismo se multiplicaron en coloquios y congresos; si el código se celebró con todo honor, numerosas voces se alzaron denunciando un cierto «anquilosamiento» del derecho positivo en distintos ámbitos, no siendo el Derecho de obligaciones una excepción [*Revue de Droit des Contrats* (2015) p. 706; v. hasta p. 707 en donde, entre otras cosas, el autor realiza unas consideraciones sobre el Derecho chileno y el español]. V. la siguiente nota 32.

<sup>30</sup> Según el *Rapport au Président de la République*: «A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme, le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l'h habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour: 1.º Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle; énumérer et définir les principales catégories de contrats; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat,

entrada en vigor el 01.10.2016, con las precisiones de sus apartados II, III y IV<sup>31</sup>.

[B] Sobre la «Genèse de la réforme», según el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131*:

«Alors que de nombreuses parties du code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du code civil ne

---

notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence;/ 2.º Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre;/ 3.º Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat;/ 4.º Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat;/ 5.º Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion;/ 6.º Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances;/ 7.º Clarifier les règles relatives à la durée du contrat;/ 8.º Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification;/ 9.º Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause;/ 10.º Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion;/ 11.º Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation; consacrer la cession de dette et la cession de contrat; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat;/ 12.º Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve;/ 13.º Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1.º à 12.º» [hay traducción al español de los números 1.º a 12.º primera frase, en QUINONES ESCÁMEZ (2016) pp. 252-253].

<sup>31</sup> Artículo 9 de la *Ordonnance n.º 2016-131*: «Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016./ Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne./ Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance./ Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation»; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 9 *Code v.o.*» (2016) pp. 17-25.

permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques.

Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique: les rapports "Doing business" publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.

Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés: les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.

Plusieurs projets académiques ont ainsi été élaborés ces dernières années: celui du groupe de travail réuni autour de Pierre Catala puis celui du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques sous l'égide de François Terré. Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été mis en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commen-

tés. Enfin, à la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, un nouveau texte, nourri de l'ensemble de ces travaux, a été soumis à consultation publique. Celle-ci a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique qui, complétées par les nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet, ont permis au Gouvernement d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens<sup>32</sup>».

### III. EL OBJETIVO DEL TRABAJO

[12] Consiste en mediante la anterior selección de textos jurídicos (*supra* [8] ss.), junto con sus posibles interpretaciones y aplicaciones, constatar la evolución habida en el tratamiento jurídico de la imposibilidad inicial y del error, y la oportunidad de apreciar en qué medida procede la revisión de aquellas figuras en el Derecho español.

## PARTE PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS PECL, EN EL DCFR, EN LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT 2010*, Y EN EL DERECHO HOLANÉS

[13] Hago un tratamiento individualizado de cada uno de esos textos, aplicando el mismo orden expositivo, consistente en analizar en primer lugar la imposibilidad inicial, y en segundo lugar, el error.

<sup>32</sup> Una información genérica sobre los diferentes y sucesivos hitos de la reforma francesa de las obligaciones y de los contratos –del *Avant-projet de réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription de 22.05.2005* [o *Avant-projet Catala (AP Catala)*], del Proyecto de la *Chancellerie* (julio de 2008), de las *Propositions de réforme du Droit des contrats de l'Académie des Sciences morales et politiques* de diciembre de 2008 (o *P. Terré*) y del Proyecto de *Ordonnance* de la *Chancellerie* de 2015 (*P. Ord. 2015*)– por MOMBERG URIBE, *RChDP* (2015) pp. 121-140. Focalizando su trabajo sobre el (entonces) Proyecto de la *Chancellerie* y comparándolo con el *AP Catala* y con la *P. Terré* (tiene también presentes a los PECL, los *Principios UNIDROIT* y al DCFR), CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2012) pp. 1783-1794 y el mismo autor y para el *AP Catala* y otras consideraciones, *ADC* (2007) pp. 621-633 (su traducción del *AP Catala* al español en pp. 634-848). También para el *AP Catala*, VOGENAUER (2009) pp. 3-21, en particular pp. 9-18, 20-21; POILLOT. *ADC* (2006) pp. 1309-1320; CATALA en su «Présentation générale de l'avant-projet» (2005) pp. 2-7.

El 25.02.2015, «la Chancellerie a publié son projet d'ordonnance et ouvert une consultation publique sur son site internet jusqu'au 30 avril» [MOLFESSIS, *SJ, Supplément* (2015) p. 4].

Y sobre la reforma de la *Ordonnance* n.º 2016-131, BÉNABENT/AYNÈS opinan que es difícil, globalmente, descubrir en ella una filosofía clara para las relaciones sociales, siendo más bien una obra de compromiso que extrae su inspiración en la convergencia de los proyectos Catala y Terré, y en los PECL (*RD*, 25 février 2016, n.º 8). V. las consideraciones generales sobre la reforma francesa de DESHAYES/GENICON/LAITHIER (2016) pp. 2-15.

## I. LOS PECL

### 1. EL ARTÍCULO 4:102 PECL: INITIAL IMPOSSIBILITY

[14] De la imposibilidad inicial se ocupa dicho precepto.

Artículo 4:102 PECL: «Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contracts relates».

[15] Según el *Comment* del artículo, *en algunos sistemas legales, un contrato que, desconocido por los contratantes, es imposible de cumplir porque, por ejemplo, falta el «objeto», o porque el vendedor no tiene derecho a disponer de los bienes que pretende vender, puede ser «ineffective»<sup>33</sup> Dicho tratamiento jurídico no se adopta en los PECL<sup>34</sup>. Para los PECL, aquellos casos son frecuentemente situaciones de *error esencial* –de *fundamental mistake* del art. 4:103 PECL, *infra* [17] ss– y error esencial que permitirá a cualquiera de las partes afectadas anular el contrato –por el *common mistake* del art. 4:103 (1) (a) (c) PECL–<sup>35</sup>. Ahora bien, *también* habrá casos en que se entiende que *uno* de los contratantes *ha asumido el riesgo de la imposibilidad, por lo que no tendrá derecho a anular el contrato*<sup>36</sup>. Se advierte, que el *cumplimiento específico del contrato* será *naturalmente imposible, pero la parte que asumió el riesgo podrá tener que responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento*<sup>37</sup>.*

En el *Comment* del artículo 4:102 PECL se lee la siguiente:

«*Illustration*: A sells to B, who is a salvage contractor, the wreck of an oil tanker which A says is at a particular location. As A should have known, there never was an oil tanker at that location, but B does not discover this until his preliminary salvage expedition searches the area. *The contract is not void and A is liable in*

<sup>33</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228; la palabra objeto, en cursiva en el original.

<sup>34</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

<sup>35</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228. Para el Derecho español y sobre el error que recae sobre un derecho subjetivo, OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 42-46.

<sup>36</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

<sup>37</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

*damages to B*»<sup>38</sup> (cursiva mía; ejemplo de cosa que nunca existió, considerándose a A de mala fe)<sup>39</sup>.

Tras lo cual se remite al lector al *Comment G* del artículo 4:103 PECL, en el que se lee esta:

«*Illustration 7*: J sells K a piece of used equipment which is on a remote construction site from which K is to collect it; it is not feasible for K to inspect the equipment before agreeing to purchase. When K arrives there it finds that the equipment *had been destroyed by fire some time before* the contract was made. *J should have known this. J is liable for non-performance and cannot avoid the contract for mistake*» (cursiva mía; ejemplo de cosa que existió y dejó de existir antes de la celebración del contrato, considerándose a J de mala fe)<sup>40</sup>.

Y tras esa *Illustration*, de nuevo otra remisión, ahora al *Comment F* del artículo 4:103 PECL, cuya:

«*Illustration 5* [es]: An Englishwoman who owns a cottage in France agrees to rent it for one month to a Danish friend, although the Englishwoman does not normally rent the cottage. The lease is to start five days later. The Dane books non-refundable air tickets to fly to France. *It is then discovered that the cottage had been totally destroyed by fire the night before the contract was agreed. The contract may be avoided by either party*, with the result that no rent is payable and the Dane gets no compensation for the wasted air tickets» (cursiva mía; ejemplo de cosa que existió y dejó de existir antes de la celebración del contrato, siendo ambos contratantes de buena fe)<sup>41</sup>.

[16] En las *Notas de Derecho Comparado* del artículo 4:102 PECL –publicadas en 2000– se constata que los Derechos nacionales que se exponen *oscilan* en solucionar los supuestos del artículo 4:102 PECL, bien con la *nullidad* (*void, nullité absolue*), bien con la *anulabilidad* (*voidable contract, nullité relative*). Pero, algunos de esos Derechos nacionales han sufrido posteriormente importantes reformas, cambios que se recogen en las *Notas de Derecho comparado* del artículo II.-7:102 DCFR, a 2009<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> «*Comment* del artículo 4:102 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 228.

<sup>39</sup> En las notas de Derecho comparado del artículo 4:102 PECL se indica: «[...] *McRae v. Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 C. L. R. 377 (the illustration in the comment is based on this case)» [cursiva del original; LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 229; *infra* nota 42 b), y en [98] b) expongo dicho caso].

<sup>40</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. Al ejemplo reproducido le precede este párrafo: «Cases of initial impossibility and the non-existence of a thing sold are treated in the same way as other mistakes. *Under the Principles the contract may be avoided for mistake but it is not void for lack of object*: see Article 4:102. *Indeed there may be cases in which a sale of a non-existent object is valid and the seller is liable for non-performance, because the court concludes that in the circumstances the seller is the party which should bear the risk*» (cursiva mía, salvo el *object*; puesto en redonda; *op. cit.*, p. 234).

<sup>41</sup> «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

<sup>42</sup> Según esas notas de Derecho comparado del artículo II.-7:102 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009)] y en lo que interesa:

2. EL ERROR EN LOS PECL<sup>43</sup>

[17] De él se ocupan los artículos 4:103 y 4:104 PECL.

Artículo 4:103 PECL: «Fundamental Mistake as to Facts or Law

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or

(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(iii) the other party made the same mistake,

a) «1. In many of the legal systems a contract which, at the time it was made, provided for obligations impossible to perform is not voidable but absolutely void: e. g., in the case of “evident” impossibility, AUSTRIAN CC § 878 (this includes only cases which are legally impossible and factually absurd, such as the promise of an eternal life; a “simple” initial possibility –e.g. the sale of goods that belong to another– is subject to the legal consequences of bad performance); ITALIAN CC art. 1346; and so did the former § 306 of the GERMAN CC in case of “objective” impossibility. FRENCH law, and the law of BELGIUM and LUXEMBOURG, require “*un objet certain qui forme la matière de l’engagement*” (CC art. 1108). Thus a contract to supply a specific object which does not exist is void (*nullité absolue*), unless it is a future object (art. 1130(1)). [...] The situation is similar in BULGARIA, where the “impossible object” is ground for nullity, [...]; PORTUGUESE and SPANISH law are broadly similar [...]; Spanish CC arts. 1184, 1272 and 1460. French and Belgian law treat the sale of an item which belongs to another in a broadly similar way, but the contract is voidable (*nullité relative*) (CC art. 1599). Italian CC art. 1478 differs in not treating this last case as a one of impossibility and so did the former German CC in § 437. In GERMAN and AUSTRIAN law, if one party knew or ought to have known that the performance was impossible, the other may recover reliance interest damages: German CC § 307; Austrian CC § 878 3rd sentence. There may also be delictual liability in French law if the conditions for such liability are satisfied (i.e. if there is a fault) [...]. In GERMANY the rule was not only abolished in 2002 but the legislator felt a need to establish an explicit rule similar to PECL art. 4:102 (and hence similar to present Article) in CC § 311a(1)» [mayúsculas y cursiva del original; *op. cit.*, nota 1, pp. 454-455].

b) «In ENGLAND and IRELAND there are traces of the traditional civil law doctrine. First, a contract to sell specific goods which without the knowledge of the seller has perished at the time the contract is made is void: Sale of Goods Act 1979, s. 6. However it is now widely accepted that the common law is more flexible; a contract for non-existent goods may be void for common mistake but is not necessarily so. Thus in a case in which a seller purported to sell goods which, as the seller should have known, had never existed at all, the High Court of Australia held that the contract was no void; the seller was liable for non-delivery: *McRae v. Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 CLR 377 (the illustration in the comment is based on this case) [v. *supra* nota 39]. Secondly, the doctrine of common mistake (the “common law” rule) results in the contract being void, not voidable. It had been said that there is a separate rule in equity that a contract may be voidable for common fundamental mistake: see *Solle v. Butcher* [1950] 1 KB 671, CA, but the Court of Appeal has now held this to be incorrect: *Great Peace Shipping Ltd. v. Tsavliris Salvage (International) Ltd. (The Great Peace)* [2002] EWCA Civ 1407, [2003] QB 679» [mayúsculas y cursiva del original; *op. cit.*, nota 5, p. 456]. Doy cuenta de la *Section 6 SGA 1979* y de los casos *McRae*, *Solle*, y *Great Peace infra* [97]-[98].

V. PALAZÓN GARRIDO (2014) núm. 79, p. 84, y también núms. 80 y 82, pp. 84-85; pero v. desde núm. 75, p. 81 (la autora trata la imposibilidad como límite del derecho a reclamar el cumplimiento específico).

<sup>43</sup> Entre otros, han analizado los vicios del consentimiento de los PECL, MORALES MORENO (2006) pp. 289-321; MALO VALENZUELA, *RCDI* (2005) pp. 887-926.

and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

(a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it».

Artículo 4:104 PECL: «Inaccuracy in Communication

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person which made or sent the statement and Article 4:103 applies».

## 2.1 El artículo 4:103 PECL: *Fundamental Mistake as to Facts or Law*

[18] Antes de explicar cada una de las reglas del artículo, en su *Comment A* se recogen esas *consideraciones generales* con las que, como indiqué *supra* [3], suelen comenzar las exposiciones sobre el error. Y al respecto, se advierte lo frecuente que es que una parte celebre el contrato a causa de una falsa representación de los hechos, o del derecho, que afecta al contrato<sup>44</sup>. Y que, *mientras el principio de la libertad para contratar* sugiere que una parte *no* ha de vincularse contractualmente *salvo* que haya consentido informada, *la necesidad de la seguridad* en las *transactions* sugiere que la otra parte deba, con carácter general, *poder confiar en la existencia del contrato*, *salvo* que esta segunda no hubiere actuado de buena fe, o se hubiera aprovechado deliberadamente de la otra parte en circunstancias en las que, de conformidad con los estándares del *fair dealing*, ello no se le permite, o se hubiera comportado sin cuidado o de algún modo irrazonablemente<sup>45</sup>. En el citado *Comment* se hace también otra importante consideración. Que cuando una parte celebra el contrato bajo un error o una falsa representación, *lo normal es* que *no* tenga derecho a *anularlo*, *salvo* que *aquel/aquella* haya sido *muy grave* («*very serious*»)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

<sup>45</sup> «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

<sup>46</sup> «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230; «Thus a contract may be set aside for mistake *only if* the mistake is *fundamental*» y para los errores *menos importantes* (menos serios) puede disponerse del remedio de la indemnización de daños (art. 4:106 PECL), salvo que hubiere habido *fraud* (dolo), en el cual la *intención de engañar* es, en sí mismo, fundamento suficiente para justificar que la otra parte –*the innocent party*– pueda anular el contrato (art. 4:107 PECL) (cursivas mías,

Para el *error común*, se apunta que es adecuado permitir la anulación del contrato cuando aquel error hace, del último, algo esencialmente diferente de lo que se esperaba. En el error común *normalmente* no hay mala fe, ni un aprovechamiento de una ventaja, ni hay un comportamiento negligente cuando la celebración del contrato, sino *un riesgo que ninguna de las partes esperó y no distribuyó el contrato*. Y puede considerarse de mala fe la insistencia en que el contrato se lleve a cabo, *cuando este se ha transformado en algo esencialmente diferente de lo que ambas partes esperaban*<sup>47</sup>. Ahora bien, si en el contrato se contempló el riesgo del error, distribuyéndose el mismo y el contrato se interpreta correctamente, el artículo 4:103 PECL no puede aplicarse<sup>48</sup>.

[19] Para la *relevancia* del error, el artículo 4:103 (1) (b) PECL exige –primer requisito– *que la otra parte conociera, o debería haber conocido, que, si la parte que erró, hubiera sabido la verdad, la misma no habría celebrado el contrato, o solo lo habría celebrado en diferentes condiciones («terms») esenciales*. En el *Comment C* se llama la atención acerca de que el error deba recaer sobre algo «esencial» –por disposición del art. 4:103 (1) (b) PECL– y no recaiga sobre algo simplemente «material»<sup>49</sup>. El artículo 1:301 (5) PECL señala cuando un asunto es «material», y lo es, si *una persona razonable, situada en la misma posición de una parte, debía haber conocido la influencia que el asunto tendría en la decisión de esa parte para contratar o contratar en las condicio-*

---

*op. cit.*, p. 230). Las anteriores consideraciones del *Comment A* se encuentran en el *Comment C* del mismo artículo 4:103 PECL (esto es, se insiste en la protección de la seguridad de las *transactions*, lo que implica que el Derecho solo admita los errores que tengan la condición de muy serios [«*Comment C* del artículo 4:103 PECL», *op. cit.*, p. 231]. Según el artículo 4:106 PECL: «Incorrect Information/ A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103, unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct». Artículo 4:107 PECL: «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed./ (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive./ (3) [...] [apartado (3) transcrito *infra* nota 649]».

<sup>47</sup> «*Comment A* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230.

<sup>48</sup> «*Comment B* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 230; «*Illustration 1*: A builder employed to build a house finds, when it starts to dig the foundations, that across the site runs and old sewer which is not marked on the maps and which neither it nor the employer had ever expected. This will make completion of the task very much more expensive. It must first be determined whether the contract, as properly interpreted, covers the problem. If the contract provides that in the event of "unforeseeable ground conditions" the contractor is entitled to extra time and extra payment, and a correct interpretation of "unforeseeable ground conditions" would include the sewer, there is no basis for the contractor to invoke this Article [4:103 PECL]» (cursiva mía; *op. cit.*, pp. 230-231).

<sup>49</sup> «*Comment C* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

nes propuestas<sup>50</sup>. Las calificaciones de *esencial* y «material» pueden no coincidir. Un error puede ser «material» –criterio de la persona razonable– y si *no* es *esencial* –criterio subjetivo del art. 4:103 PECL– *no da derecho a anular el contrato en virtud del artículo 4:103 PECL*<sup>51</sup>.

[20] En cuanto al análisis de *las concretas causas por las que hubo el error* –segundo requisito del error relevante–, para el *surgido por la incorrecta información suministrada por la otra parte* –*apartado (i)* del art. 4:103 (1) (a) PECL–, en el *Comment D* se señala que, tal vez, sea la más probable razón del error y si este es *esencial*, se permite anular el contrato. Esta causa del error no consiste solo en que la parte que erró no fue informada adecuadamente, sino en que *su error resultó del comportamiento de la otra*<sup>52</sup>. Esto es, la información suministrada fue la causa del error (nexo causal). La regla se aplica, *incluso* si la parte que suministró la información *creía razonablemente que era verdadera*, pues, decidió darla<sup>53</sup>; de ahí, que no pueda quejarse de que se permita al que recibió su información, que anule el contrato con tal de que su error haya sido *esencial*<sup>54, 55</sup>.

[21] En el supuesto de que *la otra parte conociera, o debiera conocer, la existencia del error y fuera contrario a la buena fe* y al *fair dealing dejar en su error al que se equivocó* –*apartado (ii)* del art. 4:103 (1) (a) PECL; segunda posible causa del error– en el *Comment E* se advierte, que *algunos sistemas jurídicos* admiten como *principio general* que uno de los contratantes pueda *prove-*

<sup>50</sup> Artículo 1:301 PECL: «Meaning of Terms/ In these Principles, except where the context otherwise requires:/ [...] (5) a matter is ‘material’ if it is one which a reasonable person in the same situation as one party ought to have known would influence the other party in its decision whether to contract on the proposed terms or to contract at all:/ (6) [...]».

<sup>51</sup> «*Comment C* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (eds.) (2000) p. 231. En el «*Comment E* del artículo 1:301 PECL»: «Under the Principles, ‘material’ is different to ‘fundamental’, which [...] and is also referred to in determining whether a mistake as to facts or law is sufficiently serious to justify avoidance (see Article 4:103). A matter which is fundamental is more important than one which is only material» (*op. cit.*, p. 124).

<sup>52</sup> «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

<sup>53</sup> «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231.

<sup>54</sup> «*Comment D* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 231. «*Illustration 2*: The seller of the lease of a property which he had used for residential purposes told a prospective purchaser that the purchaser would be able to use it as a restaurant, which was the purchaser’s main object. In fact the seller had forgotten that there was a prohibition on using the property other than for residential purposes without the landlord’s consent and the landlord refuses consent. The purchaser of the lease may avoid the contract» (cursiva mía, *op. cit.*, p. 231).

<sup>55</sup> ESTEBAN DE LA ROSA destaca que la presente causa de error se acoge en general [CC holandés, CC austríaco, Derechos inglés y estadounidense, francés, español; el autor se refiere además a los PECL, *Principios OHADAC*, *Principios UNIDROIT*, CESL] [(2016) núms. 33 y 34 pp. 1146-1149]. Sobre «[t]he mistake is caused by incorrect information given by the other party», según SMITS, «[t]his is probably the most important reason why a legally relevant mistake occurs in a civil law jurisdiction» [(2014) p. 163].

*charse de una ventaja, incluso si el otro contratante tuvo un muy serio error con tal de que no lo hubiere causado*<sup>56</sup> –piénsese en el *Common Law* del Derecho inglés<sup>57</sup>–. Sin embargo, *crecientemente se reconoce que ese comportamiento es inaceptable* (supuesto de mala fe)<sup>58</sup>. Y los PECL reconocen el principio general de que una parte no debe tener derecho a *aprovecharse* de la ventaja de un error serio de la otra acerca de hechos, o derecho, relevantes<sup>59</sup>. La misma regla se aplica *si no puede probarse que la parte que no erró sabía del error de la otra, pero debía haberlo sabido por ser un error obvio*<sup>60</sup>. Sentado lo anterior, se reconoce que *en ciertas situaciones* ha de permitirse el aprovecharse de la ignorancia del otro contratante. Así, en el *contrato de naturaleza especulativa*, en el que ninguno espera ser asistido por el otro de algún modo<sup>61</sup>. Y lo mismo, *si uno ha hecho un considerable esfuerzo en obtener un conocimiento del que el otro carece*<sup>62, 63</sup>.

[22] Para el *error compartido* –*apartado (iii)* del art. 4:103 (1) (a) PECL, y último supuesto del art. 4:103 (1) (a) PECL–, bajo el presupuesto de la *seria* falsa representación, en el *Comment F* se indica que aquel error plantea cuestión diferente a las planteadas por las otras dos posibles causas de error –*supra* [20], [21]–<sup>64</sup>. Aquí, hay que preguntarse *si el contrato distribuyó el riesgo de la*

<sup>56</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

<sup>57</sup> V. como CHEN-WISHART contraponen el artículo II.-3:101 DCFR (*Duty to disclose information about goods, other assets and services*) y el *Common Law*, *infra* nota 120 b).

<sup>58</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

<sup>59</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

<sup>60</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232.

<sup>61</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232; «*contracts for high-risk shares are an example*» (*op. cit.*, p. 232).

<sup>62</sup> «*Comment E* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 232; si no se permite al que obtuvo con un duro esfuerzo su conocimiento aprovecharse de él, no habría incentivo para investigar y ambas partes estarían en peor situación (*op. cit.*, p. 232; «*Illustration 4: Through extensive research, A discovers that demand for a particular chemical made by X Corporation is about to rise dramatically. A buys a large number of shares in X Corporation from B without revealing his knowledge, which he knows B does not share. B has no remedy*», *op. cit.*, p. 233). Distinto es en los frecuentes casos de contratos no especulativos, en los que una parte tiene un pequeño, o ningún coste, en la adquisición de la información, información que la otra parte obviamente no tiene y que es crucial para el contrato; en tal caso, no debe permitirse aprovecharse del error ajeno a la parte no equivocada, pues va en contra de los estándares razonables del *fair dealing* dejar al *errans* en su error («*Illustration 3: A sells her house to B without revealing to B that A knows there is extensive rot under the floor of one room. She does not mention it because she assumes B will be aware of the risk of it from the fact that there are damp marks on the wall and will have the floor checked. B does not appreciate the risk and buys the house without having the floor checked. B may avoid the contract*», *op. cit.*, p. 232).

<sup>63</sup> ESTEBAN DE LA ROSA apunta que muchos sistemas jurídicos permiten anular el contrato por error debido a «su cognoscibilidad por la otra parte», fórmula a la que suelen añadir si el «error habría debido ser conocido, atendidas las circunstancias, aunque no haya existido un conocimiento real» [(2016) núm. 35, p. 1149; en el núm. 36, pp. 1150-1151, expone distintos sistemas que lo acogen, y cierta particularidad del Derecho suizo, en el núm. 37, p. 1152].

<sup>64</sup> «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

*pérdida habida, y pérdida debida a que los hechos se han descubierto diferentes*<sup>65</sup>. En ocasiones sucede que las partes son conscientes de su limitado conocimiento, o es un contrato especulativo; para tales casos puede decirse que se persigue la aplicación del contrato, pese a la diferencia, pues las partes así lo asumieron<sup>66</sup>. Pero en otras ocasiones es más realista afirmar que el riesgo, de que los hechos se muestren diferentes, *no se distribuyó en el contrato* y si ello hace del mismo algo muy diferente para una de las partes, esta ha de tener derecho a anular el contrato<sup>67, 68</sup>.

[23] Señalado todo lo anterior, en el *Comment G* se hace una muy importante aclaración: *no es necesario determinar distintas categorías (tipos) de error, unas de posible relevancia jurídica, y otras no*<sup>69</sup>. Simplemente, el artículo 4:103 PECL admite que el error puede recaer sobre los hechos que envuelven el contrato –error de hecho– o sobre el derecho que le afecta –error de derecho–<sup>70</sup>. La anterior característica (clave) del error de los PECL no impide que, en ese mismo *Comment G*, se viertan algunas consideraciones sobre algunos tipos de error, lo que seguramente se deba al tratamiento que del error se hace en algunos Derechos nacionales (en los que, si el error recae sobre ciertos aspectos, puede ser relevante; y no, si recae sobre otros)<sup>71</sup>. Y así, para el error sobre el

<sup>65</sup> «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

<sup>66</sup> «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

<sup>67</sup> «*Comment F* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233; el *Comment F* contiene la *Illustration 5*, reproducida *supra* [15].

<sup>68</sup> Según ESTEBAN DE LA ROSA, hay cierta convergencia en «[I]os sistemas jurídicos estatales [...] a la hora de legitimar la anulación del contrato cuando el error en que ha incurrido una de las partes a la hora de contratar es común a la otra» [(2016) núm. 38, p. 1152; en los núms. 38 y 39 y 40 (pp. 1152-1153), se refiere a distintos sistemas jurídicos que acogen al error común].

<sup>69</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

<sup>70</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233.

<sup>71</sup> Algunos ejemplos de lo indicado: a) Para el Derecho italiano: a.1) *Código civil italiano de 1942* (CC ital. 1942).–Artículo 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 stata la ragione unica o principale del contratto»; artículo 1430: «Errore di calcolo.–L'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso»; artículo 1433: «Errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione.–Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato». Para los artículos 1428 y 1431 CC ital. 1942, *infra* nota 709; a.2) *Código civil italiano de 1865*.–Artículo 1109: «El error de derecho producirá la nulidad del contrato, sólo cuando el mismo sea la causa única ó principal»; artículo 1110: «El error de hecho no producirá la nulidad del contrato, sino cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto. / No producirá la nulidad, cuando recaiga solamente sobre la persona con quien se ha contratado, excepto cuando la consideración de aquella con quien se supone contratar sea la causa principal de la convención».

*mero valor de la cosa vendida*, se indica que normalmente no es un error esencial, y que los PECL no contienen una explícita regla que rehúse su relevancia jurídica<sup>72</sup>. Se recuerda que, en los PECL, la imposibilidad inicial y la inexistencia del objeto vendido son tratados del mismo modo que los otros errores (*supra* [15])<sup>73</sup>. Que el error sobre la persona del otro contratante, también se trata como el resto de errores<sup>74</sup>. Y sobre el error en la comunicación –error en la declaración o en su transmisión– se adelanta su subsunción en el artículo 4:103 PECL con base en el artículo 4:104 PECL<sup>75</sup>.

[24] Ahora bien, si quien erró, lo hizo, dadas las circunstancias, por un error *inexcusable*, aquél no podrá anular el contrato [art. 4:103 (2) (a) PECL]. Según el *Comment I*, no parece adecuado permitir, a quien fue la mayor causa de su error, que pueda anular el contrato, salvo que la otra parte fuera, al menos, igualmente culpable<sup>76</sup>. Si se le permitiera la posibilidad de la anulación, se le permitiría trasladar las consecuencias de su propia negligencia a la otra parte. Esta última no debe, normalmente, asumir la carga de tener que comprobar que la primera no sufrió descuidadamente su error. Ahora bien, si la otra parte sabe que la primera se encuentra en un error y le supone poco problema destacárselo, el que esa primera parte hubiere actuado negligentemente (sin cuidado) no debe impedirle liberarse y su error no ha de tratarse como inexcusable<sup>77</sup>.

[25] Por último, en relación con el artículo 4:103 (2) (b) PECL se apunta, en el *Comment K*, que hay algunos contratos en los que las partes asumen deliberadamente el riesgo de lo desconocido, o

---

En otro plano, sobre la excusabilidad y la reconocibilidad del error en el Derecho italiano, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 115-127.

b) Para el Derecho español, *infra* [204] ss., y para el francés antes y después de su reforma de 2016, *infra* [276] ss.

<sup>72</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 233. «*Illustration 6*: A party pays £200,000 for an antique desk made by Chippendale. She agrees to this price because she has read that such prices were commonly paid for Chippendale desks a few years ago. She does not know that subsequently the market prices for antique furniture of all types have declined dramatically and is the desk much less valuable than she supposed. The buyer may not avoid the contract» (*op. cit.*, p. 233).

<sup>73</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

<sup>74</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. Añado, sobre la identidad del otro contratante o sobre sus cualidades cuando las mismas sean relevantes.

<sup>75</sup> «*Comment H* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. «A frequent form of “mistake” is that one party makes some slip in communicating its intentions, e. g. by writing “£10,000” when it meant “£100,000”» (*op. cit.*, p. 234).

<sup>76</sup> «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

<sup>77</sup> «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. «*Illustration 8*: N asks for bids for a piece of construction work; the information give to tenderers indicates that the contractor will probably strike rock at one point on the site. O sends in a tender which has no item for excavating rock, only for excavating soil. N should point this out, and if it does not and the mistake is sufficiently serious, O should be able to avoid the contract» (*op. cit.*, p. 234).

han de ser tratadas como si lo hicieran<sup>78</sup>. *En tales casos, la parte afectada no debe ser capaz de anular el contrato por error, si el riesgo se materializa*<sup>79</sup>. Un ejemplo es, si dicha parte sabía que celebraba el contrato sin pleno conocimiento<sup>80</sup>; en otras ocasiones, ha de considerarse que la parte asumió el riesgo de la materialización del error<sup>81</sup>.

## 2.2 El artículo 4:104 PECL: *Inaccuracy in Communication*

[26] La explicación de dicho error se conecta, en el *Comment* del artículo, con las normas de interpretación contractual; en concreto, con el artículo 5:101 PECL, que en breve reproduzco. Advierto de la extrema minuciosidad con la que en dicho *Comment* se van distinguiendo hipótesis y soluciones.

Artículo 5:101 PECL: «General Rules of Interpretation

(1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.

(2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.

(3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances».

[27] Según el *Comment A* del artículo 4:104 PECL, a veces sucede que, debido a un error de expresión en una comunicación, o a un error en su transmisión, *dicha comunicación no expresa la verdadera voluntad de la parte*<sup>82</sup>. Por ejemplo, la oferta escrita

<sup>78</sup> «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

<sup>79</sup> «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234.

<sup>80</sup> «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 234. «*Illustration 9*: A decides to sell the entire contents of a house he has inherited at an auction. He is conscious that he does not know the value of the items, but he deliberately decides not to bother to have them valued first. At the auction B buys a picture for a low price. B knows that it is by Constable but does not point this out. A cannot avoid the contract for mistake» (*op. cit.*, p. 235).

<sup>81</sup> «*Comment J* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 235. «*Illustration 10*: A yacht chandler in England chartered to a German amateur sailor a yacht which they believe to be moored at Marseilles. Unknown to either party, shortly beforehand the yacht had been sunk when it was rammed by another vessel. The chandler, being a professional dealing with a non-professional, and moreover being in a position to know the facts whereas the other party had no possibility of this, may not avoid the contract but is liable for non-performance» (*op. cit.* p. 235).

<sup>82</sup> «*Comment A* del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

expresa, por error, un precio de 10.000 £ en vez de 100.000 £<sup>83</sup>. Si *la otra parte* acepta la oferta escrita –precio de 10.000 £– *sin saber del error* –que el precio era 100.000 £– ¿cuál es su posición si más tarde sale a la luz el desacuerdo en el precio?<sup>84</sup>

*Si no hay una común voluntad entre las partes, lo normal es que la parte se vincule al aparente sentido de lo que dice o hace, pues la otra parte habrá razonablemente tomado sus palabras o su conducta por lo que aparentemente valen, y si el destinatario de la oferta no sabe del error que esta contiene, ni tiene razón para saberlo, puede mantener vinculado al contrato al que se equivocó*<sup>85</sup>. Pero, si el destinatario de la oferta *sabe* lo que el oferente quería y *acepta su oferta sin comentar nada*, pues *quiere* el precio de 100.000 £, el artículo 5:101 (1) PECL soluciona el problema: *la común intención de las partes fue 100.000 £ como precio*<sup>86</sup>. Y si la otra parte –la que no erró– *no quería aceptar una oferta de 100.000 £, y sabiendo que la oferta (real) eran esas 100.000 £, simplemente la acepta sin llamar la atención sobre el error* (10.000 £), él *no* ha de aprovecharse de la ventaja del error ajeno, vinculándose contractualmente al precio 100.000 £ (no al de 10.000 £)<sup>87</sup>.

Otro supuesto es si la otra parte –la que no erró– *sabe* que hay un error, *pero no sabe en qué consiste y se limita a aceptar* la oferta, u otra comunicación, *sin llamar la atención acerca del error*; en tal caso *no* se le podrá mantener vinculado al contrato según lo que la parte que erró realmente pretendía<sup>88</sup> (100.000 £). Pero si el error fue *fundamental*, la parte que *erró* ha de poder anular el contrato<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

<sup>84</sup> «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242.

<sup>85</sup> «Comment A del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242. Se citan los artículos 5:101 (2) PECL [*sic*, art. 5:101 (3) PECL] y 2:102 PECL («Intention/ The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party»).

<sup>86</sup> «Comment B del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242; se advierte: «and the contract is for that sum [100.000 £] even if the other party later uses the inaccuracy as a pretext for avoiding the contract».

<sup>87</sup> «Comment C del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 242. «Illustration 1: A offers to sell B, another fur trader, hare skins at £1.00 per kg; this is a typing error for £1.00 per piece. Skins are usually sold by the piece and, as there are about six skins to the kilo, the price is absurdly low. B knows what A meant as skins are never sold by the kilo, always by the piece, but nonetheless B purports to accept. He cannot hold A to supplying skins at £1.00 per kilo; instead there is a contract at £1.00 per piece» [*op. cit.*, pp. 242-243; v. *Hartog v Colin & Shields* (1939), CHEN-WISHART (2015) p. 49].

<sup>88</sup> «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

<sup>89</sup> «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243. «Illustration 2: A and B have been negotiating for a lease of A's villa; A has been asking £1,300 per month, B has offered £800 per month. A writes to B offering to rent him the villa for £100 per month; this is a slip of the pen for £1,000. B realises that A must have made a mistake but does not know what it is. He writes back simply accepting. A may avoid the contract» [*op. cit.*, p. 243].

El artículo 4:104 PECL trata ese error y quien erró puede anular el contrato según el artículo 4:103 PECL<sup>90</sup>.

Si la otra parte *no sabía del error* en la comunicación de la otra, *no* se la mantendrá necesariamente vinculada con el que erró *según el significado normal de las palabras empleadas*<sup>91</sup>. Si, en las circunstancias del caso, una persona razonable *no* hubiera interpretado las palabras en su significado usual, *sino en la forma que pretendía la persona que hizo la comunicación*, entonces –con apoyo en el art. 5:101 (2) PECL– a la otra parte se la mantendrá vinculada a esa interpretación<sup>92</sup>. *Si no fue claro el significado de lo que se pretendía*, la parte que erró puede anular el contrato con fundamento en el artículo 4:103 PECL<sup>93</sup>.

[28] *Otro caso* es si una parte se equivoca acordando algo que no quiere y *ello se debe a la conducta de la otra parte (la que no yerra)*<sup>94</sup>. Esta última no podrá mantener vinculado al que erró al aparente acuerdo, si debía haberse dado cuenta de que este último podría haber acordado algo que no quiso<sup>95</sup>.

[29] Tras toda la antecedente exposición sobre el error del artículo 4:104 PECL, se recuerda que, según el artículo 4:103 PECL, aplicable a los errores del artículo 4:104 PECL, *el error inexcusable no permite la anulación del contrato*, recordándose su justificación<sup>96</sup>. Y *ubicándose en los errores del artículo 4:104 PECL*, se apunta que muchos de ellos lo son por falta de cuidado, lo que no significa necesariamente que sean inexcusables, pues el concepto de inexcusabilidad es *relativo*<sup>97</sup>. Frente a los errores de hecho o de derecho del artículo 4:103 PECL, en el error del artículo 4:104 PECL *es mucho menos gravoso preguntar a la otra parte*, a fin de chequear la aparente declaración sobre la que se tienen razones para pensar que podría adolcer de un error, incluso si ello fuera por una actuación sin cuidado del que erró<sup>98</sup>. Por último, se

<sup>90</sup> «Comment D del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

<sup>91</sup> «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

<sup>92</sup> «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243. «Illustration 3: As Illustration 1 above [*supra* nota 87] but it is not proved that B knew of the mistake. If, given the custom in the trade and the price offered, the meaning of A's communication should have been known to any reasonable person in the same circumstances, B cannot hold A to the apparent contract and is bound to buy a £1 per piece» (*op. cit.*, p. 243).

<sup>93</sup> «Comment E del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

<sup>94</sup> «Comment F del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243.

<sup>95</sup> «Comment F del artículo 4:104 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 243; «Illustration 4: A books a package holiday with B Company. B offers various tours as well as the flight and hotel accommodation. A does not want these tours as they are very expensive, but the booking form used by B is very hard to follow and by mistake A checks a box indicating that she wants all the tours. B cannot hold A to this» (*op. cit.*, pp. 243-244).

<sup>96</sup> «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

<sup>97</sup> «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

<sup>98</sup> «Comment G del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244; «It has only to ask, "You do mean what you say on page 2?", or "You are aware of clause x?"

recuerda que el error relevante, según el artículo 4:103 PECL, es el *fundamental*, lo que se aplica al error del artículo 4:104 PECL<sup>99,100</sup>.

[30] *Finalmente, otras veces* el error tiene lugar en la *transmisión de la comunicación que se envía a través de un tercero* –por ejemplo, una compañía de telégrafo– *sin culpa del emisor*<sup>101</sup>. Quien así envió su declaración, eligió su forma de comunicación y debe asumir el riesgo, y los PECL tratan esa situación como si el error lo hubiera causado el que envió la declaración<sup>102</sup>.

## II. EL DCFR

[31] Como es conocido, *parte* del DCFR es una versión revisada de los PECL y *en esa parte revisada se encuentran la imposibilidad inicial y el error*. Además, los *Comments* oficiales de los artículos del DCFR que interesan suelen reproducir, o tener un similar contenido, al de los equivalentes *Comments* oficiales de los PECL –hay pequeños cambios de redacción o/y se añade algún *Comment* más–<sup>103</sup>. Por ello, no reitero para el DCFR lo que ya indiqué para los PECL y me detengo en la novedad.

Thus the fact that the mistaken party was seriously at fault is not necessarily a bar to relief» (*op. cit.*, p. 244).

<sup>99</sup> «*Comment G* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

<sup>100</sup> Expuesto el error del artículo 4:104 PECL, adelanto que su regulación coincide con la del artículo II.-7:202 DCFR (*Inaccuracy in communication may be treated as mistake*; *infra* [34] y [38]). BOSCH CAPDEVILA se muestra crítico con el tratamiento unitario que el DCFR da al error (vicio) y al error en la declaración –lo que traslado a los PECL–. Tras indicar que, si el error obstativo no puede solucionarse con las reglas de la interpretación contractual, procede aplicar las del error vicio del artículo II.-7:201 DCFR [art. 4:103 PECL], el autor destaca que no todas las reglas del último artículo pueden sin más trasladarse al error obstativo, siendo algunas de difícil aplicación [así la exigencia de la excusabilidad del error, que entiende que pocas veces sucederá, pues lo normal es que el error en la declaración se deba a la culpa del que erró; también es de difícil aplicación los requisitos del artículo II.-7:201.1.b) DCFR]. «Por ello, no puede hacerse una traslación mimética de las reglas del error vicio al error en la declaración de la voluntad» y de conformidad con el principio de buena fe, esas reglas han de ajustarse a las especialidades del error obstativo. Advierte, que por existir una voluntad negocial correctamente formada (la voluntad interna), el error obstativo puede también dar lugar a la adaptación del contrato según los términos de esa voluntad interna. Y «[a]sí [...] la remisión a las reglas del error vicio no parece lo más oportuno, sino que, en nuestra opinión, harían falta unas reglas propias reguladoras del error obstativo. Y lo cierto es que los Comentarios Oficiales, tanto de los PECL como del DCFR, no aplican exactamente las reglas del error vicio, sino que hacen una adaptación peculiar de las mismas. [...]» [(2012) pp. 473-474].

<sup>101</sup> «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244.

<sup>102</sup> «*Comment I* del artículo 4:103 PECL», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 244. De la regla *se excluye* el supuesto en que la notificación fue necesaria *por el incumplimiento del destinatario de la declaración*, al que se aplica el *dispatch principle*, artículo 1:303 (4) PECL (*op. cit.*, p. 244).

<sup>103</sup> Lógicamente, las *Notas de Derecho comparado* de los artículos del DCFR (2009) son más actuales y completas que las de los PECL (2000); de ahí que las utilizara para la imposibilidad inicial *supra* [16] y nota 42.

## 1. EL ARTÍCULO II.-7:102 DCFR: *INITIAL IMPOSSIBILITY OR LACK OF RIGHT OR AUTHORITY TO DISPOSE*

[32] Dispone la regla del artículo 4:102 PECL (*supra* [14]) con el añadido de que el contrato no es inválido *en todo o en parte* y una mayor precisión en su leyenda.

Artículo II.-7:102 DCFR: «Initial impossibility or lack of right or authority to dispose

A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates»<sup>104</sup>.

[33] El contenido de los *Comments* del artículo II.-7:102 DCFR equivale *en esencia* al del *Comment* del artículo 4:102 PECL y a ello remito (*supra* [15])<sup>105</sup>, si bien a este último contenido se *añaden* las siguientes consideraciones: «[t]he second situation [...] – namely, where the seller of an asset, at the time of conclusion of the contract, has no right or authority to dispose of it – *is an even more clear case where it would be bad policy to preclude the formation of a contract*. It might be perfectly possible for the seller to obtain the asset, or to acquire authority to dispose of it, by the time the obligation to transfer ownership falls to be performed. In practice many contracts are entered into in relation to assets which do not yet exist but which are expected to exist by the time when the obligation falls to be performed» (cursiva mía)<sup>106</sup>.

## 2. EL ERROR EN EL DCFR<sup>107</sup>

[34] Lo regulan los artículos II.-7:201 y II.-7:202 DCFR<sup>108</sup>.

Artículo II.-7:201 DCFR: «Mistake

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different

<sup>104</sup> De los artículos del DCFR hay traducción al español: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia* (DCFR), coord. Carmen Jerez Delgado (2015).

<sup>105</sup> «*Comments* del artículo II.-7:102 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 454.

<sup>106</sup> «*Comments* del artículo II.-7:102 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 454.

<sup>107</sup> Analiza los vicios del consentimiento del DCFR, BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 465 y ss.

<sup>108</sup> Un breve comentario crítico comparando las regulaciones del error de la *Interim Outline Edition* del DCFR (2008) y de los PECL, por EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, *ADC* (2009) pp. 1511-1513.

terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and

(b) the other party:

(i) caused the mistake;

(ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;

(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or

(iv) made the same mistake.

(2) However a party may not avoid the contract for mistake if:

(a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party».

Artículo II.-7:202 DCFR: «Inaccuracy in communication may be treated as mistake

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is treated as a mistake of the person who made or sent the statement».

## 2.1 El artículo II.-7:201 DCFR: *Mistake*

[35] *Comparándolo con el artículo 4:103 de los PECL*, el del DCFR presenta cambios *menores* –así, el orden en la disposición de sus reglas– e incorpora *la siguiente importante novedad*: a las (posibles) causas de error de los apartados (i), (ii) y (iii) del artículo 4:103 (1) (a) PECL (*supra* [17] ss.) –cuyos equivalentes son las (posibles) causas de error de los apartados (i) (ii) y (iv) del artículo II.-7:201 DCFR– el DCFR añade otra (nueva). Según el *apartado (iii)* del artículo II.-7:201 (1) DCFR, cumpliéndose los demás requisitos, es causa de error que el contrato se celebrara *por el incumplimiento de un deber precontractual de información de la otra parte, o por el incumplimiento de la otra parte del deber de poner a disposición medios que permitan la corrección de errores de input*. En el *Comment F* poco se indica sobre esas nuevas (posibles) causas de error, aunque se aclara que se refieren a situaciones en que se incumple, *no un deber general de buena fe, sino un particular deber de información precontractual, o un deber de poner medios para corregir la introducción de errores (inputs errors)*<sup>109</sup>.

<sup>109</sup> «*Comment F* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 461.

El artículo II.-7:201 DCFR *establece una sanction para los deberes del Libro II del DCFR –Capítulo 3, Sección 1, y Sección 2 (Duty to prevent input errors and acknowledge receipt)– y para los deberes precontractuales del Libro IV del DCFR –Specific contracts and the rights and obligations arising from them–*<sup>110</sup>.

En el Libro II del DCFR –*Contracts and other juridical acts–*, Capítulo 3 –*Marketing and pre-contractual duties–*, Sección 1 –*Information duties–*, el artículo II.-3:109 dispone las reglas que siguen, siendo de particular interés, en lo que ahora interesa, la del apartado (4):

«Remedies for breach of information duties

(1) If a business has a duty under II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract.

(2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as to the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.

(3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph.

(4) *The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II.-7:201 (Mistake)*<sup>111</sup>.

(5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> «*Comment F* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 461. Cfr. con el artículo 48.1 (b) (ii) del retirado CESL. Sobre el error del CESL, MESA MARRERO, *RDC* (2015) pp. 29-63; y sobre los distintos vicios del consentimiento del CESL y sus efectos (arts. 48-57 CESL), BOSCH CAPDEVILA (2015) pp. 195-221 (para el error, pp. 196-202).

<sup>111</sup> «[...] Finally, it is made clear by paragraph (4) that remedies for mistake are not affected. Under II.-7:201 (Mistake) paragraph (1)(b)(iii) a party may be able to avoid a contract for mistake if the other party caused the contract to be concluded in error by failing to comply with a pre-contractual information duty» [«*Comment A* del artículo II.-3:109 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 235]. V. la nota siguiente.

<sup>112</sup> En el «*Comment E* del artículo II.-3:109 DCFR» se explica la relación entre los remedios disponibles por el incumplimiento de deberes de información precontractual y otras reglas del DCFR: «In some situations an omission to give information can be mislea-

[36] *Más allá de lo anterior*, en el *Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR se vierten unas interesantes y certeras consideraciones acerca de la variedad que hay en el Derecho comparado en la regulación del error (*supra* [2]-[3]), de las que conviene dar cuenta. Según dicho *Comment*, como se desprende de las *Notas de Derecho comparado* del artículo II.-7:201 DCFR, hay diferencias sustanciales entre los Derechos de los Estados miembros sobre cómo conceptualizar los casos de error y sus soluciones sustantivas<sup>113</sup>. Y al respecto, algunos sistemas son muy reacios a conceder un remedio cuando una parte celebró el contrato como resultado de un *self-induced* error, más que como el resultado de la incorrecta información suministrada por la otra parte<sup>114</sup>. Además, incluso si la otra parte conoció del error de la primera, puede no exigírsele que llame la atención sobre él<sup>115</sup>. Otros Derechos tratan esa conducta, dependiendo de las circunstancias, como algo contrario a la buena fe; y pueden permitir a una parte anular el contrato con fundamento en que se trata de un error serio, incluso si fue *self-induced* y desconocido para la otra parte<sup>116</sup>. *El artículo II.-7:201 DCFR (y los cuatro siguientes artículos) persigue(n) establecer unos principios que contengan un justo equilibrio entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte*<sup>117</sup>. *No se pretenden «principios comunes» con fundamento en los diferentes Derechos, aunque reflejen lo que es fundamento en muchos de ellos*<sup>118</sup>. Se señala que en algunos casos, particular-

ding in a way that makes the general provisions on validity of contracts or on unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in this Section may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc., although those consequences may not amount to remedies in the strict sense./ In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for non-performance of contractual obligations may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant fact, this party in a contract of sale has the ordinary remedies for lack of conformity» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 237].

<sup>113</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>114</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>115</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>116</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>117</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>118</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457. VAQUER ALOY señala que, frente a los PECL, basados «en profundos estudios de derecho comparado, previos a la redacción de las *black letter rules*», en el *Study Group* (uno de los grupos encargados del DCFR) o al menos en algunos de sus grupos, «el método [de trabajo] consistió en la formulación de *best rules*, esto es, de aquellas normas que se consideraron más apropiadas, pero no necesariamente a partir de estudios comparados, sino sobre la base de las convicciones del *working team* y, en su caso, de los *advisors*», redactándose con posterioridad las notas de Derecho comparado que acompañan a cada artículo, y eso constituye «una de las críticas formuladas al Marco Común de Referencia académico, que pretendía contribuir a la armonización sin la base de la comparación previa y profunda» [(2015) p. 32]. La idea indicada en el cuerpo del texto, del *Comment A* del

mente en contratos con consumidores, las previsiones del artículo II.-7:201 DCFR se complementan con las reglas de los deberes precontractuales de información –Capítulo 3, Sección 1, del Libro II del DCFR–<sup>119</sup>. Y –recuerdo– el antes mencionado artículo II.-3:109 DCFR ordena que los remedios que provee, lo son, *sin perjuicio de cualquier remedio del que pueda disponerse con base en el artículo II.-7:201 (mistake)*.

[37] El contenido del resto de los *Comments* del artículo II.-7:201 DCFR es esencialmente similar a los del artículo 4:103 PECL y remito a ellos (*supra* [18] ss)<sup>120</sup>.

artículo II.-7:201 DCFR, responde implícitamente a esa búsqueda de la *best rule*, y no a la búsqueda de principios comunes a los distintos Derechos nacionales, y en lo que a mí me interesa, el error, lo cierto es que los PECL y el DCFR, cada uno con su método de trabajo, tienen unas regulaciones muy cercanas, con alguna importante diferencia que he expuesto en el cuerpo del texto.

<sup>119</sup> «*Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR», VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 457.

<sup>120</sup> a) Así sucede entre: «*Comment B* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment B* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment C* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment C* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment D* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment D* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment F* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment G* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment G* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment H* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment H* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment I* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment I* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment J* del artículo II.-7:20 DCFR»; «*Comment J* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment K* del artículo II.-7:201 DCFR»; «*Comment K* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment L* del artículo II.-7:201 DCFR» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) pp. 458-463].

b) Los «*Comment E* del artículo 4:103 PECL»/«*Comment E* del artículo II.-7:201 DCFR», ambos referidos al *mistake known to other party*, si bien contienen ideas similares, las del *Comment* del artículo II.-7:102 DCFR son más rotundo y directas; en concreto: «A party should not normally be permitted to remain silent, with the deliberate intention of deceiving the other party, on some point which might influence the other party's decision on whether or not to enter the contract. It is true that some legal systems within the EU as a general rule do allow a party to remain silent about important information, even if aware that it would influence the other's decision. That may be appropriate in certain cases, for example when the knowledgeable party has only gained the knowledge at considerable expense, or in highly competitive commercial situations [...]./ English law contrasts sharply with the position in the *European Draft Common Frame of Reference* [esa cursiva, negrita en el original]. Article II.-3:101 recognises a general duty of disclosure which applies to *all* business and consumer contracts, with the latter attracting a higher duty. The business is liable for any loss caused to the other party by its failure to disclose even if no contract is concluded (art. II.-

Desde el *Common Law*, comparando con el DCFR, CHEN-WISHART: «During contractual negotiations, a party need not say anything; but anything he or she *does* say should at least be honest. Contract law responds to *active* misrepresentations; at common law there is generally no liability for omissions; that is, for silence or non-disclosure, even if it relates to important facts that the silent party knows or should know that the other party is ignorant of or mistaken about [...]./ English law contrasts sharply with the position in the *European Draft Common Frame of Reference* [esa cursiva, negrita en el original]. Article II.-3:101 recognises a general duty of disclosure which applies to *all* business and consumer contracts, with the latter attracting a higher duty. The business is liable for any loss caused to the other party by its failure to disclose even if no contract is concluded (art. II.-

## 2.2 El artículo II.-7:202 DCFR: *Inaccuracy in communication may be treated as mistake*

[38] Ese artículo tiene la misma redacción que el paralelo artículo 4:104 PECL. Los *Comments* del artículo II.-7:202 DCFR reproducen en esencia los del artículo 4:104 PECL<sup>121</sup>. Por lo anterior, me remito a lo indicado *supra* [26] ss.

### III. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT 2010

#### 1. EL ARTÍCULO 3.1.3 PRINCIPIOS UNIDROIT 2010: IMPOSIBILIDAD INICIAL

[39] Como indica la leyenda del artículo, el mismo se refiere a la imposibilidad inicial.

Artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviera facultada para disponer de los bienes objeto del contrato» (cursiva del original).

[40] *Para el supuesto del apartado (1) –imposibilidad de cumplimiento cuando la celebración del contrato– en el Comentario 1 del artículo se destaca el *distinto trato* que los *Principios UNIDROIT 2010* dan a la compraventa de bien *periculado cuando la perfección del contrato*, teniendo en cuenta que «numerosos sistemas jurídicos» «consideran *nulo*» al contrato<sup>122</sup>. Los *Principios UNIDROIT 2010*, «*de acuerdo con las tendencias más modernas*», «establece[n] en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible» (cursivas*

3:109(3))./ Nevertheless, English law can protect the less knowledgeable party by: (i) extending the catchment of actionable misrepresentations; (ii) imposing a duty to disclose where the parties are in special relationships; and/ (iii) invoking other doctrines which can meet the problem of non-disclosure indirectly» [salvo la indicación que he hecho, el resto de la cursiva es del original; (2015) pp. 215-216, v. hasta p. 218].

<sup>121</sup> Así, *Comments A, B, C, D, E, F, G, H e I* del artículo II.-7:202 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) pp. 478-481] y los paralelos *Comments* del artículo 4:104 PECL.

<sup>122</sup> «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

mías)<sup>123</sup>. *El contrato es válido y se aplica el régimen del incumplimiento; la imposibilidad inicial se equipara a la sobrevenida*<sup>124</sup>.

*Se aclaran, además, dos cosas. Una, que el artículo 3.1.3 Principios UNIDROIT 2010 «despeja las dudas» sobre la validez del contrato de cosas futuras*<sup>125</sup>. Otra, que si el origen de la imposibilidad inicial de cumplimiento es *una prohibición legal* –de exportación, de importación, etc.– la *validez del contrato depende* de si conforme al Derecho bajo el que se dicta la prohibición, la misma «tiene el propósito de *invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato*» (cursiva mía)<sup>126</sup>.

Finalmente se advierte, que los *Principios UNIDROIT 2010 se apartan* de «algunos sistemas de tradición jurídica romanista» que disponen que el *objeto* del contrato debe ser *posible* (requisito) y de «la exigencia de *causa* establecida por estos sistemas jurídicos, ya que en el supuesto de una imposibilidad inicial de cumplimiento falta la causa de la contraprestación»<sup>127</sup>.

[41] *Para el supuesto del apartado (2)* –no se tiene la facultad de disposición del bien cuando la celebración del contrato– en el Comentario 2 del artículo se indica, desde la perspectiva del Derecho comparado, que «[a]lgunos sistemas jurídicos establecen la *nulidad* de un contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias», «y en base a razones más convincentes» los *Principios UNIDROIT 2010* lo consideran *válido* (cursiva mía)<sup>128</sup>. El contratante afectado «puede, y de hecho frecuentemente así suce-

<sup>123</sup> «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

<sup>124</sup> «[...]». Conforme a estas disposiciones [del incumplimiento] podría tenerse en cuenta, por ejemplo, al hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato» [«Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114].

<sup>125</sup> «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114.

<sup>126</sup> «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114. Cfr. artículo 3.3.1 *Principios UNIDROIT 2010* (*Contratos que violan normas de carácter imperativo*) y comentario (*op. cit.* pp. 145-156).

<sup>127</sup> «Comentario 1 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 114. Sobre la consideración de la causa, en el Comentario se remite al artículo 3.2 *Principios UNIDROIT*, que no existe en la versión 2010 de los *Principios UNIDROIT* (la que empleo), pero, en la *Tabla de correspondencia de los artículos de las ediciones de 1994, 2004 y 2010 de los Principios UNIDROIT* se indica que el artículo equivalente al artículo 3.2 *Principios UNIDROIT* edición 2004 y 1994 es el artículo 3.1.2 edición 2010 (*op. cit.*, p. LIII); y este último dispone: «(Validez del mero acuerdo)/ Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, *sin ningún requisito adicional*» (la última cursiva, mía). Por otro lado, se ha publicado la versión 2016 de los *Principios UNIDROIT*, en la que no se modifican los artículos y comentarios de la versión 2010 de los *Principios UNIDROIT* que en este trabajo analizo [v. tabla de equivalencias en p. xxxviii, y también pp. vii-viii, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (2016)].

<sup>128</sup> «Comentario 2 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 115.

de, adquirir la legitimación o el poder de disposición sobre dichos bienes *con posterioridad* a la celebración del contrato», y «[s]i esto no sucede, se aplicarán las disposiciones sobre incumplimiento» (cursiva mía)<sup>129</sup>.

## 2. EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT 2010*

[42] Los artículos 3.2.1, 3.2.2, y 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010* lo regulan.

Artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*: «(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» (cursiva del original).

Artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*: «(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» (cursiva del original).

Artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*: «(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» (cursiva del original).

<sup>129</sup> «Comentario 2 del artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 115.

## 2.1 El artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010: Definición del error*

[43] Según dicho artículo, el error es una «concepción equivocada» y puede ser *de hecho* o *de derecho*. En el *Comentario 1* del artículo se destaca esa *equiparación* de trato jurídico, justificado en «la creciente complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos», lo cual se acrecienta «en el tráfico transfronterizo», pues el contrato puede ser afectado «por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado»<sup>130</sup>. Es pues una razón de *eficiencia práctica*, la que conduce *al tratamiento jurídico unitario* entre el error de hecho y el de derecho.

También se destaca –ahora en el *Comentario 2* del artículo– que el momento jurídicamente relevante para la apreciación del error es el de la *celebración del contrato*. Esa exigencia permite diferenciar al error de los supuestos «en que se deberán ejercer[se] las acciones por incumplimiento»<sup>131</sup>.

## 2.2 El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010: Error determinante*

[44] Es *requisito* del error su *gravedad* (art. 3.2.2 inicio *Principios UNIDROIT 2010*)<sup>132</sup>. Para apreciarlo se ordena el criterio de «una persona razonable, [que] 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». Según el *Comentario 1* del artículo, «[e]l peso e importancia del error deben valorarse combinando criterios objetivos/subjetivos»<sup>133</sup>. Se «recurre a una fórmula abierta» y «ese criterio flexible hace una referencia directa a la voluntad de las

<sup>130</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 117.

<sup>131</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 117-118; «muchas veces un caso típico de error puede ser considerado como un obstáculo que evita o impide el cumplimiento del contrato. Se aplican las reglas del error si una parte ha celebrado un contrato bajo una falsa concepción de los hechos o del contexto jurídico, y por lo tanto, se equivoca acerca de los efectos del contrato. Si, por el contrario, una parte ha tenido una acertada concepción de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se celebró el contrato, pero incurre en un juicio equivocado acerca de sus efectos y más tarde se niega a cumplirlo, en este supuesto se trata de un caso de incumplimiento más que de error» (*op. cit.*, p. 118).

<sup>132</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

<sup>133</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

partes y a las circunstancias del caso»<sup>134</sup>. Se aclara que para saber la intención de las partes han de aplicarse las normas de la interpretación del contrato (Capítulo 4), y los «parámetros mercantiles y los usos pertinentes cobrarán especial importancia»<sup>135</sup>.

El artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010* no menciona tipos de error que pueden ser relevantes, y tipos que no pueden serlo. Simplemente, ordena los requisitos que el error –de hecho o de derecho, art. 3.2.1 *Principios UNIDROIT 2010*– debe reunir para ser jurídicamente relevante<sup>136</sup>.

[45] Junto con ser grave, el apartado (a) del artículo 3.2.2 (1) *Principios UNIDROIT 2010* exige que el error reúna otros requisitos (*alternativos*), «que tienen *en común* el hecho de que la contraparte de quien incurre en error *no merece protección*, porque de una u otra forma ha contribuido al error de la parte equivocada» ( *cursiva mía*)<sup>137</sup>. Procedo a su análisis.

*Un* (posible) supuesto (causa) es el *error compartido*, para el que se indica como ejemplo el de un objeto *existente en el momento de la celebración del contrato* (objeto robado y dato desconocido por los contratantes)<sup>138</sup>. Pues, si el objeto *no existía cuando la celebración del contrato* por haberse *destruido*, ha de tenerse presente lo que dispone el artículo 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010* (*Imposibilidad inicial; supra* [39] ss.)<sup>139</sup>.

*Otra* (posible) causa de error es el *causado por la contraparte*. «Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas –expresas o tácitas, *culposas o no culposas*– o en un comportamiento que en determinadas circunstancias [*sic*] puede ser considerado como una manifestación. Incluso el

<sup>134</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

<sup>135</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 119.

<sup>136</sup> Ahora bien, en el «Comentario 1 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*» se considera: «Normalmente, ciertos errores, tales como los que versan sobre el valor de los bienes o servicios o las meras expectativas o propósitos de la parte que ha incurrido en error, no se consideran relevantes en las operaciones mercantiles. Lo mismo puede decirse del error que se refiere a la identidad de la persona con quien se contrata o a sus cualidades personales, aunque en algunos casos, circunstancias especiales pueden convertir el error en determinante (v.g. cuando los servicios que deben prestarse requieren de cierta cualidad personal, o cuando el préstamo se otorga en base a la solvencia del prestatario)» [*Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 119-120].

<sup>137</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

<sup>138</sup> «Ejemplo/ 1. Al celebrar un contrato de compraventa de un automóvil deportivo, “A” y “B” no tenían conocimiento –y no podrían haberlo tenido– de que en ese momento el automóvil había sido robado. En este caso es admisible la anulación del contrato» [«Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120].

<sup>139</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

silencio puede dar lugar a error. Generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones» (cursiva mía)<sup>140</sup>. Ahora bien, si el error lo causó la otra parte *intencionadamente*, se aplica el artículo 3.2.5 *Principios UNIDROIT 2010* referido al dolo<sup>141</sup>.

Y la *tercera* (posible) causa de error se origina en que *la otra parte conoció del error en que se encontraba su contraparte, o debía haberlo conocido, y dejarla en ese error contrariaba los criterios comerciales de lealtad negocial*. En el *Comentario 2* se alude al criterio de la persona razonable, en circunstancias similares, para apreciar el «conocía o debió haber conocido»<sup>142</sup>. Además, para poder anular el contrato, «la parte equivocada debe demostrar [...] que la otra tenía la obligación de informarle de su error»<sup>143</sup>.

[46] Y junto con ser grave, el apartado (b) del artículo 3.2.2 (1) *Principios UNIDROIT 2010* dispone una regla *alternativa* a las de su apartado (a): que se puede anular el contrato, si en el momento de la anulación, *la otra parte aún no había actuado razonablemente de conformidad con el contrato*. En el *Comentario 2* nada se justifica sobre la razón de la norma, mencionándose, para el momento de la anulación, a los artículos 3.2.12 (Plazos) y 1.10 *Principios UNIDROIT 2010* (Notificación)<sup>144</sup>.

[47] *Ahora bien*, el error *no* permite la anulación del contrato, si se debió a *culpa grave* del que erró [art. 3.2.2 (2) (a) *Principios*

<sup>140</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 120.

<sup>141</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121. Artículo 3.2.5 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Dolo)/ Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial» (cursiva del original).

<sup>142</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

<sup>143</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

<sup>144</sup> «Comentario 2 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121. Artículo 3.2.12 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Plazos)/ (1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente./ (2) [...]»; artículo 1.10 *Principios UNIDROIT 2010*: «(Notificación)/ (1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias./ (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida./ (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal./ (4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención» (cursivas del original).

UNIDROIT 2010]. Si en tal caso se permitiere la anulación del contrato, ello sería «injusto» para la otra parte<sup>145</sup>.

[48] *Ni tampoco* puede anularse el contrato, si el error recayó sobre una materia sobre la cual *se asumió la posibilidad del error, o debía soportarse* el riesgo de su error –su posible materialización– tomando en cuenta las circunstancias del caso [art. 3.2.2 (2) (b) *Principios UNIDROIT 2010*]. Para la asunción del riesgo, en el *Comentario 3* se indica el ejemplo de los «contratos de especulación» (contrato aleatorio)<sup>146</sup>; se incluyen cuando *una* de las partes asumió el riesgo del error<sup>147</sup> y cuando *ambas* lo asumieron en contratos con «expectativas antagónicas acerca de lo que ocurrirá en el futuro (v.gr. las relativas a precios y tipos de cambio)»<sup>148</sup>.

### 2.3 El artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010: Error en la expresión o en la transmisión*

[49] De conformidad con dicho artículo, a esos errores se les aplican las reglas del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT* (equiparación en el trato jurídico<sup>149</sup>).

[50] Según el *Comentario 1*, si el error es de «entidad suficiente (especialmente si deriva de una expresión incorrecta de cifras), el receptor de dicha transmisión será –o debería ser– consciente del error»<sup>150</sup>. Lo anterior apunta al error que, *dada su gravedad*, ha de percibirse por el destinatario de la declaración, e indirectamente se apunta a que este último podría haber deshecho el error (algo éticamente correcto). Pero, «[c]omo los Principios [UNIDROIT 2010] no impiden al receptor/destinatario aceptar una oferta transmitida o expresada erróneamente, corresponde al remitente/oferente alegar el error y anular el contrato, conforme a lo dispuesto en el Artículo

<sup>145</sup> «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121.

<sup>146</sup> «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121; «[l]a asunción del riesgo de error es una práctica frecuente que caracteriza a los contratos de especulación» (*op. cit.*, p. 121).

<sup>147</sup> «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 121; «Ejemplo/ 2. “A” vende a “B” una pintura “atribuida” a “C”, un pintor relativamente desconocido, por un precio justo para dichas pinturas. Posteriormente se descubre que dicha obra fue pintada por el famoso pintor “D”. “A” no puede anular el contrato con “B” en base a un supuesto error, dado que el hecho de que la pintura fuese tan sólo “atribuida” a “C” implicaba, sin embargo, el riesgo de que hubiese sido pintada, sin embargo, por un pintor más famoso» (*op. cit.*, pp. 121-122).

<sup>148</sup> «Comentario 3 del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122.

<sup>149</sup> «Comentario del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122; y también se le aplican los artículos 3.1.4 y 3.2.9 a 3.2.16 *Principios UNIDROIT 2010* (*op. cit.*, p. 122).

<sup>150</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122.

3.2.2 cuando concurren las condiciones requeridas. Esta medida procederá especialmente cuando sea contrario a criterios comerciales razonables de lealtad negocial que el receptor/destinatario no informe del error al remitente/oferente»<sup>151</sup>.

[51] El *Comentario 1* del artículo termina con la indicación de que, en algunos casos, el riesgo del error en la expresión, o en su transmisión, *puede o debe asumirlo el «remitente*, si éste recurre a un método de transmisión que sabe, o debiera haber sabido, que no era confiable en general o conforme a las circunstancias concretas del caso» (cursiva mía)<sup>152</sup>.

#### IV. EL DERECHO HOLANDÉS

##### 1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL: SU EVOLUCIÓN AL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO

[52] Hartkamp señala que, a veces, el cumplimiento de las obligaciones contractuales es imposible *ab initio*; por ejemplo, la compraventa de una cosa que no existía, o que ya pertenecía al comprador<sup>153</sup>. Bajo el anterior Código civil (1838), esos contratos eran inválidos por falta de «causa»<sup>154</sup>, pero en el nuevo Código civil (BW) se les aplica *las disposiciones del incumplimiento*<sup>155</sup>. Lo anterior significa, que la parte con derecho al cumplimiento (imposible) puede desvincularse del contrato (arts. 6:265 ss. BW) y si el incumplimiento puede imputarse al deudor, aquella parte puede reclamarle la reparación de los daños (arts. 6:47 ss. BW)<sup>156</sup>.

Por otro lado, Hartkamp indica que el contrato puede recaer sobre cosas o derechos patrimoniales *futuros*, y si bien el Código

<sup>151</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) p. 122; cfr. artículo 3.2.2 (1) (a) *Principios UNIDROIT 2010*.

<sup>152</sup> «Comentario 1 del artículo 3.2.3 *Principios UNIDROIT 2010*», *Principios UNIDROIT 2010* (2012) pp. 122-123; cfr. artículos 3.2.2 (2), (a) y (b), *Principios UNIDROIT 2010*.

<sup>153</sup> HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94.

<sup>154</sup> Redacción originaria del Código civil holandés de 1838 (CCH 1838): artículo 1356: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de los contratos:/ 1.º Consentimiento de las partes que se obligan;/ 2.º Capacidad en ellas para contraer la obligación;/ 3.º Objeto cierto;/ 4.º Causa lícita»; artículo 1371: «La obligación sin causa ó establecida con expresión de una causa falsa, no producirá efectos» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) pp. 365-366].

<sup>155</sup> HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94. Por otro lado, para el CCH 1838, *op. cit.*, núm. 21, p. 48, y para el BW, *op. cit.*, núm. 22, pp. 49-51; para el BW, también HONDIUS/KEIRSE (2013) pp. 304-311.

<sup>156</sup> HARTKAMP (2015) núm. 92, p. 94.

civil de 1838 disponía eso expresamente<sup>157</sup>, en el BW se omitió por considerarse superfluo, salvo la prohibición de donar bienes futuros y la de disponer de la herencia futura<sup>158</sup>.

## 2. EL ERROR

[53] De él se ocupan los artículos 3:35 –error en la declaración– y 6:228 –error vicio– BW. Invierto el orden en su análisis, por ser el que he seguido para la exposición de la oportuna regulación de los PECL, del DCFR y de los *Principios UNIDROIT 2010*.

Artículo 3:35 BW: «The absence of intention in a declaration cannot be invoked against a person who has interpreted another's declaration or conduct in conformity with the sense which he could reasonably attribute to it in the given circumstances, as a declaration of a particular meaning made to him by that other person»<sup>159</sup>.

Artículo 6:228 BW: «1. A contract which has been entered into under the influence of a mistake and which would not have been concluded had there been a correct assessment of the facts, is avoidable:

- a. if the mistake is caused by information given by the other party, unless this party could assume that the contract would have been concluded even without this information;
- b. if the other party, in view of what it knew or ought to have known about the mistake, should have informed the mistaken party;
- c. if the other party, at the moment of concluding the contract, has based itself on the same incorrect assumption as the mistaken party, unless the other party, even if there had been a correct assessment of the facts, would not have had reason to understand that the mistaken party would therefore be prevented from entering into the contract.

2. The avoidance cannot be based on a mistake as to an exclusively future fact, or on a mistake for which, given the nature of the contract, common opinion or the circumstances of the case, the mistaken party should remain accountable»<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> Artículo 1370 CCH 1838: «Las cosas futuras pueden servir de objeto á la obligación./ Sin embargo, no se puede renunciar á una sucesión todavía no abierta, ni convenir ó estipular nada referente á la misma, aun con la aquiescencia de quien deba ser heredado, salvo lo prescrito en los artículos 224, 231 y 233» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) p. 366; v. *supra* nota 154].

<sup>158</sup> HARTKAMP (2015) núm. 90, p. 93.

<sup>159</sup> Traducción en SMITS (2014) p. 67; otras traducciones al inglés del artículo 3:35 BW: HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 21; HARTKAMP (2015) núm. 74, p. 86; y al español, VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996).

<sup>160</sup> Traducción de SMITS (2014) pp. 161-162; otras traducciones al inglés del artículo 6:228 BW: HARTKAMP (2015) núms. 78 y 80 pp. 88-89; HAANAPPEL/MACKAAY (1990) pp. 330-331; y al español VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996).

## 2.1 El artículo 6:228 BW: el error. Su influencia en la regulación de los PECL y en otros textos jurídicos

[54] Dicho artículo regula el «error properly so-called», en el que no hay una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino que la voluntad se formó bajo la influencia del error<sup>161</sup>. El artículo 6:228.1 BW contempla tres tipos de errores. *Uno* –letra a)–, el error causado por una *misrepresentation* (independientemente de su origen fraudulento, negligente o inocente) y error inspirado en el *Common Law*<sup>162</sup>. *Otro* –letra b)–, el error causado por, o reforzado por, el incumplimiento de un deber de (revelar) información. Y el *tercero* –letra c)–, el error compartido por ambas partes contratantes e inspirado en la doctrina alemana de la «subjektive Geschäftsgrundlage»<sup>163</sup>. El artículo 6:228.1 BW exige, además, un nexo causal entre el error y la celebración del contrato, lo cual significa que el error ha de recaer sobre hechos o circunstancias (pueden ser extrínsecos al contrato) que sean *esenciales para el que erró en el sentido de que*, sin su error, él no habría celebrado un contrato, o no lo habría celebrado en los mismos términos<sup>164</sup>, requiriéndose, en el momento de la celebración del contrato, que *el otro contratante deba haber conocido que esos hechos o circunstancias eran esenciales para el que erró* en el sentido antes mencionado (esto es, que no hubiera celebrado el contrato, o lo hubiera celebrado en otros términos)<sup>165</sup>.

Según el artículo 6:228.2 BW, el contrato no puede anularse por un error sobre una estricta circunstancia futura, o por un error que ha de asumir la parte equivocada dada la naturaleza del contrato, la común opinión, o los hechos del caso. Para el error sobre la circunstancia futura, Hartkamp apunta que puede ser error relevante si es la consecuencia de algún error sobre circunstancia pasado o

<sup>161</sup> HARTKAMP (2015) núm. 76, p. 88; «[t]he provisions on error [...] are to be found in the titles on contract (Article 6:228) and partition (Article 3:196) and may be applied by way of analogy to other juridical acts» (*op. cit.*, núm. 77, p. 88).

<sup>162</sup> HARTKAMP (2015) núm. 78, p. 88. ESTEBAN DE LA ROSA destaca que el artículo 6:228.1.a BW «incorpora [...] un matiz importante que aparece como excepción y que, cuando se da, permite la conservación del contrato. En efecto, el contrato podrá ser anulado salvo que la otra parte hubiera podido asumir que el contrato habría sido celebrado de todas maneras, a pesar de la existencia de la información errónea» [(2016) núm. 34, p. 1147]. Para la *misrepresentation* del Derecho inglés *infra* [101] ss.

<sup>163</sup> HARTKAMP (2015) núm. 78, p. 88.

<sup>164</sup> HARTKAMP (2015) núm. 79, p. 89; aclara que, «[t]he party in error does not have to state in court on what other conditions he would have concluded the contract if he had known the facts that caused the error, but he must state and make plausible which specific parts of the contract he would not have entered into» (*op. cit.*, núm. 79, p. 89).

<sup>165</sup> HARTKAMP (2015) núm. 79, p. 89; para lo último, aclara: «(This requirement is formulated a little differently for the three different types of error, but comes down to the same thing)» (*op. cit.*, núm. 79, p. 89).

presente<sup>166</sup>. El autor también señala que el artículo 6:228.2 BW da mucha discreción a los tribunales<sup>167</sup>.

En cuanto al *error iuris*, cumpliéndose todos los requisitos del error, puede anular el contrato, pero Hartkamp apunta, que en la mayoría de los casos el *error iuris* lo asumirá quien erró de acuerdo con el artículo 6:228.2 BW<sup>168</sup>. Si el contrato se concluyó en consideración a la persona del otro contratante, el error sobre su identidad o sus cualidades permite anular el contrato<sup>169</sup>.

Finalmente, Hartkamp advierte que la posibilidad de invocar el error *no excluye* la posibilidad de invocar el incumplimiento de la obligación u otro fundamento para anular el contrato, si sus condiciones se cumplen (por ejemplo, por *fraud*)<sup>170</sup>.

[55] De la anterior exposición del error del artículo 6:228 BW se desprende, sin dificultad, su gran semejanza con la regulación del error de los artículos 4:103 PECL y II.-7:201 DCFR; con más matices, también recuerda al error del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*. Hondius/Keirse han apuntado que la influencia del BW en el Derecho europeo ha cambiado con el tiempo<sup>171</sup>. Así, si en los noventa su influencia fue *directa*, en la siguiente década, los proyectos académicos como los PECL y los *Principios UNIDROIT* sustituyeron al BW como fuente de inspiración, pero ello no significó la desaparición completa de la importancia del BW, pues su influencia se ejerce de modo *indirecto*, a través del *impacto del Derecho holandés sobre aquellos Principios*, y la razón básicamente fue que los redactores de esos Principios no buscaron un compromiso entre la mayoría de los sistemas legales europeos, o a nivel global, *sino que buscaron, más bien, el mejor derecho*<sup>172</sup>. En esa búsqueda de ejemplos, es bastante natural que esos redactores consultaran los códigos más recientes que tuvieran a mano: el BW de 1992, especialmente porque este se basaba en una investigación comparada<sup>173</sup>. *Hondius/Keirse afirman que un ejemplo de lo que indican es la disposición de los PECL sobre el error*; transcribiendo sucesivamente los artículos 6:228 BW, 4:103 PECL, y II.-7:201 DCFR<sup>174</sup>. Llegado a este punto, conviene traer a colación la valoración de Morales Moreno sobre el artículo 4:103 PECL, según el cual esa «combinación de elementos en la regula-

<sup>166</sup> HARTKAMP (2015) núm. 80, p. 89.

<sup>167</sup> HARTKAMP (2015) núm. 80, p. 89.

<sup>168</sup> HARTKAMP (2015) núm. 81, p. 90.

<sup>169</sup> HARTKAMP (2015) núm. 82, p. 90.

<sup>170</sup> HARTKAMP (2015) núm. 83, p. 90.

<sup>171</sup> HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

<sup>172</sup> HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

<sup>173</sup> HONDIUS/KEIRSE (2013) p. 314.

<sup>174</sup> HONDIUS/KEIRSE (2013) pp. 314-316.

ción del error de los PECL *no es, a mi entender, una simple acumulación de requisitos presentes en los distintos ordenamientos europeos, sino el modo de armonizar la protección del interés del error con el de la confianza*» (cursiva mía)<sup>175</sup>. Y en la misma línea se sitúan –recuerdo– las consideraciones del *Comment A* del artículo II.-7:201 DCFR, acerca de que la regulación del error del DCFR persigue establecer unos principios que contengan un justo equilibrio entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte (*supra* [36]).

## 2.2 El error en la declaración

[56] Hartkamp señala, que en el Derecho holandés el contrato se forma mediante el mutuo consentimiento de las partes, siendo necesario que la voluntad de las partes de celebrar el contrato se manifieste mediante declaración dirigida a la otra parte (art. 3:33 BW)<sup>176</sup>. Ahora bien, a veces sucede que la declaración es errónea por no corresponderse con la verdadera voluntad (el llamado «error improperly»)<sup>177</sup>. El autor se detiene en exponer diversos supuestos en los que existe una discrepancia entre la voluntad y la declaración del declarante, o entre las voluntades de ambas partes, que plantean la cuestión de si el contrato llegó a formarse en base a la declaración, a lo cual responde el artículo 3:35 BW<sup>178</sup>. Según dicho artículo, la ausencia de voluntad en una declaración *no puede invocarse contra* la persona que interpretó esa declaración o conducta de conformidad con el sentido que él podría razonablemente atribuir, en las circunstancias, como una declaración de una particular consecuencia hecha a él por la otra parte. Hartkamp indica que *si se reúnen* los requisitos del artículo 3:35 BW<sup>179</sup>, el

<sup>175</sup> MORALES MORENO (2006) pp. 295-296; en nota a pie de página 14, en p. 296, señala que «[m]antiene un punto de vista diferente FABRE-MAGNAN, [...]»; sin duda, porque para este autor la esencia del error es solo la psicológica de la parte que lo padece».

<sup>176</sup> HARTKAMP (2015) núm. 70, p. 85. Artículo 3:33 BW: «A juridical act requires an intention to produce juridical effects, which intention has manifested itself by a declaration» [trad. HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 20].

<sup>177</sup> HARTKAMP (2015) núm. 70, p. 85.

<sup>178</sup> HARTKAMP expone esos supuestos de discrepancia [(2015) núms. 71 a 73, pp. 85-86; v. núm. 74, p. 86] y de ellos interesan los siguientes: lapsus «of the tongue or the pen», declaración erróneamente entregada por telegrama o mensajero, y firma de un instrumento que no refleja la voluntad del que lo firma (*op. cit.*, núm. 71, p. 85).

<sup>179</sup> HARTKAMP apunta que el artículo 3:35 BW debe considerarse en conexión con el artículo 3:11 BW sobre la buena fe [(2015) núm. 74, p. 86, v. hasta p. 87]; sobre la relación entre esos artículos, *op. cit.*, núm. 15, p. 45. Artículo 3:11 BW: «Where good faith of a person is required to produce a juridical effect, such person is not acting in good faith if he knew the facts or the law to which his good faith must relate or if, in the given circumstances, he should know them. Impossibility to inquire does not prevent the person, who had good reasons to be in doubt, from being considered as someone who should know the facts or the law» [trad. HAANAPPEL/MACKAAY (1990) p. 5].

acto jurídico es *válido*, y a diferencia de los §§ 119 y ss. BGB<sup>180</sup>, el acto jurídico *no puede anularlo* la parte cuya voluntad no se corresponde con su declaración, incluso si estuviere dispuesta a indemnizar a la otra parte<sup>181</sup>.

## **PARTE SEGUNDA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*, EN EL DERECHO INGLÉS, Y EN LOS PLDC**

[57] Indiqué *supra* [10], que en la *Parte Segunda* del trabajo analizaría las regulaciones de la imposibilidad inicial y del error de los *Principios OHADAC* y de los PLDC, y así procedo. Advierto que, dada su reciente aparición, las exposiciones de cada uno de esos *Principios* van precedidas de una presentación general, lo que no he hecho con los asentados y conocidos PECL, DCFR, y *Principios UNIDROIT*. Aplico el mismo orden expositivo empleado hasta ahora, expongo primero la imposibilidad inicial, después el error. Trato además del Derecho inglés para esas materias, lo que igualmente avancé *supra* [10].

### **I. LA OHADAC Y LOS *PRINCIPIOS OHADAC***

#### **1. LA OHADAC: UNA PANORÁMICA GENERAL**

[58] La OHADAC es una «una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. [Pues] [s]e considera que esta armonización constituye un medio esencial para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región»<sup>182</sup>. Entre las prioridades que en 2013 la OHADAC se fijó, estaba la armonización del ámbito contractual.

<sup>180</sup> Para el error en el Derecho alemán, FLUME [trad. Miquel González/Gómez Calle (1992, obra original/1998, traducción del original) pp. 495 ss.]; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 276-302.

<sup>181</sup> HARTKAMP (2015) núm. 74, p. 87.

<sup>182</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 11.

En concreto, «[e]l proyecto OHADAC nace con ocasión de un conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) el 15 de mayo de 2007, organizada por el CARICOM, las Cámaras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pierre. Guadalupe, liderando la iniciativa de los departamentos franceses de ultramar, con ayuda de los fondos de cooperación regional y los fondos europeos “INTERREG”, ha tenido, pues, un protagonismo evidente en la puesta en marcha de este proyecto, definiendo asimismo el mecanismo de participación de otros países, mediante la constitución de capítulos regionales y estatales de las asociaciones “ACP Legal”, de carácter no gubernamental, que al día de hoy cuenta con representaciones en varios países de la región.

En junio de 2008 tuvo lugar la segunda conferencia OHADAC en Puerto Príncipe, con el objeto de definir las prioridades de armonización; y en junio de 2010 OHADAC fue el centro de atención del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana, que concluyó con la “Declaración de la Habana”, una formalización del afán de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del Derecho Comercial en el Caribe. En octubre de 2010 un Seminario de formación en materia de arbitraje comercial y de inversiones tuvo lugar asimismo en Panamá, con la vista ya puesta en los fundamentos para la redacción de un Reglamento OHADAC de Arbitraje.

En el marco de las prioridades establecidas por la OHADAC, finalmente se retuvieron en 2013 cuatro propuestas normativas, centradas en los ámbitos contractual, societario, arbitral y de Derecho internacional privado, cuyos objetivos finales son diversos» (cursiva mía)<sup>183</sup>.

[59] La OHADAC ha tenido en cuenta el éxito de la OHADA en África<sup>184</sup>, siéndole consciente de las diferencias existentes (tradicción común en los países constituyentes de la OHADA; diversidad y heterogeneidad en los países del Caribe).

La OHADAC se ha «inspirado en la experiencia OHADA, [pero] ha sido bien consciente desde el principio de los elementos diferenciales que impedían importar sin más la estrategia seguida en el África esencialmente francófona. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyente [sic] de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países de los países [sic] del entorno del Caribe.

Un elemento relevante del contexto territorial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales es el nutrido número de organizaciones internacionales en torno al Caribe. Ciertos países pertenecen [...]. Esta pluralidad de organizaciones internacionales es similar a la que afecta a los Estados de la

<sup>183</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 11-13.

<sup>184</sup> Sobre la OHADA y su actividad en la armonización del Derecho de los contratos, de interés, VAQUERO LÓPEZ (2016) pp. 479-519.

OHADA, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica, como es la OHADA. La OHADAC, aunque no pretende cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África, al menos en un primer momento, pretende contribuir al mismo objetivo en el ámbito regional del Caribe y los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un pilar fundamental»<sup>185</sup>.

[60] *Sobre el territorio OHADAC*, este presenta *gran diversidad* al «afecta[r] a una treintena de Estados independientes y a más de cuarenta territorios diferentes»<sup>186</sup>.

«Los territorios continentales son doce. Once de ellos son Estados independientes: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guayana y Belice. La Guayana francesa es una colectividad bajo soberanía francesa. Los territorios insulares presentan mayor cantidad y heterogeneidad. Por una parte hallamos Estados independientes: Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago. Sin embargo, se encuentran asimismo un conjunto de territorios sujetos a la soberanía de Francia (departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martín y San Bartolomé), del Reino Unido (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Monserrat y Bermudas, si bien este último territorio no forma parte del Caribe *stricto sensu*), de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas Holandesas, tras su nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010). Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE.UU., al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos»<sup>187</sup>.

[61] La *diversidad* del territorio OHADAC es *cultural, lingüística y de grado de proximidad con las antiguas metrópolis*. Desde el análisis jurídico, una parte del Caribe se adscribe a los sistemas romano-germánicos, con la influencia de la tradición jurídica francesa y española en el ámbito contractual; y otra parte se encuentra influida por el *Common Law*. De este modo aparece una cuestión bien conocida en el marco de la unificación del Derecho contractual: la adopción de un texto que pueda ser aceptado desde la cultura del *Common Law* y desde los sistemas romano-germánicos.

<sup>185</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 13-14.

<sup>186</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 14.

<sup>187</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 14.

«En términos políticos, OHADAC envuelve la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. *La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad con las antiguas metrópolis.* [...]»

*La diversidad no es solo política, sino también cultural. Los territorios que conforman la OHADAC muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas, que son relevantes especialmente en el continente, y los idiomas de mestizaje: creole y papiamentu.* [...].

*Buena parte de los territorios continentales e insulares se incardinan en la familia romano-germánica, y su Derecho contractual es tributario de la tradición jurídica francesa y española.* [...].

*También la influencia romano-germánica es palpable en los territorios bajo soberanía o tradición holandesa, tanto insulares como continentales, e incluso convive con el common law en territorios como Guyana.* [...].

*La influencia del common law es evidente,* [...].

*La influencia del common law se detecta asimismo en la propia incidencia que el Derecho estadounidense despliega en ciertos sistemas jurídicos caribeños,* [...].

*Esta asimetría en las influencias y tradiciones jurídicas reaparece en las fuentes internacionales del Derecho contractual, que también deben ser consideradas en el marco de una estrategia de armonización jurídica regional. La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías ha sido ratificada por Cuba, República Dominicana, Honduras y Colombia, pero también por países de tradición anglosajona como San Vicente y Granadinas y Guyaba.* [...].

*En consecuencia, la diversidad de la región caribeña impone un reto bien conocido en el marco de la unificación del Derecho contractual, tanto en Europa como a nivel mundial, cuya prueba de fuego es alcanzar un texto que se muestre igualmente aceptable desde la cultura del common law y de los sistemas romano-germánicos» (cursiva mía)*<sup>188</sup>.

## 2. LOS PRINCIPIOS OHADAC: UNA PANORÁMICA GENERAL

[62] La OHADAC encargó la redacción del borrador de los *Principios OHADAC* «a un equipo de investigación compuesto íntegramente por expertos en Derecho contractual comparado»<sup>189</sup>. La redacción y discusión del borrador *inicial* se hizo bajo la dirección de Sixto Sánchez Lorenzo<sup>190</sup> y en la *revisión* del borrador y confección *defini-*

<sup>188</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 14-19.

<sup>189</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

<sup>190</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 27; «intervinieron los siguientes especialistas: / Dr. Ángel Espiniella Menéndez [...] / Dr. Fernando Esteban de la Rosa [...] / Dra. Rosa García Pérez [...] / Dra. Pilar Jiménez Blanco [...] / Dra. Ángeles Lara Aguado [...] / Lda. Rosa Miquel Sala [...] / Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos [...] / Dra. María Luisa Palazón Garrido [...] / Dr. Francisco Pertñez Vélchez [...] / Dr.

*tiva* intervinieron, por la *Asociación Henri Capitant*, Denis Mazeaud, Philippe Dupichot, y Cyril Grimaldi<sup>191</sup>. Los trabajos del borrador se iniciaron en septiembre de 2013, concluyendo a finales de diciembre 2014<sup>192</sup>. «La finalidad esencial de los Principios OHADAC [...] consiste en proporcionar a los operadores, particulares y empresas establecidos en el territorio caribeño un instrumento útil para la regulación de sus contratos internacionales, que facilite la seguridad jurídica en sus intercambios comerciales mutuos y con terceros»<sup>193</sup>.

[63] Los *Principios OHADAC* disponen una *teoría general solo* para el contrato internacional; *solo* se aplican a las obligaciones contractuales en sentido estricto; y *solo* se aplican a los contratos comerciales. Se componen de un *Preámbulo* y nueve capítulos

[A] Los *Principios OHADAC*:

a) «[S]e circunscriben a una *regulación general* del régimen de los contratos *internacionales*. *No contiene normas sobre contratos específicos, por lo que las partes deben tener en cuenta la necesidad de completar la regulación de aquellos contratos particularmente especializados a través de cláusulas específicas, contratos-tipo, o incluso mediante la sujeción, en su defecto, a un Derecho nacional que estimen particularmente apto o desarrollado técnicamente para atender las necesidades de reglamentación de sus obligaciones*» (cursiva mía)<sup>194</sup>.

b) «[S]e circunscriben al *régimen de las obligaciones contractuales en un sentido estricto*. *Quedan fuera de su regulación* las cuestiones procesales, las cuestiones reales, las obligaciones no contractuales, así como los denominados cuasi-contratos. *Tampoco se contempla* en el ámbito de aplicación de los Principios el régimen de la responsabilidad precontractual. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la denominada *culpa in contrahendo* merece una calificación extracontractual, [...]. La conveniencia de excluir estas cuestiones obedece, además de a una razón calificatoria, a la diversidad de tratamiento de dicha responsabilidad entre los sistemas jurídicos que componen el territorio OHADAC. [...]» (cursiva mía)<sup>195</sup>.

c) «[S]e aplican *exclusivamente a los contratos comerciales, excluyendo los contratos celebrados por consumidores y, con carácter general, para fines distintos a una actividad profesional o comercial*» (cursiva mía)<sup>196</sup>. No se aplican «a los contratos o negocios incardinados en el Derecho de familia o en el Derecho sucesorio», ni «al régimen de las donaciones», y «no son asimismo fun-

Ricardo Rueda Valdivia [...] / Dra. Carmen Ruiz Sutil [...] / Dra. Carmen Vaquero López [...]» (*op. cit.*, p. 27).

<sup>191</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 27-28.

<sup>192</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 13.

<sup>193</sup> «Comentario I del Preámbulo *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 29.

<sup>194</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 25-26.

<sup>195</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

<sup>196</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

cionales por lo que respecta a las obligaciones cambiarias y sobre los instrumentos negociales»<sup>197</sup>. Los *Principios OHADAC* armonizan «el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones *exclusivamente comerciales (B2B)*» (cursiva mía)<sup>198</sup>.

[B] Los *Principios OHADAC* cuentan con un *Preámbulo* y los siguientes capítulos y secciones:

- Capítulo 1 «Disposiciones generales».
- Capítulo 2 «Formación del contrato»: Sección 1 «Oferta y aceptación», Sección 2 «Lugar y momento de perfección del contrato», Sección 3 «Representación».
- Capítulo 3 «Validez del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Capacidad», Sección 3 «Ilícitud», Sección 4 «Consentimiento viciado», Sección 5 «Anulación».
- Capítulo 4 «Interpretación y contenido del contrato»: Sección 1 «Interpretación de los términos del contrato», Sección 2 «Contenido del contrato», Sección 3 «Obligaciones contractuales», Sección 4 «Pluralidad de partes».
- Capítulo 5 «Efectos del contrato»: Sección 1 «Duración del contrato», Sección 2 «Efectos frente a terceros».
- Capítulo 6 «Cumplimiento del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Compensación», Sección 3 «*Hardship*».
- Capítulo 7 «Incumplimiento del contrato»: Sección 1 «Disposiciones generales», Sección 2 «Cumplimiento específico», Sección 3 «Resolución», Sección 4 «Indemnización por daños y perjuicios».
- Capítulo 8 «Cesión»: Sección 1 «Cesión de derechos», Sección 2 «Cesión de obligaciones», Sección 3 «Cesión de contrato».
- Capítulo 9 «Prescripción».

[64] Los *Principios OHADAC* son *soft law*<sup>199</sup>. «[P]retenden proporcionar un modelo legal *neutral* que permita facilitar [...] [la] negociación y proporcionar seguridad jurídica a las partes contratantes» (cursiva mía)<sup>200</sup>. Pero, para tener «éxito en un espacio *de gran diversidad jurídica*» como el de la OHADAC, se requieren «unos Principios que resulten *fácilmente aceptables desde* las diversas culturas jurídicas involucradas»<sup>201</sup>. Y lo anterior exige «superar los errores y [las] limitaciones» de los Principios UNIDROIT –que siendo *soft law*, responden exclusivamente a un esquema de texto normativo–, de los PECL –que

<sup>197</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 26.

<sup>198</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 24.

<sup>199</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 19.

<sup>200</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 20.

<sup>201</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 21; «Los Principios OHADAC pretenden, además, resultar de fácil aplicación tanto para árbitros como para los tribunales estatales de las distintas jurisdicciones caribeñas. En este sentido, proporcionan soluciones comprometidas con la convergencia de los sistemas nacionales involucrados, y respetuosas con el resultado de un análisis comparativo. No incorporan, en consecuencia, reglas que puedan violentar de forma directa ninguna de las culturas jurídicas representadas en el ámbito del Caribe» [«Comentario 1 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 29-30].

ordenan el mismo sistema contractual general para los contratos entre empresarios, y con consumidores–, y del DCFR –que acentuó la ruptura entre los sistemas continentales y el *Common Law*–<sup>202</sup>.

Esos errores y limitaciones de los *Principios UNIDROIT*, de los PECL y del DCFR son descritos así:

«Los Principios UNIDROIT, por muy dispositivos que sean en su conjunto y compatibles con las cláusulas contractuales y los usos del comercio, proporcionan una regulación *que sigue exclusivamente el esquema de un texto normativo*. Los Principios UNIDROIT son *soft law* en cuanto a sus efectos, especialmente por el carácter opcional de la reglamentación que encierran, pero no son definitivamente *soft* en cuanto a la forma. Aunque no sean una reglamentación completa, los aspectos regulados *tratan de ser cerrados o completados a través de una regulación que podría perfectamente extrapolarse a una reglamentación nacional*. Y en este proceso, a menudo en cuestiones claves, *los Principios UNIDROIT deben tomar partido y optar por un modelo determinado de reglamentación*. Esta decisión se ha decantado en algunas cuestiones cruciales por el modelo romano-germánico, de suyo más proclive a la justicia material que a la seguridad jurídica, *en detrimento de la opción alternativa que brinda el Derecho inglés*. Dicho de otra forma, *los Principios UNIDROIT han preferido la definición a respetar la regla del máximo consenso, y se han pronunciado con valentía sobre soluciones que, a menudo, pueden no ser las más seguras o compartidas desde el punto de vista de los contratos comerciales*.

Los PECL son, quizás, más respetuosos o permeables a dicho consenso, *pero en muchos aspectos brindan la misma opción que los Principios UNIDROIT con un inconveniente añadido: la pretensión de crear un sistema de Derecho contractual general, igualmente válido para los contratos entre profesionales (B2B) y con consumidores (B2C)*. El telón de fondo europeo de este texto puede atenuar la crítica, pero es muy difícil admitir hoy por hoy la coherencia de dicha opción, al menos si la finalidad esencial de la armonización es contribuir al desarrollo del comercio transfronterizo.

La OHADAC aborda *exclusivamente* la finalidad de armonizar el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones *exclusivamente* comerciales (B2B) y en consecuencia se halla más cerca del punto de partida de los Principios UNIDROIT, sin las servidumbres que conllevó para los PECL redactar un sistema de Derecho contractual que había de servir asimismo para los contratos con consumidores. *Por otra parte, la deriva del DCFR, abiertamente inspirado en la idea de un código civil europeo, acentuó la ruptura de diálogo entre los sistemas continentales y el common law, bien visible en el sentido de un Libro III dedicado a una categoría de “Obligaciones”, una especie de declaración de guerra al Derecho inglés y a los propios PECL»* (cursiva mía)<sup>203</sup>.

<sup>202</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 21; y pp. 23-24 transcritas a continuación.

<sup>203</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) pp. 23-24. Un análisis general crítico de la entonces *Interim Outline Edition* del DCFR (2008) por EIDENMÜLLER/FAUST/

Y por lo anterior se ha adoptado, en la elaboración de los *Principios OHADAC*, por «respetar el principio del máximo consenso, que debe a su vez guiarse por una serie de principios o líneas rojas: a) *no redactar normas que puedan resultar culturalmente inaceptables o incómodas para una parte o un juez de un determinado sistema jurídico*; b) *crear reglas novedosas únicamente en la medida en que supongan resolver problemas comunes a todos los sistemas jurídicos, facilitando el tráfico comercial internacional y la seguridad del comercio*; c) *respetar la regla del mínimo común denominador cuando las divergencias se presenten como insalvables*» (cursiva mía)<sup>204</sup>. «Para superar los inconvenientes de esta *autolimitación*, los Principios OHADAC se convertirán en ocasiones en *una suerte de guía jurídica comercial, proponiendo reglas y usos comunes, proporcionando cláusulas-tipo* para que las partes puedan suplir los vacíos o limitaciones legales a través de regímenes contractuales especialmente diseñados por ellas mismas y en atención a la naturaleza y fin del contrato y a sus propias expectativas. *Esta aportación integrada de reglas jurídicas, recomendaciones de conducta y cláusulas-tipo constituye la especial seña de identidad de los Principios OHADAC, la razón de su singularidad y su aportación esencial a la armonización comparada*» (cursiva mía)<sup>205</sup>.

### 3. CUÁNDO SE APLICAN LOS *PRINCIPIOS OHADAC* Y OTRAS CUESTIONES

[65] Ha de acudirse al *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*.

*Preámbulo* de los Principios OHADAC:

«I. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales serán de aplicación, en todo o en parte, cuando las partes contratantes así lo haya acordado expresamente.

II. Salvo que se establezca otra cosa, las reglas de estos Principios pueden ser excluidas o modificadas por las partes. Prevalecerán las cláusulas contractuales que sean contrarias a los Principios.

III. Los presentes Principios no impiden la aplicación de normas imperativas o de orden público internacional, tanto de origen

GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, *ADC* (2009) pp. 1475-1522; para el DCFR, VAQUER ALOY (2015) pp. 38-42 y *supra* nota 118, y *ERPL* (2009) pp. 488-512.

<sup>204</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 24; pero los *Principios OHADAC* no hacen tabla rasa de la CISG, de los *Principios UNIDROIT*, de los PECL y del DCFR; al contrario, los tienen presentes, aunque corregidos «conforme a los imperativos de consenso que se ha señalado más arriba» (*op. cit.*, p. 25); «Los Principios OHADAC se detendrán en la última frontera de ese consenso aceptable para todos los intervinientes en el mercado caribeño, con independencia de su tradición jurídica» (*op. cit.*, p. 25); cursivas mías.

<sup>205</sup> «Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 25.

estatal como internacional, que resulten de aplicación conforme a las normas de Derecho internacional privado.

IV. Los presentes Principios no impiden la aplicación de los usos comerciales internacionales.

V. Los presentes Principios serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional».

[66] Según el *Preámbulo*.I de los *Principios OHADAC*, estos se aplican, en *todo* o en *parte*, cuando las partes lo hayan *acordado expresamente*<sup>206</sup>. Y «a diferencia de otros sistemas jurídicos contractuales no estatales, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (*Preámbulo*) o los PECL (art. 1:101), [los *Principios OHADAC*] no pretenden representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*<sup>207</sup>. Su aplicación, consecuentemente, *solo está indicada cuando las partes han sometido su contrato de forma expresa a los Principios OHADAC o los han incorporado como ley aplicable de manera inequívoca (punto I del Preámbulo)*. En otro caso, jueces o árbitros deberán determinar la ley aplicable al contrato conforme a las reglas de Derecho internacional privado previstas en sus respectivas legislaciones o regulaciones arbitrales aplicables al caso» (cursiva mía)<sup>208</sup>.

Por ese «carácter *opcional* de los Principios OHADAC, y en virtud de su consideración como sistema jurídico *no estatal*, las partes pueden decidir incorporar únicamente *una parte de los Principios*, excluir un capítulo o algunas de sus disposiciones» (cursiva mía)<sup>209</sup>.

[67] También se destaca, que «[l]os Principios OHADAC no son por definición, normas imperativas»<sup>210</sup> y «las partes [...] pueden excluir una parte de los Principios, [...] [e] introducir en su contrato exclusiones o modificaciones de algunas reglas específicas. Estas exclusiones o modificaciones pueden ser explícitas o implícitas»<sup>211</sup>.

<sup>206</sup> «Los Principios OHADAC son [...] una normativa esencialmente opcional. Y dicha opción debe resultar de un *acuerdo inequívoco* de las partes» [cursiva mía]; «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 30].

<sup>207</sup> «[...] la pretensión de presentar tales textos [*Principios UNIDROIT*, PECL, DCFR] como una manifestación de la *Lex mercatoria* no supera el test más elemental» [«Introducción», *Principios OHADAC* (2015) p. 22].

<sup>208</sup> «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 30.

<sup>209</sup> «Comentario 1 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 31.

<sup>210</sup> «Comentario 3 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 32.

<sup>211</sup> «Comentario 3 del *Preámbulo* de los Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 32; el texto sigue: «En particular, se entenderán derogadas o modificadas las reglas de los Principios que resulten *contradictorias* con las cláusulas contenidas en el contrato, que *prevalecerán*, ya se trate de cláusulas negociadas individualmente o contenidas en condiciones generales o formularios incorporados al contrato.» [...].

El carácter dispositivo de los *Principios OHADAC* tiene la única *salvedad de las excepcionales reglas dispuestas como imperativas por dichos Principios*, imperatividad que puede ser «expresa» o resultar «de forma consustancial a la regla»<sup>212</sup>. Pero la imperatividad no impide que esas normas puedan excluirse «expresamente, incluso en bloque, *en virtud de sus cláusulas de sumisión a los Principios OHADAC*» (cursiva mía)<sup>213</sup>. *En cambio*, «si la sumisión por las partes a los Principios OHADAC es *genérica*, [...] implica que las partes asumen la imperatividad excepcional de ciertas reglas, *de forma que las cláusulas contrarias a dichas reglas se tendrán por no puestas o se considerarán nulas*» (cursiva mía)<sup>214</sup>.

[68] «[E]l punto III [del Preámbulo] establece la compatibilidad de los Principios OHADAC con la necesidad o conveniencia de que el intérprete aplique o tenga *en consideración normas internacionalmente imperativas, leyes de policía o normas de orden público internacional, de origen interno o internacional, incluyendo en estas últimas las de carácter supranacional*./ Es lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori*), o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas» (cursiva mía)<sup>215</sup>.

En suma, el principio general que formula el punto II del Preámbulo [recogido asimismo en los artículos 6 CV [CISG]; 1.5 PU; 1:102 (2) PCL; II.-1:102 (2) DCFR; 1.2 CESL] implica que una sujeción *genérica* a los Principios OHADAC no puede ser interpretada de forma que anule las cláusulas contractuales establecidas por las partes» (cursiva mía; *op. cit.* p. 32).

<sup>212</sup> «Comentario 3 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 32; se indican algunas de las reglas imperativas de los *Principios OHADAC*, como, por ejemplo, «[...]», resulta consustancialmente imperativa [...]. [...], ciertas normas que garantizan una declaración de voluntad no viciada y libre, como las que regulan la nulidad del contrato por dolo, intimidación, o abuso de debilidad o dependencia (arts. 3.4.6, 3.4.7, 3.4.8 y 3.4.9), [...]» (*op. cit.* p. 32).

<sup>213</sup> «Comentario 3 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «Así, las partes pueden someterse a los Principios y excluir por completo la sección 4 del Capítulo 3, relativa a los vicios del consentimiento, que en su mayor parte es imperativa. En este caso, la sumisión parcial a los Principios es efectiva, y los vicios de consentimiento se regirán por el Derecho nacional en virtud de las reglas de Derecho internacional privado» (*op. cit.* p. 33).

<sup>214</sup> «Comentario 3 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «[e]n este punto, la sujeción por las partes a los Principios OHADAC debe ser interpretada como fruto de una cautela o interés por las propias partes en someter su contrato a un autocontrol o autotutela a través de la exclusión de los pactos que puedan ser contrarios a las normas imperativas de los Principios OHADAC, cuya razonabilidad y aceptación comparada quedan fuera de toda duda» (*op. cit.* p. 33).

<sup>215</sup> «Comentario 4 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 33; «Una regla similar se contiene en el art. 1.4 PU [*Principios UNIDROIT*] y en el art. 1:103 PECL» (*op. cit.*, p. 34).

[69] Los *Principios OHADAC ceden también ante los usos comerciales internacionales*. Según el Comentario 5, «el punto IV del Preámbulo establece la prevalencia de los usos del comercio internacional. Dicha preferencia se refiere no solo a los *usos generales* del comercio internacional, sino, de forma especial, a los *usos sectoriales generalmente aceptados* en un ramo concreto del comercio internacional, así como a los *usos particulares* que las partes hayan establecido en sus propias relaciones comerciales» (cursiva mía)<sup>216</sup>.

La formulación del *Preámbulo* «es conscientemente abierta. El intérprete valorará en cada caso la concurrencia de un uso comercial entre las partes, conforme a las evidencias probatorias de que disponga. Igualmente podrá servirse de indicios o incluso pruebas periciales para concluir en la existencia de un uso comercial sectorial o general, cuya eficacia normativa dependerá de su observancia regular, grado de conocimiento de dicho uso en el comercio internacional, y de la situación concreta de las partes./ En muchos casos, los usos comerciales se encuentran recopilados en instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y revelan una práctica comercial uniforme en sectores variados, como [...]. Dicha estandarización resulta evidente asimismo a través del desarrollo de pólizas o contratos-tipo elaborados, además de por la CCI, por organizaciones como [...]»<sup>217</sup>.

[70] Sobre la *interpretación* de los *Principios OHADAC*, se explicita que esos *Principios* «han sido redactados en un lenguaje claro y lo menos idiosincrático posible en sus distintas versiones lingüísticas. *Han tratado de mantener no solo una neutralidad comparativa en el contenido, sino también la máxima neutralidad gramatical posible*. En consecuencia, *aun cuando* ciertas expresiones puedan ser tributarias de una familia jurídica concreta, *su sentido* debe ser considerado con la misma neutralidad que anima a los Principios, acorde con su finalidad armonizadora./ En consecuencia, los Principios [OHADAC] deben ser interpretados atendiendo a *criterios de objetividad*, extrayendo el sentido *especialmente de los comentarios a cada artículo o sección normativa, y teniendo presente en todo momento la finalidad armonizadora de los Principios en un marco de pluralidad cultural jurídica, como es el Caribe*» (cursiva mía)<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> «Comentario 5 del Preámbulo de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 34.

<sup>217</sup> «Comentario 5 del Preámbulo de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 35.

<sup>218</sup> «Comentario 6 del Preámbulo de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 35-36; se aconseja a árbitros y jueces nacionales que tengan en cuenta las decisiones que puedan dictarse aplicando los *Principios OHADAC*, «para lo cual la

[71] Por último, la norma V del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC* «es conscientemente más modesta en sus objetivos», que las correspondientes en otros textos internacionales<sup>219</sup>. Los *Principios OHADAC* «no pretenden ser aplicados más allá de sus disposiciones a cuestiones no reguladas en ellos, a menos que exista una analogía o identidad de razón evidentes. Por ese motivo, se aconseja que las partes designen en todo momento un Derecho nacional que pueda ser capaz de cumplimentar sus lagunas» (cursiva mía)<sup>220</sup>. Se aclara, que no se acoge la regla de integrar las lagunas de los *Principios OHADAC* «sobre la base de unos principios generales subyacentes o de una regla extensa de aplicación analógica», pues se considera «que no contribuye de forma inconcusa a la seguridad jurídica de las transacciones caribeñas, precisamente por la diversidad de métodos legales existentes para la interpretación o integración de las fuentes normativas escritas» (cursiva mía)<sup>221</sup>.

#### 4. EL ARTÍCULO 3.1.3 *PRINCIPIOS OHADAC: IMPOSIBILIDAD INICIAL*, Y EL ARTÍCULO 7.1.8 *PRINCIPIOS OHADAC: FUERZA MAYOR*

[72] Como especifica su leyenda, el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* se ocupa de la imposibilidad inicial. En él se hace expresa referencia a las normas de los *Principios OHADAC* sobre fuerza mayor, situadas en el *incumplimiento*<sup>222</sup>.

Artículo 3.1.3 *Principios OHADAC: «Imposibilidad inicial*  
[cursiva y negrita en el original]

---

OHADAC implementará bases de datos e información sobre la aplicación de los Principios [OHADAC], incluyendo comentarios a las decisiones registradas» (op. cit., p. 36).

<sup>219</sup> «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 35; «(ad ex. Art. 7 CV; art. 1.6 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 1:106 PECL; art. I-1:102 DCFR; art. 4 CESL)» (op. cit., p. 35).

<sup>220</sup> «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 36; v. último párrafo del Comentario en pp. 36-37.

<sup>221</sup> «Comentario 6 del *Preámbulo* de los *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 36; «una de las divergencias más claras entre las familias jurídicas representadas en el ámbito caribeño tiene que ver con la capacidad del intérprete para la interpretación y el desarrollo judicial del Derecho escrito. Mientras que en los sistemas romano-germánicos dicha interpretación tiende con facilidad a la creación jurídica a través de la analogía y el desarrollo judicial, la metodología jurídica en los sistemas tributarios del common law se muestra mucho más proclive a una interpretación muy ajustada al texto legal escrito, sin un margen de maniobra amplio por parte del intérprete. Esta diversidad metodológica implica que una norma sobre integración de un texto escrito, amparada en el recurso a la integración sobre la base de principios generales, no plantea la misma familiaridad para un juez de Guadalupe o Cuba que para uno de Jamaica o Antigua» (cursiva mía; op. cit., p. 36).

<sup>222</sup> Del *Incumplimiento* se ocupa el Capítulo 7 de los *Principios OHADAC* (arts. 7.1.1 a 7.4.7); PALAZÓN GARRIDO ha coordinado ese Capítulo 7 [(2016) p. 341] y es autora de la monografía *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado* (2014).

La imposibilidad de cumplimiento del contrato en el momento de su celebración no afectará a su validez, sin perjuicio del derecho de las partes a invocar las normas sobre fuerza mayor».

Artículo 7.1.8 *Principios OHADAC*: «Fuerza mayor [cursiva y negrita en el original]

1. Una parte podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones cuando el cumplimiento resulte imposible por razones de fuerza mayor.

2. Se entenderá que existe fuerza mayor cuando la parte afectada acredite la concurrencia de un hecho:

- a) ajeno a su responsabilidad y fuera de su control razonable, y
- b) cuyo riesgo no ha asumido, y
- c) que no podía razonablemente haberse previsto o tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y
- d) que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones.

3. [...] <sup>223</sup>.

4. El contrato se entenderá resuelto desde que se produjo la notificación, a menos que la otra parte manifieste su voluntad en sentido contrario en un plazo razonable. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

5. [...] / 6 [...] <sup>224</sup>».

[73] El Comentario del artículo el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* comienza indicando, que «[I]a imposibilidad de ejecución del contrato, y más concretamente la imposibilidad de su objeto, ha sido considerada *tradicionalmente como causa de nulidad o inexistencia del contrato (impossibilium nulla obligatio est)*. Dicha regla se encuentra contemplada *en buena parte de los códigos civiles vigentes en los sistemas caribeños*» (cursiva mía, salvo

<sup>223</sup> «3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer imposible el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la notificación no llega a la otra parte en un plazo razonable a partir del momento en que la parte que lo invoque ha tenido o debería haber tenido conocimiento del impedimento, la parte destinataria de la notificación tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta o tardanza en la notificación».

<sup>224</sup> «5. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera temporal, la resolución del contrato únicamente se producirá si la demora en el cumplimiento priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento una vez desaparecido el hecho impeditivo./ 6. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera parcial, la resolución del contrato únicamente se producirá si el cumplimiento parcial priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento parcial, con el correspondiente ajuste en la contraprestación de la otra parte».

la frase en latín)<sup>225</sup>. En cambio, «[l]os textos más modernos [Principios UNIDROIT, PECL, DCFR], [...], defienden una regla como la mantenida en estos Principios [OHADAC], que disipa cualquier duda no solo sobre la validez de los contratos que recaen sobre cosa futura o que no se encuentra a disposición de las partes en el momento de contratar, sino también sobre prestaciones que en el momento de contratar resultan material, personal o incluso legalmente imposibles [...]» (cursiva mía)<sup>226</sup>. Tras ello, se hace una muy breve referencia al *common mistake* del *Common law*. En concreto, al *error compartido* por los contratantes cuando la *celebración del contrato* y *error consistente* en que *ambos desconocían la imposibilidad física* de la cosa –*res extincta*– o la *imposibilidad jurídica* –*res sua*–. En el Derecho inglés, la *nulidad del contrato* es el efecto jurídico para esos errores. Para la *imposibilidad física* se cita a *Couturier v. Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673; para la *imposibilidad jurídica*, *Abraham v. Oluwa* (1944), 17 NLR 123<sup>227</sup>.

[74] En cuanto a los *Principios OHADAC*, estos disponen «la validez del contrato»<sup>228</sup> y se aplican «las reglas generales sobre incumplimiento, lo que incluye las reglas sobre fuerza mayor (art. 7.1.8)» (cursivas mías)<sup>229</sup>. Los *Principios OHADAC* adoptan «un concepto amplio de fuerza mayor», que incluye las «circunstancias imprevisibles sobrevenidas» y «las circunstancias imprevistas [que] concurrían en el momento de celebrarse el contrato y no eran conocidas ni podían haber sido conocidas por las partes en el momento de contratar. En este sentido, los Principios OHADAC introducen un deslinde entre imposibilidad inicial y error que en los textos internacionales adoptados hasta la fecha se muestra más difusa» (cursiva mía)<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134; así, «(ad ex. arts. 1518 CC colombiano; arts. 627 y 631 CC costarricense; arts. 1599 y 1601 CC dominicano y [...]; art. 1564 CC hondureño, art. 1827 CC mexicano; art. 1832 CC nicaragüense; art. 1123 CC panameño; art. 1224 CC portorriqueño; [...])» (*op. cit.*, p. 134).

<sup>226</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

<sup>227</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

<sup>228</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134.

<sup>229</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134. Los artículos 7.1.1 a 7.4.7 *Principios OHADAC* regulan el incumplimiento (*op. cit.*, pp. 374-472).

<sup>230</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», *Principios OHADAC* (2015) p. 134. En el «Comentario del artículo 7.1.8 Principios OHADAC» [apartado 2.c)] –precepto ubicado en el Capítulo 7 «Incumplimiento del contrato»– se insiste en la idea: «En tercer término, debe tratarse de un acontecimiento o circunstancia que razonablemente las partes no pudieron prever o tener en cuenta en el momento de contratar. Con cierta unanimidad, la imprevisibilidad suele reconducirse en todos los sistemas a criterios más objetivos de improbabilidad razonable. Debe notarse que la norma propuesta *no exige* que la cir-

Y si las partes «son conscientes o hubieran debido prever la imposibilidad del objeto o del cumplimiento del contrato y aun así deciden celebrarlo, se entiende que asumen el riesgo de incumplimiento por imposibilidad, aplicándose las reglas generales [de los Principios OHADAC] sobre determinación del incumplimiento y sus remedios. Esta solución no solo respeta en mayor medida la autonomía de las partes en la contratación comercial internacional, sino que evita la ineficacia de contratos que juegan con un cálculo especulativo sobre los avances técnicos o la evolución de las circunstancias previstas en el momento de contratar» (cursiva mía)<sup>231</sup>.

«Ejemplo 1: La empresa de construcción X, propietaria de unos terrenos no urbanizables, celebra un contrato por el que se compromete a construir en dichos terrenos y vender a una empresa de servicios un edificio de oficinas, que debe entregar en el plazo de cinco

---

cunstancia o hecho impeditivo sean sobrevenidos o posteriores a la celebración del contrato. Basta con el hecho de que no se hubieran podido prever o tener en cuenta en el momento de celebrarse el contrato, aunque ya concurrieran en dicho momento. En muchos sistemas, si el hecho impeditivo concurre en el momento de celebrarse el contrato, pero las partes razonablemente ignoran tal hecho, se suele optar por decretar la ineficacia o nulidad del contrato por la vía del error o por la imposibilidad inicial del objeto del contrato, con efectos sustancialmente similares (ad ex. Arts. 1.601 francés y dominicano; arts. 4:103 y 8:108 PECL; art. II-7:201; art.-3:104 DCFR). Esta solución tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. De un lado, la doctrina del error en el Derecho comparado presenta mayor complejidad e irreductibilidad. De otro, en la contratación moderna se tiende a considerar que un contrato donde una de las prestaciones sea inicialmente imposible no es necesariamente inválido, salvo error por las partes, pues las partes pueden confiar en que la prestación originariamente imposible pueda devenir posible en el momento de la ejecución (ad. ex. Art. 3.1.3 PU [Principios UNIDROIT; art. 4:102 PECL; art. II-7:102 DCFR]. De ahí que se considere que la justificación del incumplimiento mayor o fuerza mayor o imposibilidad presente en realidad los mismos perfiles cuando la imposibilidad es sobrevenida e imprevisible que cuando es concurrente e incognoscible para las partes. Este es el criterio seguido en la sección 266 del *Second Restatement of Contracts* norteamericano, y según algunas opiniones cabría asimismo en el tenor de los arts. 79 CV [CISG], 7.1.7 PU [Principios UNIDROIT] y 88 CESL» [salvo la cursiva del *Second Restatement of Contracts*, el resto mía; Principios OHADAC (2015) p. 406; en el «Comment B del artículo 8:108 PECL» se indica que si el impedimento existía cuando la celebración del contrato, sin saberlo las partes, eso «is not covered by Article 8:108 but the contract might be avoidable under Article 4:103, Mistake as to Facts or Law», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 379].

En otro orden de consideraciones, para los Principios OHADAC, si hay fuerza mayor, no se indemnizan los daños y perjuicios; tiene lugar la resolución *ipso iure* de la relación contractual desde la notificación del hecho impeditivo, salvo manifestación de voluntad en contra de la otra parte en plazo razonable (para la imposibilidad parcial, y la temporal; «o incluso una solución de reemplazo puede resultar de interés a la otra parte»; conservación del contrato); se dispensa del cumplimiento del contrato, lo que es efecto natural de la resolución; y se restituyen las prestaciones si hubo cumplimiento total o parcial de la obligación, y si ello no fuera posible, procede compensar el beneficio obtenido («regla basada en un principio de elemental equilibrio del contrato») (Art. 7.1.8, 1 y 4, Principios OHADAC) [«Comentario del artículo 7.1.8 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 407-408. Para la imposibilidad de cumplimiento parcial y para la temporal, y la resolución de la relación contractual, artículo 7.1.8, 5 y 6, Principios OHADAC y el Comentario 3 (op. cit., pp. 408-411); v. también, Principios OHADAC (2015) pp. 378, 384 [cfr. art. 7.1.3 (1) Principios OHADAC], 421-422, 442, 444 [cfr. art. 7.4.1 (1) Principios OHADAC].

<sup>231</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 134-135.

años. *Aunque el cumplimiento resulta imposible legalmente en el momento de celebrarse el contrato, la empresa promotora confía en un inminente cambio del régimen legal de los terrenos y asume el riesgo del incumplimiento si se mantiene la imposibilidad y no logra entregar la construcción en el plazo establecido.*

Ejemplo 2: La empresa X, fabricante de motores eléctricos, se compromete con la empresa Y, fabricante de automóviles, a entregar en el plazo de cinco años unos motores capaces de cumplir con unas especificaciones y un rendimiento actualmente inviables a la luz del estado de la técnica. No obstante, el contrato es válido, *pues la empresa X es consciente del estado de la técnica y confía en que su departamento de diseño y desarrollo obtenga pronto un prototipo capaz de cumplir con las especificaciones requeridas.*

Ejemplo 3: Una compañía de alquiler de aeronaves, alquila un jet de lujo determinado para un desplazamiento de los directivos de una compañía petrolífera. El contrato es imposible porque el jet ha sufrido un accidente *media hora antes de perfeccionarse el contrato, sin que la empresa haya tenido aún conocimiento ni posibilidad de conocer el accidente.* El contrato es válido, pero la empresa de alquiler puede invocar fuerza mayor para ser exonerada del cumplimiento de su obligación» (cursivas mías)<sup>232</sup>.

## 5. EL ERROR EN LOS *PRINCIPIOS OHADAC*

[75] De él se ocupan *directamente* los artículos 3.4.3 y 3.4.4 *Principios OHADAC*.

Artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*: «*Error* [cursiva y negrita en el original]

1. Una parte podrá anular el contrato si en el momento de su perfección cometió un error esencial de hecho o de derecho, y si:

- a) la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información; o
- b) la otra parte incurrió en el mismo error; o
- c) la otra parte conocía o debía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio.

2. Se considera que un error es esencial cuando es de tal gravedad que una persona razonable, en la misma situación de la parte que sufrió el error, no habría celebrado el contrato.

3. El derecho a anular el contrato no procede si:

- a) el error es inexcusable debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error; o

<sup>232</sup> «Comentario del artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 135.

b) el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error».

Artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*: «*Error en la declaración* [cursiva y negrita en el original]

El régimen del error contenido en el artículo anterior también es de aplicación en los casos de error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la sección primera del capítulo 4 de los Principios relativas a la interpretación del contrato»<sup>233</sup>.

### 5.1 El artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*: error

[76] Su Comentario 1 comienza con la indicación de que el propósito del precepto «es ofrecer a los operadores un régimen para el error *que al mismo tiempo sea capaz de sintonizar con las tradiciones jurídicas que existen en los países y territorios del Caribe*, de hacer *recepción de los desarrollos más avanzados que han depurado este régimen jurídico* y de *incorporar las exigencias provenientes de la peculiaridad comercial de la contratación a la que tienen vocación de aplicarse los Principios*» *OHADAC* (cursiva mía)<sup>234</sup>.

[77] Antes de acometerse la específica explicación de las reglas del error del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, en ese Comentario 1 se hace un «análisis [...] [en el que] se apuntarán *algunas de las diferencias y similitudes principales* que existen en la regulación del error entre los sistemas de los países y territorios del Caribe»<sup>235</sup>.

[78] Y así, el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* –aplicable a las situaciones contractuales de error-vicio– comprende «*la mayoría de los casos que en los sistemas romano-germánicos se agru-*

<sup>233</sup> Y el artículo 3.4.5 *Principios OHADAC*: «*Extinción del derecho a anular el contrato* (cursiva y negrita del original)/ 1. El derecho a anular el contrato se extingue si, antes de que la parte que sufrió el error haya anulado el contrato, la otra parte notifica su voluntad de cumplir el contrato o lo cumple en los términos en los que fue entendido por la parte facultada para anularlo. Esta notificación deberá tener lugar sin demora una vez conocida la existencia del error. En este caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos./ 2. La notificación de anulación basada en el error realizada por la parte que lo ha sufrido no tendrá efecto si, de forma inmediata, la otra parte notifica que está dispuesta a cumplir el contrato en el modo en que fue entendido por la parte que sufrió el error. En ese caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos». V. *infra* nota 616.

<sup>234</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147.

<sup>235</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147. Con anterioridad: «[e]l precepto de los Principios [OHADAC] tiene el propósito de ofrecer un régimen más simple y moderno para el vicio de error respecto del que disponen la mayoría de los sistemas del Caribe, *sin incorporar reglas que lleguen a violentar las culturas jurídicas representadas*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 147).

pan bajo las tipologías del error sobre la cosa, error sobre la sustancia, error sobre la persona o el error de derecho»<sup>236</sup>. Sin embargo, para el llamado *error de cuenta o de cálculo*, su «tratamiento más idóneo [...] aconseja» someterlo «al mismo régimen aplicable al error en la declaración» del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*, lo cual permite prescindir de la dificultad de fijar cuándo el mismo se produjo (si en la declaración, o antes, durante la cuenta o el cálculo; sobre él, *infra* [90])<sup>237</sup>.

[79] Más complicada resulta la coordinación de los *Principios OHADAC* con los sistemas *adscritos a la tradición del Common law*. En concreto:

a) El *common mistake* —en el que «no falta el acuerdo entre las partes, pero el consentimiento de los contratantes se basa en una equivocación»<sup>238</sup>— se somete, *con carácter general*, al artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*. *Con carácter general*, pues hay dos *common mistake* a los que *no* se aplica ese artículo. Uno es el supuesto de la *res extincta*; esto es, del error «sobre el objeto del contrato cuando este se ha extinguido sin conocimiento de las partes antes de su celebración»<sup>239</sup> [*Couturier v. Hastie* (1856) 5 HL Cas. 673]<sup>240</sup>. Y el otro es el supuesto de la *res sua*; esto es, del «error en que se incurre cuando el comprador desconoce que ya es propietario de la cosa que le ha sido vendida» [*Abraham v. Oluwa* (1944), 17 NLR 123]<sup>241</sup>. A esos dos *common mistake* se les aplica el artículo 3.1.3 *Principios OHADAC*, artículo que, como expuse, regula la *imposibilidad inicial* y remite al incumplimiento<sup>242</sup> (*supra* [73]-[74]).

b) El *mutual mistake* —«situaciones en las que existe un radical malentendido entre los contratantes, que han negociado pen-

<sup>236</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 147. Para los *sistemas romano-germánicos* se indican: «(arts. 1509 a 1512 CC y art. 900 CCom colombianos; arts. 1015 a 1016 CC costarricense; art. 70 CC cubano; art. 1110 CC francés y dominicano; arts. 1258 a 1260 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 1557 CC hondureño; art. 6:228 CC holandés y surinamés; arts. 1813 a 1814 CC mexicano; arts. 2455 a 2456 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño; art. 1218 CC portorriqueño; arts. 1147 a 1149 CC venezolano)» (*op cit.*, p. 147).

<sup>237</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 147-148.

<sup>238</sup> «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

<sup>239</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148.

<sup>240</sup> «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

<sup>241</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

<sup>242</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 148; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182.

sando cada uno en una cosa o negocio distinto»<sup>243</sup>— cuya consecuencia «en los países del *common law* es la nulidad absoluta o inexistencia del contrato [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H & C 906; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913) 3 KB 563], los Principios [OHADAC] reconducen el tratamiento [...] hacia el régimen de la inexistencia de consentimiento (artículo 3.1.1)»<sup>244</sup>.

c) Al *unilateral mistake* —en el que «una sola parte incurre en error, mientras que la otra no se equivoca, sino que, por el contrario, se percata de lo ocurrido o hubiera debido hacerlo»<sup>245</sup>— se le aplica el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error)<sup>246</sup>.

d) A la *innocent* o *negligent misrepresentation* —en el «que el error, a pesar de haber sido provocado, no ha llevado consigo una intención de engaño»<sup>247</sup>— se les aplica el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error)<sup>248</sup>.

Y e) «en los casos de documentos firmados de forma errónea, o con un contenido diferente al pretendido, que son considerados nulos por los sistemas de *common law* cuando el error afecta a personas ciegas o analfabetas», el artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* (error) no se aplica<sup>249</sup>. Esos «supuestos, por la especial gravedad de las circunstancias en que se produce el error, [...] encuentran su tratamiento en la disposición dedicada a la falta de consentimiento» (art. 3.1.1 *Principios OHADAC*), y no, en el artículo 3.4.4 *Principios OHADAC* que regula el error en la declaración<sup>250</sup>.

[80] Ya en el propio análisis del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, el error relevante exige haber sido *esencial* y cabe hablar de ello «cuando, en caso de no haber existido, el contrato no

<sup>243</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario 1 del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182. V. *infra* nota 304.

<sup>244</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario 1 del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 142; «Comentario 1 del artículo 3.5.1 *Principios OHADAC*», *op. cit.*, p. 182. Artículo 3.1.1 *Principios OHADAC*: «*Validez del mero acuerdo* [cursiva y negrita del original]/Un contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional».

<sup>245</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

<sup>246</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149; «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 142.

<sup>247</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

<sup>248</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

<sup>249</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 149.

<sup>250</sup> «Comentario del artículo 3.4.1 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 143.

se habría celebrado»<sup>251</sup>. De nuevo aparece la (constante) preocupación por comparar la regulación de los *Principios OHADAC* con la de los sistemas romano-germánicos y del *Common Law*. Y así, la exigencia de la esencialidad del error «no representa una novedad en los sistemas romano-germánicos, donde esta orientación, de forma más o menos nítida, puede ser detectada en la mayoría de ellos» (cursiva mía)<sup>252</sup>. «En los sistemas de common law, en la fórmula que abarca todos los casos de *common mistake* el error ha de recaer sobre un hecho fundamental (*fundamental mistake*) o un supuesto básico del contrato, sin el cual las partes no habrían llegado a un acuerdo» (la primera cursiva mía)<sup>253</sup>. Se añade que lo mismo sucede «en los textos de unificación del Derecho de contratos, donde se tiende a limitar la relevancia del error a aquellos supuestos en los que el mismo ha sido determinante de la celebración del contrato (art. 3.2.1 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. 48.1 CESL; art. II.-7:201 DCFR)» (cursiva mía)<sup>254</sup>.

En cuanto al apartado (2) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, en este se dispone el criterio para apreciar el error esencial. Según el Comentario 2, «[l]os Principios [OHADAC] acogen una valoración objetiva [...] que toma como parámetro de evaluación el modo en que habría actuado una persona razonable en las mismas circunstancias en las que contrató la víctima del error»<sup>255</sup>. Respetándose «las exigencias propias del comercio, se adopta así una perspectiva meramente objetiva atenta a las circunstancias del tráfico, en la que no tienen cabida consideraciones subjetivas. Los elementos que pueden llegar a determinar la esencialidad del error son, pues, establecidos por el propio tráfico»<sup>256</sup>. La solución de los *Principios*

<sup>251</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150.

<sup>252</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150; así: «(art. 1511.2.º CC colombiano; art. 1015 CC costarricense; art. 73 CC cubano; art. 1110 CC dominicano y francés; art. 1258 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 6:228 holandés y surinamés; art. 1557 hondureño; art. 1813 CC mexicano; arts. 2462 y 2463 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño; art. 1218 CC portorriqueño; arts. 1147 y 1148 CC venezolano). [...]» (*op. cit.*, p. 150).

<sup>253</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150; el texto continúa: «[*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161, 206; *Galloway v Galloway* (1914), 30 TLR, 531]. Siguiendo esta misma tónica, para el Derecho norteamericano una *non-fraudulent misrepresentation* solo permite la anulación del contrato si es esencial (sección 162.2 del *Restatement Second of Contracts*)» (*op. cit.*, p. 150).

<sup>254</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 150.

<sup>255</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151.

<sup>256</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151; «en el tráfico de obras de arte resulta relevante la autenticidad de un cuadro, sobre todo si se trata de pintores de reconocido prestigio» (por ejemplo, el comprador creía que compraba un Picasso, no siendo así: es «error esencial para los Principios OHADAC», *op. cit.*, p. 151); «la opción acogida [por los *Principios OHADAC*] destila la evolución de

*OHADAC* «se asemeja a la establecida por el art. 3.2.2 (1)» *Principios UNIDROIT* y «se distancia» de la de los PECL y del CESL que «adopta[n] como eje el conocimiento, por la parte que no ha sufrido el error, de que la víctima no habría celebrado el contrato en caso de que hubiera conocido la existencia del error»<sup>257</sup>.

Por otro lado, «[e]l *desplazamiento* del eje del régimen jurídico del error *desde* el objeto sobre el que recae *hasta* el carácter esencial [de] los Principios [*OHADAC*] hace posible la racionalización y la simplificación de este régimen, perdiendo así utilidad las distinciones tipológicas clásicas relativas al objeto del error (*error in corpore, in persona, in negotio o in substantia*) que, por influencia del Derecho francés (art. 1110 francés y dominicano) y español (arts. 1266 y 1267 CC español) [*sic*, 1265, 1266], todavía perviven en muchos de los códigos del Caribe»<sup>258</sup>. *Ahora bien*, el artículo 3.4.3 (1) *Principio OHADAC* solo conserva «la distinción entre *error de hecho* y *error de derecho*, que tiene por finalidad disipar las dudas que podrían existir sobre la posibilidad de que el error recaiga sobre normas jurídicas»<sup>259</sup>. [...]. Por lo demás, concuerda con los textos internacionales más modernos de codificación del Derecho de contratos en donde, con carácter general, se acepta la relevancia de cualquier clase de error que recaiga sobre una circunstancia de hecho o de Derecho, quedando sometidos a un régimen unitario (art. 3.2.1 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. II.-7:201 DCFR; art. 48.1 CESL)» (cursiva mía)<sup>260</sup>.

muchos sistemas del Caribe en los que las formulaciones legales de corte subjetivo (art. 73 CC cubano; art. 1813 CC mexicano) han dejado paso a interpretaciones jurisprudenciales más atentas a las necesidades del tráfico. [...] La evolución reseñada ofrece respaldo también a la opción de los Principios, que de este modo se asienta en un doble pilar: una evolución jurisprudencial reseñable y una clara vocación de servir a las necesidades del comercio» (*op. cit.*, p. 152).

<sup>257</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 152.

<sup>258</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 150-151; «arts. 1510-1512 CC colombiano; art. 69 CC cubano; arts. 1259 y 1260 CC guatemalteco; art. 1557 CC hondureño; arts. 2455 y 2467 CC nicaragüense; art. 1117 CC panameño» (*op. cit.*, p. 151).

<sup>259</sup> Más adelante se indica que en el Caribe hay sistemas que *no* admiten el error de derecho, así el artículo 1509 CC de Colombia y «[d]ada la relevancia que esta desigualdad jurídica puede llegar a tener para las partes del contrato, los Principios [*OHADAC*] contemplan la posibilidad de incorporar al contrato una cláusula especial con la intención de restringir el alcance del error sobre cuestiones jurídicas. Esta opción podrá tener lugar a través de la suscripción de una cláusula especial cuya redacción se recomienda más abajo» [«Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151]. Esa propuesta de redacción de cláusula especial es: «*Exclusión del error de Derecho* [cursiva y negrita en el original] / «*Ninguna parte podrá invocar como causa de nulidad del presente contrato o de algunas de sus cláusulas un error que recaiga sobre Derecho o normas jurídicas*»» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 158). Para el error de derecho en el Derecho colombiano, *infra* [155].

<sup>260</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 151.

[81] Junto con ser esencial, el error relevante ha de responder a alguna de las causas de las letras a), b) y c) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC, de las que trato de inmediato.

[82] La letra a) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC trata del *error provocado* —«la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información»—. «Cabe distinguir dos tipos de situaciones: en la primera, es posible que haya tenido lugar una *comunicación* de datos de forma inconsciente que haya incluido algún defecto; en la segunda, el error puede ser provocado como consecuencia del *incumplimiento de deberes de información*. Aunque los Principios [OHADAC] no regulan esta clase de deberes, no cabe descartar que puedan venir impuestos por normas imperativas aplicables al contrato. *En ambos casos debe tratarse de un error provocado sin intención de engaño*, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto de dolo (artículo 3.4.6)» (cursiva mía)<sup>261</sup>.

En la (constante) comparación entre los Principios OHADAC y los sistemas del Caribe, en el Comentario 3 se advierte, que la relevancia del *error provocado* no es ajena a los sistemas de *Common Law* (así en la *wholly innocent* o *non fraudulent misrepresentation*)<sup>262</sup>; que el error provocado se encuentra en el sistema holandés y en el surinamés<sup>263</sup>; y que el error provocado se alinea «con las soluciones que proporcionan los textos internacionales de Derecho de contratos [art. 3.2.2 PU [Principios UNIDROIT]; art. 4:103 (1) (a) (i) PECL; art. II.-7:201 DCFR; art. 48.1 (b) (i) CESL]»<sup>264</sup>.

[83] La letra b) del artículo 3.4.3 (1) Principios OHADAC se refiere al *error común* —«la otra parte incurrió en el mismo error»—. Según el Comentario 4, «[u]na regla análoga a la presente [del art. 3.4.3 (1) (b) Principios OHADAC] aparece en la mayoría de los textos de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU

<sup>261</sup> «Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 152; artículo 3.4.6 Principios OHADAC: «Dolo [cursiva y negrita en el original]/ Una parte puede anular el contrato si fue inducida a contratar por error, incluso no sustancial, en razón de los actos fraudulentos o engañosos de la otra parte».

<sup>262</sup> «[A]lguien ha realizado una exposición de hechos de manera inexacta y esta comunicación ha influido sobre la celebración del contrato, surgiendo el derecho a la anulación» [«Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 152].

<sup>263</sup> Artículo 6:228.1(a) BW, pero con el límite de que «[e]l derecho a la anulación deja de existir cuando la otra parte hubiera podido asumir que el contrato habría sido celebrado de todas las maneras a pesar de la existencia de la información errónea. El requisito no resulta tan nítido en los sistemas romanistas. No obstante, en la práctica el juego de la excusabilidad del error puede conducir a resultados parecidos» [«Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) pp. 152-153; para el artículo 6:228 BW, *supra* [54].

<sup>264</sup> «Comentario 3 del artículo 3.4.3 Principios OHADAC», Principios OHADAC (2015) p. 153.

[*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 PECL; art. II.-7:201 (I) (b) (iv) DCFR; art. 48.1 (b) (iv) CESL»<sup>265</sup>.

Y de nuevo en la (constante) comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, se indica que la anulación por error común «no representa una novedad en los sistemas del Caribe, ya respondan a unas u otras tradiciones» (cursiva mía)<sup>266</sup>. Y al respecto, frente a la aplicación restrictiva y estricta del *common mistake* del *Common Law*, en el que «llegaron a dictarse decisiones en las que, a pesar de existir un *fundamental mistake* común a las partes, el contrato no fue considerado nulo [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161; [...]], en la *Equity*, «la existencia de esa clase de *fundamental mistake* común a las partes ha sido declarada como determinante de la anulación [*Solle v Butcher* (1949), 2 All ER 1107; *Galloway v Galloway* (1914), 30 T. L. T. 531]», y de esa «tendencia [de la *Equity*] que concede la anulación del contrato de forma más amplia hay también exponentes en las jurisdicciones del Caribe»<sup>267</sup>; que en la Sección 152.1 del *Restatement Second of Contrats*, el error común se somete a similares requisitos<sup>268</sup>; que el error común es relevante en el Derecho holandés y en el surinamés [art. 6:228 (1)], aunque «solo como línea de principio, pues reconoce significativas y complejas excepciones»<sup>269</sup>; y que, si bien en los sistemas romanistas, no hay expresa alusión al error común como requisito para la anulación del contrato, «cabe apreciar la tendencia a considerar la existencia de error común como comprendida en el concepto de error esencial»<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153.

<sup>266</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153.

<sup>267</sup> Para esas jurisdicciones del Caribe se citan la «sentencia de la *Court of Appeal* de Anguila en *Dammer v Wallace* (1933), ECS (Anguila) Civ App n.º 1 of 1991 (Carilaw Al 1993 CA 3); sentencia de la *Court of Appeal* de Jamaica en *Stuart v National Water Commission* (1996) Civ App n.º 3 1995 (Carilaw JM 1996 CA 31); *Jonhson v Wallace* (1989), (Bahamas) 1 Carib Comm LR 49]» [«Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 153]. Ahora bien, de inmediato se apunta la crítica que la doctrina del caso *Solle* recibió en *Great Peace Shipping Ltd. Tsavrilis (International) Ltd* (2002), 4 All ER 689 de la *English Court of Appeal*, en el sentido de que la interpretación de *Solle* podía ser contraria a la sostenida en *Bell v. Lever*, al entender que la interpretación de *Solle* «supone un ataque a la seguridad del contrato» (*op. cit.*, pp. 153-154; v. *infra* [97]). Por lo anterior y por «[e]l hecho de que en la actualidad no sea posible conocer cómo influirá este nuevo entendimiento restrictivo del *common mistake* [*Great Peace*] sobre las jurisdicciones del Caribe se puede revelar como un factor importante a tener en cuenta por las partes a la hora de optar por un diseño del error como el que ofrecen los Principios [OHADAC]» (*op. cit.*, p. 154).

<sup>268</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

<sup>269</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

<sup>270</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

Sentado lo anterior, en el Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* se alude a «los motivos subjetivos que llevan a las partes a contratar [los cuales] no suelen ser explicitados y no suele existir error común sobre ellos», sobre los cuales el error de los *Principios OHADAC* «no permite[n] atribuir[les] valor»<sup>271</sup>. Esa solución responde «a la seguridad del tráfico» y «*sintoniza plenamente con los sistemas del Caribe*» (cursiva mía)<sup>272</sup>. «Ahora bien, los Principios [OHADAC] no impiden conceder trascendencia a los motivos expresados o conocidos por las dos partes en el momento de celebrar el contrato. En esta medida estaremos en presencia de un error común sobre los motivos, o de un error reconocible»<sup>273</sup>.

[84] Y la *letra c*) del art. 3.4.3 (1) *Principios OHADAC* alude al *error conocido o reconocible por la otra parte* —«la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio»—. Los *Principios OHADAC* reconocen esa causa de error, «[a]l igual que los textos más avanzados en la unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (1) (a) (ii) PECL; art. II.-7:201 (1) (b) (ii) DCFR; art. 48 (1) (b) (iii) CESL]»<sup>274</sup>. En el Comentario 5 se precisa, que «[l]a regla de la reconocibilidad comporta la atribución de un deber implícito de deshacer el error en que puede incurrir la contraparte, pues si estaba en situación de haber podido ilustrar a su contraparte, y no lo hizo, ha de asumir las consecuencias de la anulación del contrato»<sup>275</sup>. Sin embargo, al margen del error «manifiesto», el error de la *letra c*) del artículo 3.4.3 (1) *Principios OHADAC* plantea la dificultad de concretar el volumen de información que ha de darse<sup>276</sup>. «[L]os textos de unificación del Derecho de contratos recurren a elementos distintos. Mientras que la CESL habla de deberes de información exigidos por la “buena fe contractual”, los PU [*Principios UNIDROIT*] extraen tales deberes de “criterios comerciales razonables de lealtad

<sup>271</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

<sup>272</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

<sup>273</sup> «Comentario 4 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154; «[s]i el comprador incurre en error al valorar que un cuadro ha pertenecido a un antepasado, no existe error que conceda el derecho a anular el contrato, pues los motivos subjetivos no son relevantes. No obstante, si el motivo es expresado, y es conocido por la otra parte, y esta conoce el error o debía haberlo conocido, el motivo adquiere relevancia causal, procediendo entonces las consecuencias del error. [...]» (*op. cit.*, p. 154).

<sup>274</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 154.

<sup>275</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

<sup>276</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

negocial”. Por su parte, los PECL hablan directamente de un comportamiento de silencio “contrario a la buena fe” y el DCFR toma en consideración también la “*good faith*” y la “*fair dealing*”. *Los Principios OHADAC también recurren a un concepto jurídico basado en las exigencias del tráfico comercial, y por ello requieren tener en cuenta los deberes de información derivados de la lealtad negocial propia del comercio*» (cursiva de la última frase mía)<sup>277</sup>.

Y en la (constante) comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, para esta tercera (posible) causa de error, en el Comentario 5 se advierte sobre su «*importante innovación*» para los sistemas adscritos al *Common Law* (cursiva mía)<sup>278</sup>. En ellos, salvo las excepciones, «no existe deber de las partes de informarse recíprocamente sobre hechos esenciales para el contrato»<sup>279</sup>. *Diferente* es para los sistemas del Caribe adscritos a los sistemas romano-germánicos, «en que jurisprudencialmente suele reconocerse la existencia de deberes de información recíproca en el momento de contratar, aunque con ciertos límites»<sup>280</sup>. Y por esa «*notable*» diferencia, si el operador prefiere un régimen de error más cercano a la tradición del *common law*, «se aconseja incluir en el contrato una cláusula como la propuesta al final del comentario a este precepto, *cuyo propósito es desactivar la anulación del contrato cuando el error ha sido conocido o era reconocible por la otra parte, pero esta parte no tiene obligación legal de informar sobre la existencia del error*» (cursiva mía)<sup>281</sup>.

Esa cláusula propuesta es: «*Exclusión de la relevancia de los deberes de información negocial* [cursiva y negrita en el original]

“*Las partes renuncian a su derecho a anular el contrato o alguna de sus cláusulas por motivo de error en virtud de lo establecido en la letra (c) del apartado 1 del artículo 3.4.3 de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales que rigen el presente contrato*” [cursiva del original]»<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

<sup>278</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155.

<sup>279</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 155; se alude al ejemplo de la compraventa a la que se aplica la regla del *caveat emptor*, y en algún caso excepcional «se ha considerado al silencio como *misrepresentation*, especialmente en los contratos *uberrimae fidei* como el del seguro»; para el Derecho norteamericano se menciona la Sección 161 del *Restatement Second of Contracts* (op. cit., pp. 155-156).

<sup>280</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

<sup>281</sup> «Comentario 5 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

<sup>282</sup> «Comentario del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 158.

[85] Trasladándome al apartado (3) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, según su letra a), la anulación del contrato *no procede*, si el error fue «*inexcusable* debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error» (cursiva mía). «[L]a víctima del error no ha aplicado para su reconocimiento la diligencia que le era exigible, es decir, [...] estamos en presencia de un error de tipo *inexcusable*»<sup>283</sup>.

Comparando esa regla de los *Principios OHADAC*, con las de los sistemas del Caribe, en el Comentario 6 se señala *para los sistemas romano-germánicos que*, si el error es *inexcusable*, la anulación del contrato suele excluirse, y que la excusabilidad del error como requisito «no suele [...] contar con una plasmación legal (a excepción del art. 1146 CC venezolano)», y «[e]n la actualidad parece existir cierto consenso jurisprudencial en entender que el *error inexcusable*» no exige «de una gran negligencia (*faute grossière*), bastando una negligencia normal»<sup>284</sup>. *Para los sistemas adscritos al Common Law*, se señala que la culpa de la víctima desempeña similar función al impedir la anulación del contrato por error; *que* en las decisiones de los sistemas del Caribe está presente que la culpa de la víctima impide el error, y lo mismo para el error de la Sección 157 del *Restatement Second of Contracts*<sup>285</sup>. Y «[e]n los textos de unificación del Derecho de contratos, la culpa grave de la víctima del error, o el error *inexcusable*, también son contemplados como causas que limitan la posibilidad de anulación del contrato [art. 3.2.2. (2) (a); PU [*sic*; *Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (2) (a) PECL; art. II-7:201 (2) (a) DCFR]» (cursiva mía)<sup>286</sup>.

[86] *Finalmente*, según la letra b) del apartado (3) del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*, *no procede* la anulación del contrato si «el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error». De este modo, «los Principios [OHADAC] se suman a los desarrollos más evolucionados respecto del régimen del error», también reflejados «en el resto de los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (2) (b) PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:103 (2) (b) PECL; art. II-7:201 (2)

<sup>283</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156.

<sup>284</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 156; «[p]ara responder a la cuestión de si el error es o no excusable, se suele hacer referencia, sobre todo, a la edad, la profesión, y la experiencia profesional» (*op. cit.*, p. 157); para el artículo 1146 CC venezolano *infra* nota 598.

<sup>285</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

<sup>286</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

(b) DCFR; art. 48 (2) CESL»<sup>287</sup>. La presente es regla «adecuada si se tiene en cuenta que el error es un problema de reparto de riesgo y que en ese reparto van a operar múltiples criterios» [pactos de los contratantes, usos del tráfico, condición del contratante que erró (perito, obligado a informarse, etc.)]<sup>288</sup>.

En la constante comparación de los *Principios OHADAC* con los sistemas del Caribe, solo se indica que recogen la presente regla los artículos 6:228 CC holandés y surinamés –sistemas romano-germánicos– y que en los sistemas adscritos al *Common Law* hay ejemplos como la Sección 154 del *Restament Second of Contracts*<sup>289</sup>.

## 5.2 El artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*: error en la declaración. El error de cálculo

[87] Ese artículo ordena la aplicación del régimen del anterior artículo 3.4.3 *Principios OHADAC* al «error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad», *sin perjuicio* de la aplicación de las reglas de la interpretación de los contratos de los artículos 4.1.1 a 4.1.6 *Principios OHADAC*.

[88] En la (habitual) comparación con los sistemas del Caribe, en el Comentario 1 se indica que la regla del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC* no se corresponde con «la mayoría de las tradiciones jurídicas en los países del Caribe, cuyos fundamentos, al menos en su origen, también tributan a las mismas concepciones voluntaristas que arraigaron en la conformación de los sistemas»<sup>290</sup>. Se recuerda que los sistemas romano-germánicos distinguen el error vicio –que bajo ciertos requisitos permite la anulación del contrato– y el error en la declaración/error obstativo –en el que el contrato es nulo/inexistente por falta de voluntad–, y la evolución de los sistemas ha puesto en evidencia que hay ciertas insatisfacciones y resultados manifiestamente injustos en ello<sup>291</sup>. Lo anterior permite constatar la necesidad de subsumir el error en la declaración en «modelos más flexibles» en los que puedan tenerse «en cuenta

<sup>287</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

<sup>288</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

<sup>289</sup> «Comentario 6 del artículo 3.4.3 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 157.

<sup>290</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 158-159.

<sup>291</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

consideraciones relacionadas con la teoría del riesgo»<sup>292</sup>. Y los textos «de unificación del Derecho de contratos» acogen claramente esa tendencia, reconduciendo el «error en la declaración al régimen general del error [...] (art. 3.2.3 PU [*Principios UNIDROIT*]; art. 4:104 PECL; art. II-7:202 DCFR; art. 48.3 CESL)»<sup>293</sup>.

[89] Sobre el *sin perjuicio* de la parte final del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*, su finalidad es recordar que el error en la declaración puede *solucionarse, en algunos casos*, con las reglas de interpretación contractual<sup>294</sup>. En el Comentario 2 se alude a los artículos 4.1.1 y 4.1.2 *Principios OHADAC*, que transcribo a continuación<sup>295</sup>.

Artículo 4.1.1 *Principios OHADAC*: «*In claris non fit interpretatio* [cursiva y negrita en el original]

1. Un término contractual claro se interpretará de conformidad con su sentido literal.
2. No se entenderá que un término es claro cuando admita diversos significados o a la luz del contexto del contrato se infiera que dicho término o expresión obedece a un error manifiesto».

Artículo 4.1.2 *Principios OHADAC*: «*Criterio general de interpretación* [cursiva y negrita en el original]

1. Los contratos y las declaraciones de las partes se interpretarán conforme al sentido que una persona razonable de la misma condición que las partes habría dado a sus términos en circunstancias similares.
2. En particular, en la interpretación del contrato y de las declaraciones de las partes se tendrán en cuenta:
  - a) La intención de una parte en la medida en que era conocida o debía o podía ser conocida por la otra parte.
  - b) Las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y durante su ejecución.
  - c) Los usos comerciales y prácticas entre las partes.
  - d) Los usos comerciales y el significado de los términos en el sector comercial de que se trate.
  - e) Los usos generales del comercio internacional.
  - f) El objeto del contrato.
  - g) El sentido común comercial».

<sup>292</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

<sup>293</sup> «Comentario 1 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159.

<sup>294</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 159; se destaca lo *infrecuente* de que el *legislador* conecte *expresamente* los regímenes del error en la declaración y de la interpretación contractual, pero «[l]a relación [...] resulta evidente pues si a través de la interpretación del contrato se logra desvanecer el error no ha de haber lugar a la anulación del contrato debido a que el error dejó de existir» (*op. cit.*, p. 160).

<sup>295</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 160.

[90] *Por último, para el error de cálculo o de cuenta, se expone (una vez más) qué resuelven los sistemas del Caribe. Y para ese error, algunos códigos del Caribe no permiten la anulación del contrato, «sino simplemente [...] la rectificación», solución que aparece orientada «por la misma regla [...] acogida por los Principios [OHADAC], en el sentido de dar a esta clase de error una solución que responde más bien a las de corte interpretativo»<sup>296</sup>. En cuanto al *Common Law*, este no suele «contemplar la posibilidad de impugnar el contrato cuando ha existido un error en la declaración», pero en la *Equity* hay casos en que se ofrece la posibilidad de rectificar el contrato escrito que no refleja la voluntad de las partes para ponerlo en armonía con el acuerdo real, y la Sección 155 del *Restament Second of Contracts* contiene la regla de la rectificación<sup>297</sup>. Expuesto lo anterior, se indica que los *Principios OHADAC* «optan por someter el error de cuenta al régimen del error en la declaración», simplificando su régimen –no es preciso saber si aquél se produjo en el cálculo previo o al hacer la declaración– al tiempo que es una solución que no violenta las antes expuestas, «pues si la rectificación es la solución que se desprende de la aplicación de los criterios de interpretación, [ella] tendrá lugar»<sup>298</sup>.*

## II. EL DERECHO INGLÉS

[91] Varios datos justifican su análisis (algunos apuntados *supra* [10]). *En primer lugar*, en los *Comentarios* de los *Principios OHADAC* son constantes las referencias comparativas a cómo el *Common Law* soluciona la cuestión de la que se trate en aquéllos, justificado en el confesado y perseguido objetivo de los redactores de los *Principios OHADAC* de que estos los acepten los países del Caribe con sistema jurídico adscrito al *Common Law*. *En segundo lugar*, aunque expresamente no se indique, en los *Comments* de los PECL que he utilizado para el trabajo, se percibe el Derecho inglés (es oportuno indicar que, en su metodología, el grupo que redactó los PECL se basó en un previo análisis de Derecho comparado)<sup>299</sup>. *Y en tercer lugar* recordaré, cómo para el error causado por la infor-

<sup>296</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 160; esos Códigos de Caribe son: «(art. 1016 CC costarricense; art. 1557 CC hondureño; art. 1814 CC mexicano; art. 2456 CC nicaragüense)» (*op. cit.*, p. 160).

<sup>297</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) pp. 160-161.

<sup>298</sup> «Comentario 2 del artículo 3.4.4 *Principios OHADAC*», *Principios OHADAC* (2015) p. 161.

<sup>299</sup> *Supra* nota 118.

mación suministrada por la otra parte del artículo 6:228 (1) (a) BW (*supra* [53]-[54]), Hartkamp destacaba su inspiración en la *misrepresentation* del Derecho inglés. En suma, el Derecho inglés emerge en lo que vengo tratando y por ello y porque su conocimiento en sí mismo permite un mejor entendimiento del conjunto de las materias que analizo en el trabajo, me detengo en él. Pero, advierto, mi exposición del Derecho inglés viene condicionada por lo que he relatado; esto es, *acoto* su análisis en función de lo antes indicado.

## 1. SOBRE EL *MISTAKE*

[92] Antes de comenzar su exposición, conviene que recuerde la siguiente distinción en función cual sea su efecto. Y así, en unos casos sucede que el *mistake nega* el consentimiento, evita que las partes lleguen al acuerdo contractual pues tienen «cross-purposes» (*mistakes negatives consent; offer and acceptance mistake; mistake as to terms*) y en otros casos, las partes logran el acuerdo contractual, pero lo hacen bajo una esencial falsa premisa y el error *invalida* el consentimiento (*mistake nullifies consent*)<sup>300</sup>. En lo que sigue, expongo, primero, algunos casos de *mistakes negatives consent*; trato luego del *common mistake*; por último, me refiero a la defensa *non est factum*.

### 1.1 El *mistake negatives consent*

[93] Se sitúan aquí aquellos casos en que los *términos* de la oferta y de la aceptación adolecen de una *ambigüedad oculta, sien-*

<sup>300</sup> TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-001, p. 346; MCKENDRICK (2015) p. 52. He de advertir que los autores no adoptan una misma organización en sus exposiciones del *mistake*. CARTWRIGHT apunta: «[o]ne could categorise mistakes in different ways. The primary categorisation used in this chapter is by reference to *what the mistake is about*: the terms of the contract; the identity of the other party; or the subject-matter of the contract. However, we shall also consider (but as a secondary element of the categorisation) whether the mistake was *unilateral* (made by one party alone) or was *shared* (or *common*; both parties made the same mistake). These are distinctions which have legal significance and can point towards or against a remedy for the party who made a mistake. Although this arrangement and terminology will be used in this book, it must be noted that the courts and textbook writers do not agree on the arrangement of this topic, nor even on the terminology to be used» [cursiva del original; (2016) pp. 163-164]; en nota 9, p. 164, aclara: «E Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 14th edn ([...] 2015) ch 8 and M Furmston, *Cheshire, Fitfoot and Furmston's Law of Contract*, 16th edn ([...], 2012) ch 8 use as the primary division whether the mistake was shared or unilateral; until its 11th edn (2003) Treitel followed Lord Aktin in *Bell v Lever Bros Ltd* [...] in distinguishing the effect of the mistake—whether it ‘negatives consent’ or ‘nullifies consent’. J Beatson, A Burrows and J Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 30th edn ([...], 2016) ch 8 uses the same primary division as in this book: mistakes about the terms of the contract, about the other party's identity, and about the subject-matter of the contract» (cursiva del original). CHEN-WISHART emplea, en el capítulo 6, como división primaria la distinción *common mistake y unilateral mistake* [(2015) p. 250; en p. 252 alude a la distinción *mistakes as to terms/mistaken assumptions as to background fact*].

do razonablemente imposible imputar a las partes la obtención de un acuerdo. *Raffles v. Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906 es el clásico caso. Los demandados (compradores) acordaron con los demandantes (vendedores) la adquisición de un cargamento de algodón que llegaría «ex Peerless from Bombay»; pero, desconocido por ambos, había dos barcos llamados *Peerless* y ambos navegaban desde Bombay, y si los compradores pensaban en el que navegaba en *octubre*, los vendedores pensaban en el de *diciembre*; cuando el algodón finalmente llegó, los compradores rehusaron su entrega, alegando que los vendedores estaban obligados a entregar el algodón del *Peerless* que navegaba en *octubre* y no en *diciembre*; los vendedores les reclamaron el pago del precio. El Tribunal entendió que las partes habían tenido propósitos distintos («cross-purposes») suficientes para dar a los compradores una defensa frente a la demanda de los vendedores, sentenciando en favor de aquellos<sup>301</sup>.

[94] En *Scriven Brothers & Co v. Hindley & Co* (1913), 3 KB 563, el comprador había pujado con éxito por un lote que creía contener «hemp», cuando realmente contenía «tow», bien diferente y más barato, y rehusó su pago. La equivocación del comprador se debió al comportamiento no cuidadoso del vendedor. Lawrence J. dijo, que *no hubo contrato* porque «“the parties were never *ad idem* as to the subject-matter of the proposed sale”, one intending to sell tow and the other intending to buy hemp»<sup>302</sup>.

[95] Dentro de los *mistakes negatives consent* se encuentra el error que un contratante tiene sobre los *terms* del contrato, *lo que el otro conoce*. En *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, el comprador compró al vendedor cierta cantidad de «oats» creyendo que era «old oats» y realmente era «new oats», y esta última no servía para lo que pretendía (alimentar caballos). Cuando descubrió su error, rehusó aceptar la entrega de «oats» y el vendedor le demandó el pago del precio. La *Court of Queen's Bench* mantuvo que debían

<sup>301</sup> MCKENDRICK (2015) p. 52; advierte que el Tribunal no dio razón de su decisión, lo que hace extremadamente difícil extraer *ratio* alguna del caso, si bien el mismo generalmente se entiende por los abogados de contratos en el sentido de que establece la proposición de que una latente ambigüedad en los términos de una oferta y una aceptación puede operar negando el consentimiento en un apropiado caso (*op. cit.*, p. 52-53). V. CHEN-WISHART (2015) p. 53.

<sup>302</sup> CHEN-WISHART (2015) p. 52; el vendedor había descrito «the goods as so many bales in different lots all bearing the *same shipping marks*, which witnesses explained never happened for different commodities from the same ship. Thus, it was reasonable for the buyer not to have foreseen the potencial for confusion: being only interested in buying hemp, he has only inspected the hemp on show and not the tow bearing the same shipping marks. Lawrence J [...] found that, since the confusion was deliberately perpetrated by the seller in order to swindle the bank financing the shipment, 'it was peculiarly the duty of the auctioneer to make it clear to the bidder... which lots were hemp and which lots were tow'» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 52).

diferenciarse *dos tipos de casos*. En uno, el comprador *comprende correctamente la oferta del vendedor*, que es vender «oats», y se equivoca al creer que es «old oats», siendo su error conocido por el vendedor; aquí, el vendedor no tiene obligación de informar al comprador de su error, pues es responsabilidad del último asegurarse que la avena es como él cree que es, no pudiendo librarse de un mal negocio alegando que era responsabilidad del vendedor haberle informado de su error. En el otro tipo de caso, el vendedor conoce el error del comprador y esta vez su error *recae sobre los terms de la oferta del vendedor* (erróneamente, el comprador cree que la oferta del vendedor es venderle «old oats»); hay aquí un «offer and acceptance mistake» y el vendedor tiene la obligación de informar al comprador sobre la verdadera naturaleza de su oferta<sup>303</sup>.

## 1.2 El *common mistake*

[96] En dicho error, los contratantes logran el *acuerdo contractual* bajo una esencial suposición errónea<sup>304</sup>. El *Common Law* da, a su doctrina del *common mistake*, un muy reducido campo de actuación<sup>305</sup> y su consecuencia es un contrato *void* (nulo)<sup>306</sup>.

<sup>303</sup> MCKENDRICK (2015) p. 53; CHEN-WISHART (2015) pp. 49-51; v. CARTWRIGHT (2016) p. 171.

<sup>304</sup> MCKENDRICK (2015) p. 245. Sobre la terminología, CARTWRIGHT advierte: «Sometimes a shared mistake is described as ‘mutual’ (*Bell v Lever Bros Ltd* [1932] AC 161 (HL)), sometimes it is ‘common’ (Treitel ch 8; Anson ch 8; Cheshire, Fitfoot and Furmston ch 8; *Solle v Butcher* [1950] 1 KB 671 (CA) 686, 693). But some books use the word ‘mutual’ to describe the very different situation where the parties are at cross-purposes, holding different beliefs or understandings, rather than the same (Cheshire, Fitfoot and Furmston ch 8)» [(2016, nota 10 en p. 164); por otro lado, CARTWRIGHT señala, que actualmente el *common mistake* incluye, en el *Common Law*, no solo el error de hecho, sino también al *de derecho* [(2016) pp. 174-175]; v. CHEN-WISHART (2015) p. 253.

<sup>305</sup> MCKENDRICK (2015) p. 252; no limitando su afirmación al *common mistake*, CARTWRIGHT: «[...] a ‘mistake’ (that is, a pure mistake) rarely renders a contract void: the courts are very reluctant to allow a party to avoid a contract by simple providing that he was a mistaken» [(2016) p. 159; v. p. 172, e *infra* nota 326; *supra* [4] SMITS refiriéndose a Cartwright].

<sup>306</sup> CHEN-WISHART (2015) p. 268. *Con carácter general*, según CARTWRIGHT, en el *void contract*, aunque *aparentemente* el contrato se formó por la oferta, la aceptación y la *consideration*, aquél *no* crea obligaciones y derechos; es nulo *ab initio* (no fue eficaz) y por ejemplo, si fue *void* la venta de *goods*, el comprador no adquirió su propiedad, incluso si el vendedor se los hubiera entregado físicamente; el remedio del *void contract* es automático por cuanto que el tribunal y las partes nada han de hacer, y si entre ellas media controversia, en su decisión, el tribunal simplemente señalará que el contrato siempre fue *void*, desde su inicio; el único «vitiating factor», cuyo efecto es que el aparente contrato es nulo es el *mistake*, si bien, a veces, los contratos son *void* por *illegality* [(2016) pp. 160-161]; CARTWRIGHT indica que el *mistake* no da lugar a la reparación de los daños, porque una demanda por *mistake* no supone afirmar que el demandado ha hecho algo injusto, sino que el contrato es *void* por el propio error del demandante (*op. cit.*, p. 162). Si el contrato es *void*, frente a los terceros se aplica la regla de *nemo dat quod non habet*; WORTHINGTON [(2016) p. 205] apunta, supongamos que A vende a B un coche y B lo vende a C; si el contrato entre A y B es *void*, B no tiene un «good title» sobre el coche y en consecuencia,

[97] Para el *common mistake* del *Common Law*, *Bell v. Lever Brothers Ltd* [1932] A. C. –de la *House of Lords*– y *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris Salvage (International) Ltd* (2002) –de la *Court of Appeal*– son *leading cases*<sup>307</sup>. En ambos, se *denegó* la relevancia del error (este *no* fue suficientemente *fundamental*). En concreto:

a) En *Bell v. Lever Brothers Ltd*, *Bell* y *Snelling* (demandados) celebraron con los demandantes un contrato por el que se comprometían a servir durante cinco años, como, respectivamente, presidente y vicepresidente en una compañía filial de aquéllos. En sus contratos de servicios se dispuso (cláusula contractual; *term*) que *Bell* y *Snelling* no obtendrían beneficios haciendo negocios en su propio interés mientras trabajasen para la compañía filial. Sin embargo, y desconocido por los demandantes, *Bell* y *Snelling* se vincularon en negocios por su propia cuenta, no informando a los demandantes de los beneficios que con ellos obtuvieron. Con posterioridad, los demandantes decidieron *to terminate* sus contratos con *Bell* y *Snelling* al reorganizar sus negocios y celebraron los oportunos contratos indemnizatorios – se acordó el pago de 30.000 £ a *Bell*, y de 20.000 £ a *Snelling*, a cambio de que consintieran la *termination* de sus contratos de prestación de servicios–. Tras pagarles, los demandantes descubrieron los incumplimientos contractuales de *Bell* y *Snelling* y su importancia era tal, que les daba derecho a resolver (*to terminate*) los contratos de servicios sin indemnización. Los demandantes quisieron recuperar lo pagado y reclamaron por *fraud*, lo que no prosperó; después se añadió el fundamento del *mistake*. Una característica clave del caso fue que, para el jurado, cuando los contratos indemnizatorios se celebraron, *Bell* y *Snelling* no eran conscientes de haber incumplido una obligación –estaban en un error, pues consideraban que sus contratos de prestación de servicios *solo* podían terminarse por acuerdo–. Por consiguiente, las partes celebraron los acuerdos indemnizatorios bajo el *common mistake* de que los contratos de prestación de servicios eran válidos, cuando, de hecho, no lo eran. La proposición de Derecho que la *House of Lords* estableció *como autoridad* fue, que «a mistake must be fundamental in order to

C tampoco lo tiene y C es vulnerable a las reclamaciones de A de recuperar el coche; lo anterior no sucede si el contrato entre A y B fue un contrato simplemente anulable (*voidable*), pues aquí el contrato funciona como un «perfectly good contract» hasta que A adopte pasos para anularlo; en el contrato *voidable*, B tiene un «good title» sobre el coche y puede transferir ese «good title» a C, y *solo* si A descubre la verdad después de la segunda venta a C, A no será capaz de llevar a cabo una reclamación contra C; v. además CARTWRIGHT, *op. cit.*, pp. 161-162 (*infra* nota 328).

<sup>307</sup> CHEN-WISHART (2015) p. 253; MCKENDRICK (2015) p. 245.

entitle a party to set aside a contract, must therefore be seen against the background of the particular facts of the case»<sup>308</sup>.

Antes de exponer *Great Peace* –el segundo *leading case* para el *common mistake* del *Common Law*– voy a referirme a *Solle v. Butcher* [1950] 1 KB 671. En síntesis, se había celebrado un contrato de arrendamiento de un piso con una duración de siete años y por una renta anual de 250 £. La cuantía de la renta se determinó por la *asunción equivocada* de que el piso era de renta libre y lo cierto es que estaba sometido, por la *Rent Act*, al límite de una renta anual de 140 £. El arrendatario demandó y solicitó la *rescisión* del exceso pagado, ante lo cual el propietario reclamó la *rescission* del arrendamiento, lo que se concedió. Dado que la *rescission* provocaba al arrendatario una considerable onerosidad, se le ofreció la posibilidad de permanecer en el piso con un nuevo precio de alquiler de 250 £ por año (*rescission* del contrato *on terms*)<sup>309</sup>.

Cuando se decidió *Solle v. Butcher*, se tuvo en cuenta –por mera razón cronológica– la expuesta doctrina de *Bell v. Lever Brothers*, que estableció un campo *muy reducido* para el error relevante en el *Common Law*. Frente al *Common Law*, en *Solle*, la *Court of Appeal* estableció que el *common mistake* tiene, en la *Equity*, un campo de actuación mayor en cuanto a la liberación del contrato –el error también ha de ser *fundamental*, pero en un menor grado, y la parte que lo invoca no ha de ser culpable de él– y tiene una mayor flexibilidad en cuanto a los remedios, pues el contrato puede, si es apropiado, rescindirse *on terms*<sup>310</sup>. *Solle v. Butcher* dispuso para el *common mistake* dos doctrinas separadas, una en el *Common law* y otra en la *Equity*, y aunque ello fuera criticado por diversas razones, la doctrina de *Solle v. Butcher* se aplicó posteriormente a otros casos<sup>311</sup> hasta que apareció *Great Peace*.

b) En *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavlis Salvage (International) Ltd*, los demandados acordaron que se les prestara un servicio de salvamento al barco *Cape Providence*, que se encontraba en serias dificultades –en inminente peligro de hundirse, junto con su tripulación y cargamento en el *South Indian Ocean*–. Un tercero había

<sup>308</sup> MCKENDRICK (2015) p. 246 para la proposición de derecho, y desde p. 245 para el caso. Sobre la solución, la *House of Lords* sostuvo –mayoría de tres a dos– que los demandantes no podían recuperar lo pagado a *Bell* y a *Snelling*; Lord Atkin y Lord Thankerton sostuvieron que el error no era suficientemente esencial para la nulidad del contrato; Lord Blanesburgh entendió que los demandantes no podía recuperar el dinero al no haber demandado por *common mistake*, pero expresó su «*entire accord*» con las sentencias de Lord Atkin y Lord Thankerton; según McKendrick, el test establecido por la mayoría fue bien expresado por Lord Thankerton, cuando dijo que el *common mistake* debe «relate to something which both [parties] must necessarily have accepted in their minds as an essential element of the subject-matter» [(2015) p. 246]. Para el caso y solución, CHEN-WISHART (2015) p. 253.

<sup>309</sup> CHEN-WISHART (2015) pp. 268-269; MCKENDRICK (2015) p. 250; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-027, p. 364.

<sup>310</sup> CARTWRIGHT (2016) p. 175; MCKENDRICK (2015) p. 252; CHEN-WISHART (2015) p. 268; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-027, p. 364.

<sup>311</sup> CHEN-WISHART (2015) p. 269; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-028, pp. 364-365.

informado a los demandados que el barco *Great Peace* estaba cerca del barco en dificultades y los demandados contactaron por teléfono con los demandantes –propietarios del *Great Peace*– acordando su arrendamiento (*to hire*) por un plazo mínimo de cinco días. Después se descubrió que el *Great Peace* no estaba tan cerca del *Cape Providence* como los demandados creían –a 410 millas más alejado que las supuestas 35 millas–. Cuando los demandados lo descubrieron, quisieron obtener los servicios de otro barco no tan alejado y hecho ello, pretendieron *to terminate* el contrato celebrado con los demandantes. Estos últimos les demandaron el pago del arrendamiento, lo que los demandados rechazaron argumentando que el arrendamiento del *Great Peace* estaba viciado por el *common mistake* sobre su *verdadera localización*. La *Court of Appeal* sostuvo que el error *no era suficientemente fundamental* para extinguir el contrato. Estando el *Great Peace* a 410 millas, lo cual hubiera llevado 22 horas para reunirse con el *Cape Providence*, *el retraso en el tiempo no hacía al cumplimiento «essentially different from those which the parties had envisaged when the contract was concluded»* (cursiva mía)<sup>312</sup>.

La relevancia jurídica de *Great Peace* es grande, pues indica los requisitos para que el contrato sea *void* por *common mistake* en el *Common law*. Según Phillips MR, se precisa: «(i) there must be a common assumption as to the existence of a state of affairs; (ii) there must be no warranty by either party that the state of affairs exists; (iii) the non-existence of the state of affairs must not be attributable to the fault of either party; (iv) the non-existence of the state of affairs must render performance of the contract impossible; (v) the state of affairs may be the existence, or a vital attribute, of the consideration to be provided or circumstances which must subsist if performance of the contractual adventure is to be possible»<sup>313</sup>.

Anteriormente adelanté que la doctrina de *Solle v. Butcher* (de que para el *common mistake* había dos doctrinas, la del *Common Law* y la de la *Equity*) terminó con *Great Peace*. En *Great Peace*, la *Court of Appeal* indicó que un contrato, que no es nulo según el *Common Law* (contrato válido), *no puede «rescindirse»* en

<sup>312</sup> MCKENDRICK (2015) pp. 250-251. CHEN-WISHART informa que los demandados rehusaron pagar, porque «the contract was (i) void for common mistake (ie that the GP [Great Peace] was ‘in close proximity’ to the CP [Cape Providence] under *Bell v Lever Brothers*, or (ii) voidable for mistake in equity under *Solle v Butcher* (1950)» [(2015) p. 254, v. desde p. 253].

<sup>313</sup> CHEN-WISHART (2015) pp. 254-255; MCKENDRICK (2015) p. 251; CARTWRIGHT (2016) pp. 172-174. Teniendo presente esas afirmaciones de Phillips MR, según CHEN-WISHART, para que el contrato sea *void*, el demandante ha de probar («three-step inquiry»): «(i) *construction*: the risk of the mistake was not allocated to either party;/ (ii) *fault*: he or she was not at fault (eg by making a very unreasonable mistake or inducing the other party’s mistake);/ (iii) *fundamentality*: the mistaken common assumption was so serious as to make performance ‘impossible’» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 255).

la *Equity*. Entre otros argumentos, la *Court of Appeal* señaló que *Solle* es irreconciliable con *Bell v. Lever Brother*, pues el último es decisión de la *House of Lords*, y *Solle* lo decidió la *Court of Appeal*; la incertidumbre generada por *Solle*, pues aun exigiéndose en la *Equity* un error *fundamental*, es error *menos fundamental* que el del *Common law* (cuestión de grado) y las sentencias no fijaron un test apto para apreciar dicha diferencia de grado; y, por último, conseguir restaurar la coherencia en el Derecho del error<sup>314</sup>.

[98] Expuestos los requisitos del *common mistake* en el *Common Law*, voy a referirme al *common mistake* sobre la *existence of the subject matter (res extincta)*. *Couturier v. Hastie* [(1856), 5 HL Cas. 673] –cosa que existió y pereció antes de la celebración del contrato– y *McRae v. Commonwealth Disposal Commission* [(1951) 84 CLR 377] –cosa que nunca existió– son *leading cases*.

a) En *Couturier v. Hastie* –de la *House of Lords*– el vendedor vendió al comprador un cargamento de maíz que creían en tránsito desde Salónica al Reino Unido. Pero, *antes* de la venta y *desconocido por ambos*, el maíz se había deteriorado de tal modo que el capitán del barco lo había vendido. El vendedor demandó al comprador el pago del precio y argumentó que había de asumirlo por haber comprado el maíz en «interest in the adventure», o *según los derechos que el vendedor tenía en los documentos de transporte*. La *House of Lords* lo rechazó, pues consideró que el objeto del contrato *no* fueron los derechos del vendedor en los documentos de embarque, *sino el maíz comprado*, y al no existir este, había una *ausencia total de consideration* y el comprador *no* había de responder del precio<sup>315</sup>.

b) En *McRae v. Commonwealth Disposal Commission* –de la *High Court of Australia*–<sup>316</sup> los demandados (vendedores) propusieron a los demandantes (compradores) la venta de los restos de un petrolero que descansaba en el arrecife *Jourmand*, del que se dijo que contenía petróleo. Los compradores se embarcaron en una expedición para intentar salvarlo, pero no lo encontraron. *Lo cierto es que nunca había existido el petrolero*. La acción de los compradores, de que se les indemnizaran los daños sufridos por incumplimiento contractual, tuvo éxito. Los vendedores señalaron que no debían responder por incumplimiento contractual, *al ser nulo el contrato por la inexistencia de objeto contractual*, lo que el tribunal rechazó. Según

<sup>314</sup> CARTWRIGHT (2016) pp. 175-176; MCKENDRICK (2015) pp. 253-254; CHEN-WISHART (2015) p. 269; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-029, p. 365.

<sup>315</sup> MCKENDRICK (2015) p. 247; CHEN-WISHART (2015) p. 262; TREITEL/PEEL reproducen las palabras de Lord Cranworth LC: «The whole question turns upon the construction on the contract... Looking to the contract... alone it appears to me clearly that what the parties contemplated... was that there was an existing something to be sold and bought» [(2015) núm 8-009, p. 351, v. desde p. 350].

<sup>316</sup> Según MCKENDRICK, «[...] rather bizarre case, [...]» [(2015) p. 247].

este, los vendedores *habían prometido que el petrolero existía, respondiendo del incumplimiento de su promesa*. *McRae* se diferenció de *Couturier*, pues en este último las partes celebraron el contrato *bajo la shared assumption* de que el maíz existía y el vendedor podía venderlo, y probada no fundada la suposición, se sostuvo que el contrato era *void*. En *McRae*, los vendedores *realmente habían prometido que el petrolero existía*; esto es, *habían asumido el riesgo de su inexistencia, y al incumplir su promesa, eran responsables de los daños causados a los compradores*<sup>317</sup>.

Expuesto lo anterior, son oportunas algunas meras y breves indicaciones en relación con la S. 6 SGA 1979, según la cual: «[w]here there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void». Esa *section* se pensó para dar efecto a la decisión de la *House of Lords* en *Couturier v. Hastie*<sup>318</sup>, pero se la critica su ámbito de aplicación y coordinación con *McRae*. Y al respecto, se indica que la S. 6 SGA 1979 se refiere a bienes específicos que existieron y perecieron, y *McRae* a bienes que nunca existieron y que los vendedores prometieron que existían –asumieron el riesgo de su inexistencia–; además hay la cuestión de qué sucede con aquellas compraventas en las que fue el comprador el que asumió el riesgo de la inexistencia (pacto de asunción del riesgo) y, a diferencia de otros artículos de la SGA 1979, la S. 6 SGA 1979 no contempla la posibilidad del pacto en contrario; por ello, los autores articulan diferentes razonamientos para lograr la adecuada coordinación entre la S. 6 SGA 1979 y *McRae*, pero, como he indicado, dicha *section* es criticada y se ha apuntado a su reforma<sup>319</sup>.

[99] Otro posible *common mistake* es cuando se adquiere una cosa de la que se descubre que se era su propietario (*res sua*)<sup>320</sup>. En *Cooper v. Phibbs* (1867) LR 2 HL 149, se acordó un «lease of a salmon fishery» creyendo ambas partes que la propiedad era de los

<sup>317</sup> MCKENDRICK (2015) pp. 247-248; CHEN-WISHART (2015) p. 256; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-004, p. 348. CARTWRIGHT (2016) p. 173, quien más allá del caso *McRae* hace las siguientes interesantes consideraciones: «This case [el de *McRae*] will alert the civil lawyer to the fact that there is no obstacle in English law to a contract to do the impossible. Although it might be unlikely that a party has in fact undertaken to do something which is physically impossible, this is only a matter of the construction of his undertakings—and if he has promised to do something which he cannot do, or to transfer something which does not in fact exist, then he is still bound, although he will not, of course, be bound to perform the impossible, but to pay damages to the other party. But since English law sees damages as the primary remedy, and sees the promise in economic terms rather than as having in principle to be performed, this is not as strange to the English lawyer as it might be one trained in a system which gives priority to the binding force of the performance obligation and may have a rule that the promise to do the impossible is an inherent contradiction» (*op. cit.*, p. 173).

<sup>318</sup> MCKENDRICK (2015) p. 247.

<sup>319</sup> V., por ejemplo, TREITEL (2011) núm. 8-010, pp. 316-317; MCKENDRICK (2015) p. 248; CHEN-WISHART (2015) p. 262.

<sup>320</sup> CHEN-WISHART (2015) p. 261.

demandados y descubriéndose después que el apelante (arrendatario) era su propietario y el contrato «was set aside»<sup>321</sup>.

### 1.3 La defensa *non est factum* («this is not my deed»)

[100] Cuando uno firma un documento contractual, se vincula, lo haya o no leído, lo haya o no entendido. Eso genera confianza a los terceros, quienes deben ser protegidos (certidumbre, seguridad del tráfico jurídico). Pero, si uno se equivoca firmando un documento cuyo contenido no quería, *en circunstancias excepcionales* es razonable protegerle (sería injusto mantenerle vinculado al contrato que no quiso) y puede alegar la defensa de *non est factum*, la cual, si prospera, conlleva que el contrato se considere *void* (nulo)<sup>322</sup>. De conformidad con *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] AC 1004 (HL), esa defensa no se limita a quienes son ciegos o analfabetos, sino que se extiende a «who are permanently or temporarily unable through no fault of their own to have without explanation any real understanding of purport of a particular document, whether that be from defective education, illness or innate incapacity»<sup>323</sup>. Además, para aplicarla, la diferencia entre lo que el documento es y lo que se creía que era, debe ser «fundamental» y la persona no ha de haber actuado negligentemente<sup>324</sup>.

En *Saunders v. Anglia Building Society* (también referido como *Gallie v. Lee*) sucedió que una viuda de setenta y ocho años, propietaria de su casa, quería ayudar a su sobrino, quien de inmediato quería obtener un préstamo dando en garantía la casa de su tía. La viuda quería ayudarle, si podía vivir el resto de su vida en la casa sin pagar renta alguna. Ahora bien, el sobrino no quería obtener el préstamo a su nombre, pues temía que su mujer pudiera reclamarle

<sup>321</sup> MCKENDRICK (2015) p. 249, quien señala que la *Court of Appeal* señaló en *Great Peace*: «it is not easy to analyse the precise principles that led the House of Lords to set aside the agreement», y una explicación es que el contrato se extinguió al no poder ejecutarse legalmente, pues el apelante ya era el propietario de la «fishery» (*op. cit.*, p. 249); CHEN-WISHART (2015) pp. 262-263; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-013, p. 353, quienes también afirman que un contrato no es *void* simplemente porque en él se pretenda disponer de una propiedad que pertenece a un tercero, pues el vendedor podría adquirirla y entonces transferirla (*op. cit.*, núm. 8-013, p. 353).

<sup>322</sup> MCKENDRICK (2015) pp. 152-153 y 154; CHEN-WISHART (2015) p. 277; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núms. 8-079 y 8-080 pp. 395-396.

<sup>323</sup> MCKENDRICK (2015) p. 153, que también apunta que los *Lordships* no dijeron que la defensa *non est factum* nunca estaría disponible para una persona con plena capacidad, sino que solo estaría a su disposición en casos muy excepcionales, y no estaría disponible porque simplemente se esté muy ocupado o porque se haya sido muy despreocupado en leer el documento (*op. cit.*, p. 153); CHEN-WISHART (2015) p. 278; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-081 pp. 396-397.

<sup>324</sup> MCKENDRICK (2015) pp. 153-154; CHEN-WISHART (2015) pp. 277-278; CARTWRIGHT (2016) p. 167; TREITEL/PEEL (2015) núms. 8-082 pp. 397-398, y 8-086 pp. 398-399.

el dinero (reclamación de manutención) y por ello concertó con un amigo que este obtendría el dinero garantizado con la casa, y preparó un documento en el que le cedía la casa por 3.000 £. El amigo presentó a la viuda, para su firma, ese documento, que la viuda no leyó al tener rotas sus gafas y que firmó tras haberle dicho el amigo que era la escritura de donación de la casa para su sobrino. Después, el amigo obtuvo el dinero de una *building society* al tiempo que hipotecó la casa. El amigo no pagó y la *building society* quiso obtener la posesión de la casa, ante lo cual la viuda invocó la defensa *non est factum*, que no prosperó<sup>325</sup>.

## 2. LA MISREPRESENTATION

[101] Es una declaración del *representor* no ambigua y falsa de un hecho, o derecho –*primer requisito*–; dirigida a la parte a la que se genera el error (el *representee*) –*segundo requisito*–; y declaración que indujo al *representee* a celebrar el contrato –*tercer requisito*–<sup>326</sup>. Toda *misrepresentation* permite la liberación del contrato mediante su *rescission*<sup>327</sup> (es un *contract voidable*<sup>328</sup>), sin perjuicio

<sup>325</sup> McKENDRICK (2015) p. 153; CHEN-WISHART (2015) p. 278; TREITEL/PEEL (2015) núm. 8-082 pp. 397-398.

<sup>326</sup> McKENDRICK (2015) p. 225; CHEN-WISHART (2015) p. 206. Comparando el *mistake* y la *representation*, CARTWRIGHT indica: «[...] whereas in the case of a mistake the courts were reluctant to allow a claimant to escape the contract because that would deprive the defendant of the contract—would disturb the security of contract to which he is entitled— in the case of a misrepresentation they have no such reluctance. In a sense, the defendant has deprived himself of the right to rely on the security of the contract by having caused the claimant's mistake. This link (and contrast) between mistake and misrepresentation does not often appear in the reasoning of the courts; but it explains the fundamental difference of attitude to the two areas of law» [(2016) p. 177; v. *supra* nota 305].

Por otro lado, en Derecho inglés es importante la distinción entre *representation* y *promise*; según McKENDRICK: «A promise may be defined as a statement by which the maker of the statement accepts or appears to accept an obligation to do or not to do something. A representation, on the other hand, is a statement which simply asserts the truth of a given state of facts» [(2015) p. 224; v. hasta p. 225]; CHEN-WISHART (2015) pp. 207-208, y para los criterios aplicados por los tribunales para diferenciar la *misrepresentation* y el *contractual term*, pp. 210-211.

<sup>327</sup> CARTWRIGHT (2016) p. 179. La *rescission* por *misrepresentation* difiere de la *rescission* por *breach of contract* (*termination* por *breach of contract*): a) en la *rescission* por *misrepresentation*, el contrato se extingue *retroactiva* y *prospectivamente*, persiguiéndose situar (restaurar) a las partes, tan lejos como sea posible, en la posición en que se encontraban *antes* de la celebración del contrato y asegurando que el demandante no se enriquece injustamente; b) en la *rescission* por *breach of contract* (*termination*), las partes se liberan de cumplir sus obligaciones *para el futuro* y *no se considera que el contrato nunca haya existido*, por ello *no funciona retroactivamente*. McKENDRICK (2015) pp. 235-236 y pp. 332-333; CHEN-WISHART (2015) pp. 235-236; TREITEL/PEEL (2015) núms. 9-086 y 9-087, pp. 450-451. V. la siguiente nota.

<sup>328</sup> Sobre el *voidable contract*, CARTWRIGHT informa, *con carácter general*, que el contrato se formó válidamente por la oferta, la aceptación y la *consideration*, pero adolece de un defecto desde su celebración; al ser válido, el contrato crea derechos y obligaciones, pero puede llegar a ser *void*; y si *no* lo llega a ser *void*, el contrato conser-

de lo dispuesto en la *section 2 (2)* de la *Misrepresentation Act (damages in lieu of rescission)*<sup>329</sup>. El legitimado para ejercitar la *rescission* es el *representee* (pero, puede optar por la *affirmation* del contrato) y puede ejercitar aquélla de distintas formas, así mediante comunicación, devolviendo lo que obtuvo del contrato, reconviene frente a la acción ejercitada contra él, en algún caso mediante comunicación a ciertos entes<sup>330</sup>, o acudiendo directamente al juez (buscando su declaración)<sup>331</sup>.

[102] Los requisitos de la *misrepresentation* merecen algún comentario:

a) Sobre la declaración no ambigua y falsa del *representor*, inicialmente la *misrepresentation* no incluyó la declaración de derecho, hoy sí<sup>332</sup>. La declaración puede hacerse mediante pala-

va toda su fuerza; normalmente el defecto que hace al contrato anulable se debe a una de las partes contratantes y solo la otra –la «('innocent') party»– puede hacer *void* al contrato; sobre la terminología «the contract is 'avoided', or is 'rescinded' –the remedy by which a voidable contract is avoided is 'rescission'»; la *rescission*, a veces, la concede el tribunal, y otras –así en la *misrepresentation*– la realiza la «innocent party» sin orden judicial; la *rescission* del «voidable contract» opera retroactivamente [*ab initio*]; los derechos y los deberes contractuales se consideran como nunca creados, por ejemplo, si la propiedad de los *goods* se transmitió por venta y esta después se rescindió, los derechos revierten al vendedor y las partes han de restituirse recíprocamente lo recibido; no obstante, los tribunales han desarrollado diversas reglas que impiden la *rescission* del contrato (así, si no es posible la restitución, o si un tercero inocente es perjudicado por la *rescission* del contrato, como si los *goods* vendidos se (re)vendieron al tercero inocente; v. *supra* nota 306); el contrato puede ser *voidable* por *misrepresentation*, *duress*, *undue influence*, o *unconscionable bargain* [(2016) p. 161; y para la *rescission* del contrato por *misrepresentation*, *op. cit.*, pp. 179-180]. V. además la nota inmediatamente anterior a esta.

<sup>329</sup> a) *S. 2 Misrepresentation Act 1967*: «(1) [...] (2) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract, that the contract ought to be or has been rescinded, the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party» (cursiva mía).

b) Como es conocido, la *misrepresentation* puede ser *fraudulent*, *negligent* e *innocent*, lo que tiene relevancia para la posible indemnización de daños [en las dos primeras hay reparación de daños, lo que no sucede en la tercera; sobre ello McKENDRICK (2015) pp. 237 ss.; CARTWRIGHT (2016) pp. 178 ss.]. Puesto que solo me interesa la *misrepresentation* en cuanto que permite al *representee* liberarse del contrato, me limito a exponer los requisitos de la *misrepresentation* pensando en ello.

<sup>330</sup> Sobre esos entes (policía; *Automobile Association*), sucedió que por la *fraudulent misrepresentation* del comprador, el vendedor le vendió su coche y por no poderse hallar el comprador (huído), al vendedor le era *impossible* comunicarle la *rescission* [*Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell* [1965] 1 QB 525; CHEN-WISHART (2015) p. 235; McKENDRICK (2015) p. 236; TREITEL/PEEL (2015) núm. 9-095, pp. 454-455].

<sup>331</sup> McKENDRICK (2015) p. 236; CHEN-WISHART (2015) p. 235; TREITEL/PEEL (2015) núm. 9-094 p. 454 y núm. 9-096 pp. 455-456; CARTWRIGHT (2016) p. 179.

<sup>332</sup> McKENDRICK (2015) pp. 225-226; CHEN-WISHART (2015) pp. 212-213; CARTWRIGHT (2016) p. 177.

bras, o por *conducta*<sup>333</sup>. Por consistir la *misrepresentation* en una declaración sobre la existencia de un hecho, la misma *no* es accionable (relevante), si la declaración tiene la condición de ser una «mere puff» —esto es, una declaración vaga, exageradamente laudatoria, que no genera una razonable confianza en el que la recibe—<sup>334</sup>. *Ni* es accionable la *misrepresentation*, si la declaración contiene una *opinión o creencia*, que resulta no fundada (no es una declaración falsa de un hecho). *Pero* aquí ha de tenerse en cuenta, si el *representor* tenía un *especial conocimiento sobre la materia*, y si posee *mayor* conocimiento que el *representee*, los tribunales consideran *implícitamente* que la *representation* debió hacerse con razonable diligencia, y que el *representor* sabía de hechos que justificaban su opinión; las partes negociadoras, que poseen una especial habilidad, tienen un deber de razonable cuidado en la preparación de sus predicciones y opiniones<sup>335</sup>. *Por último*, no constituye

<sup>333</sup> McKENDRICK (2015) p. 226; CHEN-WISHART (2015) p. 211; esta última expone el caso *Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV* (2002): el 06.05.1998, el grupo musical *the Spice Girls* celebró un contrato para promocionar unas motos del demandante; tres semanas después, una de sus componentes dejó el grupo musical, causando considerables pérdidas al demandado; el *Court of Appeal* sostuvo que *the Spice Girls* había hecho una *misrepresentation mediante conducta*, desde que todos sus cinco miembros habían participado en una foto comercial y facilitado logos, imágenes y diseños, cuando ellas sabían que una iba a dejar el grupo (*op. cit.*, pp. 211-212). CARTWRIGHT (2016) p. 177.

<sup>334</sup> McKENDRICK (2015) p. 226; en *Dimmock v. Hallet* (1866) LR 2 Ch App 21, TUNER LJ dijo que una *representation* de que el terreno era «fertile and improveable» no puede considerarse, salvo caso extremo, una *misrepresentation* que dé derecho a la *innocent party* a *to rescind* el contrato (*op. cit.*, 226). CHEN-WISHART, que también alude a *Dimmock v. Hallett*, indica que los eslóganes de los anuncios que digan, por ejemplo, que una marca de gasolina pone «a tiger in your tank», o que un desodorante te hará totalmente irresistible al sexo opuesto, no son declaraciones que una persona razonable pueda tomar en sentido literal; ahora bien, el contexto y la especificidad de la declaración pueden elevar una declaración al nivel de *term*; así, en *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* (1893), el tribunal rechazó que fuera una *mere puff* la afirmación, en el anuncio del vendedor, de que pagaría 100 £ a cualquiera «who contracts the increasing epidemic influenza, or any disease by taking cold», después de haber usado la pelota tres veces al día durante dos semanas de acuerdo con las indicaciones impresas, añadiendo que se habían depositado 1000 £ en el *Alliance Bank* «showing our sincerity in the matter» [(2015) p. 214-215]. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

<sup>335</sup> McKENDRICK (2015) pp. 226-227, quien expone varios casos: a) en *Smith v. Land and House Property Corp* (1884) 28 Ch D 7, BOWE LJ dijo que, si «the facts are equally known to both parties, what one says to the other is frequently nothing but an expression of opinion... But if the facts are not equally well known to both sides, then a statement of opinion by one who knows the facts best involves very often a statement of material fact, for he impliedly states that he knows facts which justify his opinion»; b) en *Bisset v. Wilkinson* [1927] AC 177, se vendió una granja en Nueva Zelanda que nunca se había dedicado a la crianza de ovejas y el vendedor *representó* al futuro comprador que, *a su juicio*, la propiedad podía sostener 2000 ovejas, lo que resultó falso; el comprador no pudo desvincularse del contrato porque la declaración del vendedor *no fue una declaración falsa de un hecho, sino una declaración de opinión honestamente mantenida*; c) en *Esso Petroleum Ltd v. Mardon* [1976] QB 801, *Esso* había arrendado una estación de gasolina en construcción e indicó al (futuro) arrendatario que su rendimiento probablemente alcanzaría 200.000 galones por año; pero la autoridad local no autorizó que los surtidores de gasolina se situaran frente a la calle principal y la estación de gasolina se construyó detrás, en el patio trasero, con un único acceso a los surtidores de gasolina desde una calle lateral;

declaración de un hecho, aquella que contiene una intención del *representor*, y si no realiza la misma, no hay *misrepresentation* (*Wales v Wadham* [1977] 1 WLR 199). *Ahora bien*, si falsamente se representó la intención (hubo deshonestidad), entonces hay una *declaración de un hecho* (su intención es una cuestión de hecho)<sup>336</sup>.

b) En cuanto a la declaración dirigida al *representee*, el *representor* puede comunicar su *misrepresentation* directa o indirectamente (en este último caso la dirige a un tercero con la intención de que este, a su vez, la traslade al *representee*)<sup>337</sup>.

Y c) para nexo causal entre la *misrepresentation* y la celebración del contrato, se plantea si se exige el «materiality requirement» (que la *misrepresentation* habría afectado a un hombre razonable en su decisión de si celebraba o no el contrato en esos términos). En antiguos casos, había frecuentes referencias a que la *misrepresentation* había de ser «material» (requisito), pero hoy se duda y según McKendrick, hoy la posición ortodoxa es, si la *representation* hubiera inducido a un *hombre razonable* a la celebración del contrato, el tribunal presumirá que dicha *representation* indujo

---

pese a sus oficiales experimentados, *Esso* aseguró al demandado que el cambio no afectaría al rendimiento, pero resultó que, por el cambio, solo se alcanzó 78.000 galones por año; el demandado incurrió en pérdidas considerables y llegó un momento que no pudo pagar a *Esso*; *Esso* quiso recuperar la estación de gasolina y el dinero que le debía el demandado; este último reconvino y reclamó la reparación de daños por incumplimiento contractual y por *negligent misrepresentation*; *Esso* se defendió alegando que su declaración había sido una *opinión* y no declaración accionable; la *Court of Appeal* sostuvo que sí lo era; Lord Denning distinguió el caso, del de *Bisset* [expuesto en la anterior b)], argumentado que en *Bisset* la propiedad nunca había sido utilizada como granja de ovejas y que ambas partes eran igualmente capaces de formarse una opinión sobre la capacidad de la propiedad; en cambio, *Esso* tenía un especial conocimiento y capacidad de pronosticar el rendimiento de la gasolina y los hechos mostraban que, en su *representation*, no había actuado con «reasonable care and skill», por lo que respondía de los daños sufridos por el demandado. CHEN-WISHART también se refiere a *Smith, Bisset, y Esso*, y otros casos [(2015) pp. 213-214]. CARTWRIGHT (2016) pp. 177-178.

<sup>336</sup> McKENDRICK (2015) p. 227; en *Edgington v. Fitzmaurice* [(1885) 29 Ch D 459], los directores de una compañía invitaron al público a la suscripción de obligaciones sobre la base de que el dinero que obtuvieran se emplearía en expandir el negocio; pero el verdadero propósito era obtener dinero para pagar deudas de la compañía; se sostuvo que los directores fueron «guilty of misrepresentation» por haber representado equivocadamente su auténtica intención (*op. cit.* p. 227). CHEN-WISHART (2015) p. 213, que también se refiere *Wales*, y a *Edgington*. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

<sup>337</sup> McKENDRICK (2015) p. 227; en *Commercial Banking Co of Sydney v. RH Brown and Co* [1972] 2 Lloyd's Rep 360, el banco demandado comunicó una *misrepresentation* al banco de los demandantes sobre la situación financiera de uno de los clientes de los demandados; el banco de los demandantes comunicó esa información a los demandantes, quienes actuaron en su perjuicio; se decidió que los demandados eran responsables porque sabían que el banco de los demandantes no quería la información para sus propios propósitos, sino para pasarla a su cliente quien se proponía negociar con el cliente del banco demandado (*op. cit.*, p. 227). CHEN-WISHART (2015) p. 221; apunta, además que las declaraciones pueden viajar a lo largo de una cadena y repetirse (A la transmite a B, B a C, C a D, etc.) y sería injusto imponer responsabilidad al inicial *representor* por toda subsecuente confianza de los *representees* en su declaración (*op. cit.*, p. 227). CARTWRIGHT (2016) p. 180.

al *representee* a su celebración, debiendo probar el *representor*, si quiere no responder, que el *representee* no confió, de hecho, en la *representation*. En cambio, si la *representation* no hubiera inducido a una persona razonable a la celebración del contrato, el *representee* tiene que probar que la *representation* le indujo, de hecho, a la celebración del contrato<sup>338</sup>. No se exige que la *misrepresentation* fuera la única o exclusiva causa que indujera al *representee* a la celebración del contrato; lo que se exige es, que la *representation* haya jugado una «‘real and substantial’ part» en su inducción a la celebración del contrato<sup>339</sup>. La inducción a la celebración del contrato no tiene lugar, si el *representee* ignoró la *representation*, o sabía de su no verdad, o si la *representation* no le afectó en su decisión de celebrar el contrato<sup>340</sup>.

### III. LOS PLDC

#### 1. CÓMO SE CONCIBIERON, EL CAMINO RECORRIDO Y LA PROGRAMACIÓN DE FUTURO

[103] En 2012, en su *Presentación* del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Carlos Pizarro Wilson se refirió, entre otras cosas, a la preocupación que había por la defensa del *Derecho contractual continental* frente al *Common Law*; informó sobre cómo se gestó el proyecto académico de redactar los PLDC; y apuntó la

<sup>338</sup> McKENDRICK (2015) pp. 227-228; apunta que el caso difícil es aquel en el que hay una inocente *misrepresentation* que no hubiera inducido a la celebración del contrato a la persona razonable («immaterial misrepresentation») y que indujo al *representee* a su celebración: ¿tiene este derecho a liberarse del contrato? Considera que la respuesta no resulta obvia y que, en la práctica, es muy improbable que el *representee* pueda probar que fue inducido a la celebración del contrato por una «immaterial misrepresentation», pero, si ello ocurriera, los tribunales han de actuar con cautela antes de abandonar el «materiality requirement» (el *fraud* es una excepción en esto, pues quien fraudulentamente actuó no puede argumentar que la *representation* fue «immaterial») (*op. cit.*, p. 228). CHEN-WISHART apunta que la «immateriality» no se exige si la *representation* fue fraudulenta, o el *representor* sabía o debería saber que su declaración influiría en el demandante, e informa sobre el desacuerdo existente acerca del «materiality requirement»: si «simply functions as evidence of inducement», o si «is separate from the inducement requirements» [cursiva del original; (2015) pp. 222-223, v. también p. 221]. CARTWRIGHT (2016) p. 178.

<sup>339</sup> McKENDRICK (2015) p. 228, v. hasta p. 229; CHEN-WISHART: «It is enough if the misrepresentation was an inducement actively present in the claimant’s mind; that is, it need only be ‘one of’ his or her reasons for entering into the contract, it need not be the ‘but for’ reason, let alone ‘the’, ‘the predominant’, or ‘the sole’ reason for his or her agreement (*Edgington v Fitzmaurice*)» [(2015) p. 221, cursiva del original].

<sup>340</sup> McKENDRICK (2015) p. 229; CHEN-WISHART (2015) p. 222.

problemática de la decisión sobre qué bases habrían de construirse los PLDC. Lo hizo como sigue.

«[...] Por todos es conocido el efecto que produjo el Informe del Banco Mundial, que criticó como ineficiente al derecho de la familia continental<sup>341</sup>. En Francia, la resistencia no se hizo esperar, no sólo por una convicción ideológica, sino, también, por inexactitudes en el análisis de las instituciones del Derecho Privado inspirado en los países del continente<sup>342</sup>. Sabemos, también, que la presencia, al menos geográfica del Derecho Continental, es relevante, tanto o más que aquélla del *Common Law*. Esto contrasta con la percepción que el Derecho anglosajón imperaría en la actualidad y, por cierto, en el mundo de los negocios, pareciera ser cierta dicha afirmación. Se motivó una cruzada en defensa del Derecho Continental, siendo el profesor Michel Grimaldi uno de los principales promotores en Francia, al alero de la *Foundation pour le Droit Continental*. Las iniciativas académicas que emprendió se han traducido en la instalación de cátedras particulares en diversos países de varios continentes. Ese mismo empuje se ha reflejado en apoyar proyectos de investigación con impacto en zonas donde el Derecho Continental ha mantenido una influencia. Los países de América del Sur y gran parte de aquéllos de América Central, agregando México, han seguido vinculados a la forma de entender el Derecho Privado en la tradición continental. Todos estos países comparten una misma lengua, salvo Brasil y un sistema apegado al método de los códigos. Al observar estas características uno podría de manera válida preguntarse qué utilidad tiene para nuestros países contar con un cuerpo uniforme de reglas dedicadas a los contratos. Para eso era imprescindible conocer el estado actual del Derecho de los Contratos en los países de la región. El entusiasmo se apropió de un puñado de profesores que, mientras compartíamos una *soirée* en la ciudad francesa de Rennes, gracias a la invitación del profesor Thomas Genicon, para participar en el Congreso Internacional sobre las transformaciones del Derecho de los Contratos entre Francia y Latinoamérica –*Revue de Droit de Contrats*, N.º 3, 2010, p. 1.035 y ss–, pensamos proponerle al profesor Michel Grimaldi la idea de avanzar en la elaboración de unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. En ese bar al costado del hotel donde nos alojábamos, junto a Fabricio Mantilla, profesor de la Universidad del Rosario –Colombia–, Sebastián Picasso, juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires –Argentina– y Bruno Caprile, abogado y profesor de la Universidad del Desarrollo de Concepción –Chile–, discutimos los primeros pasos del proyecto. Sabíamos que la tarea no era menor y tampoco desconocíamos las dificultades que un proyecto análogo había significado en Europa: Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Varias preguntas surgieron: ¿por qué hacerlo?, ¿cuál sería nuestro objetivo?, ¿cómo hacerlo?, ¿qué metodología?, ¿a quienes convocaríamos? Ninguna

<sup>341</sup> V. *supra* [11] [B] «Genèse de la réforme» francesa; MOMBERG URIBE, *RChDP* (2015) p. 123.

<sup>342</sup> V. VOGENAUER (2009) pp. 7-8.

de estas preguntas tuvo respuesta inmediata, pero el entusiasmo no cesó. Sabíamos que compartíamos no solo una amistad profunda que aseguraba el compromiso de trabajo, al menos de esos países a que pertenecemos. Al transmitirle nuestra idea al profesor Michel Grimaldi, el apoyo fue inmediato, quedando en enviarme un proyecto detallado de lo que haríamos. Dos aspectos fundamentales estructurarán el mismo. La primera es que debemos identificar nuestra identidad regional, lo que nos permitirá evitar caer en repeticiones de otros esfuerzos de esa índole ejecutados en Europa. Y, por otra parte, mejorar lo que se haya realizado en otras latitudes. De nada serviría reproducir unos Principios para nuestros países que reflejaran lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales. [...]»<sup>343</sup>.

[104] Pizarro Wilson también señala que se elaboró *un detallado cuestionario* sobre el Derecho de los Contratos en la región y *que el resultado del cuestionario* –y este también, añadido yo– se recoge en el antes mentado libro (en [103]). El cuestionario versó sobre *Parte general* (no sobre los contratos en particular).

«Para el primero objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región. Es sorprendente la ignorancia que padecemos sobre el Derecho de nuestros vecinos. Dependiendo del lugar en que se han formado los profesores podemos disertar sobre la última sentencia de la Corte de Casación italiana o sobre la discusión entre tal y cual profesor francés escrito en la *Semaine Juridique* u opinar sobre las conjeturas de quién podrá llegar a ser catedrático en una universidad prestigiosa de España. La ignorancia sobre la literatura de nuestros países era un obstáculo que había que remediar. El resultado de ese cuestionario es lo que recoge el presente libro. Se compartió una misma metodología para responder, evitando referencias a doctrina extranjera y colocando el énfasis en la doctrina del país respectivo y, por cierto, en las decisiones de los tribunales. En cada caso se elaboró, además, una base de jurisprudencia con las sentencias más relevantes para cada materia. El primer resultado de ese trabajo fue discutido en un encuentro realizado en octubre de 2010»<sup>344</sup>.

<sup>343</sup> PIZARRO WILSON (2012) pp. 15-16.

<sup>344</sup> PIZARRO WILSON (2012) p. 16. A la metodología, HONDIUS hace las siguientes observaciones: «3. What a European reader might conceivably have wished would have been more explicit attention for the methodology. Why have these seven Latin American nations been selected – and not Bolivia, Ecuador, Peru, and the three Guyana’s with their mixed (Dutch, English, and French) backgrounds or even the Middle American nations? How was the questionnaire devised? Thus, from a European point of view, it would have been interesting to include third parties and contracts, agency, etc. Also the style of the various chapters is different on the point of mentioning case law by lower courts, the use of comparative law, etc./ 4. Notheless, the basis now is there. European Review of Private

[105] Con la publicación del libro –que en 2014, Rodrigo Momberg calificó del trabajo más actualizado sobre el Derecho contractual comparado en Latinoamérica– se cubrió *la etapa inicial* de documentarse sobre los Derechos nacionales –normas, doctrina de los autores y aplicación judicial– y se inició la redacción de los PLDC (*segunda tarea*)<sup>345</sup>. Sobre el texto de los PLDC, advierto que hay *diversas y sucesivas versiones de los PLDC*, cada vez más completas e incidiendo en lo anteriormente hecho (cambios de redacción, de contenido). En concreto:

a) En 2014, en *Vida jurídica del Anuario de Derecho Civil*, Antonio Manuel Morales Moreno informa de que «[e]n Santiago de Chile y Valparaíso, en los días 19 y 20 de noviembre de 2013, han tenido lugar unas jornadas que bajo el título, *El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, han estado dedicadas al debate del borrador de los “Principios latinoamericanos de derecho de los contratos” [...]»<sup>346</sup>. Morales Moreno apunta que el promotor de los PLDC ha sido Carlos Pizarro Wilson, junto con Álvaro Vidal Olivares e Íñigo de la Maza Gazmuri<sup>347</sup>. La crónica cuenta con un *Anexo*, que contiene los PLDC «en el estado actual de elaboración» y que «fue objeto de debate en las jornadas a las que se refiere esta crónica. Consta de dos partes: una primera referida a los principios generales y a la formación del contrato, y una segunda relativa al cumplimiento e incumplimiento del contrato» (cursiva mía)<sup>348</sup>. Se trata –señala Vidal Olivares– de «[l]a versión de los principios *al 19 de noviembre de 2013*» (cursiva mía)<sup>349</sup>.

---

Law (ERPL) welcomes Latin America on the Principles train. We are looking forward to receiving the first fruits of academic work from that continent, [...]» [ERPL (2013) p. 420].

<sup>345</sup> MOMBERG explica: «The national reports were published in the book *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*. The book can be considered to be the most updated work on comparative contract law in Latin America. The questionnaire method allows the reader to easily explore core subjects in contract law and to identify the similarities and differences of the national jurisdictions included on the survey. The volume is therefore a useful source of information for both academics and lawyers. With the material provided by the national reports, different reporting and drafting teams were appointed. Basically, the subjects assigned to each team were formation, effects, and performance and non-performance of contract. The teams provided reports with comparative notes, comments, and the preliminary drafts of the provisions. Then, the reports were analysed in general meetings and organized by commissions that examined and approved a draft of the black letter rules. The text of the PLDC is expected to be published in 2014. Following the structure of the PECL, the black letter rules will be complemented with comparative notes and comments» [Unif. L. Rev. (2014) pp. 425-426].

<sup>346</sup> MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 228; el autor apoya la creación de los PLDC (*op. cit.*, p. 240); y lo mismo la revista *ERPL*, *supra* nota 344.

<sup>347</sup> MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 229; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1083, núm. 2.

<sup>348</sup> MORALES MORENO, *ADC* (2014) p. 241; para esa versión de los PLDC, pp. 241-254.

<sup>349</sup> VIDAL OLIVARES (2015) nota 4 en p. 746.

b) En 2015, también en *Vida Jurídica del Anuario de Derecho Civil*, Beatriz Gregoraci Fernández da cuenta de la celebración de otro Congreso sobre los PLDC<sup>350</sup>. Dicho Congreso tuvo lugar el 25.06.2015, en el *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford*, y fue promovido por Stefan Vogenauer y Rodrigo Momberg<sup>351</sup>. La autora apunta, que «[l]o novedoso del Congreso [...] es que ha sido el primero que, sobre los PLDC, se ha celebrado en Europa, precisamente con el objetivo de darles mayor visibilidad en el “viejo continente”»<sup>352</sup>, e informa que «[l]os asistentes tuvieron a su disposición, junto con la versión en castellano de los PLDC, una traducción al inglés elaborada por Adriana Maestas y Manuel Alcalde [...] y Rodrigo Momberg y Stefan Vogenauer [...]»<sup>353</sup>. Esta versión de los PLDC, revisada y más completa que la de 2013, es *la de octubre de 2014*<sup>354</sup>. Del presente Congreso da también cuenta María Elisa Morales, en la *Revista de Derecho Civil* de 2015<sup>355</sup>.

Y c) en 2016, en Madrid y en la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, se celebraron los días 16 y 17 de junio, unas *Jornadas de Discusión y Análisis de los Principios latinoamericanos de Derecho de contratos*, dirigidas por Antonio Manuel Morales Moreno y quien estas líneas escribe. Lis Paula San Miguel Pradera da cuenta de lo en ellas tratado en *Vida Jurídica del Anuario*

<sup>350</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) pp. 1083-1090.

<sup>351</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1084, núm. 3.

<sup>352</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1084, núm. 4.

<sup>353</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1090, núm. 8; apunta la publicación de las ponencias y de la versión inglesa de los PLDC en la colección *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law (Hart Publishing)*; también, que los organizadores indicaron su deseo de que en el libro se publicase una traducción de los PLDC al francés (*op. cit.*, p. 1090, núm. 9).

<sup>354</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 994.

<sup>355</sup> M.<sup>a</sup> E. MORALES, *RDC* (2015) pp. 221-225; en su opinión, «[l]a Conferencia resultó muy atractiva debida a, por lo menos, tres razones. En primer lugar, la presencia de académicos de diferentes partes del mundo, tanto en calidad de expositores, moderadores o asistentes, lo que claramente contribuyó a la riqueza de la discusión desde la perspectiva del Derecho Comparado. De hecho, el debate se desarrolló entre académicos de, entre otros países, Alemania, Argentina, Brasil, Chile, España, Francia, Grecia, Guatemala, México, Países Bajos, Suecia, Uruguay, y por supuesto, Reino Unido. En segundo lugar, es la primera vez que la iniciativa se presentaba en un país europeo. Esto tiene gran relevancia sobre todo si se tiene en cuenta el proceso de armonización llevado a cabo en Europa que sin duda representa uno de los parámetros para el proyecto latinoamericano que, aunque busca autenticidad, ha encontrado inspiración en instrumentos de *soft law* europeos e internacionales tales como los principios UNIDROIT. Y en tercer lugar, teniendo en cuenta que América Latina es un ámbito donde la tradición Romanista (empleando la clasificación de Zweigert y Kötz) ha mantenido una fuerte influencia, hay que destacar que el proyecto haya sido presentado en un país perteneciente a la tradición del *Common Law*, una circunstancia que claramente amplió aún más las perspectivas de la discusión. Todo esto sin contar que dos de los redactores de los comentarios principios concurren como expositores, lo cual sin lugar a dudas, constituye un aspecto relevante dado que el público asistente escuchó los rasgos fundamentales del proyecto de fuente directa» (*op. cit.*, pp. 222-223).

de *Derecho Civil*<sup>356</sup>. Acompaña a su crónica, la versión de los PLDC que se analizó en las *Jornadas* y que es *de octubre de 2015*<sup>357</sup>. Según San Miguel Pradera, esa versión, «con un total de 120 artículos, comprende, en principio, la regulación completa de los PLDC»<sup>358</sup>. *Es la versión que utilizo para este trabajo*. Se compone de los siguientes Capítulos y Secciones.

- Capítulo 1 «Capítulo preliminar»: Sección 1 «Ámbito de aplicación»; Sección 2 «Principios generales».
- Capítulo 2 «Formación del contrato»: Sección 1 «Definición y elementos del contrato»; Sección 2 «De la negociación del contrato»; Sección 3 «La formación del consentimiento»; Sección 4 «De los vicios del contrato»; Sección 5 «Objeto, causa y solemnidades del contrato».
- Capítulo 3 «Nulidad del contrato»: Sección 1 «Nulidad absoluta»; Sección 2 «De la nulidad relativa»; Sección 3 «De los efectos de la nulidad».
- Capítulo 4 «De la simulación».
- Capítulo 5 «Efectos del contrato»: Sección 1 «Representación»; Sección 2 «Estipulación a favor de tercero»; Sección 3 «Promesa de hecho ajeno».
- Capítulo 6 «Interpretación».
- Capítulo 7 «Cumplimiento de las obligaciones contractuales».
- Capítulo 8 «Incumplimiento de las obligaciones contractuales»: Sección 1 «Del incumplimiento en general»; Sección 2 «Imprevisión»; Sección 3 «Medios de tutela del acreedor»; Sección 4 «Pactos relativos a la responsabilidad por incumplimiento».

[106] Hay proyectada *una tercera tarea: la elaboración de unos comentarios explicativos de los PLDC*. En su crónica del Congreso celebrado en la *University of Oxford* (anterior [105] b)], Gregoraci Fernández se refirió a la intervención de Hugh Beale y señaló cómo este planteó su ponencia con una serie de preguntas para que, sobre ellas, reflexionaran los redactores de los PLDC y emprendieran la tarea de redactar unos comentarios<sup>359</sup>. La autora indica que, por la intervención de Íñigo de la Maza, ésta es la opinión de los redactores de los PLDC<sup>360</sup>.

Las cuestiones de Hugh Beale fueron: «[...] (1) ¿por qué se quiere armonizar el Derecho contractual latinoamericano? ¿Por una cuestión política o económica?; (2) ¿Cuál es la filosofía que

<sup>356</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) pp. 991-1011.

<sup>357</sup> *ADC* (2016) pp. 1012-1038.

<sup>358</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 994. Los días 11 y 12 de julio de 2017 se celebrará el Congreso Internacional *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo*, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), sobre la versión de los PLDC de agosto de 2016, versión no difundida públicamente en el momento de escribir este trabajo.

<sup>359</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2.

<sup>360</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2.

subyace en su articulado?»; (3) ¿Quiénes son los destinatarios? ¿Las grandes empresas o las pequeñas y medianas empresas?»; (4) ¿Qué pretenden (*sic*; pretenden) los PLDC? ¿Un modelo para los legisladores o un instrumento opcional para los operadores jurídicos?»; (5) ¿Pretenden regular operaciones transnacionales?» (cursiva mía)<sup>361</sup>.

Vidal Olivares también apunta esa *tercera tarea*: «[e]mpero, la tarea más ardua y de largo aliento —esencial para la correcta comprensión y posterior aplicación, o consideración de los principios—, se halla pendiente: los comentarios de cada uno de los concretos preceptos contenidos en ellos»<sup>362</sup>.

## 2. ALGUNAS DE LAS DIFICULTADES A LAS QUE LOS PLDC SE ENFRENTAN

[107] En 2014, Momberg señaló un conjunto de ellas.

Según el autor, ha de reconocerse que, aunque llamados latinoamericanos, los PLDC son *a lo sumo sudamericanos*. No se han incluido países de Centroamérica, o del Caribe. Ni todas las naciones sudamericanas están representadas en los *drafting teams*. Están ausentes importantes jurisdicciones como Méjico, Panamá y Perú. Y lo anterior puede dar lugar a futuras objeciones de legitimidad

<sup>361</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2015) p. 1089, núm. 7.2. M.<sup>º</sup> E. MORALES: «[...] se dio paso a la presentación final a cargo del profesor Hugh Beale (Warwick) que hizo una evaluación general de la iniciativa, así como de algunas de las discusiones que tuvieron lugar durante la Conferencia. El profesor Beale alabó la iniciativa, sobre todo por el impulso que puede dar al estudio del derecho comparado en Latinoamérica, pero también previno sobre las dificultades de la tarea, en particular si se pretende reproducir el formato de los PECL, es decir, publicar no sólo el texto de los Principios (*black letter rules*) sino también un comentario y notas comparativas que los acompañen» [*RDC* (2015) pp. 224-225].

<sup>362</sup> VIDAL OLIVARES (2015) p. 746; como sigue describe las distintas fases de los PLDC a las que me he referido: «En una primera etapa de ejecución del proyecto cada equipo de investigadores elaboró un informe, a partir de un cuestionario que se elaboró al efecto, cuya finalidad fue levantar el estado de la cuestión a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial en sus respectivos ordenamientos en materia de derecho de los contratos, a saber, formación, validez, cumplimiento e incumplimiento. En una segunda se ha trabajado en la formulación de unos principios que tiene como punto de partida los mencionados informes locales, considerando el modelo que ofrece el moderno derecho de los contratos, contenido, en este caso, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (PCCI), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), el Borrador de Marco Común de Referencia (MCR) y las Propuestas de Reforma al Derecho de las Obligaciones español y francés./ El resultado alcanzado hasta hoy se traduce en un texto prácticamente acabado de los principios, quedando pendiente, de una parte, afinar el régimen de algunas materias, como las nulidades, los efectos de la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido; y, de otra, la regulación de otras, como la imprevisión contractual, la imposibilidad originaria, la causa y el objeto» [y sigue lo transcrito en el cuerpo del texto; *op. cit.*, p. 746].

que pueden evitar que las partes, y lo que es más importante, los Tribunales, se refieran a los PLDC<sup>363</sup>.

Además, la *naturaleza privada* de la iniciativa puede tener algunas consecuencias negativas. Aunque la falta de un soporte político pueda considerarse una ventaja en términos de independencia intelectual, puede también constituir una gran dificultad para la consolidación de los PLDC. El autor recuerda el relevante papel que la Comisión Europea ha desempeñado en Europa para el desarrollo de las iniciativas armonizadoras. Y en el mismo sentido, la OHADA pidió el soporte oficial de UNIDROIT para elaborar un borrador de *Ley Uniforme del Derecho de Contratos*<sup>364</sup>. En consecuencia, el soporte de organizaciones internacionales tales como OAS, o MERCOSUR, puede ser fundamental para establecer una red permanente de académicos, jueces, funcionarios públicos y juristas prácticos, para la difusión de los PLDC y para el desarrollo de otros estudios comparativos y de investigación sobre el Derecho privado de Latinoamérica<sup>365</sup>.

### 3. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES Y LA TENSIÓN ENTRE LA TRADICIÓN Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLDC

[108] En la creación de los PLDC han estado presentes los Derechos nacionales de sus redactores. En el libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, los informes *nacionales* han sido de los Derechos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay, y Venezuela. También ha estado presente una directriz ya apuntada: *la defensa de la tradición del Derecho Continental*, familia jurídica que –frente al *Common Law*– cuenta con códigos (*supra* [103]). *Ahora bien*, los indicados países latinoamericanos disponen de Códigos civiles y de comercio, unos *más antiguos*, otros *más modernos*, que responden a *distintas influencias*<sup>366</sup>. Por

<sup>363</sup> MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 427.

<sup>364</sup> Sobre la OHADA, *supra* nota 184.

<sup>365</sup> MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 427.

<sup>366</sup> MOMBERG señala que el Derecho de contratos de los países latinoamericanos comparte una base común, pero tiene diferencias no solo a nivel de detalle, sino también en algunas importantes materias; eso entraña, necesariamente, que hayan de adoptarse ciertas opciones normativas y de política, y que como en los PECL y en los *Principios UNIDROIT* hayan de acogerse por los redactores de los PLDC soluciones innovadoras; los informes nacionales del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* (*supra* [103]) ilustran la mayoría de las diferencias que hay, *por un lado*, de lo que pueden considerarse «jurisdicciones conservadoras» (Chile, Colombia, Venezuela, y Uruguay), cuyo Derecho de contratos ha permanecido práctica-

otro lado, los promotores y redactores de los PLDC conocen de la CISG y de los *Principios UNIDROIT* –ámbito *internacional*–, de los PECL y del DCFR –ámbito  *europeo*–, de la PMCC<sup>367</sup> y del proceso de reforma del Derecho de obligaciones y contratos de 2016 para Francia (*supra* [11]) –ámbito europeo *nacional*–. Y tener presente *todo* lo anterior ha provocado tensiones en las decisiones de cómo regular concretas materias, acogiéndose fórmulas de compromiso. A eso se refirió Pizarro Wilson, según informó Morales Moreno *en 2014*.

«3. En lo que se refiere a la inspiración de los PLDC, Carlos Pizarro, en su presentación, nos explica las opciones que los redactores tuvieron a la vista:

“A diferencia del siglo XIX, en que la influencia del derecho francés y aun más del código civil francés era incontestable, hoy, las influencias son plurales y el panorama del derecho de los contratos en la región es bastante disímil”. En esta situación emerge el fantasma de los PECL [...] y de otros trabajos de armonización. Y la primera cuestión que se plantean los redactores de los PLDC fue, ¿de qué manera el trabajo que iban a llevar a cabo debería apartarse de la uniformidad de esos textos de compromiso entre dos familias del derecho de los contratos: el *Common law* y el Derecho continental?

La respuesta a esta cuestión estaba enlazada con otro interrogante, relativo a la supuesta identidad del derecho de contratos de Latinoamérica. Esa identidad, según Pizarro, “ha sido esquiva, en el sentido de que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes, o un proyecto fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo”.

Un ingrediente añadido, en la determinación del modelo de inspiración, ha sido la “diferente formación académica de los profesores [que participan en este proyecto], quienes han obtenido sus doctorados en distintos países, Italia, Holanda, Francia, España en lo fundamental”.

4. Los Principios están redactados –como señala Pizarro– buscando un compromiso, entre la supuesta identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación: “Esa tensión en

---

mente sin reformas desde el siglo XIX, preservando el principio de libertad contractual en gran medida y rechazando la revisión del contrato por los tribunales, y *por otro lado*, de lo que pueden considerarse «jurisdicciones progresivas» (Argentina, Brasil, y Paraguay) que han reformado y modernizado su Derecho de contratos durante el siglo XX, e incluso el XXI, como Brasil, y esas otras jurisdicciones adoptan una legislación de mayor orientación social, protegiendo a las partes más débiles y permitiendo la revisión del contrato en casos de importante desequilibrio entre contraprestaciones [*Unif. L. Rev.* (2014) p. 426]. Para una visión breve y global de la codificación en Latinoamérica y las características de la familia legal latinoamericana, MOMBERG, *op. cit.*, pp. 412-416; ampliamente, GUZMAN BUENO (2006).

<sup>367</sup> Traté de la PMCC, comparándola con la regulación del Código civil: FENOY PICÓN (2013) pp. 397-430; VAQUER ALOY analiza la PMCC centrándose en el incumplimiento, incluyendo la falta de conformidad [(2013) pp. 431-458].

la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de los PECL, ha sido un fantasma que nos ha acompañado. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico, que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que lo hemos estimado necesario innovar, nos hemos inspirado en variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino<sup>368</sup>, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor François Terré y, por cierto [*sic*; ciertos], instrumentos de *soft law* como los citados PECL [y] Unidroit [Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales]»<sup>369</sup>.

[109] Asimismo Vidal Olivares ha descrito esa tensión, *en 2015*. Con meridiana claridad, el autor señala la existencia de dos sectores en el proyecto de creación de los PLDC. *Uno*, de influencia francesa y con apego a la norma de los códigos civiles decimonónicos. *El otro*, más innovador, que, respetando la norma del respectivo código, le da una relectura más actual. Tras ello y a modo de ejemplo se refiere a la regulación del incumplimiento de los PLDC, indicando lo siguiente.

«Avanzar en la elaboración de estos principios no ha sido tarea fácil porque dentro del grupo de trabajo es posible identificar dos sectores, más o menos, definidos. El primero, de una importante influencia francesa y con apego a la norma de los Códigos civiles decimonónicos; y el segundo, al que podría calificársele más innovador, que sin llegar a traicionar la norma legal de sus Códigos, está dispuesto a darle una lectura más acorde con las actuales condiciones del tráfico –que difieren bastante de aquellas del siglo XIX–, con una marcada influencia de la CISG y otros cuerpos internacionales y de derecho armonizado de las obligaciones –PCCI [*Principios UNIDROIT*], PECL, MCR [DCFR] y propuestas de reformas en España y Francia–. Son dos aproximaciones al derecho contractual que, en ciertos tópicos, se alejan bastante, resultando difícil –no imposible– alcanzar soluciones de consenso, las que, como es sabido, no siempre ofrecen una respuesta adecuada, o del todo armónica con el sistema que pretenden instaurar los principios. Y esa distancia ha provocado una suerte de tensión respecto de la regulación de ciertas materias, como el incumplimiento, su configuración y efectos; la que se ha resuelto adoptando, en algunas ocasiones, soluciones de compromiso, lo que inclusive se proyecta en la terminología empleada. [...]»<sup>370</sup>.

<sup>368</sup> Ya *Código civil y comercial de la Nación Argentina*, en 2014.

<sup>369</sup> MORALES MORENO, *ADC* (2014) pp. 229-230.

<sup>370</sup> VIDAL OLIVARES (2015) p. 747, v. hasta p. 748. Apuntan también esa tensión en la creación de los PLDC, GREGORACI FERNÁNDEZ refiriéndose a Carlos Pizarro [*ADC* (2015) p. 1086, núm. 7.1] y SAN MIGUEL PRADERA refiriéndose a Vidal Olivares [*ADC* (2016) pp. 993-994].

#### 4. CUÁNDO SE APLICAN LOS PLDC Y QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑAN

[110] El artículo 1 PLDC lo responde y da respuesta a parte de las preguntas que Beale planteó *supra* [106].

Artículo 1 PLDC: «Ámbito de aplicación

(1) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos civiles y comerciales, internos e internacionales.

(2) Estos principios se aplican con preferencia a cualquier otro cuerpo de principios en materia de contratos, a contratos conectados a los países de América del Sur, del Caribe y a las jurisdicciones del Continente Americano regidos por el sistema de derecho continental.

(3) Estos principios se aplicarán cuando las partes sometan su contrato, en todo o en parte, a estos principios, pudiendo referirse a ellos de manera genérica o específica a algunas de sus disposiciones.

(4) Estos principios se aplican también en cualquiera de los siguientes casos:

(a) Cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes.

(b) Cuando las partes no han elegido en forma expresa un Derecho estatal aplicable al contrato, ni resulta de las circunstancias del caso concreto, que el contrato está más estrechamente vinculado con otro ordenamiento jurídico estatal;

(c) Para interpretar y complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme;

(d) Para interpretar y complementar el Derecho estatal que rige el contrato;

(e) Para interpretar, complementar e integrar contratos sometidos al Derecho o instrumentos internacionales de Derecho uniforme;

(f) Como modelo para los legisladores estatales o internacionales».

[111] Los PLDC, que regulan la teoría general del contrato, se aplican a los contratos *internacionales* y a los *nacionales*, y es *indiferente* su (posible) calificación *civil/comercial* (o mercantil) [art. 1 (1)].

¿*Se aplican a los contratos con consumidores?* Podría elucidarse que sí, si se considera que dichos contratos –que pueden ser nacionales o internacionales– pueden calificarse de civil o mercantil. Aunque probablemente los contratos con consumidores dispongan de su específica regulación, en aquellos aspectos no regulados por esta se acudirá supletoriamente a otro cuerpo normativo y entonces cobra relevancia la posible calificación de contrato civil o

mercantil. Ahora bien, M.<sup>a</sup> E. Morales informa de que De La Maza Gazmuri ha señalado que los PLDC *no se aplican a los contratos con consumidores*<sup>371</sup>, y ante ello, pudiera ser aconsejable (mera sugerencia) que los PLDC indicaren expresamente la exclusión de los contratos con consumidores [cfr. art. 2.a) CISG]<sup>372</sup>.

[112] Para su relación con otros cualesquiera cuerpos de principios sobre contratos, el artículo 1 (2) PLDC dispone que los PLDC son de *preferente aplicación a los contratos conectados con los países de América del Sur, del Caribe y a las jurisdicciones del Continente Americano regidos por un sistema de Derecho continental*<sup>373</sup>. Es esta una importante regla. De la misma se infiere que, en intención de sus redactores, los PLDC se aplican con preferencia a, por ejemplo, los *Principios UNIDROIT* (en cuanto a los *Principios OHADAC*, v. *supra* [65] ss.).

[113] Según el artículo 1 (3) PLDC, los PLDC *se aplican* cuando las partes someten su contrato a aquéllos (cláusula de sumisión) y la aplicación puede ser *total o parcial*. La referencia a los PLDC puede ser *genérica*, o *específica* a algunas de sus disposiciones.

[114] Los PLDC *también se aplican* si las partes indican que su contrato se rige por los principios generales del Derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes [art. 1 (4) (a)]. Asimismo se aplican, si las partes no eligieron expresamente un Derecho estatal aplicable, ni resulta por las concretas circunstancias del caso que el contrato se encuentra vinculado más estrechamente a otro ordenamiento jurídico estatal [art. 1 (4) (b) PLDC]. En su crónica de las *Jornadas de Discusión y Análisis de los Principios latinoamericanos de Derecho de contratos* [*supra* [105] c)], San Miguel Pradera informa, que Vidal Olivares «defendió que los PLDC podrían constituir una manifestación de *lex mercatoria*, “no porque los principios así lo ordenen” sino por dos razones fundamentales: una vinculada a su elaboración “neutral” por un grupo de expertos que provienen de diferentes ordenamientos jurídicos, sin la participación directa de ningún gobierno o estado; y la otra que se refiere al hecho de que “se han construido a partir de una base normativa local compartida entre los distintos ordenamientos intervinientes y

<sup>371</sup> M.<sup>a</sup> E. MORALES, *RDC* (2015) p. 224.

<sup>372</sup> M.<sup>a</sup> E. MORALES también informa, que «[...], los asistentes debatieron sobre la conveniencia de extender los principios a los contratos de consumo, donde tal vez resulte aconsejable mirar el proceso europeo de armonización en el cual la regulación de los contratos a través de Directivas se ha referido, principalmente, a los contratos de consumo» [*RDC* (2015) p. 225].

<sup>373</sup> Por otro lado, según el artículo 2 PLDC: «Orden público y normas imperativas/ Estos Principios no restringen la aplicación de las normas imperativas y la actuación de los principios protegidos por el orden público, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas de Derecho internacional privado».

del modelo que ofrecen los instrumentos internacionales”»<sup>374</sup>. También se refiere a la consideración de los PLDC como *lex mercatoria*, Momberg, en el siguiente [115].

[115] Los PLDC desempeñan *diversas funciones*, a saber: sirven para interpretar y complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme [art. 1 (4) (c) PLDC]; para interpretar y complementar el Derecho estatal que rija el contrato [art. 1 (4) (d) PLDC], Derecho adscrito al sistema de Derecho continental; y sirven para interpretar, complementar e integrar contratos sometidos al Derecho o instrumentos internacionales de Derecho uniforme [art. 1 (4) (e) PLDC]. Finalmente, los PLDC pretenden ser un modelo de regulación para los legisladores estatales, e internacionales [art. 1 (4) (f) PLDC].

Vidal Olivares señala –indica San Miguel Pradera– que «los PLDC “no tienen aspiración de constituir una especie de código latinoamericano de los contratos”, sino que se han elaborado con la doble finalidad “de servir de instrumento de aplicación directa por jueces o árbitros (...) y como modelo para modificar el derecho interno”»<sup>375</sup>. Según Momberg, el principal propósito de los PLDC es proporcionar una fuente de inspiración para la reforma y la modernización del Derecho de contratos en Latinoamérica, lo cual es particularmente cierto para Chile y Colombia, países que no han reformado sustancialmente su Derecho de contratos desde la promulgación del Código civil de Bello a mediados del siglo XIX, y, puesto que la reforma de los códigos civil y de comercio puede ser difícil y de largo proceso, el propósito implícito de los PLDC incluye, también, la idea de que, mientras tanto, los tribunales nacionales o internacionales puedan utilizar los PLDC para interpretar y completar el Derecho nacional y el Derecho uniforme, considerando a los PLDC como la «Latin American *lex mercatoria*»<sup>376</sup>.

[116] *En suma*, los objetivos de los PLDC son ambiciosos.

<sup>374</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 996.

<sup>375</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 996.

<sup>376</sup> MOMBERG, *Unif. L. Rev.* (2014) p. 424. Señala que la aplicación, a los contratos, de Derecho *no estatal* es algo ampliamente aceptado en la región latinoamericana a través de un basto variado conjunto de instrumentos legales y convencionales, y como consecuencia de ello, los tribunales latinoamericanos y los de arbitraje han recurrido crecientemente a los instrumentos de Derecho uniforme como la CISG y los *Principios UNIDROIT* para apoyar sus decisiones. La disponibilidad de un conjunto de Principios latinoamericanos puede ser un incentivo para que los tribunales y los árbitros utilicen un instrumento de Derecho de contratos más *familiar* (énfasis del autor) en sus decisiones. Ahora bien, MOMBERG considera que es escenario más difícil la aceptación de los PLDC por los privados, como guía para sus negociaciones y diseño de contrato, o como Derecho que gobierne al contrato. Eso exige la consolidación de un relevante cuerpo de doctrina y de jurisprudencia en orden a transformar los PLDC en un conjunto de reglas familiares a los prácticos del Derecho, y la formal o informal inclusión de los PLDC en los estudios de grado y posgrado

## 5. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LOS PLDC

[117] *En primer lugar*, reproduzco las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* que, desde una óptica amplia, interesan. *En segundo lugar*, expongo las respuestas de los distintos informes nacionales. Conocido lo anterior es relativamente fácil constatar si *la regulación de la imposibilidad inicial de los PLDC* responde a un modelo tradicional, o se ha modernizado. De ello me ocupo en *tercer lugar*.

### 5.1 Las preguntas del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica* (2012) que interesan para la imposibilidad del objeto

[118] Son las 7, 9, 15 y 16, ubicadas en el apartado 4 «Validez y forma de los contratos»<sup>377</sup>.

#### «PREGUNTA 7

Es frecuente distinguir entre elementos de existencia y de validez de los contratos. Los primeros son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. Los segundos quedan constituidos por la voluntad sin vicios, el objeto lícito, la causa lícita y capacidad. ¿Resulta correcta esta distinción como descripción de los elementos del contrato en su país? Si la respuesta es negativa, indique cómo efectuaría la distinción».

#### «PREGUNTA 9

¿Qué han entendido los autores y los tribunales por objeto del contrato? Indique, además, el régimen general (es decir, el del *Código Civil*) de la ilicitud del objeto. Finalmente, identifique casos de falta de objeto en las decisiones de los tribunales» (cursiva del original).

#### «PREGUNTA 15

Suele aceptarse que la inobservancia de los requisitos del contrato puede acarrear alguna de las siguientes consecuencias: a) inexistencia, b) nulidad absoluta, c) nulidad relativa, d) inoponibilidad, e) caducidad. Indique si estas consecuencias son reconocidas por su Derecho y describa cada una de ellas brevemente».

---

de Derecho podría facilitar su conocimiento por las comunidades jurídicas nacionales. (*Op. cit.*, pp. 424-425).

<sup>377</sup> Las preguntas se repiten en cada uno de los informes de Derecho nacional del libro.

## «PREGUNTA 16

Señale las causales de nulidad que reconoce su Derecho y si existen o no distinción (y en qué consiste) entre causales de nulidad absoluta y relativa. Indique, además, si la nulidad requiere o no declaración judicial y si sus efectos operan o no retroactivamente».

## 5.2 Las respuestas de los informes nacionales en lo que interesa

## 5.2.1 EL INFORME DE ARGENTINA

[119] Para la *pregunta 7* –sobre la distinción entre elementos de existencia y de validez del contrato– la respuesta es «afirmativa», si bien «otros autores abandonan el esquema clásico inspirado por Robert Pothier» y adoptan otras «denominaciones para agrupar los mismos elementos»<sup>378</sup>. En cuanto al objeto –*pregunta 9*– el artículo 953 del *derogado* Código civil de la República de Argentina (CCA) disponía: «El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieses [*sic*] objeto»<sup>379</sup>.

[120] Para las *preguntas 15 y 16*, en el informe se indica que «[u]n acto jurídico, es tal, desde que está destinado al cumplimiento de efectos jurídicos (conf. Art. 944 *Código Civil*<sup>380</sup>), por tanto, cabe referir a la ineficacia cuando se verifica una privación o mengua de los efectos típicos del acto; sea por una causa estructural y originaria, o por una razón funcional. Desde esta perspectiva, son

<sup>378</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 55; el texto continúa: «así distinguen –siguiendo a Francesco Carnelutti– entre:./ – Los presupuestos: son aquellos requisitos que influyendo en el contrato son extrínsecos a él, como la capacidad y la idoneidad del objeto; la voluntad jurídica, entre otros./ – Los elementos: son los requisitos intrínsecos al contrato; su contenido; sus enunciados, sus cláusulas, que distinguen entre esenciales, naturales y accidentales (al estilo de la clasificación clásica). Cada contrato en particular tiene sus propios elementos, por ejemplo, designación de la cosa y precio en la compraventa./ – Las circunstancias del contrato: se destaca la trascendencia del ambiente del contrato, es decir, las alternativas modales (plazo, condición) y las circunstancias que determinan la realidad económica del contrato; en fin, se trata de vicisitudes externas al contrato que adquieren relevancia en la faz de ejecución del mismo» (*op. cit.*, pp. 55-56).

<sup>379</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) pp. 57-58.

<sup>380</sup> Artículo 944 CCA: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos».

supuestos de ineficacia la nulidad, la inoponibilidad, la resolución, la revocación, la rescisión./ En cuanto a la inexistencia, cierto sector de la doctrina la menciona como una expresión de la ineficacia más radical que puede afectar un negocio jurídico, que va más allá de la noción de validez, pues esta calidad sólo puede ser predicable de un negocio existente»<sup>381</sup>.

Y sobre la *nulidad*, «[e]n el sistema legal argentino [se] la [...] [concibe] como una sanción legal que conlleva el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico; [...]; la nulidad, como sanción, funciona a partir a un modo de ser vicioso del acto, en su origen; nota que adquiere trascendencia para distinguirla de otras modalidades de la ineficacia. [...]»<sup>382</sup>. Además, «[s]egún el rigor de la sanción de invalidez» se distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa<sup>383</sup>. «Los supuestos de nulidad absoluta comprometen el orden público, en tanto los de nulidad relativa están enderezados a la protección del interés particular»<sup>384</sup>.

<sup>381</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 66; el texto continúa: «Si bien la jurisprudencia es vacilante en su aceptación, se registran los siguientes precedentes: “La nulidad y la inexistencia atienden a dos niveles distintos del planteo: en el caso de la nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada –en cuyo caso existe un vicio y se recurre a la teoría de la nulidad–, mientras que cuando el acto por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del Derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más allá de la constatación de su existencia, ni siquiera bajo la expresión de una obligación natural –es decir– que no hay otorgamiento del acto y se está frente a supuestos de inexistencia”./ En análogo sendero se ha dicho: “La inexistencia de un acto jurídico no involucra un problema de vicios sino de presupuestos. En efecto, si los presupuestos del acto están presentes pero hay vicios, se trata de una cuestión de nulidad; en cambio, si no se dan los presupuestos, el problema es de inexistencia» (*op. cit.*, pp. 66-67).

«Las características del acto inexistente son: / 1. Puede ser declarada de oficio./ 2. Puede ser alegada por cualquiera que ostente un interés en hacerlo, en cualquier etapa del juicio./ 3. En cuanto a sus efectos, no existen las limitaciones respecto de los terceros de buena fe./ 4. No son susceptibles de confirmación./ Es necesario destacar que la inexistencia no aparece legislada dentro de la categoría general de la ineficacia del negocio jurídico. Solamente, en el Derecho vigente, puede encontrarse su referencia en el art. 37 de la Ley N.º 24.240 y sus modificatorias, [...]» (*op. cit.*, p. 67).

<sup>382</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 68.

<sup>383</sup> V. la siguiente nota.

<sup>384</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 68.

a) «*El esquema básico de las nulidades en el Derecho Privado patrimonial es el siguiente:* / 1. Según la actuación patente o latente de la causa de invalidez, la nulidad puede ser manifiesta o no manifiesta (es decir, dependiente de juzgamiento)/ 2. *De conformidad a la rígida o fluida causa de la invalidez: actos nulos (nulidades de derecho) o actos anulables.* / 3. [...] [esos puntos suspensivos, en esencia, es lo transcrito en el cuerpo del texto] / 4. Según la extensión de la sanción de invalidez: nulidad total o nulidad parcial./ 5. De conformidad al carácter expreso o tácito de la sanción de invalidez: nulidad expresa o nulidad implícita» ( *cursiva mía; op. cit.*, p. 68).

b) «*El régimen de nulidades absolutas se caracteriza por:* / 1. Pueden ser declaradas de oficio por la autoridad judicial; tanto el Ministerio Público Fiscal como cualquier interesado (salvo aquél que debía saber o sabía del vicio del acto) [puede alegarla]. (art. 1047 Código Civil)/ 2. El acto nulo, de nulidad absoluta, no puede ser objeto de confirmación

Finalmente, y *para el objeto*, solo se indica que «[l]os actos con objeto ilícito o inmoral pueden ser nulos o anulables, en tanto requieran o no investigación de los hechos o aparezcan en forma manifiesta, de nulidad absoluta»<sup>385</sup>.

Del vigente *Código civil y comercial de la Nación* (CCCA; Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014) interesan:

Artículo 279 CCCA: «Objeto. *El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible* o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea» (cursiva mía).

Artículo 382 CCCA: «Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas».

Artículo 386 CCCA: «Criterio de distinción. *Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*» (cursiva mía).

Artículo 387 CCCA: «Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción».

Artículo 388 CCCA: «Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio

---

(art. 1047)/ 3. La acción no puede ser renunciada (conf. Arts. 19 y 872 del *Código Civil*) y es imprescriptible» (cursiva mía, salvo la de Código civil; *op. cit.*, p. 68).

c) *Y en cuanto a «[...] la nulidad relativa:* 1. Sólo puede ser peticionada por la parte perjudicada por el vicio o sus herederos; no pudiendo ser declarada de oficio, ni por el Ministerio Público Fiscal (véase art. 1048 *Código Civil*)/ 2. El acto viciado de nulidad relativa es confirmable (art. 1058 *Código Civil*) y renunciable./ 3. Es prescriptible (véase arts. 4030, 4031 y 4032 del *Código Civil*)» (cursiva mía, salvo la de Código civil; *op. cit.*, p. 69). «Los actos obrados con dolo, error o violencia [...] son anulables (en cuanto demandan comprobación judicial), de nulidad relativa (conf. Art. 1159 *Código Civil*) [sic; 1158]» (*op. cit.*, p. 69).

<sup>385</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 69.

importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo»<sup>386</sup>.

## 5.2.2 EL INFORME DE BRASIL

[121] El vigente Código civil de Brasil (CCB) *no* adopta expresamente la distinción entre elementos de existencia/requisitos de validez de los contratos<sup>387</sup>. El artículo 104 CCB *solo* dispone los requisitos de *validez* del negocio jurídico –que incluye al contrato– y exige una persona capaz, un *objeto* lícito, *posible*, determinado o determinable, y la forma prescrita o no en defensa de la ley<sup>388</sup>. *Sin embargo*, la doctrina afirma que los requisitos de existencia emanan de la propia estructura del artículo 104 CCB<sup>389</sup>. Los *sustantivos* «agente, objeto e forma» [del art. 104 CCB] indican los requisitos *de existencia* del negocio jurídico, y *sus calificativos* se refieren a los requisitos *de validez* del negocio jurídico («capacidade do agente; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; idoneidade da forma») <sup>390</sup>.

<sup>386</sup> De interés también: artículo 383 CCCA: «Articulación. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse»; artículo 389 CCCA: «Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones./ La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total./ En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes»; artículo 393 CCCA: «Requisitos. Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener el acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad./ El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte»; artículo 395 CCCA: «Efecto retroactivo. La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. [...] / La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe».

<sup>387</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141.

<sup>388</sup> Artículo 104 CCB: «A validade do negócio jurídico requer: / I. agente capaz; / II. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; / III. forma prescrita ou não defesa em lei» [DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141].

<sup>389</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141.

<sup>390</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 141; además, «[p]ara alguns autores, inclui-se também a declaração de vontade como elemento de existência do negócio e a sua seriedade e espontaneidade como requisito de validade» (*op. cit.*, p. 141). Por otro lado, «[f]inalmente –uma vez que a Questão [la 7] menciona a *causa* e a *causa lícita*– cumple observar que o legislador brasileiro não incluiu nem a causa como elemento do contrato, nem sua licitude como requisito de validade, o que fez com que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência não as considerasse como requisito de existência ou de validade dos contratos. [...]» (*op. cit.*, p. 142). V. también *op. cit.*, p. 158.

[122] Habiendo dispuesto el artículo 104.II CCB que la *validez* del negocio jurídico requiere un *objeto* lícito, *posible*, determinado o determinable, el artículo 166.II CCB prescribe que es *nulo* el negocio jurídico *si su objeto* es ilícito, *imposible*, o indeterminado<sup>391</sup>. *En la posibilidad del objeto*, la doctrina considera los supuestos de la *imposibilidad material*, y la *jurídica*<sup>392</sup>. Hay *imposibilidad material del objeto contractual* si «não possa ser excutado em razão de suas qualidades materiais»<sup>393</sup>, y puede ser *absoluta* o *relativa*. La imposibilidad material es *absoluta*, si el objeto del contrato no puede realizarlo nadie, siendo inviable por completo la ejecución del contrato<sup>394</sup>, y este es *nulo*<sup>395</sup>. La *imposibilidad material relativa* tiene lugar si la obligación puede cumplirla otra persona, aunque no el deudor<sup>396</sup>. A diferencia de la ilicitud del objeto, que consiste en la violación de una regla o principio legal, la *imposibilidad jurídica* consiste en la *imposibilidad de ejecución del objeto en virtud de una regla legal*<sup>397</sup>. Por último, la *jurisprudencia* recurre con relativa frecuencia a la nulidad del negocio por ilicitud del objeto; y *es poco frecuente que se refiera a la imposibilidad del objeto; y menos aún a la ausencia de objeto*<sup>398</sup>.

[123] Con carácter general, se considera *inexistente* el negocio jurídico que nunca llegó a constituirse<sup>399</sup>. Como se indicó *supra* [121], pese a la ausencia de disposición legal, una importante parte

<sup>391</sup> Artículo 166 CCB: «É nulo o negócio jurídico quando: / I. celebrado por pessoa absolutamente incapaz; / II. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; / III. o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; / IV. não revestir a forma prescrita em lei; / V. for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; / VI. tiver por objetivo fraudar lei imperativa; / VII. a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção»; DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 144-145, 162-163. V. además artículo 167 CCB (*op. cit.*, p. 163).

<sup>392</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

<sup>393</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145; «Tem-se, como exemplo, a obrigação consistente em dar parte de um bem indivisível» (*op. cit.*, p. 145).

<sup>394</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

<sup>395</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145.

<sup>396</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 145. Artículo 106 CCB: «A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado» (*op. cit.*, p. 145); «Apesar de em regra, a impossibilidade material relativa do objeto não invalidar o contrato, ela gera o dever de indenizar as eventuais perdas e danos, se ocasionada por culpa do devedor» (*op. cit.*, p. 146).

<sup>397</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 146.

<sup>398</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 146.

<sup>399</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

de la doctrina considera que los negocios jurídicos son inexistentes cuando faltan algunos de sus elementos constitutivos (ausencia de sujeto, de declaración de voluntad, o de objeto)<sup>400</sup>. Para esos casos se entiende que, como máximo, hay una *mera apariencia* de negocio jurídico<sup>401</sup>. Sobre sus *efectos*, es evidente que el negocio inexistente no tiene la condición de alterar situación jurídica alguna, no hay un plazo preclusivo para poder ser declarado como negocio inexistente, y no requiere su reconocimiento por el Poder judicial<sup>402</sup>.

El Código civil de Brasil establece dos formas de *invalidéz*: la *nulidad* y la *anulabilidad*<sup>403</sup>. El artículo 166 CCB enumera un conjunto de supuestos en los que el negocio jurídico es *nulo*, disponiendo los artículos 168 a 170 CCB su régimen jurídico<sup>404</sup>. El artículo 171 CCB se refiere a las causas de *anulabilidad* y los artículos 172 a 182 CCB a su régimen jurídico<sup>405</sup>.

<sup>400</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

<sup>401</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

<sup>402</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159; «Normalmente aduz-se no Direito brasileiro que a invalidade do negócio jurídico demanda seu reconhecimento por decisão judicial, sendo esta uma das características que diferencia a invalidade da inexistência do negócio jurídico» (*op. cit.*, p. 164; los autores indican que para el negocio nulo la decisión judicial tiene carácter declarativo, y para el anulable, carácter constitutivo).

<sup>403</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 159.

<sup>404</sup> Para el artículo 166 CCB, *supra* nota 391; artículo 168 CCB: «As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir./ Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes»; artículo 169 CCB: «O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo»; artículo 170 CCB: «Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade». DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 162-164.

<sup>405</sup> Artículo 171 CCB: «Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: / I. por incapacidade relativa do agente; / II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores»; artículo 172 CCB: «O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro»; artículo 173 CCB: «O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo»; artículo 174 CCB: «É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava»; artículo 175 CCB: «A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusese o devedor»; artículo 176 CCB: «Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente»; artículo 177 CCB: «A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade»; artículo 178 CCB: «É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: / I.- no caso de coação, do

## 5.2.3 EL INFORME DE COLOMBIA

[124] Para *pregunta 7* se indica, que el artículo 1502 (párrafo I) del Código civil de Colombia (CCC) –cuya leyenda es *Requisitos para obligarse*– se refiere a *los elementos o presupuestos de validez*, y prescribe que «[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita»<sup>406</sup>. «Nuestro *Código Civil* no conoció, o si se quiere, no conoce, la categoría de la inexistencia del contrato, salvo en lo que atañe al matrimonio» (cursiva del original)<sup>407</sup>. Y «[...] la inexistencia del contrato, sus causales y su tratamiento, en la legislación civil, se confundían con las nulidades»<sup>408</sup>. «Solo hasta la expedición del *Código de Comercio* en 1971 se recogió de forma explícita la noción de “inexistencia” del contrato como un fenómeno autónomo de ineficacia en el artículo 898, [...]» (cursiva del original)<sup>409</sup>. «En síntesis, tenemos que el contrato será inexistente cuando en su formación no se haya recorrido toda su definición legal o social, cuando falte alguno de sus elementos esenciales, cuando falte una de las solemnidades *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, y adicionalmente, por

---

dia em que ela cessar;/ II. no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;/ III. no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade»; artículo 179 CCB: «Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato»; artículo 182 CCB: «Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente». DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 163-165 y notas a pie de página.

<sup>406</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229. Y el párrafo II de dicho artículo 1502 CCC: «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

<sup>407</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

<sup>408</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

<sup>409</sup> El texto continúa: «cuyo texto es el siguiente: “la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa... será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales» [ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229].

doctrina y jurisprudencia, cuando haya ausencia total de consentimiento»<sup>410</sup>.

[125] «El *Código Civil* colombiano, como el chileno, del cual es una copia, al igual que el *Code Napoléon*, en el que se inspiró Andrés Bello, no es claro ni preciso en la definición del objeto del contrato. No sólo identifica impropriadamente los conceptos de contrato y de convención sino que confunde el objeto del contrato con el de la obligación»<sup>411</sup>. Según «la regulación que del objeto hacen los arts. 1518 a 1523 del *Código civil*, éste debe ser determinado o determinable; puede recaer sobre cosas actuales, que existen o que se esperan que existan; y debe ser física y moralmente posible, esto es, que debe ser lícito. Hay objeto ilícito cuando está prohibido por las leyes (disposición que se repite, con acusada falta de técnica legislativa, en el art. 1523<sup>412</sup>) o cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1518)<sup>413</sup>. Ésta es la regla general [art. 1158 CCC], la única que en rigor sería suficiente para el intérprete. No obstante lo cual, el legislador, cayendo en la casuística que le reprocha la doctrina, en las disposiciones que le siguen de forma inmediata, reitera que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (art. 1519<sup>414</sup>); en el pacto de sucesión futura (art. 1520) y en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden ser transferidos a otra persona y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta a ello (art. 1521<sup>415</sup>)»<sup>416</sup>.

<sup>410</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 229.

<sup>411</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 231. Sobre Andrés BELLO, GUZMÁN BRITO (2008).

<sup>412</sup> Artículo 1523 CCC: «Contrato prohibido/ Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes».

<sup>413</sup> Artículo 1518 CCC: «Bienes objeto de declaración de voluntad/ No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

<sup>414</sup> Artículo 1519 CCC: «Objeto ilícito/Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto».

<sup>415</sup> Artículo 1521 CCC: «Objeto ilícito en la enajenación/ Hay un objeto ilícito en la enajenación:/ 1. De las cosas que no están en el comercio./ 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona./ 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello».

<sup>416</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/

[126] Para la *pregunta 15*, «[e]l Derecho colombiano conoce y tiene previstas la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inoponibilidad y la caducidad, como fenómenos que determinan que los negocios jurídicos no produzcan de manera total o parcial los efectos que le son propios, o que si se han producido estén llamados a desaparecer»<sup>417</sup>.

Se entiende por *inexistencia* «aquella situación de hecho, con repercusiones jurídicas, en la que queda un proyecto de negocio jurídico que no alcanzó a perfeccionarse por la omisión de un elemento estructural./ Da lugar a la inexistencia la ausencia del querer negocial, la falta de un elemento esencial del respectivo esquema contractual, *la carencia del objeto* o de la causa, la omisión de la solemnidad constitutiva que es exigida para perfeccionar el negocio, o pretermitir [*sic*] la entrega de la cosa sobre la que versa el contrato cuando éste es real» (cursiva mía)<sup>418</sup>. Para la *inexistencia* «no es necesaria la decisión de ninguna autoridad para su edificación», si bien «el juez puede pronunciarse sobre ella con fines de atestación»<sup>419</sup>, no «es prescriptible»<sup>420</sup>, y «no puede hablarse de saneamiento o ratificación si ulteriormente se integran todos los elementos que edifican el acto porque lo que en verdad ocurre es que sólo hasta este momento se construye el negocio por estar presentes ya todos sus elementos estructurales»<sup>421</sup>.

---

NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 233; señalan además: «Por último, en lo que se relaciona con la falta de objeto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 872 del *Código de Comercio* dispone: “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Dicho con otras palabras, el contrato es inexistente, tal como lo previene el artículo 920 del mismo *Código* para el caso de la compraventa mercantil, al disponer: “no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo”. La Corte Suprema de Justicia ha dicho, con toda claridad, que la determinación de si el precio es vil o irrisorio es de carácter estrictamente objetivo» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 234).

<sup>417</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 247.

<sup>418</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

<sup>419</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

<sup>420</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

<sup>421</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248; se reiteran ideas expuestas para la *pregunta 7* (*supra* [124]), a saber: «El artículo 898 del *Código de Comercio* menciona de forma expresa la inexistencia, señalando que su origen puede estar en la falta de solemnidad constitutiva o en la ausencia de un elemento esen-

Y la *nulidad* «[c]onsiste en un juicio negativo de valor que se hace a un negocio jurídico que contraviene normas imperativas, buenas costumbres o normas establecidas para la protección de incapaces o de personas cuyo consentimiento ha sido viciado»<sup>422</sup>. «La nulidad asume dos modalidades: absoluta y relativa» (cursiva mía; art. 1740 CCC<sup>423</sup>) y «tiene[n] su origen en [las] causales previstas por la ley y, por consiguiente, a los particulares les está vedado crearlas»<sup>424</sup>. «Mientras no sea pronunciada por el juez, el negocio existe y pasa por válido», produciendo «los efectos que le son propios, aunque persiste la causal que puede conducir al decreto de la invalidez»<sup>425</sup>. La nulidad *absoluta* y la *relativa* son sanables, pero si la nulidad se debe a un objeto o una causa ilícita, su saneamiento no puede proceder por ratificación, «sino exclusivamente del transcurso del tiempo» (arts. 1742, 1743 CCC)<sup>426</sup>.

cial./ El *Código Civil*, en cambio, no tiene una disposición semejante ni utiliza la expresión “inexistencia”./ Esta situación ha dado lugar a que mayoritariamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y algún sector de la doctrina consideren que la inexistencia no tiene cabida en los contratos de estirpe civil y que la omisión de los elementos esenciales conduzca a la nulidad absoluta del negocio./ Sin embargo, no son pocas las voces que pregonan que la inexistencia sí está prevista en el *Código Civil*, y para demostrar el aserto traen a cuento, entre otras normas, al artículo 1865 de esa codificación, que dispone que si en la compraventa ni las partes ni un tercero determinan el precio “no habrá venta”» (*op. cit.*, p. 248). Artículo 1865 CCC: «Determinación del precio por un tercero/ Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta./ No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes».

<sup>422</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 248.

<sup>423</sup> Artículo 1740 CCC: «Presupuestos/ Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes./ La nulidad puede ser absoluta o relativa».

<sup>424</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

<sup>425</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249; «En el Derecho colombiano no opera de pleno derecho y, por consiguiente, para que ella exista es indispensable la decisión judicial en ese sentido» (*op. cit.*, p. 251).

<sup>426</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

Artículo 1742 CCC: «Titulares de la acción de nulidad absoluta/ La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria»; artículo 1743 CCC: «Titulares de la acción de nulidad relativa/ La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por

Excepto para la nulidad parcial, «[e]l decreto de nulidad determina que el negocio desaparezca», así como los efectos que produjo (art. 1746 CCC<sup>427</sup>; salvo para el objeto o causa ilícitos conocidos en los que no cabe la repetición, art. 1525 CCC<sup>428</sup>)<sup>429</sup>. Además, por regla general, «[e]l decreto de nulidad también da lugar, [...], a la acción reivindicatoria contra los terceros» (art. 1748 CCC<sup>430</sup>)<sup>431</sup>.

*Y en respuesta a la pregunta 16, hay nulidad absoluta*, «[s]i el negocio se celebra por una persona con discapacidad absoluta, si el contrato tiene un objeto o una causa ilícitos, o si en él se omiten las solemnidades o formalidades que la ley exige para el valor de algunos actos en atención a su naturaleza (que no solemnidades constitutivas)»<sup>432</sup>. Hay *nulidad relativa*, «si el negocio se celebra por una persona con discapacidad relativa, si el consentimiento de una de las partes ha sido expresado por error, fuerza o dolo, o si se omiten solemnidades o formalidades que la ley pide para el valor de algunos actos en atención al estado o calidad de una de las partes»<sup>433</sup>.

aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes./ [...]» (v. también, *op. cit.*, p. 251).

«El término de prescripción extraordinaria, que hoy es de diez años, sana la nulidad absoluta, mientras que la relativa se sana en cuatro años si se trata de un contrato civil o en dos años si es uno mercantil» (*op. cit.*, p. 251; arts. 1742, 1750 CCC, 900.II del Código de comercio).

<sup>427</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

Artículo 1746 CCC: «Efectos de la declaración de nulidad./La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita./ En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

<sup>428</sup> Artículo 1525 CCC: «Sanción por causa u objeto ilícito/ No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita».

<sup>429</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

<sup>430</sup> Artículo 1748 CCC: «Efectos de la nulidad respecto de terceros/ La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

<sup>431</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 249.

<sup>432</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 251.

<sup>433</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 251.

## 5.2.4 EL INFORME DE CHILE

[127] Para la *pregunta 7* se señala, que es «frecuente en la doctrina la distinción entre elementos de existencia y elementos de validez del negocio jurídico. Haciendo pie en el artículo 1445 del CC [CCCh]<sup>434</sup>, Luis Claro Solar ha señalado que es posible distinguir requisitos de existencia y de validez. En el supuesto específico de los contratos la distinción se formula al abrigo de los artículos 1444<sup>435</sup> y 1681<sup>436</sup>, referido el primero a los requisitos de existencia y el segundo a los de validez. Son requisitos de existencia aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Son de validez aquéllos que la ley prescribe para el valor del mismo contrato, según la calidad o estado de las partes»<sup>437</sup>.

[128] Para las *preguntas 9 y 10* –respondidas conjuntamente– se indica que «[e]l objeto y la causa se han considerado como requisitos de existencia de los contratos; el objeto lícito y la causa lícita como requisitos de validez»<sup>438</sup>. Para «la falta de objeto [...] se ha estimado que la destrucción del inmueble arrendado priva al contrato de arrendamiento de objeto», y «si el inmueble objeto de un remate no se encuentra suficientemente determinado esto determina la nulidad absoluta de la adjudicación por falta de objeto»<sup>439</sup>. Sobre el objeto ilícito, «no existe definición», limitándose el Código civil «a enunciar supuestos de ilicitud del objeto», si bien «el artículo 1461 [CCCh] dispone que si el objeto es un hecho, debe ser moralmente posible; y no lo es aquél “prohibido por las leyes, o

<sup>434</sup> Artículo 1445 CCCh: «Para que una parte se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga una causa lícita./ La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

<sup>435</sup> Artículo 1444 CCCh: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

<sup>436</sup> Artículo 1681 CCCh: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes./ La nulidad puede ser absoluta o relativa».

<sup>437</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 305.

<sup>438</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 307.

<sup>439</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 307-308.

contrario a las buenas costumbres o al orden público”»<sup>440</sup>. Se destaca que no es fácil encontrar sentencias de los tribunales superiores referidas al objeto ilícito y que los artículos 1462 a 1466 CCCh enuncian los supuestos de objeto ilícito, mereciendo «especial consideración, por la frecuencia con que se utiliza ante los tribunales, el numeral 3 del artículo 1464»<sup>441</sup>.

[129] En cuanto a las *preguntas 15 y 16* –también respondidas conjuntamente– se apunta que para «la invalidez, la primera duda que se presenta es respecto a la inexistencia. *En términos teóricos se acepta que existen requisitos de existencia y validez de los contratos, lo que, en cambio, se discute qué consecuencia produce la omisión de un requisito de existencia: la inexistencia del contrato o su nulidad absoluta.* La discusión clásica del problema, entre la postura de Arturo Alessandri Rodríguez y Luis Claro Solar, en general, reposa sobre argumentos de corte exegético. En trabajos posteriores los autores parecen plantear el tema de la inexistencia de dos formas. Por una parte, caracterizándola no sólo *según el requisito omitido* sino que, además, según si el negocio produjo o no alguna apariencia de eficacia y, por otra parte, vinculando la inexistencia a la idea de nulidad del pleno derecho»<sup>442</sup> (cursiva mía). En nota a pie de página 65 se aclara *esa omisión de un requisito de existencia*, «[e]s decir, si *falta* consentimiento, objeto, causa o las solemnidades establecidas para la existencia del contrato» (cursiva mía)<sup>443</sup>.

<sup>440</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 308. Artículo 1461 CCCh: «No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

<sup>441</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 308-309. De esos artículos 1462 a 1466 CCCh, interesan: artículo 1462 CCCh: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto»; artículo 1464 CCCh: «Hay un objeto ilícito en la enajenación:/ 1.º De las cosas que no están en el comercio;/ 2.º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;/ 3.º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;/ 4.º De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio».

<sup>442</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) pp. 316-317; v. también p. 305; añaden, en «las decisiones de los tribunales superiores de justicia, la tendencia parece ser a considerar que la inexistencia no es acogida por el sistema del *Código civil*» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 317; interesante la nota 69 en esa p. 317).

<sup>443</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 316.

[130] El «principal régimen» de la *invalidéz* es la *nulidad*, distinguiendo el Código civil la «absoluta y [la] relativa» —«la distinción más relevante»—<sup>444</sup>.

A la *nulidad absoluta* se la ha definido «como “la sanción impuesta por la ley a la omisión de los requisitos prescritos para el valor de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o acuerdan”./ Dicha definición se desprende del artículo 1682<sup>445</sup>. En general, se asume que la nulidad absoluta tutela el interés general de la sociedad, por esta razón es que su legitimidad activa es bastante amplia, que puede ser declarada por el juez de oficio, que no puede ser ratificada por las partes y que el lapso de la prescripción extintiva es considerablemente superior al de la nulidad relativa. *Con respecto a las causales, se ha señalado que son: el objeto ilícito, la falta de objeto, la causa ilícita, la falta de causa, la omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato que se celebra, la falta de voluntad o consentimiento y las incapacidades especiales para ejecutar ciertos actos*» (cursiva mía)<sup>446</sup>.

Y a la *nulidad relativa* se la ha definido «como/ “la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan”» (cursiva mía)<sup>447</sup>. Su fundamento «se encontraría determinado por el interés particular de determinadas personas, no obstante, de forma mediata, también es posible reconocer un interés social en la protección de esas personas. Este énfasis en la situación de los contratantes determina sus principales diferencias con el régimen de la nulidad absoluta; así, por ejemplo, sus restricciones en términos de legitimidad activa, su menor plazo de prescripción,

<sup>444</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 317.

<sup>445</sup> Artículo 1682 CCCh: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades *absolutas*./ Hay asimismo *nulidad absoluta* en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces./ Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato».

<sup>446</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 318; en nota 72 se indica: «[l]os supuestos de *falta de objeto* y falta de voluntad resultan *discutibles*. Si se asume que el *Código Civil* acoge la inexistencia entonces constituirían causales de inexistencia. No parece haber sido la opinión de los tribunales nacionales» (cursiva mía).

<sup>447</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 319.

y la posibilidad de convalidar el acto anulable por ratificación. En cuanto a las causales. A diferencia de la nulidad absoluta, el régimen de la relativa carece de una enumeración taxativa. Como ha sugerido la doctrina y los tribunales, la nulidad relativa es la regla general, a pesar de lo anterior, suelen señalarse como causales de nulidad relativa los vicios del consentimiento, la lesión enorme, los actos de los relativamente incapaces, la infracción a las limitaciones en la administración de los bienes asociadas al régimen de bienes de familia y la omisión de otras formalidades habilitantes»<sup>448</sup>.

### 5.2.5 EL INFORME DE PARAGUAY

[131] Según el artículo 673 del Código civil de Paraguay (CCP), los *requisitos esenciales del contrato* son el consentimiento o acuerdo de las partes, el objeto y la forma cuando la prescriba la ley<sup>449</sup>. *Para el objeto*, el artículo 299 CCP ordena que no puede ser objeto de los actos jurídicos lo que no está dentro del comercio, lo incluido en una prohibición legal, y los *hechos imposibles*, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen derechos de terceros<sup>450</sup>. Los autores del informe reagrupan los incisos de ese artículo 299 CCP «para que su exposición no se

<sup>448</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 319. Por otro lado, la nulidad absoluta y la relativa «precisan de declaración judicial para producir sus efectos, los cuales operan de forma retroactiva. Así se desprende de la letra del artículo 1687 del CC» (*op. cit.*, p. 319).

<sup>449</sup> Artículo 673 CCP: «Son requisitos esenciales del contrato: / a) el consentimiento o acuerdo de las partes; / b) el objeto; y / c) la forma, cuando fuere prescripta por la ley bajo pena de nulidad»; DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 403.

<sup>450</sup> Artículo 299 CCP: «No podrá ser objeto de los actos jurídicos: / a) aquello que no esté dentro del comercio; / b) lo comprendido en una prohibición de la ley; y / c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros. / La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por este artículo».

DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ señalan que la redacción del artículo 299 CCP «no está exenta de reparos» [(2012) p. 410]; se muestran críticos con el artículo, que «de forma desordenada se refiere a lo que no podrá ser objeto del acto jurídico. En parte, repite el precepto del art. 9.º del *Código*, en el sentido de que los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. / Por lo demás, omite un requisito esencial de los actos jurídicos en general, [...]: la necesidad de que el objeto sea determinado o al menos determinable. / En lo que hace al inc. b) [...], esta disposición es una afirmación vacía de contenido; una simple remisión en blanco a otras disposiciones particulares que dispongan la prohibición. [...] / Por último, otra crítica debe hacerse al inc. c) del art. 299, que se refiere a hechos –ilícitos, contrarios a la moral y las buenas costumbres–, los cuales, como se vio, nunca son objeto del acto jurídico, sino medios para su consecución –contenido–» (*op. cit.*, pp. 410-411).

aparte de la doctrina tradicional, que señala, casi de manera uniforme, los caracteres que no puede reunir el objeto de los actos jurídicos: a) *no debe ser imposible*; b) *no debe ser indeterminable*; c) *no debe ser ilícito*; d) *no debe contrariar el orden moral*» (cursiva del original)<sup>451</sup>.

[132] En la *imposibilidad* se distingue la *física* y la *jurídica*<sup>452</sup>. En la *física*, «el hecho debe ser absolutamente irrealizable, como, por ejemplo, un viaje a otra galaxia, o los clásicos ejemplos de tocar el cielo con las manos, o de transformar por medios químicos metales comunes en oro, etcétera./ No basta con que sea imposible para un determinado sujeto que, por ejemplo, se haya comprometido a efectuar un cuadro o una escultura sin tener aptitudes artísticas. En este último caso, quien se comprometió deberá, en todo caso, indemnizar daños y perjuicios. Avala esta solución doctrinaria el art. 694 del *Código civil*, cuya aplicación no debe reducirse a los contratos, sino debe hacerse extensiva a los actos en general» (cursiva del original)<sup>453</sup>. La *imposibilidad jurídica* «tiene relación con prohibiciones de la ley»<sup>454</sup>.

<sup>451</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

<sup>452</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

<sup>453</sup> Artículo 694 CCP: «La imposibilidad de la prestación no impedirá la validez del contrato si dicha imposibilidad pudiera ser suprimida y el contrato hubiere sido concluido para el caso de que la prestación fuere posible./ Si una prestación imposible fuere subordinada a una condición suspensiva o a un plazo suspensivo, el contrato será válido si la imposibilidad es suprimida antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo». DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411.

<sup>454</sup> El texto continúa: «Así, por ejemplo, no se concibiría una hipoteca sobre bienes muebles (argumento artículo 2356), o una prenda sobre inmuebles (argumento art. 2294); existe una imposibilidad jurídica para ello, por expresas o implícitas disposiciones legales que así lo disponen. Por igual razonamiento, tampoco podría constituirse enfiteusis o anticresis, figuras no previstas en nuestra legislación civil, desde que los derechos reales sólo pueden ser estatuidos por ley (art. 1953)./ Para la doctrina más aguda, sólo en caso de imposibilidad física cabría hablar de imposibilidad del objeto, puesto que si existe imposibilidad jurídica, habría ilicitud propiamente dicha; vale decir, el objeto será inidóneo por ilícito –y no por imposibilidad jurídica–» [DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 411].

En el informe se mencionan, además, las imposibilidades *absoluta/relativa, total/parcial, inicial/sobrevvenida*: «En su aspecto subjetivo, la imposibilidad puede ser absoluta o relativa. Si es absoluta, nadie, ningún sujeto puede cumplir el objeto, como ocurre con el ejemplo del viaje a otra galaxia; si es simplemente relativa, la imposibilidad sólo hace relación a un sujeto determinado: obra de arte a quien no es pintor, etcétera, lo cual importa a los efectos de establecer la responsabilidad por incumplimiento de quien ignoraba la imposibilidad relativa del obligado. En su aspecto objetivo, la imposibilidad puede ser total o parcial: *total, si el objeto no existe, en cuyo caso el acto será nulo*; si es parcial puede producir efectos, como en la compraventa en que se puede demandar la parte del objeto que existiese con una disminución del precio [...]. *Esto hace por supuesto a la imposibilidad al momento del acto*, y no sobrevvenida, en cuyo caso estamos ante una ineficacia sobreviniente [...]» (cursiva mía; *op. cit.*, nota 123 en p. 412; los autores apoyan lo anterior en Zannoni).

[133] Se diferencia la *nulidad* y la *anulabilidad*<sup>455</sup>. «Para el *Código Civil*, los actos nulos son aquellos que atentan contra el orden público, contra el interés general. Esto hace que el ordenamiento sea sumamente duro a su respecto, en el sentido de que los priva, por completo, de la producción de sus efectos propios, y de que admite, incluso, que la invalidez pueda ser declarada de oficio por el juez; además, están facultados a pedir la nulidad todos los interesados en ella –y el Ministerio Público–, y la acción es imprescriptible (arts. 356, 359, y 658 del *Código Civil*)./ Todas estas consecuencias hacen que se afirme que el acto nulo está condenado a muerte» (cursiva del original)<sup>456</sup>. De conformidad con el artículo 357 CCP, «son actos nulos los actos de incapaces por falta de discernimiento; los que tengan objeto ilícito; los que violen la formalidad *ad solemnitatem*; aquellos en que el instrumento solemne sea nulo, y los derivados de simulación o fraude presumido por la ley»<sup>457</sup>.

Y «son sólo *anulables* aquellos actos que, si bien en su formación transgreden el ordenamiento jurídico, sólo afectan un interés particular de a quien perjudica la irregularidad./ Por eso los actos anulables se reputan válidos hasta tanto sean anulados, lo que, por su parte, sólo podrá ocurrir a instancia de la persona cuyos intereses se vean afectados por la irregularidad, o sus representantes legales, y siempre que así lo opten (arts. 356, 359 del *Código Civil*), pudiendo muy bien ocurrir lo contrario: que luego de desaparecidos los vicios, el afectado confirme el acto, que producirá, como consecuencia, plenos efectos (art. 366 y ss. del *Código*

<sup>455</sup> «Ya no subsisten en la regulación del *Código* las nulidades absolutas y relativas; o mejor, ellas pasan a equivaler, respectivamente, a lo que el *Código Civil* trata como actos nulos o anulables. Es clara la exposición de motivos al respecto: "...la Comisión ha recogido las observaciones formuladas a la doble clasificación de las nulidades en actos nulos y anulables y nulidades absolutas y relativas, que tanta discrepancia ha traído y sigue trayendo desde la época de los primeros comentaristas del Código hasta nuestros días y ha simplificado la clasificación dejándola en las categorías de actos nulos y anulables"./ Sin embargo, [...] ha habido opiniones, incluso en publicaciones, de que subsistirían en el *Código* las categorías de nulidades absolutas y relativas» [DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 439; v. también p. 441]; «[e]l *Código Civil* paraguayo, siguiendo las legislaciones más ponderadas, ha simplificado la nebulosa regulación de las nulidades en el *Código* anterior. Deja de ser "la selva oscura del derecho civil" para ser –no caben dudas– una materia compleja, pero nunca oscura» (*op. cit.*, pp. 437-438); las cursivas, del original.

<sup>456</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438.

<sup>457</sup> Artículo 357 CCP: «Es nulo el acto jurídico: a) cuando lo hubiere realizado un incapaz por falta de discernimiento; b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles; c) en caso de no revestir la forma prescripta por la ley; d) si dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese nulo el instrumento respectivo; y e) cuando el agente procediese con simulación o fraude presumidos por la ley» (cursiva mía). DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438; v. también la nota 242, en pp. 438-439.

*Civil*)./ El acto, antes que condenado a muerte, está herido. Su confirmación lo sanará; la acción de anulación lo aniquilará por completo» (cursiva del original)<sup>458</sup>. Según el artículo 358 CCP, «son anulables los actos celebrados mediante una incapacidad accidental; los efectuados por incapaces de hecho con discernimiento (menores de catorce años); los hechos con error, dolo, violencia, simulación; aquéllos en que el instrumento solemne sea anulable, y los celebrados en contravención a prohibición de vender»<sup>459</sup>.

### 5.2.6 EL INFORME DE URUGUAY

[134] En respuesta a la *pregunta 7*, en la doctrina y en la jurisprudencia uruguayas hay *dos «posiciones»* basadas «en las mismas normas» del Código civil de Uruguay (CCU) –entre las que destacan los arts. 1261<sup>460</sup> y 1560<sup>461</sup> CCU– y con «construcciones teóricas diferentes» (cursivas mías)<sup>462</sup>.

*Una «que podría llamarse clásica, sostiene que existen elementos esenciales del contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa) y requisitos de validez del contrato (ausencia de vicios del consentimiento; solemnidad; determinación, posibilidad y licitud del objeto; licitud de la causa)»* (cursiva mía)<sup>463</sup>. «En esta línea doctrinaria *no se diferencia la nulidad absoluta de la inexistencia.* / Si falta alguno de los *elementos esenciales* del contrato, éste es *nulo de manera absoluta.* Si falta alguno de los *requisitos de validez*, el

<sup>458</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 438.

<sup>459</sup> Artículo 358 CCP: «Es anulable el acto jurídico: a) cuando el agente obrare con incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallare privado de su razón; b) cuando ejecutado por un incapaz de hecho, éste tuviese discernimiento; c) si estuviese viciado de error, dolo, violencia o simulación; d) cuando dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese anulable el instrumento respectivo; y/ e) si fuese practicado contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente». DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 439.

<sup>460</sup> Artículo 1261 CCU: «Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes: / 1.º Consentimiento de partes. / 2.º Capacidad legal de la parte que se obliga. / 3.º Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación. / 4.º Que sea lícita la causa inmediata de la obligación. / Esto se entenderá sin perjuicio de la solemnidad requerida por la ley en ciertos contratos».

<sup>461</sup> Artículo 1560 CCU: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, son nulidades absolutas. / Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. / Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato».

<sup>462</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499.

<sup>463</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499.

contrato es nulo, pudiendo serlo absoluta o relativamente, según el vicio que afecte al contrato» (cursiva mía)<sup>464</sup>.

Y la otra «segunda posición, originada en los desarrollos de Cafaro, y Carnelli *distingue presupuestos de existencia y elementos estructurales del contrato, y los requisitos de validez*» (cursiva mía)<sup>465</sup>. «Los *elementos estructurales* son el consentimiento, el objeto, y la causa» y «[s]u ausencia produce la *inexistencia* del contrato» (cursiva mía)<sup>466</sup>. Esos «elementos estructurales, a su vez, presentan requisitos de validez. Los requisitos de validez del consentimiento son [...]»<sup>467</sup>. «Los requisitos de validez del objeto son la determinación, la posibilidad y la licitud.»<sup>468</sup>, y la ausencia de los requisitos de validez determina «la nulidad absoluta o relativa, según el caso, del contrato»<sup>469</sup>.

[135] *Para el objeto*, teniendo presente lo preguntado en la *pregunta 9*, el informe se refiere a su ilicitud y se indica que «[I]a doctrina y la jurisprudencia están contestes en que el objeto ilícito es aquél prohibido por la ley, contrario al orden público o a las buenas costumbres, de acuerdo con lo que surge de la coordinación de los artículos 1284 y 1287 del CC»<sup>470</sup>; «[e]l objeto ilícito es causa de nulidad absoluta del contrato» (art. 1560. I CCU)<sup>471</sup>.

<sup>464</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 499; v. también p. 515.

<sup>465</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

<sup>466</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500; el contrato «al no contar con un elemento básico de su estructura, no se llega a formar. El contrato es inexistente, pues nunca se llegó a formar» (*op. cit.*, p. 500). Y sobre «[l]os presupuestos de existencia [estos] deben darse antes del contrato para que éste tenga existencia. Son la capacidad jurídica –que, en principio, tienen todos los seres humanos– y el poder normativo negocial. Este último es el derecho de los sujetos a autorregular sus conductas por medio del negocio jurídico» (*op. cit.*, p. 500).

<sup>467</sup> Los puntos suspensivos son: «la declaración de acuerdo con la forma prevista legalmente (solemnidad), la capacidad de las partes y la ausencia de vicios» [DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500].

<sup>468</sup> El texto continúa: «El requisito de validez de la causa es la licitud»; DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

<sup>469</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 500.

<sup>470</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 502; artículo 1284 CCU: «Los hechos son imposibles física o moralmente./ Es físicamente imposible el hecho que es contrario a la naturaleza./ Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público»; artículo 1287 CCU: «En todo contrato oneroso, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte./ Si el contrato es gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor». Más allá del informe, el artículo 1283 CCU: «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su género./ La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla./ Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contrayentes»; y el artículo 1286 CCU: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental. Así la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes orientales, es nula por el vicio del objeto».

<sup>471</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 502.

[136] Para la *pregunta 15* se indica (se recuerda) que «[l]a doctrina *tradicional* ha considerado que un contrato *inexistente es nulo absolutamente*» (cursiva mía)<sup>472</sup>. Y «[u]na doctrina *posterior* ha considerado que se debe *distinguir* la inexistencia de la nulidad absoluta» (cursiva mía)<sup>473</sup>. *Para esta última doctrina*, «[l]a inexistencia es *una categoría lógica y no requiere de su consagración legal*. Se produce cuando falta uno de los presupuestos de existencia del contrato (capacidad jurídica y poder normativo negocial) o falta alguno de los elementos estructurales del contrato (consentimiento, objeto y causa)./ Para esta línea de pensamiento, cuando falta alguno de los requisitos de validez de los elementos estructurales, se produce la nulidad del contrato»<sup>474</sup>.

[137] «En el Derecho uruguayo, se prevén dos clases de nulidad: la absoluta y la relativa»<sup>475</sup>.

*De conformidad con el artículo 1560 CCU*, la nulidad absoluta tiene lugar «en caso de incapacidad absoluta de alguna de las partes, por la falta de solemnidad cuando ésta es requerida por la ley, y por objeto o causa ilícita. *En todos los demás casos, la nulidad es relativa*» (cursiva mía)<sup>476</sup>. «La doctrina *tradicional* ha señalado que *también* produce su *nulidad absoluta* la falta de alguno de los elementos esenciales del [...] [contrato], el objeto indeterminado y *el objeto imposible*» (cursiva mía)<sup>477</sup>. «*Para la posición contraria*

<sup>472</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 512; se añade: «[d]entro de esta posición, se dan, a su vez, dos posturas. Para una de ellas, la inexistencia, que se equipara a la nulidad absoluta, se da en los casos en que falta uno de los elementos esenciales del contrato. Para la otra, siempre que el contrato es nulo absolutamente es inexistente, pues “lo nulo en forma absoluta, no existe”» (*op. cit.*, pp. 512-513).

<sup>473</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513.

<sup>474</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513; «Una segunda posición afirma que la inexistencia y nulidad son figuras diferentes. Para que algo sea nulo, primero debe existir. Como consecuencia, es necesario determinar, en una primera etapa, si el contrato ha llegado a existir o no. Si no ha tenido existencia y se han ejecutado prestaciones como si la tuviera, entonces no se aplican las normas de la nulidad absoluta, sino las del pago de lo indebido./ Dicho cuasicontrato opera en caso de cumplimiento de una obligación que se cree existe, pero que, en realidad, no existe. Ese supuesto se da en caso de inexistencia del contrato y ejecución de prestaciones./ Quien ha cumplido equivocadamente, tiene derecho a la restitución contra el que recibió la prestación y terceros de buena fe a título gratuito o de mala fe a título oneroso (art. 1318 del CC) iii) En conclusión: La distinción tiene relevancia en la restitución de prestaciones hechas. Si la inexistencia se equipara a la nulidad absoluta [la tesis/posición tradicional] se aplica el régimen del art. 1565 inc. 2 del CC, por el cual se puede ir contra los terceros de buena o mala fe. En cambio, si a la inexistencia se aplica el pago de lo indebido, no hay acción contra terceros de buena fe a título oneroso (art. 1318 CC)» (*op. cit.*, p. 515; v. también pp. 516-517).

<sup>475</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 513; v. también p. 516.

<sup>476</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) pp. 513-514; v. también p. 516; para el artículo 1560 CCU, *supra* nota 461.

<sup>477</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; el texto sigue: «Según dicha línea de pensamiento, también causa la nulidad absoluta la falta de legitimación recepticia, la cual se da cuando el sujeto tiene prohibido contratar (por ejemplo, prohibición de donación o compraventa entre cónyuges)» (*op. cit.*, p. 514). V. también *op. cit.*, p. 516.

a ésta, a la cual ya hemos hecho referencia antes, los supuestos en los cuales falta alguno de los elementos del contrato configura un supuesto de inexistencia» (cursiva mía)<sup>478</sup>.

La nulidad relativa «[s]e da en los supuestos de incapacidad relativa (menores púberes), de vicios del consentimiento (error, violencia o dolo) y en todos aquellos casos en que el contrato es afectado por un vicio que no sea alguno de los previstos por el artículo 1560 del *Código Civil* como causantes de nulidad absoluta» (cursiva del original)<sup>479</sup>.

### 5.2.7 EL INFORME DE VENEZUELA

[138] Para la pregunta 7, «[s]egún el artículo 1141 del *Código Civil* [de Venezuela; CCV] son condiciones de “existencia” de los contratos el “consentimiento de las partes”, el “objeto que pueda ser materia de contrato”; y una “causa lícita”<sup>480</sup>. [Y] [s]egún el artículo 1142 del mismo *Código*, el contrato puede ser “anulado... por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y por vicios del consentimiento”<sup>481</sup>. Como puede verse, *se distingue en el Derecho Positivo venezolano entre las condiciones de existencia y las nulidades del contrato*» (cursiva mía, salvo la de *Código Civil*)<sup>482</sup>. «Es cierto que el *Código Civil* venezolano plantea algunas diferencias en relación con la típica clasificación de la *teoría clásica* de las nulidades. *De conformidad con dicha teoría*, la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades, conforman los elementos de existencia; mientras que los elementos de validez comprenden: la voluntad sin vicios, el objeto lícito, la causa lícita y la capacidad. La distinción radica entonces, en que el *Código Civil* venezolano considera el objeto ilícito y la causa ilícita como causales de inexistencia o de nulidad absoluta y no de

<sup>478</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; el texto sigue: «Lo mismo sucede en los casos de falta de poder normativo negocial, es decir, cuando se ha privado al individuo del derecho a celebrar un contrato, así como de falta de capacidad jurídica» (op. cit., p. 514). V. también op. cit., p. 516.

<sup>479</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 514; «Según lo señala el artículo 1568 del *Código Civil*, la acción de anulación correspondiente a la nulidad relativa debe ser instaurada en el plazo de cuatro años. Si no se acciona dentro de dicho lapso, prescribe la acción de anulación y los efectos del contrato relativamente nulo quedan firmes» (op. cit., p. 514); «la nulidad relativa se subsana por el transcurso del lapso de cuatro años, contándose en caso de violencia, desde el día que hubiere cesado; en el caso de error o dolo, desde la celebración del contrato y en el caso de incapacidad relativa, desde el día que haya llegado a la mayoría de edad (artículo 1568 del CC)» (op. cit., p. 516); v. también op. cit., pp. 505-506. Para el artículo 1560 CCU, *supra* nota 461.

<sup>480</sup> Artículo 1141 CCV: «Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: / 1.ª—Consentimiento de las partes; / 2.ª—Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3.ª—Causa lícita».

<sup>481</sup> Artículo 1142 CCV: «El contrato puede ser anulado: / 1.º—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y / 2.º—Por vicios del consentimiento».

<sup>482</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

nulidad relativa» (cursiva mía, salvo la de Código civil)<sup>483</sup>. *Ahora bien, aunque en «el Derecho Positivo venezolano se acoge [...] la distinción clásica entre elementos de existencia y de validez, la doctrina venezolana actual, casi en su mayoría, se acoge a la doctrina moderna de las nulidades»* (cursiva mía)<sup>484</sup>. Y «[e]l carácter absoluto o relativo de la nulidad viene determinado, no por la gravedad del defecto en la configuración de los *elementos de formación del contrato, sino por el interés colectivo o individual que tiene como finalidad proteger la norma que prescribe la nulidad*» (cursiva mía)<sup>485</sup>.

[139] En cuanto al *objeto* –pregunta 9– «[e]l Código Civil venezolano se aproxima al objeto del contrato, de la misma manera que lo hacía el Código italiano de 1865 y el Código Civil francés, en sus artículos 1108, 1126, 1127, 1128, 1129 y 1130»<sup>486</sup>. Se señala que «existe consenso en los [...] [requisitos] tradicionales del objeto, como lo son: la posibilidad, la licitud y el carácter determinado o determinable de la prestación. Si el objeto desde su origen es de imposible realización, y esta imposibilidad es absoluta, el interés del acreedor nunca podrá ser satisfecho y, por tanto, la obligación imposible no tiene razón de existir, se dice, entonces, que nadie puede estar obligado a realizar lo imposible. Un objeto imposible no es uno que pueda ser objeto del contrato» (cursiva mía)<sup>487</sup>.

[140] Y para la pregunta 15, se recuerda que «la doctrina venezolana [...] acoge [...] la moderna doctrina francesa de las nulidades» (cursiva mía)<sup>488</sup>. «La clasificación bipartita de la nulidad como absoluta y relativa se mantiene, pero no en atención a la gravedad de la falta, sino al interés que la norma que impone la sanción de nulidad tiene como fin proteger. Así, será absoluta si el fin que persigue la norma es proteger el orden público y las buenas costumbres, y será relativa, si la norma persigue la protección de los intereses particulares de alguno de los contratantes. Por ello, la ilicitud del objeto o de la causa debe ser sancionada con nulidad absoluta, mientras que la ausencia de causa o la causa falsa, los defectos del objeto distintos de su ilicitud, la falta de capacidad y los vicios del consentimiento acarrearán la nulidad relativa del contrato./ Se des-

<sup>483</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

<sup>484</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577; «[...] puede decirse que se ha abandonado la teoría clásica de las nulidades basada en su consideración como “condición” de acto» (op. cit., p. 577).

<sup>485</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 577.

<sup>486</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 580; para algunos aspectos del Derecho francés antes de su reforma por *Ordonnance* n.º 2016-131 *infra* [272]-[273].

<sup>487</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 581. Artículo 1155 CCV: «El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable»; artículo 1156 CCV: «Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario./ [...]».

<sup>488</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 593.

echa, de esta manera, la teoría de la inexistencia por contradictoria e inútil, así como la aplicación de la nulidad absoluta a la falta de un elemento esencial del contrato» (cursiva mía)<sup>489</sup>.

### 5.3 La imposibilidad inicial en los PLDC: ¿una regulación tradicional o moderna?

[141] Teniendo presente lo expuesto en los anteriores informes de los Derechos nacionales latinoamericanos, interesan los artículos 9, 38, 41, 43, 46 y 49 PLDC, ubicados en diferentes Capítulos y Secciones.

Artículo 9 PLDC: «*Elementos del contrato* [cursiva, negrita en el original]

Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa» (en el Capítulo 2 «Formación del contrato», Sección 1 «Definición y elementos del contrato»).

Artículo 38 PLDC: «*Objeto del contrato* [cursiva, negrita en el original]

(1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito.

(2) Es ilícito el prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público» (en el Capítulo 2 «Formación del contrato», Sección 5 «Objeto, causa y solemnidades del contrato»).

Artículo 41 PLDC: «*Nulidad absoluta y relativa* [cursiva, negrita en el original]

Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato»).

Artículo 43 PLDC: «*Legitimación* [cursiva, negrita en el original]

La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte. Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte en el contrato» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 1 «Nulidad absoluta»).

Artículo 46 PLDC: «*Legitimación* [cursiva, negrita en el original]

La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece. Puede ser saneada por convalidación del contrato y por prescripción de la acción» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 2 «De la nulidad relativa»).

<sup>489</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 593-594; v. también pp. 594-595.

Artículo 49 PLDC: «*Opción con los medios de tutela* [cursiva, negrita en el original]

La parte que tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, podrá optar entre aquella y éstos» (en el Capítulo 3 «Nulidad del contrato», Sección 2 «De la nulidad relativa»).

[142] *En mi opinión, los PLDC acogen un modelo tradicional* cuando disponen que los requisitos *esenciales* del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa (art. 9), y exigen que el objeto del contrato sea determinado o determinable, posible y lícito, prescribiendo que el objeto ilícito es el prohibido por la ley, el contrario a las buenas costumbres o al orden público (art. 38). *Con carácter general (de modo aproximativo), los PLDC no rompen con lo que sobre los requisitos del contrato y del objeto contractual puede leerse en los anteriores informes de los Derechos nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay y Venezuela (supra [119] ss.).* Según De La Maza Gazmuri (2016), en «la noción de contrato y sus elementos esenciales [...] *prevaleció [en los PLDC] el ánimo continuista con el derecho contenido en los códigos latinoamericanos*», lo que corroboran sus artículos 8<sup>490</sup> y 9, y esa «opción continuista en materia de elementos del contrato [...] ha provocado *que existan ciertas cuestiones que no han quedado claramente resueltas* [...] como [por] ejemplo, los casos de *imposibilidad originaria*, que pueden contemplarse como falta de objeto (art. 38.1 PLDC), pero que también encajan en algunos supuestos de error (art. 28 PLDC) y de incumplimiento (art. 79 PLDC)<sup>491</sup> cuyas consecuencias son diferentes» (cursiva mía)<sup>492</sup>.

Por otro lado, y *en mi opinión, los PLDC* –en los que no aparece expresamente la categoría de la inexistencia del contrato– *adoptan, en parte, lo que viene conociéndose como una visión (una teoría) moderna de las nulidades*, en la cual la calificación de la nulidad como absoluta o relativa depende del interés protegido por la norma infringida (general/particular). Según el artículo 41 PLDC, la *nulidad absoluta* se aplica si el contrato contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres, y *la relativa*, cuando la ley impone esa sanción solo en protección de ciertas personas<sup>493</sup>.

<sup>490</sup> Artículo 8 PLDC: «*Definición del contrato* [cursiva, negrita en el original]/ El contrato es un acuerdo por el cual dos o más personas crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico».

<sup>491</sup> En la versión que manejo [octubre de 2015; *supra* [10] y [105] c)], el artículo 79 PLDC se refiere al lugar de cumplimiento, y los artículos 85 y ss. PLDC regulan el «Incumplimiento de las obligaciones contractuales».

<sup>492</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) pp. 996-997.

<sup>493</sup> Cfr. con el Derecho venezolano *supra* [140], y [138], [139]), y con el vigente Derecho francés *infra* nota 967.

Los PLDC no contienen una/s norma/s en la/s que se especifique/n concretos supuestos a subsumir, unos en la nulidad absoluta, otros en la relativa. Según Severin Fuster (2016), el «artículo 41 PLDC, dedicado a describir los dos tipos de nulidad que se contemplan (relativa y absoluta) *ni siquiera ofrece una visión clara de en qué consiste cada una, o al menos, cuales son las causas de nulidad*» (cursiva mía)<sup>494</sup>.

Severin Fuster informa, además, de que «*inicialmente no estaba previsto incluir [en los PLDC] una regulación específica sobre la nulidad del contrato y sus efectos (la primera versión publicada de los PLDC no la contiene). En el primer borrador de los Principios, únicamente se hacía referencia a la nulidad relativa en supuestos de vicios del consentimiento*» (cursiva mía)<sup>495</sup>. Y «[I]a decisión de incorporar [a los PLDC] un capítulo dedicado a la nulidad fue tardía, [...], cuando ya se había avanzado mucho en la elaboración de los PLDC, y [ello] supuso un giro importante respecto a lo inicialmente planteado»<sup>496</sup>. «[E]n el grupo que elaboró los PLDC, se abrió una discusión *sobre [...] el alcance y contenido que debía tener la regulación de la nulidad en los PLDC [...]* aprobándose finalmente «el texto que actualmente forma [en la versión de 2015 de los PLDC] el capítulo dedicado a la nulidad del contrato, aunque “varios artículos fueron aprobados *con prevención de ser necesaria una revisión de su redacción*”» (salvo la última cursiva, el resto mía)<sup>497</sup>.

*Señalado lo anterior, ¿cómo solucionan jurídicamente los PLDC la imposibilidad inicial? ¿Acogen una solución tradicional –nulidad absoluta– o moderna –nulidad relativa, incumplimiento–?*

<sup>494</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1001.

<sup>495</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000; v. *ADC* (2014) pp. 244-246. En otro plano, SEVERIN FUSTER señala –según SAN MIGUEL PRADERA– «y, como novedad rupturista [de la primera versión publicada de los PLDC de 2013] con la tradición de los códigos decimonónicos (siguiendo muy de cerca lo previsto en los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR), se contemplaba su ejercicio extrajudicial, mediante notificación y también mediante demanda judicial o excepción», y «se abrió una discusión sobre [...] la nulidad extrajudicial» (*op. cit.*, p. 1000). El aludido artículo PLDC de la versión de 2013 disponía: «La facultad de anular el contrato puede ejercerse extrajudicialmente, mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde o por demanda judicial. También puede oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento» [*ADC* (2014) p. 246]. En cambio, en la versión de 2015 de los PLDC, su artículo 42 dispone: «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción». En las *Jornadas sobre los PLDC* de 2016 [*supra* [105] c)], SAN MIGUEL PRADERA indica que la profesora JEREZ DELGADO «centró [su ponencia] en el análisis de la nulidad relativa regulada en los PLDC. La profa. Jerez lamentó que en su versión actual [la de 2015], los PLDC se hayan decantado en este punto por respetar la tradición codificada, especialmente, en el hecho de contemplar la nulidad como una “sanción” cuando realmente se trata de un “mecanismo de protección para una de las partes contratantes” y en el hecho de que no se haya admitido finalmente la posibilidad de su ejercicio extrajudicial, mediante notificación» (*op. cit.*, p. 1001).

<sup>496</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000.

<sup>497</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) p. 1000.

[143] *En 2015* y en un trabajo sobre el error en los PLDC –arts. 28 a 31–, De La Maza Gazmuri afirmó que «–[...] [por] establecer [los PLDC] el centro de gravedad [del error relevante] no en sobre qué recae el error, sino en su importancia– habrá que asumir que, como sucede en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, equivocaciones sobre los elementos esenciales del contrato como el objeto o la causa ingresan en el campo operativo del error»<sup>498</sup>. Esa inclusión *en el error*, por parte de De La Maza Gazmuri, apunta a la solución de la *nulidad relativa* del contrato<sup>499</sup>. Por otro lado y *solo* para la *nulidad relativa* –no para la absoluta–, el artículo 49 PLDC permite, a quien «tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, *al mismo tiempo*, pueda ejercer algunos de los medios de tutela por incumplimiento» la posibilidad de optar por uno u otros (cursiva mía)<sup>500</sup>.

Cuando, en 2016, intervine en las *Jornadas de discusión y análisis* de los PLDC [*supra* [105] c)], tras referirme a la anterior tesis de De La Maza Gazmuri y a la reforma del *Code civil* por *Ordonnance* n.º 2016-131 (arts. 1128, 1163, 1178, 1179, 1181, *infra* [274]-[275]), sugerí un posible camino interpretativo alternativo, si se buscaba la calificación de la *nulidad relativa* del contrato para la imposibilidad inicial (física y absoluta), evitándose la calificación de la nulidad absoluta. Y la subsunción en la nulidad relativa podría justificarse en que ese es el régimen jurídico que corresponde aplicar, según el artículo 41, segunda regla, PLDC, «sólo en protección del interés de ciertas personas» (cursiva mía). Ante ello, De La Maza Gazmuri respondió que no creía que los PLDC se interpretaran como proponía, y más bien la interpretación sería la de ser supuesto de nulidad absoluta<sup>501</sup>. Y ciertamente, la interpretación de

<sup>498</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 793; y en nota 11 (p. 793): «Respecto de los PECL ver Lando/Beale, *Principles*, p. 234», por lo que el autor remite al *Comment G* del artículo 4:103 PECL (*supra* [23] y oportunas notas); v. artículo 4:102 PECL.

<sup>499</sup> En la versión de 2015 de los PLDC, no se indica expresamente que al error se le aplica el régimen de la nulidad *relativa*. Pero ha de entenderse que sí, pues: a) a los vicios del consentimiento se les ha aplicado tradicionalmente el régimen de la nulidad relativa (cfr. los informes nacionales latinoamericanos, *supra* [119] ss.); y b) en la primera versión publicada de los PLDC –la de 2013– para el error se decía «*El error anula el contrato:/ [...]*», «*La parte que incurre en error no puede anular el contrato si [...]*» [cursiva del original] ADC (2014) pp. 244-245). En la versión de 2015 de los PLDC, para el error se emplea *solo* el término *nulidad* [arts. 29 (2) y 30 PLDC].

<sup>500</sup> En la versión de 2013, los PLDC [ADC (2014)] no contenían la distinción nulidad absoluta/relativa (Severin Fuster, *supra* [142]) y *estaba el equivalente al hoy artículo 49 PLDC*.

<sup>501</sup> Tras las exposiciones de DE LA MAZA GAZMURI y mía, MORALES MORENO apuntó el dato de que, para el error en la declaración, los PECL, por ejemplo, aplican la anulabilidad y no la nulidad (art. 4:104; *supra* [17]). En otro plano, según el artículo 4 PLDC: «*Aplicación, interpretación e integración de los Principios* [cursiva, negrita en el original] [...] / (3) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes».

la nulidad absoluta sería más respetuosa con la tradición de los códigos civiles latinoamericanos<sup>502</sup>. Seguramente, en el comentario oficial de los PLDC (*tercera tarea, supra* [106]) se esclarecerá la solución y su por qué, si bien he de reconocer que, manejando solo los anteriores expuestos datos, la balanza se inclina a la solución tradicional.

## 6. EL ERROR EN LOS PLDC

[144] En su exposición aplico el mismo esquema que he seguido para la imposibilidad inicial de los PLDC (*supra* [117]). Además me refiero a las diferentes dimensiones del error, según Morales Moreno.

### 6.1 La pregunta del cuestionario del libro *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (2012)* que interesa para el error

[145] Es la número 11, situada en el apartado 4 «Validez y forma de los contratos» del cuestionario.

#### «PREGUNTA 11

Exponga el régimen del error con trascendencia anulatoria incluyendo, al menos, los supuestos de este tipo de error consagrados en el *Código civil* y los requisitos que ha exigido la doctrina y los tribunales. Indique, especialmente si existen diferencias entre el error unilateral y bilateral; si se encuentra consagrada –o reconocida– la inexcusabilidad [*sic*; excusabilidad] como requisito. Finalmente, ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato?».

### 6.2 Las respuestas de los informes nacionales

#### 6.2.1 EL INFORME DE ARGENTINA

[146] En el *derogado* Código civil de la República Argentina, se *admite* el error<sup>503</sup> *de hecho*, y se *descarta* el de *derecho*

<sup>502</sup> V. los anteriores informes latinoamericanos, *supra* [119] ss.

<sup>503</sup> «La metodología del *Código* en la materia está marcada por el art. 1157 que establece: “Lo expuesto en el título ‘de los Hechos’, de este libro, respecto a los vicios del consentimiento, tiene lugar en todos los contratos” en virtud del cual las precisiones establecidas respecto “De los hechos producidos por ignorancia o error”, “De los hechos producidos por dolo” y “De los hechos producidos por la fuerza y el temor”, son aplicables a la

(art. 923)<sup>504</sup>. Se *diferencia* el error *esencial* y el *accidental*, siendo solo relevante el esencial «a los efectos de la nulidad del acto» (art. 928 CCA<sup>505</sup>)<sup>506</sup>. En los errores esenciales –«categorías típicas de errores esenciales»<sup>507</sup>– se contemplan el que recae *sobre la naturaleza del negocio* (art. 924 CCA)<sup>508</sup>; *sobre la persona* (art. 925 CCA)<sup>509</sup>; *sobre la causa* (art. 926)<sup>510</sup>; *sobre las cualidades esenciales de la cosa* (art. 926 *in fine*)<sup>511</sup>; y *sobre el objeto* (art. 927 CCA)<sup>512</sup>. Para que pueda haber invalidez, el error debe ser *excusable* (art. 929 CCA)<sup>513</sup>.

[147] «*El sistema argentino no distingue al error obstativo, se circunscribe al concepto de error esencial, como error-vicio; pues no se lo distingue en su relevancia y consecuencias*» (cursiva mía)<sup>514</sup>.

En el vigente *Código civil y comercial de la Nación* (*supra* [120]), en su Libro Primero «Parte general», Título IV «Hechos y

---

materia contractual» [cursiva mía; DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60].

<sup>504</sup> Artículo 923 CCA: «La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos»; DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60; se advierte: «Sin embargo, cabe señalar como excepción a esta regla [del art. 923 CCA] el art. 784, que en materia de pago, a quien por error de hecho *o derecho* se creyere deudor, le concede la posibilidad de repetir» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 60).

<sup>505</sup> Artículo 928 CCA: «El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición».

<sup>506</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60.

<sup>507</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 60.

<sup>508</sup> Artículo 924 CCA: «El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él».

<sup>509</sup> Artículo 925 CCA: «Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho».

<sup>510</sup> Artículo 926 CCA: «El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto».

<sup>511</sup> V. la nota que precede a esta.

<sup>512</sup> Artículo 927 CCA: «Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho».

<sup>513</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 61; artículo 929 CCA: «El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable».

<sup>514</sup> DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012) p. 61.

actos jurídicos», Capítulo 2 «Error como vicio de la voluntad», se dispone:

Artículo 265 CCCA: «Error de hecho. El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad».

Artículo 266 CCCA: «Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar».

Artículo 267 CCCA: «Supuestos de error esencial. El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

- a. la naturaleza del acto;
- b. un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;
- c. la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;
- d. los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;
- e. la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración».

Artículo 268 CCCA: «Error de cálculo. El error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento».

Artículo 269 CCCA: «Subsistencia del acto. La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar».

Artículo 270 CCCA: «Error en la declaración. Las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión».

## 6.2.2 EL INFORME DE BRASIL

[148] Se indica, que es costumbre definir al error como una falsa representación de la realidad, que lleva a la persona a emitir una voluntad que no emitiría, si el conocimiento hubiera sido completo o perfecto<sup>515</sup>. El *error* –referido a una información equívoca-

<sup>515</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148.

da de la realidad– y la *ignorancia* –referida al desconocimiento completo de un hecho– se regulan conjuntamente en los artículos 138 a 144 CCB<sup>516,517</sup>.

[149] Según el artículo 138 CCB, los requisitos del error son que sea *sustancial* y lo pueda percibir una persona que actúe con la *diligencia media*, teniendo en cuenta las circunstancias del negocio<sup>518</sup>.

[150] El artículo 139 CCB ordena los supuestos en los que el error es *sustancial* (*primer requisito del error relevante*). Así, el error sobre *la naturaleza del negocio*, o sobre *el objeto principal*, o sobre *algunas de sus cualidades esenciales*; sobre *la identidad de la persona o sobre sus cualidades que hayan influido de modo relevante*; sobre *el derecho si fue el motivo único o principal del negocio jurídico y no implica rehusar la aplicación de la ley*<sup>519</sup>. El error esencial es pues, aquel que es causa determinante del negocio, que recae sobre los elementos esenciales del negocio jurídico<sup>520</sup>. En el informe se destaca que, a diferencia del Código de 1916, en el vigente *se incluye expresamente el error de derecho, si bien*, para que genere la anulabilidad del negocio jurídico, es necesario que su invocación no sea para eludir la aplicación de la ley, sino solo para deshacer el negocio fundado en un conocimiento equivocado de la legislación<sup>521</sup>. También se señala, que la *doctrina* se refiere al error *accidental*, el cual no permite la anulación del contrato, sino solo su rectificación. Así sucede para el *error de cálculo* y para el *error sobre el motivo*<sup>522</sup>.

<sup>516</sup> En la «Parte Geral», Libro III «Dos fatos jurídicos», Título II «Do negócio jurídico», Capítulo IV «Dos defeitos do negócio jurídico», Seção I «Do erro ou ignorância».

<sup>517</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148; y «[o]s artigos 171 e 178 [...] [del CCB] determinam o efeito do erro –anulabilidade do negócio jurídico– e o prazo decadencial para o exercício do Direito Potestativo de anulação, respectivamente» (*op. cit.*, p. 148; *supra* nota 405).

<sup>518</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 148. Artículo 138 CCB: «São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio».

<sup>519</sup> Artículo 139 CCB: «O erro é substancial quando: / I. interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; / II. concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; / III. sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico».

<sup>520</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

<sup>521</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

<sup>522</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

[151] La *cognoscibilidad* del error –la doctrina de la «cognoscibilidad» o «recognoscibilidad»; *segundo requisito del error* relevante, no exigido en la legislación anterior– consiste en que el destinatario, receptor de la voluntad, pueda percibir el error en que incurre el que hace la declaración<sup>523</sup>. Lo anterior no se confunde con lo que se conoce como *tercer* requisito para la anulación por error, *su excusabilidad*<sup>524</sup>. Aunque la ley no lo prevea expresamente, la mayoría de la doctrina entiende que, para poder anular, el error *ha de ser excusable*; un error, que un declarante, actuando con la diligencia media –«*não grosseiro, um erro que um declarante de diligência nomal*»– no percibiría que comete<sup>525</sup>. Según la doctrina, en la apreciación de la excusabilidad, el juez puede tener en cuenta las circunstancias que pueden haber influido en la representación del negocio jurídico por el que invoca el vicio; así, la edad, la condición de salud del que lo invoca<sup>526</sup>.

[152] Sobre la distinción *error unilateral/bilateral*, ni el Código civil, ni la doctrina los diferencian. Esta última no tiene en cuenta, ni tampoco la jurisprudencia, si el error fue de uno, o de ambos contratantes, a fin de juzgar que el error sea suficiente como para anular el negocio jurídico<sup>527</sup>.

[153] Por último, la práctica judicial muestra que el error es un vicio de voluntad alegado con relativa frecuencia ante los Tribunales, para fundamentar la anulación del negocio jurídico<sup>528</sup>.

<sup>523</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 149.

<sup>524</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150.

<sup>525</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150; «Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou no sentido de que “uma das características do erro substancial é a de que uma pessoa de atenção comum possa ser induzida ao alegado erro, tornando-o, portanto, escusável”. Assim, “enquanto a cognoscibilidade refere-se ao receptor da manifestação de vontade, a excusabilidade está naquele que declara a vontade em erro”» (*op. cit.*, p. 150).

<sup>526</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150.

<sup>527</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) p. 150; «Como se destaca em doutrina, se em uma das manifestações de vontade “incidiu um erro, é o suficiente para justificar o pedido de anulabilidade do ato”» (*op. cit.*, p. 150).

<sup>528</sup> DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA (2012) pp. 150-151.

## 6.2.3 EL INFORME DE COLOMBIA

[154] El error es un vicio del consentimiento (art. 1508 CCC)<sup>529</sup> que regulan artículos 1509 a 1512 CCC<sup>530</sup>. En el informe se indica, que «[v]ale la pena mencionar que el *Código de comercio*, refiriéndose al contrato de sociedad dice que para que éste sea válido es necesario que el consentimiento esté exento de error esencial, fuerza o dolo, y agrega que se entiende por error esencial “el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes” (art. 101)<sup>531</sup>» (cursiva del original)<sup>532</sup>.

[155] El error *de derecho* no vicia el consentimiento (art. 1509 CCC)<sup>533</sup>. «La doctrina [...] critica con intensidad» esa regla, al no encontrar «razón para afirmar que el error de derecho sea diferente al de hecho para tales fines», pero la Corte Constitucional «afirmó la constitucionalidad del art. 1509 del *Código civil* (sentencia C- 996 de 2006), diciendo que la cuestión es de resorte del legislador» (cursiva del original)<sup>534</sup>.

[156] En cuanto a los *requisitos* del error (relevante), según la doctrina *de los autores*, el error ha de ser «*determinante*, es decir, que sin su presencia no se hubiera contratado o se hubiera hecho en otros términos, y debe ser *excusable*, esto es, que no haya mediado negligencia en la persona que lo alega» (cursiva mía)<sup>535</sup>. Se añade, que «[n]ada se ha dicho o profundizado sobre el carácter común o unilateral» del error<sup>536</sup>.

<sup>529</sup> Artículo 1508 CCC: «Vicios del consentimiento/ Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo».

<sup>530</sup> En el Libro IV «De las obligaciones en general y de los contratos», Título II «De los actos y declaraciones de voluntad».

<sup>531</sup> Artículo 101 del Código de Comercio de Colombia: «Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes».

<sup>532</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 238.

<sup>533</sup> Artículo 1509 CCC: «Error sobre un punto de Derecho/ El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento».

<sup>534</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) pp. 238-239.

<sup>535</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

<sup>536</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

[157] En el informe se apunta que la *jurisprudencia* sobre el error «no es muy abundante»<sup>537</sup>. Y se hace particular referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28.06.1960, en la que se diferencian *los errores que, por su intensidad, suprimen absolutamente la eficacia del negocio jurídico* –no hay «acuerdo de voluntades sobre un mismo propósito»; errores *in negotio* e *in corpore* (art. 1510 CCC)<sup>538,539</sup>, de *los errores en los que hay acuerdo entre las partes por existir identidad de la cosa específica, pero es acuerdo viciado* porque «la sustancia o calidad del objeto ‘es diversa de la que se cree’ –error *in substantia* [art. 1511. I CCC<sup>540</sup>]–. 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’ [art. 1511. II CCC<sup>541</sup>]. 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»<sup>542</sup>. En el informe *no se hace particular referencia al error en la persona* (art. 1512 CC)<sup>543</sup>.

<sup>537</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

<sup>538</sup> Artículo 1510 CCC: «Error en la naturaleza del acto o negocio y en la identidad del objeto/ El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

<sup>539</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

<sup>540</sup> Artículo 1511.I CCC: «Error en la calidad del objeto/ 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».

<sup>541</sup> Artículo 1511.II CCC: «Error en la calidad del objeto/ [...]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».

<sup>542</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M' CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

<sup>543</sup> Artículo 1512 CCC: «Error en la persona/ El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato./ Pero en este caso 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».

[158] Finalmente, «no es frecuente la declaración de nulidad de un contrato por la presencia de un error vicio del consentimiento»<sup>544</sup>.

#### 6.2.4 EL INFORME DE CHILE

[159] El error es un vicio del consentimiento (art. 1451 CCCh<sup>545</sup>) y los artículos 1452 a 1455 CCCh lo regulan<sup>546</sup>. «Como sucede con los *códigos* de la época, el enfoque de los vicios del consentimiento *se funda en el voluntarismo jurídico*, de lo que se trata es de tutelar que el consentimiento sea serio, espontáneo y libre» (cursiva mía)<sup>547</sup>.

[160] *Solo los errores de hecho vician el consentimiento*<sup>548</sup>, y *no* el que versa «sobre un punto de derecho» (art. 1452 CCCh<sup>549</sup>; cursiva mía). Y dentro de los errores de hecho, «únicamente [lo vician] *los que el Código identifica, a saber: el error obstáculo, el error esencial, el error accidental, siempre que la calidad sea el principal motivo del errans y la otra parte haya sabido de esto; y el error en la persona, cuando la consideración a ésta sea la causa principal del contrato*» (cursiva mía, salvo la de *Código*, del original)<sup>550</sup>. Sentado eso, en el informa se van considerando cada uno de esos errores.

[161] Para el *error obstáculo* (art. 1453 CCCh<sup>551</sup>), se destaca «que la principal discusión» es «su consecuencia»; si se aplica «la inexistencia, la nulidad absoluta o la relativa», y *la opinión más autorizada* –en nota a pie de página se cita a León Hurtado– «parece inclinarse» por la *nulidad relativa*, *aunque «la Corte Suprema ha considerado que la sanción es la nulidad absoluta por falta de consentimiento»* (cursiva mía)<sup>552</sup>.

<sup>544</sup> ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M<sup>o</sup> CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS (2012) p. 239.

<sup>545</sup> Artículo 1451 CCCh: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo».

<sup>546</sup> En el Libro IV «De las obligaciones en general y de los contratos», Título II «De los actos y declaraciones de voluntad».

<sup>547</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

<sup>548</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

<sup>549</sup> Artículo 1452 CCCh: «El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento».

<sup>550</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

<sup>551</sup> Artículo 1453 CCCh: «El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

<sup>552</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

[162] Para el *error en la substancia* (art. 1454 CCCh<sup>553</sup>), la discusión entre los autores recae sobre «qué debe entenderse por sustancia o calidad esencial»<sup>554</sup>. Hay una postura *subjetiva* –según la cual ha de atenderse a la voluntad del *errans*– y otra *objetiva* –«que, en su versión más sofisticada, atiende a las circunstancias de las especie [*sic*] para determinar la común intención de las partes», siendo esta última «la que parece prevalecer en las sentencias de la Corte Suprema, especialmente en la importante sentencia de 19 de enero de 2010»<sup>555</sup>.

[163] En cuanto al *error en las cualidades accidentales*, «no parece haber llamado la atención de la Corte Suprema ni de la doctrina»<sup>556</sup>.

[164] Y sobre el *error en la persona* (art. 1455 CCCh<sup>557</sup>), la cuestión principal es «qué aspectos o circunstancias de la persona son los que determinan que una ignorancia o falso concepto de ellos asigne trascendencia anulatoria al error» y al respecto, «Luis Claro Solar ha señalado que no se limita a su identidad, sino que puede extenderse a otras cualidades que resulten determinantes según el acto o negocio del cual se trate»<sup>558</sup>.

[165] Por último, sobre la excusabilidad del error como posible requisito del «error con trascendencia anulatoria» en el Derecho chileno, «[I]a respuesta es que, en general no»<sup>559</sup>, y un análisis de «las decisiones de la Corte Suprema respecto del error no permite advertir decisiones en las que la discusión acerca de la inexcusabilidad haya sido determinante del contenido del fallo. [...], el requisito es escasamente advertido por la doctrina y, en

<sup>553</sup> Artículo 1454 CCCh: «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 un barra de plata, y realmente es un 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».

<sup>554</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310.

<sup>555</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 310, v. además p. 311; en nota 46 (pp. 310-311) se ofrece extensa información.

<sup>556</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

<sup>557</sup> Artículo 1455 CCCh: «El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato./ Pero en este caso 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».

<sup>558</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

<sup>559</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312.

ocasiones, se ha negado que tenga la calidad de requisito del error invalidante»<sup>560</sup>.

## 6.2.5 EL INFORME DE PARAGUAY

[166] El error es «una *falsa representación de la realidad, u opinión no correspondiente con la realidad*» (cursiva del original)<sup>561</sup>. Los artículos 285 a 289 CCP lo regulan<sup>562</sup>.

[167] Según el artículo 285 CCP, «[l]a ignorancia de las leyes o el error de derecho no impedirá el efecto de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los ilícitos». El principio de la *inexcusabilidad del error de derecho* del artículo 285 CCP lo *atempere* el artículo 8 CCP, al disponer que «[l]a ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, salvo que la excepción esté prevista por la ley»<sup>563</sup>. *Ahora bien*, «si bien el error de derecho no puede invocarse para eludir el cumplimiento de una norma jurídica, *autores modernos se cuestionan si rige tal principio tratándose sólo de actos jurídicos*» (cursiva mía); en ellos, «*da igual* que los agentes se equivoquen sobre alguna circunstancia *de hecho o de derecho*. *En ambos casos, si el error ha sido el móvil determinante para la celebración del acto*, éste carece de “causa” y, por tanto, sería, sin distinciones, inválido» (cursiva mía)<sup>564</sup>. Y, para admitir eso, ha de *desconectarse* «el principio de la inexcusabilidad del error de derecho en los actos con el de la obligatoriedad de la ley»<sup>565</sup>. *Sin embargo, otro «sector significativo de la doctrina, inspirado en una opinión antigua en ese sentido», conecta los principios «de la obligatoriedad de las leyes y de la inexcusabilidad del error de derecho en los actos jurídicos», y sostiene «que la invalidación de los actos por error de derecho no podrá concebirse desde ningún*

<sup>560</sup> BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES (2012) p. 312. V. DE LA MAZA GAZMURI (2014) pp. 297-304.

<sup>561</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 417.

<sup>562</sup> En el Libro II «De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones», Título I «De los hechos y actos jurídicos», Capítulo I «De los hechos en general», Sección II «Del error».

<sup>563</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 417-418; «La disposición [del art. 8.º] es clara: sólo cuando la ley lo disponga, de forma expresa, y en las circunstancias previstas en ella, podrá admitirse que la ignorancia o el error relativo a una disposición legal sirva de excusa a su cumplimiento. En todos los demás casos en que no exista una excepción prevista, la leyes, por principio general, son obligatorias, no pudiendo alegarse su desconocimiento para susstraerse a sus mandatos» (*op. cit.*, p. 418).

<sup>564</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 418.

<sup>565</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 418.

punto de vista, pues ello importaría una derogación del principio de la obligatoriedad de las normas jurídicas» (cursiva mía)<sup>566</sup>.

Por su parte, los autores del informe –Dos Santos Melgarejo/Ángulo Sarubbi/Breuer Planas/Godoy Duria/Moreno Rodríguez/Rodríguez González– consideran que «[p]oco importa si he sido impulsado a celebrar un acto por error de hecho o de derecho; ése ha sido el móvil determinante, y como tal, por mediar la equivocación, el acto debe ser invalidado de manera inexorable. Sin embargo, si invoco el error de derecho *no ya* como causa determinante de mi voluntad, *sino para* sustraerme de las consecuencias perjudiciales del acto, entonces sí estoy afectando el principio de la obligatoriedad de las leyes, desde que, invocando su ignorancia, intento eludir sus mandato» (cursiva mía)<sup>567</sup>. Por ello, dichos autores distinguen entre el error de derecho «que incide en la formación de la voluntad» y puede dar lugar a la invalidez del acto, y «el error que versa sobre las consecuencias legales del acto» que no da lugar a la invalidez<sup>568</sup>. Entienden, que el «no impedirá el efecto de los actos lícitos» del artículo 285 CCP admite implícitamente aquella distinción<sup>569</sup>.

[168] Para ser causa de invalidez del acto, el error ha de ser esencial y excusable<sup>570</sup>.

[169] Según el artículo 289.I, primera regla, CCP, «[e]l error no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá ser alegado cuando procediere de negligencia imputable»<sup>571</sup>.

<sup>566</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 418-419.

<sup>567</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419

<sup>568</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419; «Así, por ejemplo, si el tocador [*sic*: locador] renueva el contrato de locación porque creía que la ley le obligaba a renovar la locación vencida con el locatario, este error autorizaría la anulación del acto. No así la equivocación de quien vendió una cosa ignorando que la ley impone al vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos del objeto enajenado» (*op. cit.*, p. 419).

<sup>569</sup> El texto continúa: «tal cual se reconoce con su similar artículo argentino, objeto de profundos estudios en este sentido por Alberto Spota, Eduardo Busso, José López Olaciregui y Roberto Brebbia. La solución la había insinuado ya Baldomero Llerena, uno de los primeros comentaristas del Código argentino, y la avalaría también la parte final de la nota al art. 923, donde se encuentra la opinión del jurista Joseph Adrien Rogrón, citado por Dalmacio Vélez. Los Anteproyectos de Juan Antonio Bibiloni, de 1936 y de 1954 son expresos en este sentido./ *Los fundamentos son sólidos, y serían extensivos al Derecho paraguayo*» (cursiva mía, excepto la de Código; DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 419). Para el artículo 923 CCA, *supra* [146] y nota 504.

<sup>570</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 420.

<sup>571</sup> a) Según DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, para ese “razón para errar”, «o sea, cuando el agente ha puesto de sí todas las diligencias justificables, dadas las

Para fijar la excusabilidad/inexcusabilidad del error, opera el principio general de la culpa, y el agente ha de «observar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar» (art. 421 CCP<sup>572</sup>)<sup>573</sup>.

[170] «Solo el error esencial autoriza la invalidación del acto», y es el que «recae sobre las *circunstancias determinantes para la celebración del acto*; en tanto que el *error accidental* [recae] sobre *situaciones simplemente accesorias que no fueron tenidas en mira como móviles fundamentales para la conclusión del negocio*» (cursiva del original)<sup>574</sup>. El Código civil no da un concepto de error esencial, sino que su artículo 286 enumera errores esenciales (sobre la naturaleza del acto, sobre la persona, sobre la causa principal, sobre el objeto, y sobre cualquier circunstancia que de buena fe

condiciones y circunstancias en que fue llevado a cabo el acto»; y esa «“negligencia culpable” [sic; imputable]» se refieren «a que el error no es invocable cuando sea imputable la culpa al errante, es decir, cuando su equivocación sea de una magnitud tal que supere el nivel medio de tolerancia» [(2012) p. 420].

b) El artículo 289 CCP continúa: «En este caso, quien fundado en su propio error invocare la nulidad del acto para sustraerse a sus efectos, deberá indemnizar a la otra parte el daño que ha sufrido, siempre que ella no lo hubiere conocido o debido conocerlo./ No será admitido este resarcimiento en las disposiciones de última voluntad». Sobre esto se indica que es «una innovación que merece ser destacada en especial» y que «consagra la “culpa in contrahendo”, lo que implica que, quien pretenda la anulación por mediar error, deberá resarcir a la otra parte por los perjuicios que ello le pudo haber ocasionado, siempre y cuando, a su vez, ésta no haya procedido con dolo o culpa –o sea, que no hubiera conocido o debido conocer la causal de la equivocación–; a esto último se refiere la doctrina como el principio de la reconocibilidad del error./ La solución del *Código* se inspira en la doctrina ya sentada en el siglo pasado por el romanista Rudolf von Ihering, [...] Si bien el *Código* exige la reconocibilidad del error por parte del destinatario de la declaración para que sea procedente la indemnización de daños, no debe entenderse que siga en este sentido la preceptiva del *Código* italiano que, es cierto, admite la invalidación del acto cuando el error ha sido reconocible por el destinatario, pero nada prevé en relación con relación al emisor de la declaración errada, quien incluso puede incurrir en negligencia sin que, a su vez, reciba sanción a este respecto./ El *Código* paraguayo armoniza la posición de ambas partes –declarante y destinatario– exigiendo que tanto una como otra ponga la diligencia debida, al punto que si el equivocado obró con negligencia, no podrá invalidar el acto, en tanto que si hizo lo propio el destinatario, se le sancionará privándole de cualquier indemnización que le pudiera corresponder por los daños causados por motivo de la invalidación» (cursivas del original; *op. cit.*, pp. 421-422).

<sup>572</sup> Artículo 421 CCP: «El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación./ Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano».

<sup>573</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 420; «deberán atenderse: las condiciones personales del errante, su intelecto, sus aptitudes, su grado de cultura, su medio ambiente físico y social, las circunstancias de tiempo, la mayor o menor premura en su obrar, etcétera» (*op. cit.*, p. 420).

<sup>574</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 422.

consideró el agente como elemento necesario para la celebración<sup>575)</sup><sup>576</sup>.

El error esencial «tiene su *base objetiva* en la buena fe, la cual exige, como imperativo, la protección del destinatario de la declaración» y «[p]or ello, las circunstancias deben apreciarse razonablemente, sin sujetarse a caprichos o deseos personales del errante»<sup>577</sup>. Según el artículo 288 CCP, «[l]a parte que ha sufrido error no puede prevalerse de él contra las reglas de la buena fe./ Estará obligado a ejecutar la prestación a que entendió comprometerse siempre que la otra parte se allanare al cumplimiento»<sup>578</sup>.

[171] Por último, el artículo 286 *in fine* CCP incluye el error *en la transmisión inexacta de la voluntad*; «por ejemplo, por haberse transcrito de forma equivocada la declaración en un telegrama colacionado, o por descuidos en la instrumentación del contrato, que como tal se aparta de las declaraciones de voluntad»<sup>579</sup>. Dicho artículo 286 CCP aclara expresamente «que regirán los principios del error, es decir, el acto al igual que en los demás supuestos, *será anulable; no nulo ni, mucho menos, inexistente*» (cursiva mía)<sup>580</sup>.

<sup>575</sup> Artículo 286 CCP: «No será válida la declaración de voluntad cuando el error recayere sobre algunos de los puntos siguientes:/ a) la naturaleza del acto;/ b) la persona con quien se formó la relación jurídica, o a la cual ella se refiere;/ c) la causa principal del acto, o la cualidad que verosímilmente se tuvo en mira como esencial, según la práctica de los negocios;/ d) el objeto, en el caso de haberse indicado un bien diverso o de distinta especie, o diferente cantidad, extensión o suma, u otro hecho que no sea aquél que se quiso designar; y/ e) cualquier otra circunstancia que, de buena fe, pudo considerar el agente como elemento necesario del acto celebrado./ Estas mismas reglas serán aplicables al caso de haberse transmitido con inexactitud la declaración de voluntad». Según el artículo 287 CCP: «No invalida el acto el error sobre cualidades de la cosa no comprendidas en el inciso d) del artículo precedente, aunque hubiese sido motivo determinante del acto, a no ser que mediare garantía expresa, o que el agente se hubiese decidido por dolo, o que tales estamentos revistiesen el carácter de una condición».

<sup>576</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) pp. 422-423.

<sup>577</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 423; «En suma, debe mediar una base objetiva para la valoración del hecho errado» (*op. cit.*, p. 423).

<sup>578</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: «así, por ejemplo, si una de las partes creyó que se fijó el precio de un contrato en dólares, en tanto que lo fue en guaraníes, no puede oponerse a que la deuda se liquide en guaraníes si la otra parte así lo consiente, pues la buena fe así lo impone» [(2012) p. 423].

<sup>579</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 423; para el artículo 286 *in fine* CCP, *supra* nota 575.

<sup>580</sup> DOS SANTOS MELGAREJO/ÁNGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2012) p. 424.

## 6.2.6 EL INFORME DE URUGUAY

[172] Según el artículo 1269 CCU, el consentimiento no es válido, si se dio por error<sup>581</sup>. Los artículos 1270 y 1271 CCU regulan el error<sup>582</sup>.

[173] Dos errores «no configuran [un] vicio del consentimiento»<sup>583</sup>. *Uno es el error de derecho* —«la norma se entiende en sentido equivocado»— o *su ignorancia* (art. 1270. I CCU)<sup>584</sup>, el cual «se coordina con la [regla] prevista en el artículo 2 [...] [CCU], según la cual, la ignorancia de la ley no sirve de excusa»<sup>585</sup>. El *otro es el error material de aritmética* que solo da lugar a su reparación (art. 1270. II CCU)<sup>586</sup>, si bien se admite «como vicio del consentimiento si la cantidad es considerada la cualidad principal de la prestación. Ello se debe a que, [...], la regla general [es que] vicia el consentimiento el error sobre la cualidad principal de la prestación»<sup>587</sup>.

[174] *En cuanto a los supuestos de error vicio del consentimiento* (error de hecho), el error «debe producirse *sobre la cualidad esencial* de la prestación debida», según lo dispuesto en el artículo 1271.3.º CCU —«cuando la substancia o la cualidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree [...]»—; y «[e]l error *sobre una cualidad accesoria* de la prestación *sólo* vicia el consentimiento *si* fue el motivo principal para contratar y ello fue conocido por la otra parte» (cursivas mías; art. 1271 *in fine* CCU)<sup>588</sup>. El *error en la persona* —a diferencia de lo que sucede en el matrimonio y en la tradición— «no vicia el consentimiento del contrato»<sup>589</sup>. Sin embargo, «[s]e admite el error en la persona como vicio del

<sup>581</sup> Artículo 1269 CCU: «El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo».

<sup>582</sup> En el Libro IV «De las obligaciones», Título I «De las causas eficientes de las obligaciones», Capítulo I «De los contratos en general», Sección II «De los requisitos esenciales para la validez del contrato».

<sup>583</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 506.

<sup>584</sup> Artículo 1270.I CCU: «La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato».

<sup>585</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 506; artículo 2 CCU: «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa».

<sup>586</sup> Artículo 1270.II CCU: «El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación».

<sup>587</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507, v. p. 506.

<sup>588</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; Artículo 1271 CCU: «El error de hecho es causa de nulidad del contrato:/ [...]3.º Cuando la substancia o la cualidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es un barra de algún otro metal semejante./ El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el contrato, sino cuando esa calidad es el principal motivo de uno de los contrayentes para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte»; para el resto del artículo *infra* nota 596.

<sup>589</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

consentimiento si la cualidad esencial de la prestación está configurada por las condiciones personales del prestador (contratos *intuitu personae*)»<sup>590</sup>.

Por último, «[e]l error vicio del consentimiento es utilizado escasamente como causa de nulidad del contrato»; «se dan muy pocos fallos judiciales que [se] refieran a dicho supuesto»<sup>591</sup>.

[175] *Sobre la cuestión de la unilateralidad del error*, en el informe se indica que antiguamente se exigía que el error fuera bilateral («de ambas partes»), pero hoy ello se ha abandonado; la doctrina y la jurisprudencia «sostienen que el error es unilateral: basta que una de las partes incurra en error sobre la cualidad esencial de la prestación para que el consentimiento quede viciado»<sup>592</sup>. Tampoco ha de ser bilateral el error «en una cualidad accesoria o secundaria para que vicie el consentimiento»<sup>593</sup>. El artículo 1271 *in fine* CCU «no exige que ambas partes incurran en error, sino que conozcan que una cualidad no esencial es motivo determinante para contratar»<sup>594</sup>.

[176] El Código civil no dispone expresamente el requisito de la *excusabilidad* del error, pero «la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostienen que, para poder pretender la nulidad por error en el consentimiento, es necesario haber actuado con la diligencia del buen padre de familia. Es decir, no caer en error por actuar con culpa. El error padecido por la actuación negligente no vicia el consentimiento»<sup>595</sup>.

[177] *El error como obstáculo a la formación del consentimiento*, «[e]l error sobre el tipo de contrato y la identidad de la cosa no son considerados como vicios del consentimiento, sino como

---

<sup>590</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; «Esta postura se basa en el art. 1849 del CC, según el cual, si se ha encargado una obra a una persona por sus cualidades particulares personales, si ésta fallece, el contrato se extingue y las obligaciones no se transmiten a sus herederos» (*op. cit.*, p. 507). Artículo 1849 CCU: «Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra./ Sin embargo, éste debe abonar a los herederos a proporción del precio convenido el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio./ Lo mismo será, si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad».

<sup>591</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

<sup>592</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

<sup>593</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507.

<sup>594</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 507; para el artículo 1271 *in fine* CCU, *supra*, nota 588.

<sup>595</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 508; el informe indica inexcusabilidad, no excusabilidad.

circunstancias que impiden la formación del consentimiento y se la denomina “error obstáculo” (art. 1271 N.º 1 y 2 del CC)<sup>596</sup>»<sup>597</sup>.

### 6.2.7 EL INFORME DE VENEZUELA

[178] Según el artículo 1146 CCV, si el consentimiento se dio por error (excusable), quien erró puede pedir la nulidad del contrato<sup>598</sup>. Los artículos 1147 a 1149 CCV regulan el error.

[179] En el informe se indica, que «[e]n la actualidad la doctrina asimila en sus efectos el *error obstáculo*, es decir, aquél que es de tal entidad que impide la formación del consentimiento y que conlleva la inexistencia del contrato, al *error vicio*, es decir, aquél que consiste en una falsa apreciación sobre una circunstancia de hecho o de derecho que las partes han considerado como motivo esencial o determinante para contratar, lo cual comprende tanto al error de hecho como al error de derecho» (cursiva del original)<sup>599</sup>.

[180] Para su relevancia, el error requiere de varios requisitos. *Primero*, ha de haber sido «espontáneo, de lo contrario, si el error es inducido por la otra parte contratante o por un tercero se podría configurar el vicio de dolo y no el [de] error»<sup>600</sup>. *Segundo*, debe ser excusable (art. 1146 CCV<sup>601</sup>); y lo es, cuando quien erró «no incurra en culpa grave o dolo. La culpa debe apreciarse tomando en cuenta las especiales condiciones de quien yerra, es decir, mediante el método de apreciación in concreto»<sup>602</sup>. Y *tercero*, ha de recaer «sobre circunstancias que las partes consideraron esenciales a la hora de contratar», y son las «que constituyen los motivos principales y determinantes de la voluntad de quien contrata, de manera

<sup>596</sup> Artículo 1271 CCU: «El error de hecho es causa de nulidad del contrato:/ 1.º Cuando recae sobre la especie de contrato que se celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación./ 2.º Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en la venta el vendedor entendiere vender cierta cosa determinada y el comprador entendiera que compra otra./ 3.º [...]»; para el resto del artículo, *supra* nota 588.

<sup>597</sup> DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA (2012) p. 508; «[e]n dichos supuestos, el consentimiento no se forma y el contrato no llega a perfeccionarse. La declaración de voluntad que emite la parte que comete el error no coincide con la declaración de voluntad de la otra parte y, como consecuencia, no se produce el acuerdo que conforma el consentimiento» (*op. cit.*, p. 508); para los errores obstáculos *la mayoría de la doctrina* defiende la *nulidad absoluta* «por falta de uno de sus elementos: el consentimiento», pero *otros* entienden que hay «*inexistencia del contrato*, pues ésta se da cuando falta alguno de los elementos estructurales de éste» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 508).

<sup>598</sup> Artículo 1146 CCV: «Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato».

<sup>599</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

<sup>600</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

<sup>601</sup> *Supra* nota 598.

<sup>602</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

que si hubiera conocido la realidad no hubiera prestado su consentimiento»<sup>603</sup>. La esencialidad se determina no solo por «las consideraciones expresadas por las partes sino, también, [...], por aquéllas que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato» (art. 1148 CCV)<sup>604</sup>. Esas «circunstancias esenciales o determinantes pueden recaer sobre un aspecto de hecho, tales como el objeto de la prestación, la prestación misma, la causa de la obligación, la causa del contrato y la identidad o cualidades de la persona con quien se ha contratado o cualquier otra circunstancia que las partes consideren esencial al contrato, siempre que, [...], dichos elementos o circunstancias de hecho sean la causa única o principal del contrato» (art. 1148 CCV)<sup>605</sup>.

[181] *Se admite el error de derecho* (art. 1147 CCV<sup>606</sup>). Este «consiste en una opinión inexacta sobre el alcance, existencia y consecuencias de una norma jurídica que fue la causa principal de ese contrato»<sup>607</sup>. Su admisión «no constituye una excepción al principio según el cual la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento [*sic*; cumplimiento]» (art. 2 CCV<sup>608</sup>), pues «[l]as normas objeto del error siguen siendo obligatorias, pero» al no formarse la voluntad «de manera libre y consciente, sino» por «una falsa apreciación de la realidad, no es una voluntad suficiente para crear un vínculo de Derecho válido»<sup>609</sup>.

[182] *Se admite el error «unilateral o común a ambas partes»* (cursiva mía)<sup>610</sup>, lo que se extrae del artículo 1149.I CCV, que ordena, a quien solicita la anulación del contrato por su error, que repare a la otra parte los perjuicios derivados de la invalidez, «siempre que provenga de su propia falta y la otra parte no lo haya conocido, o no ha [*sic*; haya] podido conocerlo. De manera que si la otra parte incurrió en el error, lo conocía o ha podido conocerlo a pesar de la falta del otro contratante, no tiene derecho a indemnización

<sup>603</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 585.

<sup>604</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 585-586. Artículo 1148 CCV: «El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato./ Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o estas cualidades han sido la causa única o principal del contrato».

<sup>605</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586. V. la nota inmediatamente anterior.

<sup>606</sup> Artículo 1147 CCV: «El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal».

<sup>607</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586

<sup>608</sup> Artículo 2 CCV: «La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento».

<sup>609</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

<sup>610</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

alguna»<sup>611</sup>. El artículo 1149.II CCV permite, a la parte que no incurrió en error, impedir la nulidad (relativa), ofreciendo ejecutar el contrato y subsanarlo si ello no implica perjuicio al que erró<sup>612</sup>.

[183] *No se admite «que por simples motivos no exteriorizados una parte pueda anular el contrato»* (cursiva mía)<sup>613</sup>.

[184] Por último, «[n]o es frecuente [...] que se solicite la nulidad del contrato por error», siendo mayor el porcentaje de acciones para hacer valer los remedios por falta de conformidad en el cumplimiento del contrato, «es decir, la ejecución forzosa en especie o por equivalente, la resolución del contrato o excepción de cumplimiento del contrato»<sup>614</sup>.

### 6.3 La presentación general del error de los PLDC, las influencias recibidas en su regulación, y la adopción de una regulación moderna del error

[185] El error es un *vicio del contrato* (art. 27 PLDC)<sup>615</sup> que los artículos 28 a 31 PLDC regulan.

Artículo 27 PLDC: «Ámbito de aplicación [cursiva, negrita en el original]

Esta sección de los Principios se ocupa de los vicios del contrato por error, dolo, intimidación y excesiva desproporción».

Artículo 28 PLDC: «*El error* [cursiva, negrita en el original]

El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos».

<sup>611</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586; más adelante se indica que «[e]l error excusable sobre un elemento esencial y reconocible por la otra vicia el contrato de nulidad relativa, comprometiendo la responsabilidad extracontractual de aquélla que la invoca si el error se debe a su falta, salvo que sea común» (*op. cit.*, p. 586). Según el artículo 1149.I CCV: «La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato, está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo».

<sup>612</sup> Artículo 1149.II CCV: «No procederá la nulidad por error, si antes de deducirse la acción o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante». ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

<sup>613</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) p. 586.

<sup>614</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ (2012) pp. 586-587.

<sup>615</sup> En su crónica del Congreso celebrado en el *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford* (2015) [*supra* [105] b)] GREGORACI FERNÁNDEZ informa que John Cartwright «dividió su ponencia en cuatro puntos: (1) ¿qué es defectuoso: el consentimiento, la declaración de voluntad o el contrato?; (2) [...]» [ADC (2015) núm. 7.1, p. 1088]. MORALES MORENO refiere la expresión vicios del contrato al artículo 1300 CC [(1988) p. 68, p. 85].

Artículo 29 PLDC: «*Causales del error* [cursiva, negrita en el original]

(1) El error vicia el contrato:

(a) Cuando es provocado por información suministrada por la otra parte.

(b) Cuando la otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.

(c) Cuando ambas partes han padecido el mismo error.

(2) En estos casos hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió ser asumido por quien lo padece».

Artículo 30 PLDC: «*Impedimento para alegar el error* [cursiva, negrita en el original]

La parte que incurre en error no puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo»<sup>616</sup>.

Artículo 31 PLDC: «*Error en la declaración o en la transmisión* [cursiva, negrita en el original]

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión».

[186] De La Maza Gazmuri ha destacado –de modo preciso y sintético– la *influencia* que los *Principios UNIDROIT* y los PECL han ejercido en la regulación del error de los PLDC<sup>617</sup>. Lo hace como sigue.

<sup>616</sup> A propósito del artículo 30 PLDC:

a) DE LA MAZA GAZMURI indica que es «una norma existente en los PECL [*infra* [186]] y en el reciente Código Civil argentino [art. 269: *supra* [147]] y cuya racionalidad resulta difícilmente discutible. Un error involucra un conflicto de intereses, el de quien lo padeció –que desea liberarse del contrato– y el de su contraparte –que desea mantenerse en el contrato. Lo que sucede aquí es que la contraparte decide asumir el contrato como si no hubiera existido el error. De esta manera, por ejemplo, si el error consistió en que, determinado por la información que le dio el vendedor, el comprador solicita máquinas cuya potencia es inferior a la anunciada, no podrá anular el contrato si el vendedor le ofrece entregarle máquinas que, efectivamente, tengan la potencia avisada./ Como ha de resultar evidente, la principal limitación de esta regla es empírica: ha de ser posible ejecutar el contrato con las modalidades y el contenido que lo entendió el *errans*» [(2015) pp. 798-799; v. la nota siguiente].

b) Además del antes mentado artículo 269 CCCA, disponen una solución similar los artículos 1149.II CCV (*supra* [182] y nota 612) y 3.4.5 *Principios OHADAC* (*supra* nota 233). Según el «Comentario 1 del artículo 3.4.5 *Principios OHADAC*», «[s]on pocos los códigos en el Caribe en los que se vislumbra una regla de este tipo. No obstante, una norma inspirada en este mismo criterio se contiene en el art. 1149.2.º CC venezolano» [*Principios OHADAC* (2015) p. 162; v. hasta p. 163].

<sup>617</sup> DE LA MAZA GAZMURI publicó el artículo de revista «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos» (2015) pp. 789-799, el cual no incluye «la disciplina de las consecuencias del error» (*op. cit.*, p. 789). Dicho trabajo *no es, formalmente, el comentario oficial del error de los PLDC, pero por su formato y autoría* –es uno

«Al considerar los cuatro preceptos [de los PLDC sobre el error] resulta sencillo detectar la influencia que sobre ellos, en general, ejercieron tanto los PCCI [*Principios UNIDROIT*] como los PECL. Por lo pronto, el primero de los tres preceptos [art. 28 PLDC] condensa los artículos 3.2.1 y 3.2.2(1) de los PCCI, aunque al definir el error no incluye una cuestión relevante apuntada por el Art. 3.2.1 PCCI y es que, en el lenguaje de ese precepto, la asunción errónea de la realidad o del derecho debe haberse presentado al momento del perfeccionamiento del contrato.

Por lo que toca al segundo precepto [art. 29 PLDC], se trata de una adaptación del Art. 4:103 PECL y 3.2.2 PCCI y, en general, mantiene, por así decirlo, el tono de ambos preceptos. No obstante esto existen un par de diferencias. Tratándose de los PCCI, se omite el requisito de que la contraparte no haya actuado motivada por la confianza que le indujo la declaración del *errans* (Art. 3.2.2(1)(b) PCCI). En lo que se refiere a los PECL, se omite considerar como requisito para que el error compartido pueda viciar el consentimiento el hecho de que la contraparte haya conocido la importancia que tenía para el *errans* aquello sobre lo que se equivocó (Art. 4:103(1)(b) PECL).

En lo que se refiere al tercer precepto [art. 30 PLDC], su fuente corresponde al Art. 4:105 (1) PECL, y al artículo 269 del nuevo Código civil argentino, cuyo texto es el siguiente<sup>618</sup>:

[...].

Finalmente, el último de los preceptos [art. 31 PLDC] corresponde con bastante precisión a los artículos 3.2.3 PCCI y 4:104 PECL»<sup>619</sup>.

[187] Finalmente, sobre si, *en el error*, los PLDC acogen una regulación *tradicional u otra moderna*, comparando con las paralelas regulaciones de los Derechos argentino, brasileño, colombiano, chileno, paraguayo, uruguayo y venezolano según los expuestos informes nacionales (*supra* [146] ss.), puede afirmarse que acogen la regulación moderna. Según De La Maza Gazmuri, «[c]omo probablemente suceda, en mayor o menor medida, con cualquier proyecto de armonización del derecho de contratos, en los PLDC [*sic*; PLDC] late una tensión entre fijación del derecho existente y un intento de superación del derecho vigente. / *Tratándose de la disciplina del error, al menos si se compara con los códigos más antiguos como el chileno y el colombiano, la balanza se inclina hacia la superación. En la regulación del error en los PLDC se supera la idea del error como vicio del consentimiento y se reemplaza por la de una técnica más compleja –por la pluralidad de intereses que*

de los promotores de los PLDC, y especialista en el error; *supra* [105]– *lo utilizo como tal*. Y es autor de la importante monografía *Los límites del deber precontractual de información* (2010).

<sup>618</sup> Para el artículo 269 CCCA *supra* [147]; v. también *supra* nota 616.

<sup>619</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 792.

*intenta conciliar– de distribución del riesgo de la información defectuosa»* (cursiva mía)<sup>620</sup>.

[188] Por su parte, Morales Moreno y en su crónica de las Jornadas sobre los PLDC celebradas en Santiago de Chile y en Valparaíso (2013) [*supra* [105] a)], destacó que, en ellas, se puso de manifiesto la existencia de una *concepción formal* de los vicios del consentimiento, y de otra *funcional*<sup>621</sup>. La *concepción formal* resalta la existencia del defecto de voluntad y justifica la aplicación del régimen de ineficacia de la nulidad relativa; es la concepción reflejada en los Códigos civiles decimonónicos<sup>622</sup>. La concepción *funcional* se centra más bien en el efecto que el vicio del consentimiento produce en el contrato, en su organización de intereses, y reconoce diversos remedios como la anulación del contrato, la indemnización de los daños y la adaptación del contrato<sup>623</sup>. «*Los PLDC reflejan, en buena medida, una idea funcional de los vicios del consentimiento»* (cursiva mía)<sup>624</sup>.

#### 6.4 Excurso sobre las diferentes dimensiones del error según Morales Moreno. Algunos intentos de revisión de la dogmática del error en Alemania

[189] Conectando con lo anterior (en [187] y [188]), conviene que me detenga en las dimensiones del error y su valoración, según Morales Moreno<sup>625</sup>. Son:

a) *Una* (posible y primera) dimensión del error es considerarlo *un vicio de la voluntad*. Aquí se percibe *el fenómeno psicológico de que alguien se ha equivocado, teniendo en cuenta que el contra-*

<sup>620</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 789. Al concluir su trabajo, el autor vuelve a resaltar la idea de la innovación en la regulación del error de los PLDC: «Al disciplinar el error, los PLDC se alejan del modo codificado –al menos del decimonónico– tanto en la pregunta respecto de la subsunción como respecto de aquella sobre la imputación. Respecto de la primera, el campo operativo del error se ensancha, incorporando el error de derecho y el error en la declaración por una parte y, por otra, reemplazando una tipificación derivada de las fuentes romanas (error, esencial, sustancial, accidental, en la persona) por una con un contenido mucho más pragmático (relevancia para una persona razonable). Respecto de la segunda pregunta, en general, el error será imputado a quien lo padece, privilegiando de esta manera –y salvo que exista una buena razón en contra– la seguridad del tráfico jurídico por sobre la tutela de la autonomía de la voluntad» (*op. cit.*, p. 799).

<sup>621</sup> MORALES MORENO, ADC (2014) núm. 8, p. 232.

<sup>622</sup> MORALES MORENO, ADC (2014) núm. 8, p. 232; añade que esa concepción formal no existía «en Derecho romano; es una elaboración iusnaturalista, que al construir el moderno concepto de contrato fundado en la voluntad, considera al vicio de la voluntad como un defecto que la invalida. En Derecho romano, [...] el error tiene un ámbito de aplicación muy restringido» (*op. cit.*, núm. 8, p. 232).

<sup>623</sup> MORALES MORENO, ADC (2014) núm. 8, p. 232.

<sup>624</sup> MORALES MORENO, ADC (2014) núm. 10, p. 232.

<sup>625</sup> En su conocida obra *El error en los contratos* (1988); lo recuerda, por ejemplo y sintéticamente, en «De nuevo sobre el error», AAMN (2015) pp. 718-720.

to se funda en la voluntad<sup>626</sup>. Morales Moreno advierte, que «[e]n la realidad *es muy raro* encontrar un sistema jurídico en el que los problemas que plantea el error se resuelvan con criterios *exclusivamente* psicológicos. Lo *más frecuente* es que se produzca un *cierto distanciamiento* de tales criterios. Por eso, *presentar al error como un vicio de la voluntad es una idea que en la práctica resulta bastante ficticia*» (cursiva mía)<sup>627</sup>.

b) Otra (posible y segunda) dimensión del error es la de *lesión*. Según Morales Moreno, «[e]n Derecho, *más que la idea formal de que el error es un vicio de la voluntad, lo que importa resaltar son las consecuencias prácticas que del mismo se derivan*. De ellas, la más significativa es la alteración de la organización contractual de intereses. El error produce, para alguno de los contratantes, la insatisfacción de su interés (basado en el contrato). Pero además, en muchos casos, el error provoca una organización de intereses lesiva desde el punto de vista económico: transforma al contrato en un contrato lesivo, porque rompe la equivalencia que para él habían establecido las partes (equivalencia subjetiva)» (cursiva mía)<sup>628</sup>.

En su opinión, «que el error haya provocado lesión puede ser un elemento útil para descubrirlo y tratarlo jurídicamente. *Pero no puede inferirse de ahí que la existencia de lesión, debida a error, deba ser siempre corregida. Depende del funcionamiento del error*. En ese funcionamiento incide *otra dimensión del error [...]: el error como riesgo que se ha de repartir, de un modo justo, entre los contratantes*»<sup>629</sup>.

Y c) la *tercera* (posible) dimensión del error –apuntada al terminar la anterior letra b)– considera al error como «un problema relacionado con el reparto (un justo reparto) de ciertos riesgos de la contratación»<sup>630</sup>. Morales Moreno es partidario de ella: «[e]l error

<sup>626</sup> MORALES MORENO (1988) p. 67.

<sup>627</sup> MORALES MORENO (1988) p. 69. El autor explica cómo algunos sistemas jurídicos se han apartado –*desviado*– del enfoque *exclusivo* del error como un vicio de la voluntad (su sistema jurídico no coincide completamente con el error psicológico, al establecer *límites* para la alegación jurídica del error); expone los Derechos francés (pp. 69-72), alemán (pp. 72-73), suizo (pp. 73-74), austríaco e italiano (pp. 74-75).

<sup>628</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 79-80, v. hasta p. 81; también p. 67. Ahora bien, precisa que «[h]ay errores que provocan lesión [objetiva], en el sentido indicado. *Otros no. El error no puede conectarse, necesariamente, con la lesión, por más que en muchos casos se produzca esa conexión.* A veces, el error se refiere a cualidades del objeto cuya ausencia o alteración no implica un menor valor del mismo. Por ejemplo: el comprador adquiere un cuadro de un determinado valor, porque es coleccionista de las obras de ese pintor. Si el cuadro no pertenece a ese pintor, sino a otro igualmente famoso, puede haber error, pero quizá no haya lesión, si ello no supone una diferencia de valor» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 83).

<sup>629</sup> MORALES MORENO (1988) p. 81.

<sup>630</sup> MORALES MORENO (1988) p. 68; pues al Derecho le interesa saber por qué se ha producido el error (por la influencia ajena, en particular del otro contratante; por la negli-

así se nos ofrece como un posible riesgo *que afecta a la organización de intereses del contrato. Es el riesgo de una defectuosa información. Las soluciones jurídicas al problema del error, sean estas cuales fueren y seamos conscientes o no de ello, constituyen un sistema de distribución entre los contratantes de ese riesgo*. Este sistema puede ser más justo o menos justo, si se valora con criterios ético-jurídicos. Más eficiente o menos eficiente, si se mide con criterios económicos» (cursivas mías)<sup>631</sup>. El autor añade, que «[l]os criterios tradicionales de tratamiento del error han adolecido fundamentalmente de un defectuoso planteamiento. No han observado el problema en su conjunto, para *desde esa visión global promover una justa ordenación*. Se han situado, más bien, en otro plano: el del problema que el error padecido representa para un contratante. Y desde ese plano se ha dado solución, admitiendo o negando a ese contratante la protección por “su” error./ *El problema del error en un contrato oneroso no puede ser contemplado como el problema de un contratante (de la protección que pueda merecer el mismo por su error), sino de un modo distinto: como problema de una justa (o conveniente) distribución, entre los contratantes, del riesgo que implica el error. Lo más coherente con este nuevo planteamiento es operar con unos criterios de distribución de ese riesgo*» (cursiva mía)<sup>632</sup>. Morales Moreno, que ve ven-

gencia del que erró; o se trata de un acontecimiento difícil de prever y evitar en las circunstancias del caso (op. cit., p. 67). El autor explica, que «[c]uando se plantea el problema del error como un problema de reparto de riesgo, *hay que tomar en consideración*, no sólo el interés del sujeto que lo ha padecido, sino *el conjunto de los intereses presentes en el problema. Esa consideración global permite hacer una valoración comparativa de los mismos, en función de ciertos elementos, como paso previo a la determinación de los criterios de reparto de riesgo*» (op. cit., p. 99). Y están: a) *el interés del contratante que erró*, que «*tiende a evitar la incidencia lesiva que en la relación contractual ha provocado el error*», lo que puede satisfacerse mediante la desvinculación del contrato (anulación), mediante su transformación, haciendo que el contrato deje de ser lesivo; b) *el interés del otro contratante que no padeció el error*, consistente en mantener el contrato; dicho interés se justifica «*en la propia dinámica de las relaciones jurídicas*»; también se alega el interés de la confianza, que «*puede tener diferentes matices, según el modo en que se haya manifestado el error*» y así, en «*el error en la declaración la confianza la provoca la declaración de voluntad del contratante*» que se equivocó (mantener «*la situación jurídica derivada de la declaración*»), y en el error vicio, situación distinta, la confianza se da en el error provocado, y en cuanto el error espontáneo (no imputable al otro contratante), la confianza «*[p]uede ser, simplemente, una confianza espontánea en la continuidad de la situación jurídica creada por el contrato*» y en esas «*diferentes maneras de producirse la confianza (espontánea, provocada)* hay matices suficientes como para aconsejar el empleo de diferentes criterios de distribución del riesgo del error»; y c) *el interés del tráfico*, presente «*por los efectos que produce el error. La anulación del contrato se proyecta sobre terceros, afecta al tráfico*», orientándose dicho interés «*al mantenimiento de la situación; por ello se aproxima al del contratante que no ha padecido el error*» (op. cit., pp. 99-100). V. *supra* Kramer [3], y «*Comment A del artículo 4:103 PECL*» [18].

<sup>631</sup> MORALES MORENO (1988) p. 88.

<sup>632</sup> MORALES MORENO (1988) p. 89.

tajas en este planteamiento del error<sup>633</sup>, lo considera aplicable al Derecho español<sup>634</sup>.

En el nivel de la abstracción, Morales Moreno señala los siguientes como posibles criterios presentes en la ordenación del error:

«1) En primer lugar, merecen destacarse por su importancia los criterios estrictamente *jurídicos*. A través de ellos se intenta dar un tratamiento justo al problema. El Derecho se plantea, al formularlos, la siguiente cuestión: ¿qué contratante merece, en mayor medida, soportar las consecuencias del error? (cursiva del original).

Podemos operar con unos criterios de *justicia conmutativa* (cursiva del original). *Estos nos conducen a valorar la conducta de las partes, para establecer, en función de esa valoración, a cuál de ellas le debe ser imputado el error. En esta valoración entran en juego conceptos tales como los de excusabilidad, cognoscibilidad e imputabilidad del error: se manejan para realizar una valoración ético jurídica de la conducta de los contratantes* (estas cursivas, mías). Realizar esa valoración es justo, aunque pueda ser costoso, por la prueba.

También se pueden utilizar criterios de *justicia distributiva* en la ordenación del error (cursiva del original). Con ellos se organiza el error atendiendo, no a la conducta mantenida por los contratantes en cada caso concreto, *sino a la naturaleza típica de las relaciones. Por ejemplo, se establece que un contratante soporte el riesgo del error porque sobre una base estadística existe mayor probabilidad de que a él le sea imputable. O bien, porque se quiere corregir un desequilibrio institucional entre las partes que intervienen en un determinado tipo de relaciones.* (Estas cursivas, mías).

[...].

2) Además de los criterios jurídicos, se pueden utilizar criterios económicos. Intentan establecer una ordenación del error que produzca unos resultados óptimos en su eficiencia económica. De tales criterios se ha ocupado el Análisis Económico del Derecho.

¿Cómo conseguir ese resultado económico óptimo en la ordenación del error? Se nos dice que operando con un tratamiento del mismo que intente evitarlo, ya que el error supone siempre un coste en términos económicos. Ese tratamiento consiste en hacer recaer sus consecuencias sobre aquel contratante que esté en mejores condiciones de obtener la información necesaria para impedir que se produzca (cursiva mía).

La comparación entre los tipos de criterios a que acabamos de referirnos sugiere algunas reflexiones. Me parece indudable que hemos de dar preferencia a los criterios jurídicos (particularmente a los ético-jurídicos) sobre los criterios económicos. Pero esa preferencia no supone, en modo alguno, la exclusión de los segundos. Por dos razones: en primer lugar, porque los criterios ético-jurídi-

<sup>633</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 89-90, 96.

<sup>634</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 96-105. V. OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 311-312, y desde p. 301.

cos operan en ciertos supuestos, pero en otros no. *No operan en aquellos casos en que ambos contratantes se han comportado con total corrección, en que el error no es imputable a ninguno de ellos.* En estos casos pueden utilizarse criterios económicos. En segundo lugar, porque muchas veces los resultados que pueden lograrse aplicando los criterios ético-jurídicos se aproximan en algún modo a las aspiraciones de eficiencia económica. Así ocurre, por ejemplo, cuando se imputa el riesgo al contratante que provocó el error» (cursiva mía)<sup>635</sup>.

[190] Y un último apunte. Al exponer la tercera dimensión del error, Morales Moreno dedica un apartado a «[l]os intentos de revisión en la dogmática del error» (cursiva, negrita en el original)<sup>636</sup>. En dicho apartado informa que, en Alemania, «un determinado sector de la doctrina ha luchado con mayor empeño» en la revisión del error<sup>637</sup>. Se refiere a Titze (1940), a Kramer, y a «que el Instituto MAX PLANCK con sede en Hamburgo considerase, en un informe publicado en el año 1968, que la asignación del riesgo del contrato constituye el criterio decisivo para dar respuesta a la cuestión de si un vicio del consentimiento puede ser utilizado como causa de impugnación»<sup>638</sup>. Y «[...] han surgido unas propuestas concretas de regulación del error»<sup>639</sup> que expone como sigue y *en las que se comprobará su cercanía con algunas de las regulaciones que del error llevo expuestas.*

«Se acepta, como regla, la irrelevancia del mismo [del error]. En principio, cada contratante debe asumir el riesgo que a él pueda corresponderle. Pero esta regla va a quedar matizada por importantes excepciones, algunas fundadas en las exigencias de la buena fe (protección de la confianza). Son las siguientes:

- a) El error puede ser invocado cuando lo conociera el otro contratante, o lo hubiera desconocido de modo culpable.
- b) También, cuando se deba a la conducta del otro contratante.
- c) Igualmente, si se invoca en un momento oportuno, de modo que no afecte al interés del otro contratante.
- d) Por fin, si se refiere a enajenaciones de carácter gratuito.

Estas excepciones aun siendo importantes no impiden que funcione un criterio restrictivo en la apreciación del error»<sup>640</sup>.

<sup>635</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 103-104.

<sup>636</sup> MORALES MORENO (1988) p. 90; la cursiva es el título del apartado.

<sup>637</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 90-91; en ese «proceso de revisión, las categorías tradicionales se someten a una rigurosa crítica, porque se consideran inadecuadas para las exigencias del tráfico jurídico. En concreto, la teoría de la voluntad se percibe insuficiente, necesitada de adaptación» (*op. cit.*, p. 91).

<sup>638</sup> MORALES MORENO (1988) p. 91 (mayúsculas del original); v. hasta p. 93 (las notas a pie de página son de gran interés). Me he referido a Kramer *supra* [3] y [5].

<sup>639</sup> MORALES MORENO (1988) p. 93.

<sup>640</sup> MORALES MORENO (1988) p. 93.

## 6.5 El concreto análisis del error de los PLDC

### 6.5.1 EL ARTÍCULO 28 PLDC: EL ERROR

[191] El error relevante debe ser grave –«no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos»– y para apreciarlo se aplica *un criterio objetivo* –persona razonable– *combinado* con otro *subjetivo* –esa persona razonable *situada en la misma situación del que erró*–<sup>641</sup>. Los PLDC *no definen* a la persona razonable<sup>642</sup>. El artículo 28 PLDC no lo indica expresamente, pero, de él se desprende que el momento relevante en la apreciación del error es la *celebración del contrato*<sup>643</sup>. Entiendo oportuno que el artículo señale eso expresamente.

[192] El error incluye la *ignorancia* y el *falso conocimiento*; el error *de hecho*, y de *derecho*. *Salvo lo anterior*, el artículo 28 PLDC *no especifica sobre qué puede recaer el error* esto es, no impone –no limita– que tenga que incidir en la sustancia de la cosa, o en sus cualidades esenciales, o en las accidentales incorporadas al contrato; o en la identidad del otro contratante, o en sus cualidades; etc. De la Maza Gazmuri destaca eso *como rasgo distintivo* de los PLDC, *a los que interesa, para que el error sea relevante, que sea uno importante según los parámetros fijados en el propio artículo 28 PLDC*<sup>644</sup>.

<sup>641</sup> Indico en la misma situación *del que erró*, lo que el artículo 28 PLDC no señala expresamente (*supra* [185]), pero es implícito. Sugiero la incorporación expresa de dicha locución al artículo. DE LA MAZA GAZMURI se refiere al componente subjetivo del artículo 28 PLDC como «(en la misma situación del contratante que alega su equivocación)» [(2015) p. 794].

<sup>642</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) nota 13 en p. 794; añade, «[p]ara considerarlo puede prestarse atención a lo dispuesto en el Artículo 1:302 PECL» (cursiva mía; *op. cit.*, nota 13 en p. 794). Según el artículo 1:302 PECL: «Reasonableness/ Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account».

<sup>643</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 792, y *supra* [186].

<sup>644</sup> Expuesto *supra* [143] (recuerdo que dicho rasgo distintivo del error de los PLDC le permitió defender la inclusión, en él, de la imposibilidad inicial). Y *comparando con el Derecho chileno* (*supra* [159] ss.), el autor considera, que «los PLDC alteran notablemente el campo operativo del error que fija el Código civil chileno», pues, además de lo que antes he indicado, afirma que en los PLDC «ingresan las equivocaciones acerca del Derecho. [...] desaparece, la distinción entre error obstáculo, substancial, accidental y en la persona; lo que ahora resulta relevante es la magnitud que haya tenido la equivocación», y se asimila el trato «del error en la declaración al de la ignorancia sobre los hechos y el derecho», y ese «ensanchamiento del campo operativo del error [de los PLDC] queda, en definitiva, determinado por el desplazamiento de la métrica del error. En el Código civil chileno esa métrica corresponde a aquello sobre lo cual recae la equivocación (el derecho, los hechos, la identidad de la cosa, su sustancia, sus cualidades esenciales, etc.)» [(2015) pp. 793-794].

## 6.5.2 EL ARTÍCULO 29 PLDC: CAUSALES DEL ERROR

[193] Junto a lo anterior (art. 28 PLDC), el error relevante exige el cumplimiento de alguna de las tres (posibles) causales de error del apartado (1) del artículo 29 PLDC, entre las que no se encuentra la de que el otro contratante hubiere incumplido un deber *legal* de información (cfr. *supra* [185] y [34]-[35]).

[194] En la *primera causal –letra (a)* del art. 29 (1) PLDC– el error «es provocado por la información suministrada por la otra parte» (nexo causal; error unilateral). La causal *no se aplica*, si el error se debe a la información suministrada por un *tercero totalmente independiente del otro contratante*<sup>645</sup>. En la letra (a) pueden considerarse incluidos los supuestos de información *falsa* y de información *incompleta* si su no completud genera error. De La Maza Gazmuri precisa, que «[a]l fijarse el énfasis en la confianza infundida en el *errans* resulta ser el caso que *es irrelevante si quien provocó el error lo hizo con el ánimo de inducirlo o no*. Aunque si lo hizo *con ánimo de engañar* a la otra parte o *culposamente* se seguirán otras consecuencias<sup>646</sup>. Igualmente resulta *irrelevante* que quien suministró la información lo haya hecho *en el entendido de que era correcta*» (cursiva mía, salvo *errans*)<sup>647</sup>.

[195] La *segunda causal –letra (b)* del artículo 29 (1) PLDC– tiene lugar «cuando la otra parte conoció [del error del que yerra] o debió conocerlo y no lo informó [de su error], contrariando la buena fe» (nexo causal; error unilateral).

Frente a la anterior letra (a) del artículo 29 (1) PLDC, en la que el cocontratante realizó un *comportamiento activo* (informó), en la *primera situación* contemplada por aquella letra (b), el cocontratan-

<sup>645</sup> Diferente en el dolo; artículo 32 PLDC: «*El dolo* [cursiva, negrita en el original]/ (1) El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero./ (2) El dolo vicia el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco». La versión de los PLDC de 2013 contenía el siguiente artículo (que no se encuentra en la versión de 2015 de los PLDC): «[Terceros]/ *También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*» (cursiva del original) [ADC (2014) p. 246].

<sup>646</sup> Que son «consecuencias indemnizatorias» [DE LA MAZA GAZMURI (2015) nota 15 en p. 795]. Según el artículo 33 PLDC: «*Efectos indemnizatorios del dolo* [cursiva, negrita en el original]/ (1) El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados./ (2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente» (para el dolo, art. 32 PLDC, la nota inmediatamente anterior). En la versión de los PLDC de 2013 había este artículo: «[Indemnización de perjuicios]/ *Pueden demandarse los perjuicios originados en una causal de nulidad sin que ésta sea una condición de procedencia./ La acción indemnizatoria se rige conforme a las reglas generales*» (cursiva del original) [ADC (2014) p. 247; el artículo no se encuentra en la versión de 2015].

<sup>647</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

te tiene un comportamiento *omisivo* –sabe del error ajeno y *no* informó cuando la buena fe le imponía hacerlo<sup>648</sup>–. De La Maza Gazmuri apunta que «la pregunta es bajo qué condiciones exige informar la buena fe», y en lo que se refiere al articulado, ni los PLDC, ni los *Principios UNIDROIT* dan respuesta, siendo más satisfactorios los PECL que «refieren la cuestión a propósito de su tratamiento del dolo en el artículo 4:107»<sup>649</sup>, y «[a]quí basta con señalar que se trata de una valiosa guía [el art. 4:107 (3) PECL] para responder a la pregunta formulada» y no respondida por los PLDC (cursiva mía)<sup>650</sup>. El autor añade que el tenor del artículo 29 (1) (b) PLDC «muestra que la contraparte no siempre debe, [...], sacar al *errans* del error [...], sino, únicamente, cuando las exigencias de la buena fe así lo imponen. De esta manera, *no es sólo que la buena fe imponga deberes precontractuales de información, sino que también establece límites a dichos deberes*» (cursiva mía)<sup>651</sup>. Finalmente precisa, que si se sabe del error del otro contratante y no se le informa, hay «*dolo por omisión* y, sin embargo, *los PLDC* –siguiendo en esto a los PCCI [*Principios UNIDROIT*] y a los PECL– *permiten alegarla bajo la disciplina del error*» (cursiva mía)<sup>652</sup>.

En la *segunda situación* de la letra (b) del artículo 29 (1) PLDC –el otro contratante *debió conocer* del error del que se equivoca (juicio hipotético)– la causa de su no información es *la propia ignorancia inexcusable*.

[196] Y la *tercera causal* del error–*letra (c)* del artículo 29 (1) PLDC– se produce si «ambas partes han padecido el mismo error» (error bilateral). De La Maza Gazmuri recuerda que tienen que padecer «*el mismo error*», pues «si [...] padecieron errores, [...] respecto de *cuestiones distintas*, no se configura la hipótesis» (cursiva mía)<sup>653</sup>.

<sup>648</sup> De la buena fe se ocupa el artículo 7 PLDC: «Buena fe [cursiva, negrita en el original]/ (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe./ (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno». Del artículo 7 (1) PLDC se desprende que la exigencia del comportamiento conforme con la buena fe incluye *todas las fases de la vida del contrato* (tratos previos, celebración, ejecución). Según el artículo 10 PLDC: «Libertad y retiro en las negociaciones [cursiva, negrita en el original]/ (1) Las partes deben negociar conforme a la buena fe los términos del contrato./ [...]». Sobre la buena fe objetiva, teniendo presentes a los PLDC, EYZAGUIRRE BAEZA/RODRÍGUEZ DIEZ, *RChDP* (2013) pp. 137-215.

<sup>649</sup> Artículo 4:107 PECL: «[...] / (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including: / (a) whether the party had special expertise; / (b) the cost to it of acquiring the relevant information; / (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and / (d) the apparent importance of the information to the other party»; para los apartados (1) y (2) del artículo *supra* nota 46.

<sup>650</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) pp. 795-796.

<sup>651</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

<sup>652</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 795.

<sup>653</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 796.

[197] Además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 (1) PLDC, para que el error sea relevante, el apartado (2) del artículo 29 PLDC exige que el error haya sido *excusable*, y que el riesgo de la existencia del error *no haya de asumirse o no debiera asumirse por el que lo sufrió* –el artículo emplea una «o», y no una «y» como hago–.

[198] La *excusabilidad del error* –primera regla del art. 29 (2) PLDC–supone que el error *no pudo evitarse*; que el comportamiento jurídicamente exigible fue cumplido por el que erró. ¿Qué parámetro/s se aplica/n? De La Maza Gazmuri recuerda el oportuno *comentario oficial* de los *Principios UNIDROIT*, en el que se indica que no puede anular el contrato aquel que «se ha comportado con una negligencia grosera y, por tanto, resultaría injusto respecto de la otra parte permitirle liberarse del contrato. Algo semejante –aunque no calificando la negligencia de grave– señala el Comentario I del Art. 4:103 de los PECL»<sup>654</sup>. Añade, que «[p]robablemente, la cuestión de la excusabilidad pueda expresarse con más provecho de otro modo» y, tras referirse a Morales Moreno, indica que «[l]o que, en realidad, se trata de determinar es quién soportará el riesgo de esa irregularidad o, para expresarlo en palabras de DÍEZ-PICAZO, lo que se trata de investigar es “si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo”. Y esto supone comparar las conductas de las partes, el cuidado con el que cada uno debía comportarse, el carácter o no profesional de los contratantes, el hecho de que una haya suministrado información incorrecta, o que no lo haya hecho debiendo hacerlo, etc. Este ha de ser el marco dentro del cual debe considerarse la excusabilidad del error» de los PLDC (cursiva mía, mayúsculas del original)<sup>655</sup>.

[199] Para la *segunda regla* del artículo 29 (2) PLDC –*que el riesgo de la existencia del error no lo asumió quien erró, o no debió asumirlo*– De La Maza Gazmuri se plantea cuándo eso tiene lugar y sí, «en general», ello corresponde a la interpretación contractual, «*puede[n] fijarse algunas directrices básicas*», para lo cual tiene en cuenta al § 154 del *Restatement (Second) of Contracts estadounidense* (cursiva mía)<sup>656</sup>.

§ 154 del *Restatement (Second) of Contracts*: «When a Party Bears the Risk of a Mistake

<sup>654</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 796; se refiere al *Comentario 3* del artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT* (*supra* [47]); para los PECL, *supra* [24].

<sup>655</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 797, pero v. desde p. 796. La obra de L. Díez-Picazo citada es *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, *Introducción. Teoría del contrato* (2007) 6.ª ed., p. 186, pero v. además pp. 207-209.

<sup>656</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 797.

A party bears the risk of mistake when

- a. the risk is allocated to him by agreement of the parties, or
- b. he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or
- c. the risk is allocated to him by the court on the ground that is reasonable in the circumstances to do so»<sup>657</sup>.

De los criterios recogidos en ese § 154, el autor centra su atención en el de la letra b, para el cual «[u]n caso estadounidense lo ilustra perfectamente. Se trata de *Nelson v. Rice*. Un tribunal de apelaciones conoció de la venta en pública subasta de los bienes de una mujer muerta, realizada por sus albaceas. Dichos albaceas contrataron a un tasador para que evaluara los bienes que conformaban el patrimonio de la mujer, entre dichos bienes había dos cuadros respecto de los cuales el tasador les advirtió que no era experto en arte y que no podía valorar adecuadamente los cuadros. No obstante esto, sin contratar un nuevo tasador, los bienes fueron subastados según la tasación inicial. Los dos cuadros eran de autoría de Martin Jonson Heade, un famoso pintor del siglo XIX y fueron adquiridos por un precio de 60 dólares por una persona que detectó la similitud de la firma de ellos con la firma del famoso pintor y luego los revendió por 1.072.000 dólares. La Corte de Apelaciones de Arizona no dio lugar al error invocado por los vendedores toda vez que consideró que ellos habían asumido el riesgo de su ignorancia al no contratar a otro tasador experto en arte. Otro ejemplo suficientemente ilustrativo de esto se encuentra en la búsqueda de “gargas”, en mercados callejeros o en ferias de libros usados. El contexto en que se desarrollan este tipo de operaciones determina que posean un carácter marcadamente especulativo, por este motivo quienes participan en ellas deben asumir los riesgos que, eventualmente, entrañe su ignorancia, vendiendo, por ejemplo, un incunable, o una famosa antigüedad a precio de ganga»<sup>658</sup>.

En suma, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, en la regla de la asunción del riesgo del error por el que erró, o porque debía asumirlo [art. 29 (2) segunda regla PLDC] pueden incluirse, al menos, el supuesto en el que, el que erró, tuvo un conocimiento limitado de los hechos y lo consideró suficiente, el de los contratos especulativos, y el del pacto por el que se asumen la existencia de los posibles errores<sup>659</sup>.

<sup>657</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) pp. 797-798.

<sup>658</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2015) p. 798.

<sup>659</sup> En relación con los otros criterios del § 154 del *Restatement (Second) of Contracts*, según DE LA MAZA GAZMURI, «[d]esde luego, la letra c no contribuye a esclarecer demasiado las cosas, simplemente abre un amplio espacio de discreción a los tribunales.

### 6.5.3 EL ARTÍCULO 31 PLDC: ERROR EN LA DECLARACIÓN O EN LA TRANSMISIÓN

[200] A esos errores se les aplica lo dispuesto por los artículos 28 a 30 PLDC para el error (vicio). El artículo 31 PLDC no lo menciona, pero antes de poder aplicar dichos artículos, habrán de aplicarse las normas de la interpretación contractual de los PLDC (arts. 70 a 77<sup>660</sup>), y en algunos casos se obtendrá la oportuna solución y evitará la aplicación de los artículos 28 a 30 PLDC. Según Brantt, los preceptos de la interpretación contractual de los PLDC «reflejan el interés por mantener una regla tradicional y vigente en general en los derechos latinoamericanos que siguen el denominado sistema subjetivo de integración, aunque se incorporan algunos elementos de carácter objetivo para la definición de la intención común de las partes»<sup>661</sup>.

En cambio, la letra a y b establecen casos más acotados. La asignación explícita a través del contrato resulta suficientemente obvia. El supuesto de la letra b, que puede denominarse «ignorancia consciente» resulta más interesante” [(2015) p. 798].

<sup>660</sup> Artículo 70 PLDC: «Intención común de las partes/ Conocida claramente la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras»; artículo 71 PLDC: «Criterios para la determinación de la intención común de las partes/ Para determinar la común intención de las partes se tendrán en cuenta, entre otros criterios:/ (a) Las reglas de interpretación acordadas por las partes./ (b) La conducta de las partes durante la etapa de formación del contrato./ (c) La ejecución del contrato por las partes o de una de ellas con aprobación de la otra./ (d) Los comportamientos anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre la misma materia./ (e) La naturaleza y el objeto del contrato./ (f) Los usos del lugar de la celebración del contrato»; artículo 72 PLDC: «Significado de las palabras/ Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso»; artículo 73 PLDC: «Interpretación sistemática/ Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por las otras, de forma de darles el sentido que más convenga al contrato en su totalidad»; artículo 74 PLDC: «Conservación del contrato/ El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»; artículo 75 PLDC: «Cláusulas ambiguas/ (1) Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor de la parte que contrató bajo la influencia dominante de la otra, teniendo en consideración para esta calificación la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia, falta de experiencia o de habilidad en la negociación./ (2) En los demás casos, las cláusulas se interpretarán en el sentido que favorezca el equilibrio contractual»; artículo 76 PLDC: «Cláusulas no bilateralmente negociadas/ Las cláusulas no bilateralmente negociadas deberán interpretarse contra la parte que las hubiera propuesto»; artículo 77 PLDC: «Interpretación conforme a la buena fe/ En todo caso el contrato deberá ser interpretado de acuerdo con la buena fe» (las leyendas en cursiva, negrita en el original). Sobre las normas de interpretación contractual de los PLDC, VENDRELL CERVANTES, según informa SAN MIGUEL PRADERA, «manifestó ciertos reparos respecto de lo establecido en varios de sus preceptos. Así, [...], le preocupaba el uso que se le pueda dar a lo previsto en el artículo 77 PLDC [...] y destacó que el artículo 71 PLDC, que establece los criterios para la interpretación de la intención de las partes, no es exhaustivo y contiene una regulación discutible» [ADC (2016) pp. 1002-1003].

<sup>661</sup> Según informa SAN MIGUEL PRADERA, ADC (2016) p. 1002. V. la nota que antecede a esta.

**PARTE TERCERA: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL Y  
EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL, EN LA PMCC, EN  
LA PCCAPDC, EN LA P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER,  
Y EN EL DERECHO FRANCÉS (ANTES Y DESPUÉS  
DE LA ORDONNANCE n.º 2016-131)**

[201] Como avancé *supra* [11], dedico esta *Parte Tercera* a esas materias y textos jurídicos. Aplico el mismo orden de exposición seguido a lo largo del trabajo (primero trato de la imposibilidad inicial, después del error). Por su reciente aparición, las respectivas exposiciones de la PCCAPDC y de la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* van precedidas de una presentación general.

## I. EL CÓDIGO CIVIL

### 1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[202] Interesan los artículos 1271 y 1272 (teoría general del contrato) y 1460 (compraventa) CC.

Artículo 1271 CC: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

[...]

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»<sup>662</sup>.

Artículo 1272 CC: «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles»<sup>663</sup>.

Artículo 1460 CC: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.

---

<sup>662</sup> a) Artículo 994 del *Proyecto de Código civil* de 1851 (PCC 1851): «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras./ [...]./ Pueden ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres».

b) Artículo 1284 del *Anteproyecto de Código civil 1882-1888* (APCC 1882-1888): «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aunque sean futuras./ [...]./ Puede ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

<sup>663</sup> a) Artículo 995 PCC 1851: «No pueden ser objeto de los contratos las cosas ó servicios imposibles».

b) Artículo 1285 APCC 1882-1888: «No podrán ser objeto de los contratos las cosas o servicios imposibles».

Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido»<sup>664</sup>.

[203] *Para el objeto del contrato* (art. 1262.2.º CC), el Código civil exige que las cosas *no estén fuera del comercio* y señala que las cosas *futuras* pueden ser objeto del contrato (art. 1271.I CC). Además, las cosas o servicios, objeto del contrato, *no han de ser imposibles* (art. 1272 CC). La imposibilidad del artículo 1272 CC incluye la *inicial* –frente a la *sobrevenida* de los arts. 1182 a 1186 CC– y se entiende que es la *absoluta, total y definitiva*. Se le aplica el régimen de la *nulidad absoluta* del contrato. Asimismo, el artículo 1272 CC incluye la *imposibilidad relativa en la obligación de hacer personalísima*. La norma *general* del artículo 1272 CC encuentra su paralelo *en la compraventa*, en el artículo 1460.I CC<sup>665</sup>. *Los servicios imposibles jurídicamente* –imposibilidad jurídica, o moral– no pueden ser objeto de contrato (art. 1271.III CC).<sup>666</sup>

<sup>664</sup> a) Artículo 1382 PCC 1851: «Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato./ Pero si se ha perdido solo en parte, el comprador puede optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte conservada, abonando el precio á justa tasacion».

b) Artículo 1486 APCC 1882-1888: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiere perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato./ Pero si se hubiere perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

<sup>665</sup> Sobre el artículo 1460. I CC, FENYOY PICÓN, *ADC* (2010) nota 138 en pp. 121-122.

<sup>666</sup> a) Sobre el objeto contractual, en lo que interesa y desde una perspectiva tradicional, RAMS ALBESA «Comentario de los artículos 1271 y 1272 CC» (1993) pp. 444-464; SAN JULIÁN PUIG (1996) pp. 66-68, 147, 148-157, 159-163, 259-277, 287-290. De interés, L. DÍEZ-PICAZO, que analiza la regla de la nulidad absoluta aplicable a la imposibilidad originaria absoluta, total y definitiva, buscando la razón de su origen y con un análisis de Derecho comparado [Derechos francés, alemán antes de su reforma en 2002, italiano (CC 1942) e inglés] (2007) pp. 235-245, v. además pp. 245-251, y con anterioridad (2006) pp. 1087-1096. En su «Comentario del artículo 995 PCC 1851», GARCÍA GOYENA apuntaba: «La obligación á cosas *físicamente* imposibles, de las que habla este artículo, es una broma ó insensatez; las imposibles *moralmente*, de que habla el artículo anterior sería un delito: debe, pues, ser nula en ambos casos. [...] / [...] / La cosa que no existe, ni puede existir, no puede ser materia de la obligación: vendo un caballo, creyéndole vivo, y había muerto: la venta es nula. Pero basta la posibilidad de que existirá: valdrá, pues, la venta de los frutos ó parto futuros; basta la sola esperanza como de lo que se coja en una redada, aunque despues resulte frustrada la esperanza [...]» [cursiva del original; (1852) p. 531].

b) En el Derecho navarro, la Ley 19.I FN ordena: «Nulidad, anulabilidad y rescisión/ Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad [...], las de objeto imposible o inmoral y todas aquellas que estén prohibidas por la ley». RUBIO TORRANO indica que la imposibilidad de la Ley 19.I FN es la «originaria para que provoque la nulidad de la declaración», y plantea si «*debe* ser absoluta [...] o *puede* ser relativa» (cursiva mía); apoyándose en Díez-Picazo, señala que «[l]a doctrina distingue entre las prestaciones de carácter personalísimo y las restantes» y «[e]n las primeras, la imposibilidad relativa se equipara, por regla general, a la absoluta» [«Comentario de la Ley 19 FN» (2002) p. 56].

## 2. EL ERROR

[204] El artículo 1266 CC se ocupa de él, para el contrato.

Artículo 1266 CC: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección»<sup>667</sup>.

### 2.1 El error vicio<sup>668</sup>

#### 2.1.1 SU NOCIÓN. EL REQUISITO DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ERROR Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

[205] El error vicio es una falsa representación de la realidad, que, si el que erró, hubiera sabido cómo era cuando la celebración del contrato, *no* lo habría celebrado, *o* lo habría celebrado en términos *esencialmente* distintos a como lo hizo (problema en la formación de su voluntad). Su error fue la *causa* de que celebrara el contrato.

Para el nexo causal entre el error y la celebración del contrato resulta de interés la *STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016*, a la que *supra* [9] a) [A] me referí, pues el Alto Tribunal citaba el artículo 4:103 PECL. Su caso fue el siguiente. Los compradores –pequeños inversores– impugnaron su adquisición de acciones a *Bankia* por su error sobre la situación patrimonial de la última (la solvencia y obtención de beneficios que aquélla transmitía no se correspondía con la realidad; se había publicado un folleto de oferta pública de acciones que contenía *información no veraz, inexacta* sobre aque-

<sup>667</sup> a) Artículo 989 PCC 1851: «Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; á no ser que la consideración de esta hubiere sido la causa principal del contrato./ El error de derecho no anula el contrato./ El error material de aritmética solo da lugar á su reparación».

b) Artículo 1279 APCC 1882-1888: «Para que el error de hecho o de derecho invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impelido a celebrarle./ El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo./ El error material de aritmética sólo dará lugar a su reparación».

<sup>668</sup> Apunta DE CASTRO Y BRAVO: «[...], la doctrina alemana prefiere distinguir entre error en la declaración y error respecto al contenido del negocio. En la doctrina francesa (desde Larombière, 1885), se contraponen el error obstáculo, [...], y el error-vicio, [...]» [ed. fac. (1971) § 150 p. 121; v. § 126, p. 103]; *infra* nota 999.

llo que había de contener según la entonces legislación vigente; FD 9.º3). *Bankia* recurrió en casación por considerar que la Audiencia Provincial no había comprobado si hubo nexo causal entre el error y la celebración del contrato, «pues los demandantes habrían reconocido incluso que no habían leído el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de *Bankia*, por lo que la falta de veracidad del folleto no podría considerarse como la causa de la prestación del consentimiento de los demandantes» (FD 8.º2). El Tribunal Supremo entendió que *el error* de los demandantes —esencial y excusable— *sí fue la causa de que celebraran el contrato*<sup>669</sup>. Lo argumentó así.

«La sentencia recurrida no utiliza ciertamente la expresión “nexo causal”, pero considera que las graves inexactitudes de la información contenida en el folleto de la oferta de suscripción pública de acciones fueron la causa del error sustancial y excusable sufrido por los demandantes.

Lo hace al reproducir resoluciones, propias o de otras Audiencias, que considera resuelven casos análogos al enjuiciado, en las que se afirma el carácter determinante del contenido del folleto para la prestación del consentimiento de los suscriptores de acciones de *Bankia* y la relación de causalidad entre uno y otro.

Además, en el razonamiento de la sentencia es obvio que si los demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de *Bankia*, no habrían consentido en adquirir las acciones. De la sentencia recurrida se desprende que los adquirentes de las acciones se hicieron una representación equivocada de la situación patrimonial y financiera, y de la capacidad de obtención de beneficios, de *Bankia* y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión. Tras adquirir las acciones, a los pocos meses, se hizo evidente que los demandantes habían adquirido acciones de una sociedad cuya situación patrimonial y financiera era muy diferente de la que se expresaba en el folleto de la oferta pública, pues presentaba unas pérdidas multimillonarias, hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero públi-

<sup>669</sup> HECHOS.—El 19.07.2011, por consejo de una empleada de la sucursal bancaria de la que eran clientes (*Bancaja*) y acogiéndose a la oferta pública de suscripción de acciones promovida por *Bankia, S. A.*, los demandantes —conductor y maestra, jubilados— adquirieron unas acciones emitidas por aquella por un importe de 9.997,50 €. Alrededor de un año después y tras la intervención y rescate público de *Bankia*, el valor de las acciones prácticamente había desaparecido. En diciembre de 2014, los clientes demandaron a *Bankia* y pidieron la declaración de nulidad de la orden de compra por error vicio del consentimiento, y que *Bankia* se hiciera cargo de la titularidad de las acciones y reintegrara la cantidad invertida en la compra con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la orden de compra. Señalaron, que «la imagen de solvencia y de obtención de beneficios transmitida por *Bankia*, cuando hizo la oferta pública de suscripción de acciones no se correspondía con la realidad y provocó el error en el conocimiento de los demandantes» (FD 1.º2). En primera instancia se entendió que hubo error: La Audiencia Provincial desestimó el recurso de *Bankia*, y esta interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación (motivo único; infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia que los interpreta). Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo desestimó los recursos.

co para su subsistencia. De ahí proviene el carácter sustancial del error en la suscripción de las acciones.

La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora» (STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016, FD 9.º2).

Y «[q]ue cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores» (STS, 1.ª, de Pleno, 27.01.2016, FD 9.º3).

Problema y solución similares se encuentran en la STS, 1.ª, de Pleno, 03.02.2016 (FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 2) a la que también me referí *supra* [9] a) [B]), pues, al igual que en la anterior sentencia del Tribunal Supremo, se alude al artículo 4:103 PECL <sup>670</sup>.

---

<sup>670</sup> HECHOS.—Por consejo de los empleados de la entidad bancaria, los demandantes —dos particulares— adquirieron, el 19.07.2011, 5.565 acciones emitidas por *Bankia* por un importe de 20.868,75 € (pocos días antes habían mantenido un depósito a plazo). Aquéllos demandaron a *Bankia*, solicitando la nulidad de la orden de compra de las acciones con restitución de las prestaciones, y subsidiariamente la resolución de la relación contractual con indemnización de daños y perjuicios. Cuando la demanda se presentó, las acciones tenían en bolsa un valor de cotización de 3.455,85 €. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandantes: consideró que hubo error en su consentimiento. *Bankia* interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El Tribunal Supremo los desestimó.

### 2.1.2 SOBRE QUÉ PUEDE, O NO, RECAER EL ERROR PARA PODER SER RELEVANTE

[206] De conformidad con el artículo 1266.I CC, el error ha de recaer sobre *la sustancia de la cosa objeto del contrato, o sobre aquellas de sus condiciones que principalmente hubieren dado motivo a la celebración del contrato* (la «cosa» del art. 1266.I CC se entiende ampliamente, incluyendo las obligaciones de hacer)<sup>671</sup>. El error también puede recaer sobre *la identidad del otro contratante, o sus cualidades, si «la consideración a ella [a la persona] hubiese sido la causa principal»* de la perfección del contrato (art. 1266.II CC)<sup>672</sup>. Esos errores –cumpliendo los requisitos que señalo *infra* [207] ss. y el del nexo causal señalado *supra* [205]– permiten la impugnación del contrato (su *anulación*; son errores relevantes).

*En cambio*, «[e]l simple error de cuenta» da lugar a otro remedio, «sólo [...] a su corrección» (cursiva mía; art. 1266.III CC), siendo distinto si el error recayó sobre la base del cálculo, o factores o partidas para el cálculo<sup>673</sup>. El (*estricto*) error sobre el valor de

<sup>671</sup> Sobre el alcance del artículo 1266.I CC, LUNA SERRANO (1987) núm. 303, pp. 64-65, y con anterioridad (1981) pp. 454-455; MORALES MORENO (1988) pp. 157-166; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 186-187, pp. 646-647. En su comentario del artículo 989.I PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYENA contraoponía los errores sobre la sustancia, y sobre lo accidental: «*Sobre la sustancia, etc.* Hay muchos ejemplos de esto en la ley 9, título 1, libro 18 del Digesto, y en la 21, título 5, Partida 5, “vendándose laton por oro, estaño por plata, ú otro metal cualquier, uno por otro, etc.”./ No sucede lo mismo cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. Si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor: algo de esto hay también en el artículo 1408 [su paralelo es el art. 1486 CC], cuando se elige la accion *quanti minoris*» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 525].

<sup>672</sup> Sobre el alcance del artículo 1266.II CC, LUNA SERRANO (1987) núm. 303, pp. 67-68, y con anterioridad (1981) p. 457; MORALES MORENO (1988) pp. 168-177; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1266 CC» (2016) p. 627. Para el artículo 989.I PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYENA apuntaba: «*A no ser que la consideracion de esta. Rogron lo ilustra con el siguiente ejemplo: “Yo encargo un cuadro á un pintor mediano, creyéndole un gran pintor que tiene el mismo nombre: el contrato es nulo, porque únicamente me he decidido á él por consideracion á la persona. Si pues yo he ofrecido veinte mil francos al artista mediano á quien por error encargué el cuadro, no se los deberé; pero como no debe perjudicarle mi negligencia en tomar informes, habré de pagarle el precio de su cuadro á juicio de peritos.”* En todos los casos previstos por el artículo [989.I PCC 1851], se supone que las dos partes padecían error: pues si el artista mediano sabia que yo trataba con él creyéndole un gran pintor determinado, habria dolo, y el contrato seria ademas nulo por esta causa; de consiguiente, no debería yo dar nada al pintor que me engañó./ [...] Los artículos 1829 y 1830 de la Luisiana dicen, que en los contratos de beneficencia la ley presume que la consideracion de la persona es su causa principal, y en los onerosos, como la compra, permuta, préstamo á interés, arriendo, la causa accesoria: esta disposicion deberá servir de regla, porque es ingeniosa y fundada» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 526].

<sup>673</sup> PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) p. 200; DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 145, p. 118; LUNA SERRANO (1987) núm. 303, p. 68, y con anterioridad (1981) p. 458; MORALES MORENO (1988) pp. 181-183; L. DíEZ-PICAZO (2007) p. 217; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 201, p. 651; GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) pp. 9104-9105. Para el artículo 989. III PCC 1851 (*supra* nota 667), GARCÍA GOYE-

la cosa es irrelevante y no permite anular el contrato, pero es diferente si el error sobre el valor se originó en un error sobre las cualidades de la cosa<sup>674</sup>. El *mero error sobre el motivo para contratar* es irrelevante, salvo que el motivo se incorpore al contrato<sup>675</sup>.

El error puede recaer sobre los hechos –*error de hecho*– o el derecho –*error de derecho* (para este último *infra* [217] ss.)–.

### 2.1.3 EL REQUISITO DEL ERROR ESENCIAL

[207] El error relevante exige ser *esencial*. En 2003, Monserrat Valero analizó con detenimiento cómo los autores españoles entendían eso. Y al respecto señaló, que para la *tesis subjetiva* el error es esencial si fue fundamental *para el contratante que erró*<sup>676</sup>. Llevada «hasta sus últimas consecuencias [la tesis subjetiva], el contratante que erró sobre una cualidad *sólo para él esencial, sin haber manifestado a la otra parte la importancia que otorgaba a tal cualidad, puede, igualmente, impugnar el contrato*. Es irrelevante que la otra parte no hubiera sospechado que el elemento sobre el que recararía el error tenía tanta importancia para el impugnante y que de haberlo sabido, habría hecho salir a éste del error. Entendida así podemos denominarla la *tesis subjetiva en sentido estricto*» (cursiva mía)<sup>677</sup>. Según Monserrat Valero, un

NA comentaba: «*De aritmética*: por el adagio, conforme á la sencilla razon, “cuenta errada no vale nada.” [...]» [cursiva del original; «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 526].

<sup>674</sup> LUNA SERRANO (1987) núm. 303, p. 67, y con anterioridad (1981) p. 456, v. hasta p. 457; MORALES MORENO (1988) pp. 179-181; L. Díez-PICAZO (2007) p. 217; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 202, p. 652.

<sup>675</sup> LUNA SERRANO indica como *mero error* en los motivos: «cuando se alquila un disfraz para asistir a una fiesta que se ignora que ha sido suspendida, o cuando se compra una vivienda en una ciudad a la que cree erróneamente un funcionario que ha sido trasladado» [(1987) núm. 303, p. 69; y con anterioridad (1981) p. 458]; CARRASCO PERERA: «[v]alga como *leading case* [de motivo individual no relevante] la STS 12 febrero 1979 [...], sobre compraventa de hule, que el adquirente tenía previsto destinar a la fabricación de balsas neumáticas» [(2017) núm. 7/60, p. 305, v. hasta p. 306]. Para el Derecho francés y el error sobre el motivo, FLOUR/AUBERT/SAVAUX utilizan el ejemplo del funcionario *infra* [282]

<sup>676</sup> MONSERRAT VALERO (2003) p. 2567; «[n]o es necesario que lo sea objetivamente o, en otras palabras, el Derecho toma en cuenta el error que para un sujeto es esencial, aunque no lo sea para la mayoría de las personas que celebren el mismo contrato sufriendo el mismo error. Esto deriva de que el CC considera que es relevante no sólo el error en la sustancia de la cosa, sino también en las cualidades siempre que hubieran dado motivo a su celebración y como la ley no distingue entre cualidades más o menos importantes, el error sobre cualquier cualidad, por insignificante que objetivamente sea, dará lugar a la impugnación del contrato si la parte que sufrió el error la considera fundamental» (*op. cit.*, p. 2567).

<sup>677</sup> MONSERRAT VALERO (2003) p. 2567; «[l]a tesis subjetiva en sentido estricto tiene, [...], otra consecuencia: no se podrá impugnar el contrato aunque se sufriera error en un elemento objetivamente importante si para el contratante no lo era, es decir, igualmente hubiera celebrado el contrato de no haberlo padecido. Pero esta consecuencia no presenta los problemas para la seguridad del tráfico que presenta la otra./ La tesis subjetiva, enten-

*amplio sector doctrinal considera que el Código civil sigue la tesis subjetiva en sentido estricto, pero, dado que para la relevancia del error exigen otros requisitos, principalmente su prueba y excusabilidad, dicha «doctrina no acepta, sin más, la anulación del contrato por error en las cualidades accidentales sólo importantes para el sujeto que contrata»<sup>678</sup>. En cambio, otros autores se apartan de lo anterior y acogen lo que Monserrat Valero llama tesis subjetiva bilateral. Apunta que uno de los primeros en apartarse fue De Castro y Bravo; que posteriormente profundizó en la tesis de De Castro y Bravo, Morales Moreno; y que la tesis de los dos anteriores es compartida por L. Díez-Picazo, y otros (cita a Santos Briz, Valpuesta, y Gete-Alonso)<sup>679</sup>.*

Conviene dar particular cuenta de la opinión de De Castro y Bravo, Morales Moreno y L. Díez-Picazo:

[A] *De Castro y Bravo*.— Considera que «la letra del artículo [1266 CC] y la doctrina legal sobre el significado de la causa concreta, lleva a la importante conclusión de que el error no está referido a cualquier creencia equivocada individual, sino a aquella que atañe a la misma *motivación del contrato*» (cursiva del original)<sup>680</sup>; «[n]o se atiende al error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o la aceptación, ni la importancia que tenga para uno u otro; sólo se considera el que da motivo y en cuanto dio motivo para celebrar *el contrato*, es decir, el que sea causa principal *del mismo*. Por ello, no será relevante lo que crea, sienta o desee cada uno de los contratantes, sino la conducta expresiva de ambos sobre lo que constituye *la finalidad del contrato* y así, por tanto, también la conducta de “quienes producen el error” (art. 1302, i. f.)» (cursiva del original)<sup>681</sup>; para el error relevante «[s]e requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio (p. ej., lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la rea-

---

dida en sentido estricto, es peligrosa para el tráfico jurídico, pues quien se arrepiente de la celebración de un contrato puede fácilmente encontrar una excusa para impugnarlo, alegando error sobre una cualidad que él consideró relevante (por ejemplo, el comprador de una casa pretende anular la compraventa, alegando que las tuberías de la casa son de un determinado material y él pensaba que eran de otro)» (*op. cit.*, p. 2568).

<sup>678</sup> MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2568-2571, v. hasta p. 2575; en su amplia nota 4 (pp. 2569-2570) y para su afirmación de que «[u]n amplio sector de la doctrina, [...], entiende que el CC acoge la tesis subjetiva estricta de la esencialidad», MONSERRAT VALERO expone las tesis de Sánchez Román, Manresa, Borrel Soler, Mucius Scævola, Castán, Puig Peña, Albaladejo, Gullón, Alonso Pérez, Puig Brutau, Espín, Luna Serrano, y García Amigo.

<sup>679</sup> MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2575-2576. v. hasta p. 2577.

<sup>680</sup> DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 136, p. 109; justifica que ese «especial significado del artículo 1266 resulta de dos expresiones: la que considera aquello que *principalmente* da motivo para celebrar el *contrato* y la que atiende a la *causa principal* del mismo contrato» (cursiva original, *op. cit.* p. 110).

<sup>681</sup> DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 136, p. 110; sigue el texto «[p]odrá alegarse el error para impugnar el negocio cuando sea: sobre aquello con cuya existencia o inexistencia había de contarse y era considerado causa principal para contratar; por lo que así ha de considerarse motivo del mismo contrato» (*op. cit.*, § 136, p. 110).

lidad (lo dado o lo hecho). El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición “sine qua non”), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio»<sup>682</sup>.

[B] *Morales Moreno*.— Señala que «[e]l contrato se implanta en una realidad en la que va a actuar y forzosamente tiene que tomarla en cuenta, porque pertenece a su ámbito de actuación (ámbito de organización de intereses que promueve el contrato)», y «a esa representación de la realidad que se refleja en el contrato, [puede llamársela] las presuposiciones del contrato»<sup>683</sup>. Apunta que «es posible que las cualidades de la cosa se incorporen al contrato como presuposiciones. Por ejemplo: en una venta específica el terreno vendido se ha considerado solar edificable./ La consideración de la realidad sobre la que se asienta y actúa el contrato forma parte del mismo, en la medida en que es tomada en cuenta en la organización de intereses que éste realiza. El error supone una falsa representación de esa realidad. En nuestro sistema jurídico el error de hecho sólo es esencial si se refiere a elementos que puedan ser considerados presuposiciones del contrato./ [...] / La conexión del error con las presuposiciones del contrato implica, en nuestro sistema jurídico, que el problema del error pueda ser considerado, no simplemente como el problema del contratante que lo ha padecido, sino como un problema contractual»<sup>684</sup>. Sobre *cómo la presuposición se incorpora al contrato*, *Morales Moreno* señala la voluntad de los contratantes<sup>685</sup>, y «cuando la voluntad no se pronuncia expresamente, funcionan otros criterios que [...] permiten fijar las presuposiciones del contrato», así, en primer lugar, la ley, también los usos sociales (incluye los criterios del tráfico, a tomar en cuenta a falta de expresión de voluntad en contrario), la buena fe (criterio ético), y la equidad del contrato oneroso (criterio interpretativo, art. 1289 CC)<sup>686</sup>.

[C] *L. Díez-Picazo*.— Se refiere a *Morales Moreno* y a *De Castro y Bravo*<sup>687</sup>, y a su entender, «[e]n cualquier caso, parece claro que una interpretación global del art. 1266 CC permite sostener que en él existe una concepción del error, suficientemente flexible

<sup>682</sup> DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 137, p. 111. MORALES MORENO ha publicado un trabajo dedicado a glosar cómo De Castro y Bravo concebía el error [(2015) pp. 307-331]; para la concepción de este último sobre el error esencial, *op. cit.*, [9]-[21] pp. 311-316; MORALES MORENO precisa, que «[l]a noción de error de Federico DE CASTRO se halla referida al que podemos denominar error común» (mayúsculas del original; *op. cit.*, [11] p. 312); v. además *infra* nota 695; y para el error unilateral en De Castro y Bravo, *op. cit.* [37]-[42] pp. 322-323.

<sup>683</sup> MORALES MORENO (1988) p. 200.

<sup>684</sup> MORALES MORENO (1988) p. 201; v. hasta p. 202.

<sup>685</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 205-206; v. pp. 196-197.

<sup>686</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 206-209; v. pp. 196-197. Sigue la construcción de *Morales Moreno*, M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 181-183, p. 645; v. además núm. 180, p. 645.

<sup>687</sup> L. DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 213-214.

para dar cabida a todo lo que antes hemos llamado *elemento básico o esencial del negocio que principalmente hubiese dado motivo a celebrarlo*» (cursiva mía)<sup>688</sup>.

Por su parte, Monserrat Valero considera que «[p]robablemente los antecedentes históricos» del artículo 1266 CC lleven a interpretarlo según la tesis subjetiva estricta, «pero su literalidad no impone necesariamente esta interpretación. El art. 1266 se limita a decir que para que el error sobre las condiciones de la cosa pueda anular el contrato ha de recaer sobre las que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. Si hubiera añadido *a la parte que sufrió el error*, la tesis subjetiva estricta era inevitable. Pero como no lo añade, la literalidad de la norma no impide interpretarla en el sentido de que se refiere a las condiciones que principalmente hubieran motivado su celebración a las dos partes, no a la que sufrió el error. Soy consciente [Monserrat Valero] [...] de la debilidad de esta argumentación, pues, el legislador estaba pensando en la cualidad que hubiese motivado su celebración a quien sufrió el error y omitió esta precisión por considerarla innecesaria. En efecto no puede decirse que la parte que no sufrió el error fuese motivada a la celebración del contrato por esa cualidad que, en realidad, faltaba» (cursiva del original)<sup>689</sup>. El autor añade, que «la tesis subjetiva estricta no es muy coherente con una norma indiscutida para todo el mundo, también, por tanto, para sus partidarios, de que el error sobre los motivos es irrelevante. Esto deriva implícitamente del art. 1266 que da relevancia exclusivamente al error sobre la cosa o sobre la persona»<sup>690</sup>.

[208] En cuanto a la jurisprudencia del *Tribunal Supremo*, Monserrat Valero afirma que *nunca* ha seguido *la tesis subjetiva estricta*<sup>691</sup>. Según Morales Moreno, «[e]l Tribunal Supremo, en doctrina reiterada, aprecia el carácter esencial del error en rela-

<sup>688</sup> L. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 215; continúa: «El problema entonces se traslada de plano y pasa a ser el de los criterios que han de ser utilizados para determinar en cada caso el carácter esencial del error. La idea inicial, en este punto, fue básicamente subjetiva. [...]. La línea subjetiva de apreciación del carácter esencial del error presenta, sin embargo, notorias dificultades. Los móviles determinantes de la voluntad pueden ser muy variados y no haber llegado a ser conocidos de la otra parte, prescindiendo de la enorme dificultad de prueba que ello encierra. Por eso, superando el subjetivismo puro, la doctrina ha tratado de seguir otros dos caminos, que pueden utilizarse conjuntamente y que son, ante todo, el recurso a los criterios seguidos en cada rama determinada del comercio. La segunda línea consiste en remitir la apreciación subjetiva del carácter esencial del error a los motivos o finalidades perseguidas, cuando de algún modo, han quedado incorporados al contrato o han constituido lo que más adelante denominaremos la causa concreta del mismo. En la sentencia de 4 de enero de 1982 el TS dice [...]» [*op. cit.*, p. 215; doy cuenta de esa sentencia, *infra* [208]].

<sup>689</sup> MONSERRAT VALERO (2003) pp. 2578-2579.

<sup>690</sup> MONSERRAT VALERO (2003) p. 2579.

<sup>691</sup> MONSERRAT VALERO (2003) p. 2580; en pp. 2580-2590, el autor analiza un conjunto de sentencias que justifican su opinión.

*ción con el contenido de cada contrato, en función de lo que las partes han pactado y considerado elemento básico del mismo. Alguna reciente sentencia ha puesto también de manifiesto la importancia que ha de atribuirse a los criterios objetivos (las valoraciones del tráfico) en el enjuiciamiento del error (S. TS 4 de enero de 1982» (cursiva mía)<sup>692</sup>.*

Dicha importante STS, 1.<sup>a</sup>, 04.01.1982 –Pte. Excmo. Sr. D. Jaime De Castro y García; EDJ 1982/93<sup>693</sup>– de habitual cita en las exposiciones del error<sup>694</sup>, relaciona el error en la sustancia (error esencial) con la causa concreta, con la finalidad del negocio para los contratantes (concepción subjetiva), no desechando los criterios objetivos (la común opinión del tráfico económico-jurídico). En concreto:

«Que el error en la sustancia, manifestación la más característica del error del vicio, con ejemplos que arrancan del Derecho romano (sed in substantia error sit, utputa si acetum por vino veneat, aes por, suro, vel plumbum pro argento, vel quid ahud argento simile», D. 18.1.92) y han pasado a nuestro Derecho histórico («latón vendiendo un ome a otro por oro o estaño por plata ó otro metal cualquier por otro, non valdría tal vendida»: Partida 5.<sup>a</sup>, Título 5, ley 21), cobra en el artículo 1266 del Código Civil una más amplia dirección, pues si menciona la «sustancia» ni la desliga de la motivación del contrato, y por ello habrá de entenderse, *con la más auto-*

<sup>692</sup> MORALES MORENO (1988) p. 199, v. desde p. 198; y v. además M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 184, pp. 645-646.

<sup>693</sup> Ha sido objeto de un comentario por DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1982) pp. 403-439.

<sup>694</sup> HECHOS (FD 1.<sup>o</sup>).—En noviembre de 1976, se celebró un contrato preparatorio de compraventa de un conjunto de elementos diversos (terrenos, edificaciones, vehículos, utillaje, licencias fiscales y de elaboración, etc.), de «una empresa en actividad dedicada a la explotación del “manantial de aguas minero-medicinales”»; en ese contrato se concedió a la compradora un plazo de tres meses, ampliado a cinco meses, para que constatará la buena marcha del negocio (para poder capacitarse con el negocio por su carencia de conocimientos al respecto, era una institución religiosa). En abril de 1977, se otorgó el contrato de compraventa de la unidad industrial de manantial de aguas minero-medicinales que fluyen por cierta finca y que se comercializaban bajo cierta marca (la compradora declaró la finalidad de explotar el manantial de la finca, comercializando sus aguas). La vendedora había entregado, en febrero de 1977, un documento de la Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid en el que se calificaba al manantial de potable bacteriológicamente. Pero, a los cuatro días del otorgamiento del contrato de compraventa, las tomas de muestras de dicho organismo en abril de 1977 dan como resultado que el manantial no es potable bacteriológicamente (está contaminado) y se procedió a la clausura de las instalaciones. La compradora practicó nuevos análisis que confirmaron ese resultado. La vendedora demandó la elevación a escritura pública del documento de abril de 1977 y la condena, a la compradora, al pago de las cantidades que le debía. Esta última reconvino y solicitó la declaración de nulidad de la compraventa por error esencial en el consentimiento y dolo de la vendedora, reintegro de las prestaciones e indemnización de daños. En primera instancia se desestimó la demanda y se acogió la reconvenición (si bien se decartó el dolo y la indemnización). En segunda instancia se consideró inexcusable el error de la compradora y se estimó la demanda y desestimó la reconvenición. La compradora interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos estaba el de violación por inaplicación de los artículos 1261, 1265 y 1266 CC, y en relación con ellos, del artículo 1303 CC. El Tribunal Supremo casó: consideró, al error de la compradora, esencial y excusable.

*rizada doctrina*<sup>695</sup>, que el error sobre la sustancia equivale a *intellección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta, para deevalar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones del los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodandos al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad (sentencias de 25 de noviembre de 1932, 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963 y 8 de junio de 1968), no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración; y es de toda evidencia que se ha producido error esencial, a la luz de cualesquiera pautas valorativas que se utilicen, en el contrato de 9 de abril de 1977, viciando radicalmente el consentimiento de la “Obra Misionera” compradora, pues si la sustancia contemplada en la compraventa fue un manantial de aguas minero-medicinales, repetidamente mencionado en las cláusulas documentales, y la finalidad perseguida y declarada en el negocio buscaba la comercialización de aquéllas acudiendo al mercado, nada podría contradecirlas más que esa realidad de que se trata de un líquido química y bacteriológicamente inapropiado para el consumo humano por las sustancias nocivas que contiene, amén de que el manantial primitivo se halla agotado, sin que esa perniciosa composición, analíticamente demostrada, permita pensar que se trata de una alteración transitoria, hipótesis carente de toda prueba» (cursiva mía; FD 4.º)<sup>696</sup>.*

#### 2.1.4 EL REQUISITO DEL ERROR EXCUSABLE

[209] Si bien el artículo 1266 CC no lo exige<sup>697</sup>, reiterada y consolidada *jurisprudencia* requiere que, además de los otros

<sup>695</sup> MORALES MORENO informa: «Federico DE CASTRO estudia, cuidadosamente, en su tratado sobre el negocio jurídico, esa jurisprudencia [del Tribunal Supremo sobre el error] y conecta con ella, directamente, su doctrina. Publicada su obra [*El negocio jurídico*], tendrá, a su vez, una enorme influencia sobre la jurisprudencia. La STS de 4 de enero de 1982 lo confirma. Esa sentencia, refiriéndose sin duda a Castro, invoca “la más autorizada doctrina” sobre el error. Ante esta afirmación, CASTRO se pregunta cuál sea esa autorizada doctrina y responde atribuyendo ese título a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. “Probablemente –dice [De Castro]– se trata de la doctrina jurisprudencial, pues aparte de algún autor [él] [ese él es del original de Morales Moreno], que a su vez se apoya en sentencias del Tribunal Supremo, son éstas en las que se ha ido consolidando dicha doctrina. Especialmente ha de citarse la sentencia de 22 de junio de 1978, antecedente inmediato de la aquí estudiada” [(2015) [3] p. 309; MORALES MORENO indica que la «doctrina [de De Castro y Bravo] sigue viva y continúa ejerciendo una poderosa influencia sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo» y reproduce de la STS, 1.º, de Pleno, 20.01.2014 su referencia al error esencial y la *causa concreta* o los *motivos incorporados a la causa*, *op. cit.*, [65] p. 331, v. *infra* [215]]. V. DE CASTRO y BRAVO, ADC (1988) pp. 436-437, y 422.

<sup>696</sup> Glosa el FD 4.º de la sentencia, DE CASTRO y BRAVO, ADC (1988) pp. 420-425.

<sup>697</sup> En cambio, la Ley 19.II FN dispone: «Son anulables las declaraciones viciadas por error, [...], pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho». RUBIO

requisitos, el error sea excusable (lo justifica el principio de auto-reponsabilidad y la buena fe)<sup>698</sup>. En relación con la excusabilidad del error es muy conocida la antigua STS 14.06.1943 (RJA 719)<sup>699</sup>; también la antes referida STS, 1.ª, 04.01.1982, en [208]. En ellas se lee lo siguiente.

[A] STS 14.06.1943.– «Que el motivo 1.º del presente recurso, [...], atribuye a la Sala sentenciadora la infracción del artículo 1266, párrafo primero, en relación con el artículo 1261, ambos del Código Civil, por no haber reconocido que la partida de 50.657'50 pesetas, no comprendida en la contabilidad de la sociedad, había de influir en la liquidación de la misma, es decir, en la substancia del contrato o, al menos, en las condiciones que principalmente dieren lugar a su creación, y que, consiguientemente, el consentimiento prestado a dicha liquidación se basó en un error substancial; pero es notorio que esta tesis, eje del recurso, no puede prosperar, ya que se ha de tener en cuenta: Primero. [...]. Segundo. *Que aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuanto menos, que, según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es mucho menos admisible el error “cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio”*» (cursiva del original; cdo 3.º)<sup>700</sup>.

[B] STS, 1.ª, 04.01.1982.– «QUINTO.- [...] queda por examinar la discutida concurrencia del requisito de la excusabilidad, que el Tribunal “a quo” rechaza para llegar a la estimación de la demanda, desatendiendo el pedimento reconvenicional; elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código Civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976), aunque sí mencionado en el campo del Derecho foral (Ley 19, párrafo segundo, del Fuero Nuevo de Navarra<sup>701</sup>), y por lo tanto negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o

---

TORRANO señala que dicha Ley se refiere al error motivo –no al error en la declaración– que puede ser de hecho o de derecho («ambos puede dar lugar a la anulación del acto o del contrato») y «sólo podrá alegarse si es excusable, es decir, no podrá servirse de él quien pudo salvarlo con una diligencia normal», exigiendo la doctrina «también, como requisito la esencialidad del error, entendiéndose por tal el hecho de que su padecimiento haya sido determinante de la voluntad negocial» [«Comentario de la Ley 19 FN» (2002) p. 57].

<sup>698</sup> Sobre las razones de la exigencia jurisprudencial de la excusabilidad del error, DE VERDA y BEAMONTE (1999) pp. 29-31; el autor no considera exigible la excusabilidad del error en la donación, y entiende que el donante negligente se sujeta a la responsabilidad precontractual (interés contractual negativo) con base en el artículo 1902 CC; v. *op. cit.*, nota 18 en sus pp. 36-38.

<sup>699</sup> DE VERDA y BEAMONTE: «[...] la consagración jurisprudencial del requisito de la excusabilidad tuvo lugar en virtud de la STS 14 junio 1943 [...] considerando tercero» [(1999) nota 1, p. 58].

<sup>700</sup> Para el caso, el Tribunal Supremo consideró inexcusable el error (cdo. 3.º).

<sup>701</sup> V. *supra* nota 697.

regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484, “in fine”, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar»<sup>702</sup>.

En apretada síntesis, para la apreciación de la excusabilidad del error, el Tribunal Supremo considera, en principio, que uno ha de informarse, y tiene en cuenta las circunstancias de toda índole del caso, incluso las personales del que erró (perito o no, edad, etc.). El Tribunal Supremo exige, al que yerra, que cumpla la diligencia media o regular (art. 1104 CC), pero también tiene presente el comportamiento desenvuelto por el otro contratante en los tratos previos y, si considera que este último provocó o indujo el error del que yerra –le generó una legítima confianza–, puede considerar excusable el error, aunque el *errans* no hubiera desenvuelto el estándar de la diligencia media, sino uno menor. Si hubo dolo (vicio) por parte del otro contratante, el error es siempre excusable<sup>703</sup>.

[210] Sobre la opinión de los *autores*, por ejemplo, Monserrat Valero indica que «[l]a doctrina posterior a la promulgación del CC de la primera parte del siglo XX todavía no [...] exigía [la excusabilidad] e, incluso PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER lo rechazaron. Actualmente se puede decir que es requisito unánime exigido por la doctrina» (mayúsculas del original)<sup>704</sup>. Dicha información, afirmada en 2013, sigue vigente.

### 2.1.5 LA RECOGNOSCIBILIDAD DEL ERROR POR EL OTRO CONTRATANTE COMO REQUISITO DEL ERROR, Y SU FUNCIONAMIENTO, SEGÚN LUNA SERRANO

[211] Luna Serrano considera que, junto con ser esencial y excusable, el error ha de ser «recognoscible para la otra parte

<sup>702</sup> Para el caso, el Tribunal Supremo consideró excusable el error (FD 6.º).

<sup>703</sup> Sobre la aplicación jurisprudencial de la excusabilidad del error, entre otros, MORALES MORENO (1988) pp. 217-226; VERDA y BEAMONTE (1999) pp. 55-74, v. hasta p. 79 (distingue el error negligente del error inexcusable), nota 56 en pp. 102-104, pp. 111-112, 155-160, 182-189, 205-210; OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 229-330, 353 (*infra* nota 773); M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 190-198, pp. 648-650; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1266 CC» (2016) pp. 629-630; para el error excusable por el dolo de la otra parte, CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/65, p. 309.

<sup>704</sup> MONSERRAT VALERO (2003) p. 2573, y v. las notas 11, 12 y 13 en pp. 2573-2574 [en la nota 13, indica que Borrell Soler (1947) «fue uno de los primeros autores de nuestra doctrina que lo exigió (cuando dice que es un requisito según doctrina, de la que no cita los autores, puede referirse a la francesa o italiana)»]; DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 1 en pp. 55-59. Sobre cómo De Castro y Bravo concebía la excusabilidad en el error, MORALES MORENO (2015) [25]-[32] pp. 318-320, y en particular [28]-[29] p. 319.

contratante»<sup>705</sup>; «esto es, ha de poder ser reconocido por la otra parte contratante usando de una diligencia normal. La razón de este requisito –al que la jurisprudencia se ha referido en algunas ocasiones, señalando su exigencia y la necesidad de su prueba (cfr. SS. 5 marzo 1960 y 30 septiembre 1963<sup>706</sup>)– está en que si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra, puesto que, gracias a que el error en que se basa la impugnación pudo ser reconocido por él en el momento de contratar, no sufre menoscabo la confianza puesta en la declaración ajena»<sup>707</sup>. Pero, «el requisito de la reconocibilidad no cuenta,

<sup>705</sup> LUNA SERRANO (1987) núm. 304, p. 70; con anterioridad (1981) p. 459 (v. desde p. 458). MONSERRAT VALERO señala que «BONET RAMON (*Compendio de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1959, pg. 668) exige el requisito de la reconocibilidad, en lugar del de la excusabilidad, por influencia de la doctrina italiana (cita a MESSINEO)» [mayúsculas y cursiva del original; (2003) nota 13 en p. 2573]. Con anterioridad, DE VERDA Y BEAMONTE: «[t]al tesis [de la reconocibilidad como requisito sustitutivo de la excusabilidad] –que yo sepa– fue sostenida, por primera vez, por BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. I, *Parte general*, Madrid, 1959, pp. 669-670, para quien “El error es influyente cuando sea esencial y reconocible” [mayúsculas y cursiva del original; (1999) nota 5 en p. 112]; DE VERDA Y BEAMONTE indica: «[e]n todo caso, no es una tesis que haya sido recibida por la doctrina científica, excepción hecha de LUNA SERRANO [...]» (mayúsculas del original; *op. cit.*, nota 5 en p. 112).

<sup>706</sup> DE CASTRO Y BRAVO señala que consultó la *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil*, edición oficial y las sentencias de fechas 05.03.1960 y 30.09.1963 «no se refieren al error ni mencionan la reconocibilidad. Es posible que las sentencias como refiriéndose a la reconocibilidad, no hayan sido publicadas en la jurisprudencia civil, lo que ha ocurrido a veces. De todos modos, el texto de la sentencia comentada [la de 04.01.1982, FD 6.º, en este mismo [211]], dado lo esmerado de su redacción, al no mencionar ningún antecedente de doctrina jurisprudencial (citando sólo al Código italiano), inclina a pensar que no eran conocidas por la Sala las citadas sentencias» [ADC (1988) nota 80 en p. 431]. DE VERDA Y BEAMONTE indica, que «no me ha sido posible localizar las SSTs 5 marzo 1969 y 30 septiembre 1963, en las que LUNA SERRANO [...] justifica la exigencia del requisito de la reconocibilidad; como tampoco a DE CASTRO Y BRAVO [(1999) nota 44 en p. 128, v. además pp. 111-112, 127-128, nota 50 en pp. 130-131]. Según DE PABLO CONTRERAS: «[...], añade la doctrina (también algunas sentencias: *cfr.*, por ejemplo, las de 5 marzo 1960 o 30 septiembre 1963 y, de forma más imprecisa, la de 10 febrero 2000) el requisito de que el error sea *recognoscible* por la otra parte usando una diligencia normal, pues entonces su propia negligencia justifica que deba soportar la impugnación del que erró; mientras que, si [*sic*; el] error de éste no fuere reconocible, aquél merece protección, pues es entonces, al actuar de buena fe, cuando tiene derecho a confiar en la efectividad de lo pactado» [(2008) § 119, p. 363]. V. FD 1.º de dicha STS, 1.º, 10.02.2000, EDJ 2000/5896.

<sup>707</sup> LUNA SERRANO (1987) núm. 304, pp. 72-73; más adelante apunta: «Si se miran bien las cosas, los indicados requisitos de excusabilidad y de reconocibilidad del error son, en realidad, interdependientes. En efecto [...] el requisito de la reconocibilidad [...] funciona en la práctica de una manera negativa, puesto que si el error es reconocible y no se reconoce por negligencia es cuando hay lugar a la impugnación y no se protege la confianza. Ahora bien, a través de este mecanismo, lo que ocurre es, ni más ni menos, que el requisito de la excusabilidad se traslada del que yerra al otro contratante (el no darse cuenta del error ajeno tiene que ser, para él, excusable). Por eso, si se exige la reconocibilidad del error, no parece necesaria establecer también su excusabilidad» (*op. cit.*, p. 73); con anterioridad (1981) pp. 460-461.

lógicamente, en el caso de que el error sea común a ambos contratantes»<sup>708</sup>.

En el FD 6.º de la referida STS, 1.ª, 04.01.1982 (en [208] y [209]) se alude *incidentalmente* a la cognoscibilidad del error: «Que tal propuesta de la excusabilidad, *suplido en Códigos modernos por el de la cognoscibilidad atribuida al otro contratante (así, el italiano de 1942, artículos 1428 y 1431)*<sup>709</sup>» (cursiva mía).

Sobre la cognoscibilidad del error, De Castro y Bravo (1988) hizo unas interesantes consideraciones:

«La referencia al Código civil Mussolini [que se hace en esa STS 04.01.1982, arts. 1428, 1431 CC ital. 1942] es oportuna y reveladora. Dicho Código, y la doctrina elaborada en torno suyo, ha divulgado entre nosotros el conocimiento del requisito de la reconocibilidad. Sin embargo, no se trata de una novedad ni de algo peculiar del Código italiano. Lo que conviene notar, pues su antigüedad y su amplia área de expansión, muestra que se trata de un requisito que aparece exigible natural y justificadamente, tanto al menos que el de la excusabilidad.

Posiblemente, la primera referencia clara a que el error invalidante, no podrá ser aquel que se ocultara a la otra parte, la encontramos en el notable Código civil de Chile, que requiere para que el error de hecho vicie el contrato, que el mismo “haya sido conocido por la otra parte”<sup>710</sup>. El prestigio del Código chileno y la autoridad en Andrés Bello, hará que el citado precepto sea recogido en otros Códigos americanos<sup>711</sup>. Coincide en esta dirección el Código portugués de 1867, que requiere que la otra parte *conozca* las circunstancias por las que se manifiesta el error del engañado [cursiva del original].

Tanto el Código chileno como el antiguo de Portugal hubieron de ser conocidos por la comisión redactora de nuestro Código civil, pero ignoramos las razones por las que no se les tuvo en cuenta.

Después de la primera generación de Códigos civiles, hay un notable renacer del requisito de la reconocibilidad; coincidente con la preponderancia que en la doctrina de los autores se venía dando a la declaración respecto a la voluntad, conforme a la importancia creciente dada a la seguridad del tráfico comercial.

<sup>708</sup> LUNA SERRANO (1987) núm. 304, p. 73; con anterioridad (1981) p. 460. Sobre la inexigibilidad de la reconocibilidad para el error común en el Derecho italiano, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 28 en pp. 121-122.

<sup>709</sup> Artículo 1428 CC ital. 1942: «Rilevanza dell'errore.—L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente»; artículo 1431 CC ital. 1942: «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». V. DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 117-120, en particular las notas a pie de página. Para los artículos 1429, 1430 y 1433 CC ital. 1942, *supra* nota 71, a.1).

<sup>710</sup> *Supra* nota 553 para el artículo 1454.II *in fine* CCCh.

<sup>711</sup> En nota 82 (p. 432), DE CASTRO Y BRAVO menciona los artículos 1325 del Código civil de El Salvador (1860) y 1511 CCC (*supra* notas 540 y 541) [ADC (1988)].

Al redactarse el Código civil alemán, se propuso que sólo se atendiese como invalidante al error conocido o cognoscible. Es cierto que no se aceptó, [...].

Será la ley, reformando el § 871 del Código civil general de Austria, la que abandonando el antiguo texto de 1811, [...], requiere para tener en cuenta el error, el que se manifieste de modo patente de las circunstancias [...]. Ello ha podido ser señalado como antecedente en esta materia, del Código civil italiano de 1942, el que con razón, ha sido considerado como decisivo para la general consideración del requisito de la cognoscibilidad; [...]. También puede citarse dentro de esta dirección el Código civil de Venezuela, del mismo año 1942, que combina la exigencia de la inexcusabilidad a la de la cognoscibilidad, para eximir de la responsabilidad por daños a quien pide la anulación del contrato por error<sup>712</sup>. En fin, parece muy significativo de la fuerza de esta corriente, en favor del requisito negativo de la reconocibilidad, el que se le utilice en el Proyecto del Código civil de los Países Bajos, debido al eminente jurista Meijers, al que se le ha podido llamar el Huber holandés<sup>713</sup>.

De este modo ha venido afirmándose en las leyes el requisito de la cognoscibilidad, *junto o en lugar del requisito de la excusabilidad*, obra de la jurisprudencia [*sic*]. [...]» (cursiva mía)<sup>714</sup>.

Más adelante, De Castro y Bravo señala:

«[...] En el de la cognoscibilidad se atiende a la situación de quien recibe la declaración, según que pueda o no advertir el error; cambio de mira que ha hecho pensar en la responsabilidad de esta parte, la que si advierte el error de la otra, debería señalarle que ha incurrido en error conforme al criterio de la buena fe»<sup>715</sup>.

## 2.1.6 LA IMPUTABILIDAD DEL ERROR AL OTRO CONTRATANTE COMO REQUISITO DEL ERROR, SEGÚN MORALES MORENO

[212] Tras haber analizado cuando el error es esencial, Morales Moreno estudia su excusabilidad sobre la cual, después de recordar que «[s]egún un criterio bastante extendido [...], el que se equivoca merece protección cuando su error es esencial (art. 1266) y resulta excusable, porque [el error] se ha producido a pesar de haber mantenido una conducta diligente», afirma: «[f]rente a este criterio puede proponerse otro, que parece reflejar mejor el fun-

<sup>712</sup> En nota 89 (p. 433), DE CASTRO Y BRAVO [ADC (1988)] reproduce el artículo 1149.I CCV (*supra* [182] nota 611).

<sup>713</sup> Y en nota 90 (p. 434), DE CASTRO Y BRAVO añade: «Tampoco podrá invocarse la falta de voluntad contra quien entiende una declaración de voluntad o una conducta en el sentido en que lo haría razonablemente cualquier persona y para quien no sea claramente cognoscible que con aquella falta no hay coincidencia de voluntades. Igualmente no puede impugnarse una declaración por ser incompleta (“onvolledig Reit”) contra quien no la conocía ni tenía por qué conocerla» [ADC (1988); para el Derecho holandés, *supra* [53] ss.].

<sup>714</sup> DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1988) pp. 431-434.

<sup>715</sup> DE CASTRO Y BRAVO, ADC (1988) p. 435.

*cionamiento real del error: En los contratos onerosos, el contratante que padece error debe, en principio, soportar sus consecuencias, salvo en aquellos casos en que dicho error, siendo esencial, pueda ser imputado al otro contratante./ [Y] [e]l error padecido por un contratante puede ser imputado al otro, fundamentalmente, por dos tipos diferentes de razones:/ 1) Porque él lo ha provocado, aunque sea sin culpa. Provocar el error significa suscitar en el cocontratante la confianza que ha determinado el error, sin que sea necesario que su conducta haya sido dolosa o negligente./ 2) Porque no ha colaborado como debiera en deshacer el error que padece el cocontratante» (cursiva mía)<sup>716</sup>.*

El autor desenvuelve esos supuestos de imputación del error. Y para el *error provocado por el otro contratante* apunta, que «provocar el error significa suscitar confianza justificada, que determina una falsa representación de los hechos a que el error se refiere»<sup>717</sup>. Según Morales Moreno, la *conducta del contratante que suscita la confianza* es «una conducta negocial (orientada al otro contratante y en relación con el negocio) susceptible de producir confianza en el otro contratante, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que merezcan consideración jurídica»; no es necesario que haya dolo o negligencia en la conducta, al bastar «la mera provocación de la confianza, sin culpabilidad»<sup>718</sup>. *En cuanto al sujeto que erró*, «lo que importa es precisar si hay razones suficientes» que justifiquen su confianza y para ello hay que «atender en cada caso, no solo a la conducta del otro contratante sino también, y muy especialmente, a la diligencia que a él le sea exigible, para descubrir los hechos verdaderos»<sup>719</sup>.

Deteniéndose en el supuesto en el que, quien provocó el error, hubiere actuado *con dolo o culpa*, Morales Moreno señala que ello tiene «relevancia porque producen una alteración en los niveles de diligencia normalmente exigidos a la víctima del error, para admitir su protección»<sup>720</sup>. A esta última «se le exige normalmente que obre con la mínima diligencia exigible en el caso, es decir, que no incida en “culpa lata”», lo cual se exige teniendo presente que no es preciso que el otro contratante haya actuado con dolo o negligencia al provocar el error<sup>721</sup>. *Pero* el nivel de diligencia exigible al

<sup>716</sup> MORALES MORENO (1988) p. 226; claramente refleja su pensamiento el título de su ponencia en la *Academia Matritense del Notariado*, del 19.02.1987, «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», que «[i]ntentó ser el avance de un libro sobre el error, entonces todavía en proceso de elaboración y hoy ya aparecido» [se trata de su monografía sobre el error de 1988; AAMN (1990) nota a pie de página en p. 51].

<sup>717</sup> MORALES MORENO (1988) p. 227.

<sup>718</sup> MORALES MORENO (1988) p. 227.

<sup>719</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 227-228; destaca que los Tribunales tienen particularmente en cuenta la condición de la víctima del error, en especial si es o no perito en la materia a la que se refiere el contrato, y también tienen en cuenta la condición del otro contratante; «[l]a diligencia exigible a la víctima del error llega a ser, en la práctica, de esta manera, mayor o menor, según la condición del otro contratante» (*op. cit.*, p. 228).

<sup>720</sup> MORALES MORENO (1988) p. 228.

<sup>721</sup> MORALES MORENO (1988) p. 229.

que erró *varía*, si el otro contratante provocó *dolosamente* el error, en cuyo caso «no importa la actuación negligente» del que erró, o si lo provocó *negligentemente*, rebajándose «el nivel de negligencia exigible» al que erró «en función del grado de culpa del que lo causa»<sup>722</sup>.

Otro elemento manejado por Morales Moreno es cuando el otro contratante no colabora en evitar el error, *al no suministrar información sobre los hechos relacionados con el contrato* (el error le es imputable)<sup>723</sup>. Pues, «la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante. Se aprovecha del error ajeno el que, conociendo su existencia, no lo desvela para tener así una posición contractual más ventajosa»; se trata de la reticencia dolosa, no incluida en el error, «[p]ero en cualquier caso puede afirmarse que cuando el error ajeno es conocido y no advertido se han de soportar» sus consecuencias; «[e]l error ajeno no sólo es imputable cuando es conocido (reticencia dolosa). También, si resulta cognoscible, desplegando la diligencia que exige la buena fe»<sup>724</sup>. Además, «[e]l deber de diligencia que impone la buena fe tiene carácter relativo»<sup>725</sup>. Y *sobre qué ha de informarse*, Morales Moreno apunta que «puede concretarse, en principio, a los hechos tomados en cuenta en el contrato como presuposiciones del mismo» («hechos significativos en la organización contractual de intereses, cuya falsa apreciación provoca una alteración en la misma»)<sup>726</sup>.

Por último, el autor se refiere a la cognoscibilidad del error, entendida esta como «la posibilidad que tuvo un contratante de descubrir el error padecido por la parte contraria», y entiende «oportuno tomar en cuenta la conducta desplegada por la parte que no sufre el error (que no ha padecido el error en sentido jurídico), porque, [...], la buena fe impone a esa parte ciertos deberes de colaboración para evitar el error del otro contratante»<sup>727</sup>. Señala que «[t]iene sentido atender simultáneamente a la reconocibilidad y [a la] excusabilidad del error, en un sistema como el nuestro, en el que la jurisprudencia valora la conducta de ambos contratantes en la estimación de su relevancia jurídica»<sup>728</sup>.

[213] Morales Moreno indica que su interpretación del Código civil<sup>729</sup> «resulta de la fundamentación de numerosos fallos» del Tribunal Supremo; de la locución de «los que produjeron el error» del

<sup>722</sup> MORALES MORENO (1988) p. 229.

<sup>723</sup> MORALES MORENO (1988) p. 229.

<sup>724</sup> MORALES MORENO (1988) p. 230.

<sup>725</sup> MORALES MORENO (1988) p. 230.

<sup>726</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 230-231; ahora bien, «dentro del ámbito de hechos relacionados con las presuposiciones del contrato pueden existir, también, justificadas restricciones al deber de información. Por ejemplo: cuando la información de que dispone un contratante no es fácilmente obtenible, supone una costosa investigación. Puede ser injusto en tal caso imponerle comunicar (en contra de su interés) información que para él ha supuesto un coste» (*op. cit.*, p. 231).

<sup>727</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 233-234.

<sup>728</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 234.

<sup>729</sup> De «revisión de la interpretación de nuestro Código Civil» habla el autor [(1988) p. 234].

artículo 1302 CC; y que «permite [...] un tratamiento equilibrado al problema del error en los contratos onerosos, teniendo en cuenta el interés de ambos contratantes, [...]»<sup>730</sup>. Más concretamente:

a) Para la fundamentación de los fallos del Tribunal Supremo, el autor apunta que de las sentencias del Tribunal Supremo pueden inferirse las siguientes *reglas básicas*: «Primera.—En principio, como consecuencia del carácter excepcional del error, cada contratante debe soportar las consecuencias del que haya podido padecer<sup>731</sup>, salvo en los casos en que, excepcionalmente, se le permita pedir protección por él. Para ello es necesario no sólo que el error sea esencial, sino además que sea excusable. Este segundo requisito nos introduce en las siguientes reglas de apreciación del error. Segunda.— Si el error es imputable al contratante que lo padece, él tiene que soportarlo. Esta regla ha servido para excluir la estimación del error cuando el contratante que lo invoca no ha puesto la diligencia debida en evitarlo. En ella se refleja el criterio más extendido de entender la excusabilidad<sup>732</sup>. Pero el Tribunal Supremo ha combinado este criterio con el de la tercera regla. Tercera.— Existen sentencias que justifican la estimación del error en la circunstancia de que el mismo se ha padecido, por un contratante, por razones imputables a la otra parte. También, en otros casos, se desestima, porque no hay razones para esa imputación. *De este modo, la imputabilidad del error a la parte contraria, imputabilidad que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye un criterio determinante de la relevancia del error*» (cursiva mía)<sup>733</sup>.

Y en relación con esa *tercera regla básica*, tras exponer los casos y oportuna argumentación de un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo<sup>734</sup>, Morales Moreno concluye que, teniendo en cuenta los fallos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo *admite* el error, se aprecia que «cuando el error se refiere al contenido del contrato (por ejemplo, a las cualidades de la cosa o de la persona), la gran mayoría de las veces el TS toma de alguna manera en cuenta que el error ha sido debido bien a maquinaciones dolosas (en cuyo caso más que error hay dolo) o a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de uno de los contratantes sobre el otro. Y [...] [en] los [casos] que no hace referencia expresa a ello, también» se advierte «en el propio caso, que casi siempre de alguna manera se ha dado esa confianza provocada. [Y] También, [...] [el]

<sup>730</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 226-227.

<sup>731</sup> Lo que MORALES MORENO desarrolla en (1988) pp. 218-219.

<sup>732</sup> Lo que MORALES MORENO desarrolla en (1988) pp. 219-221.

<sup>733</sup> MORALES MORENO (1988) p. 218.

<sup>734</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 221-225.

que no se haya producido o podido producir la confianza sirve, a veces, para justificar la irrelevancia del error. [...] / *Esta orientación jurisprudencial demuestra que el TS se ha separado de una construcción puramente psicológica y voluntarista del error. La consideración del error como vicio del consentimiento no haría necesario acudir a buscar justificación para estimarlo, en la confianza infundida al que lo padece. Bastaría la apreciación de la naturaleza del error mismo (su carácter esencial) y de la conducta del sujeto que lo padece (excusabilidad). No sería preciso apoyarlo en la conducta del otro contratante. El hecho de que en la jurisprudencia adquiriera importancia el elemento de la confianza nos indica que en la práctica se opera con unas reglas de apreciación del error que no se corresponde totalmente con el encuadre teórico que nos lo presenta como un vicio del consentimiento*» (cursiva mía)<sup>735</sup>.

Y *b)* sobre el apoyo en la anterior locución del artículo 1302 CC, Morales Moreno indica que de la misma «se infiere, directamente, que la parte que *ha provocado el error* no puede ejercitar la acción de nulidad»<sup>736</sup>, y ello «puede querer decir que se limita el ejercicio de la acción de nulidad por error a los casos en que el error padecido por uno de los contratantes sea imputable al otro; sólo en esos casos (o en los que pueda existir otra justificación) es posible que quien ha padecido error pueda ejercitar dicha acción. Esta interpretación, que es, sin duda, la más adecuada a la expresión legal, implica una manera diferente de la habitual de concebir el

<sup>735</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 225-226.

<sup>736</sup> MORALES MORENO (1988) p. 236. Informa antes de cómo se llegó a la redacción del artículo 1302 CC: a) Según el artículo 1186.II PCC 1851: «La persona capaz no puede pedir la nulidad del contrato, fundándose en la incapacidad del otro contrayente: tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación ó dolo el mismo que lo causó, ni por el error del otro contrayente el que lo padeció»; MORALES MORENO apunta que «[q]uizá lo que haya querido decirse [en el art. 1186.II PCC 1851] sea, que la nulidad “tampoco puede pedirla por el error, el otro contratante del que lo ha padecido. En cualquier caso puede destacarse una diferencia entre el error y los otros vicios del consentimiento. En estos (violencia, intimidación o dolo) se priva de la acción de nulidad al contratante que los ha provocado, en el error, simplemente, al contratante que no ha incidido en él. *En el error se protege a un contratante sin tomar en cuenta la conducta del otro*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 235); b) el artículo 1315 APCC 1882-1888 dispuso: «[...] Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato» (cursiva mía); y c) el artículo 1302 CC recoge la dicción del artículo 1315 APCC 1882-1888; MORALES MORENO indica, que «[e]l Código Civil lo toma [el art. 1302] del Anteproyecto de 1882, que, a su vez, lo recoge del Proyecto de 1851, transformándolo. El paso de uno a otro proyecto produce un significativo cambio de redacción» (*op. cit.*, p. 234); «[e]l texto del artículo 1302 del Código Civil coincide totalmente, en el punto que nos ocupa, con el del Anteproyecto (art. 1315). En uno y otro se ha sustituido la expresión, “padecer el error” [del art. 1186 PCC 1851], por “producir el error” [arts. 1302 CC, 1315 APCC 1882-1888]. El cambio es significativo [...]» (*op. cit.*, p. 235; v. hasta p. 236; *infra* nota 738).

error [...]» (cursivas mías)<sup>737</sup>. El autor considera probable la influencia del § 871 ABGB, según el cual «[si] una de la partes *ha sido inducida a error* [...]», en el artículo 1302 CC<sup>738</sup>.

Esa interpretación del artículo 1302 CC lleva a Morales Moreno a precisar *la función que, entonces, desempeña el artículo 1266 CC*<sup>739</sup>. Tras reproducir ciertas expresiones del artículo 1266 CC, indica, en lo que interesa, que «el legislador en este artículo [1266], propiamente, no define el error, [no] presupone un concepto de error, que delimita en un determinado aspecto: Indica cuándo un error, por la materia a que el mismo se refiere, es jurídicamente relevante./ El artículo 1266 no impide que otras normas puedan delimitar aún más el concepto de error que él presupone, y tal delimitación no es contradictoria si se refiere a aspectos diferentes de los regulados en él. [...]. *Es pues perfectamente posible (no hay contradicción en ello) coordinar lo que dispone el artículo 1266, con el 1302, tal como entendemos que ambos deben ser interpretados. Si el primero impone que el error sea esencial, el segundo refleja otra exigencia, que el mismo sea imputable al otro contratante*» (cursiva mía)<sup>740</sup>.

Por último, Morales Moreno indica que «[l]a consumación del contrato produce un nuevo estado de cosas», y es «razonable establecer una diferencia entre el error que se invoca antes de iniciar el

<sup>737</sup> MORALES MORENO (1988) p. 236, v. hasta p. 238. No están de acuerdo con esa interpretación del artículo 1302 CC, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN («[q]ue quien provocó el error no pueda impugnar el contrato no implica lógicamente que quien padeció el error sólo pueda impugnar cuando el otro lo provocó: si esto es así, habrá de probarse *aliunde*», pero «[c]on todo, el artículo 1302 muestra que la imputabilidad del error no es cuestión ajena a nuestro sistema, y puede ayudar a la evolución doctrinal auspiciada por Morales» [(2005) p. 76]; OLIVA BLÁZQUEZ comparte «íntegramente la visión [...] [de] MORALES MORENO sobre la excepcionalidad del error y el requisito de la imputabilidad» [(2010) p. 362; expone el pensamiento del autor desde p. 354; v. también p. 363], considerando su lectura del artículo 1302 CC «algo forzada» con apoyo en Delgado Echeverría (*op. cit.*, nota 156 en p. 162); DE VERDA Y BEAMONTE no comparte la construcción de Morales Moreno, ni su apoyo en la jurisprudencia, ni en el artículo 1302 CC («es cuestionable que el legislador patrio tuviera presente el originario § 871 ABGB, al redactar el art. 1302 C.c.») [cursiva del original, p. 217; (1999) nota 135 pp. 211-218, en particular desde p. 214].

<sup>738</sup> «El párrafo 871 [...] (ABGB) decía así: “Si una de las partes *ha sido inducida a error* por otra con falsos asertos, y dicho error fuese relativo a la cosa principal o a una cualidad esencial de la misma, a la que principalmente se dirigía la atención, no quedará obligada la persona que fue inducida a error”./ Hay, ciertamente, una curiosa coincidencia entre la expresión del Código Civil, “produjeron el error”, y la idea del error que refleja este párrafo del Código Civil austríaco. Por ello es probable que los redactores del Anteproyecto [de 1882] lo tuvieran presente» (cursiva del original; MORALES MORENO (1988) p. 238, v. hasta p. 239; *supra* nota 736).

<sup>739</sup> «Si entendemos que el 1302 limita el ejercicio de la acción de nulidad a los supuestos en que el error es imputable al otro contratante, y, por tanto, que no cabe ejercitar dicha acción si el mismo es casual o imputable al que lo padece, ¿no se está contradiciendo el concepto del error reflejado en el artículo 1266?» [MORALES MORENO (1988) pp. 239-240].

<sup>740</sup> MORALES MORENO (1988) p. 240.

cumplimiento del contrato, y el que se aduce posteriormente, con vistas a la restitución», lo que «puede apoyarse en el artículo 1302» CC que regula la acción restitutoria de la anulación<sup>741</sup>. «Si el error se invoca *antes* de la consumación del contrato, *podría bastar*, que el mismo sea esencial y que la parte que lo padece haya actuado de modo diligente»; y *si se invoca después* «[h]aría falta, además, como consecuencia de lo que dispone el artículo 1302, que el mismo sea imputable al otro contratante» (cursiva mía)<sup>742</sup>. Pero tal y como «entiende la excusabilidad del error nuestra jurisprudencia permite *no* hacer esta diferencia de momentos. *La exigencia de que el error sea imputable puede extenderse al momento anterior a la consumación del contrato*» (cursiva mía)<sup>743</sup>.

### 2.1.7 LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y EL ERROR: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO A PROPÓSITO DEL CONTRATO DE SWAP Y OTROS CONTRATOS DE RIESGO

[214] Señala García Vicente, que «[l]a imposición a las partes contratantes de ciertos deberes de información (nacidos de fuente diversa ya sea la ley o la buena fe objetiva) *ha sido la técnica que con mayor intensidad ha trastocado el sistema codificado de vicios de la voluntad*, hasta el punto de que en presencia de aquéllos, se objetivan, por ejemplo, las nociones de imputabilidad (confianza provocada) *en el error* o la reticencia dolosa» (cursiva mía)<sup>744</sup>.

[215] La apuntada conexión entre deberes de información/imputabilidad del error me va a permitir referirme con algún detenimiento a la muy importante STS, 1.<sup>a</sup> de Pleno, 20.01.2014 – Pte. Excmo Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 354/2014– en la que se conoció de la impugnación del contrato de *swap* de intereses, ejercitada por el cliente por haberlo celebrado con error, *lo que se estimó*<sup>745</sup>. En su sentencia, el Tribunal Supremo

<sup>741</sup> MORALES MORENO (1988) pp. 241-242.

<sup>742</sup> MORALES MORENO (1988) p. 242.

<sup>743</sup> MORALES MORENO (1988) p. 242.

<sup>744</sup> GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) p. 9108; v. p. 9109.

<sup>745</sup> HECHOS.–El 13.06.2008, el cliente (una empresa) y la *Caixa d'Estalvis del Penedès*, sin previas relaciones mercantiles, celebraron un contrato de *swap* («swap de inflación, especulativo, en la medida en que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes»). El capital nominal de referencia fue de 400.000 €, siendo el tipo fijo de 3,85%, fijándose cinco periodos de cálculo anuales y la extinción del contrato para el 30.04.2013. El *swap* se ofreció al cliente por la *Caixa* a través de un subdirector, con el que dicho cliente tenía una relación de confianza. La única información precontractual que consta es la de dos *e-mails* cruzados entre el cliente y la *Caixa* «en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación». En la primera liquidación del contrato (01.09.2009) resultó una deuda para el cliente de 12.343,10 €. Este último demandó la nulidad del contrato de *swap* por error, o dolo de la *Caixa*. *En primera instancia* se consideró que hubo

recuerda su doctrina jurisprudencial sobre el error vicio (sobre qué ha de recaer el error, y error esencial y excusable) para el contrato del que conoce, apoyándose en su *STS, 1.ª, 21.11.2012* –Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj STS 7842/2012– y en su *STS, 1.ª, 29.10.2013* –Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj 5479/2013–. En esas dos sentencias se conoció del error vicio alegado por el cliente para el contrato de *swap* celebrado, y en una<sup>746</sup> y en otra<sup>747</sup> *no se estimó*

error (no se hicieron al cliente los test de conveniencia y de adecuación; el contrato lo ofreció la *Caixa*, que incumplió los deberes legales de información sobre la complejidad del producto financiero y sus consecuencias). *En segunda instancia* se confirmó la sentencia –«[...] el incumplimiento de estos deberes de información *provocaron* en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado» (cursiva mía)–. La *Caixa* recurrió en casación. (Todo lo anterior en el FD 1.º). El *Tribunal Supremo* no casó.

<sup>746</sup> HECHOS (de la *STS, 1.ª, 21.11.2012*; FD 1.º).–El 08.03.2005 el cliente (una empresa) y el *Banco Español de Crédito, SA* celebraron dos contratos por los que se obligaban a «intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos de interés fijos y un tipo variable sobre un importe nominal, durante el periodo de duración pactado para la operación» («*permutas financieras de tipo de interés con tipo fijo creciente en rango*») (cursivas del original). Dichos contratos sustituían a otros dos, de igual contenido, que habían funcionado desde hacía un año, y extinguidos anticipadamente. Se trataba de una operación *meramente especulativa* («el importe nominal de los capitales convenidos [...] constituyeron [...] una mera referencia contable sólo tomada en consideración para el cálculo de los intereses durante la vigencia de las relaciones contractuales»). En desacuerdo con el resultado económico de los contratos, el cliente dedujo diversas pretensiones que, según la primera y la segunda instancia, trataban exclusivamente de la anulación de los contratos por error vicio y sus consecuencias. *En primera instancia se desestimó* la demanda, y *en segunda se estimó*. El banco recurrió en casación y el *Tribunal Supremo estimó* el recurso: entendió que *no había base para anular los contratos por error*, pues «cabe decir que la operación financiera, en su conjunto, tuvo un carácter meramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados./ De esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante, no sólo por resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada, sino, también, porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida» (FD 5.º).

<sup>747</sup> HECHOS (de la *STS, 1.ª, 29.10.2013*).–El 27.11.2006 una empresa (dedicada a la ejecución y promoción de obras) y el *Banco Santander, SA* celebraron un contrato marco de operaciones financieras y en su desarrollo celebraron un contrato de «*swap bonificado reversible media*», por el que se obligaban al intercambio de las cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y otro variable de interés a un importe nominal virtual y por un plazo de cinco años. La empresa participó con distintos resultados en las liquidaciones de los años 2007, 2008 y 2009, e interpuso demanda alegando error vicio («al desconocer, fundamentalmente por el comportamiento de la demandada y la insuficiente información previa que le había proporcionado [el banco], cuáles eran los verdaderos riesgos económicos de la operación, finalmente actualizados en su perjuicio»); alegó, subsidiariamente, otras pretensiones. *En primera y en segunda instancia se estimó el error*, por la «creencia inexacta respecto de los riesgos de la aplicación de los tipos de interés al importe nominal elegido». El banco interpuso recurso por infracción procesal, y de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El *Tribunal Supremo estimó* el recurso de casación, al entender que *no hubo error*; señaló: «[...] del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada sobre el resultado de la operación, con la que [...] afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer que el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia./ Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y

que hubiera habido error. Del modo que sigue, se recuerda en aquella STS, 1.<sup>a</sup> de Pleno, 20.01.2014 esa jurisprudencia, añadiéndose una importante apostilla (v. nota 748).

«[FD] 11. [...] Sobre esta normativa legal [arts. 1265, 1266 y 1300 y ss. CC], esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. [cursiva, negrita en el original]

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (“*pacta sunt servanda*”) imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad –autonomía de la voluntad–, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “*lex privata*” (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer –además de sobre la persona, en determinados casos– sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto [sic] es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC ). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas *presuposiciones* – respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. [V. *supra* nota 695]

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas–y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con

---

en las relaciones con las entidades bancarias, como [...], padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable» (FD 8.ºII). En cuanto a lo alegado subsidiariamente por el cliente, el Tribunal Supremo, en funciones de Tribunal de instancia, lo desestima (FD 9.º).

otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. *Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error [cursiva mía]*<sup>748</sup>.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»<sup>749</sup>.

<sup>748</sup> Comparando lo que acabo de reproducir del FD 11.º de la STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014 (para el caso se consideró que *hubo error*) con lo que puede leerse en el FD 4.º de la STS, 1.ª, 21.11.2012 ([215] y *supra* nota 746; para el caso se consideró que *no hubo error*), y en el FD 7.º de la STS, 1.ª, 29.10.2013 ([215] y *supra* nota 747; para el caso se consideró que *no hubo error*), se comprueba que esos FD 4.º y FD 7.º son prácticamente iguales a lo que se indica en el reproducido FD 11.º, *salvo la apostilla del FD 11.º que he marcado en cursiva*. En su comentario de la STS, 1.ª 21.11.2012 [RDM (2013) pp. 407-442], MORALES MORENO señaló: «[...] pensando en el objeto al que el error se refiere, es oportuno recordar en este caso que puede consistir en (a) [...] o (b) en una falsa representación del contenido del contrato. Una falsa representación del contenido del contrato puede existir, tanto en el error en la declaración (si se admite que se ha perfeccionado el contrato), como cuando un contratante presta su consentimiento a un contrato que no conoce (no se representa subjetivamente) de modo adecuado. El error sobre el contenido del contrato puede referirse a aspectos esenciales del contrato o a aspectos no esenciales del mismo [sic]./ El error, de existir en el caso de esta sentencia [de 21.11.2012], sería un error acerca del contenido del contrato. Consistiría en una incorrecta representación del riesgo asumido al contratar. [...]» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 429). Con anterioridad, para el error en los contratos aleatorios, MORALES MORENO (1988) pp. 246-249.

<sup>749</sup> Esas abstractas consideraciones de la STS, 1.ª, de Pleno 20.01.2014 acerca de los requisitos del error –sobre qué recae y que ha de ser esencial y excusable– se reiteran,

*Y en cuanto a la relación deberes de información/error, en la considerada STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014 se afirmó que, «[p]or sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error» (FD 12.º); que «podiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información» (FD 12.º); que «los deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente» (FD 12.º); y que «[e]n caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la*

---

más o menos igual, en posteriores sentencias (se trata de una asentada y reiterada jurisprudencia); limitándose al año 2015, sucede así en las: a) STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015 (*supra* [9] b) [A]): error en el contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia, FD 7.º-4; b) STS, 1.ª, de Pleno, 15.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 3868/2015): error vicio en el cuarto contrato de *swap* de intereses en lo que se refiere al coste de su cancelación anticipada por el cliente, FD 9.º; y FD 10.º y 11.º; c) STS, 1.ª, 16.09.2015 (*supra* [9] b) [B]): error vicio en la compra de valores (participaciones preferentes) *Landbanski Island*, FD 5.º, núms. 1, 2, y 5; d) STS, 1.ª, 16.12.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5450/2015): error vicio en diversos contratos de *swap* novados en diversas ocasiones, FD 8.º; e) STS, 1.ª, 29.12.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5694/2015): error vicio en contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación (FD 1.º, núms 1 y 2), FD 9.º; f) STS, 1.ª, 30.12.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj 5668/2015): error vicio en un «contrato de Intercambio de Tipo Fijo» (FD 1.º), v. FD 7.º; g) STS, 1.ª, 30.12.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5669/2015): error vicio en un contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (FD 1.º1), FD 9.º *En el año 2016*, por ejemplo, la STS, de Pleno, 1.ª, 03.02.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 91/2016): error vicio en la adquisición de acciones dentro de la oferta pública de suscripción de acciones (para los hechos de la sentencia, *supra* nota 670), FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 1.

*existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»* (todas las anteriores cursivas, más; FD 13.º)<sup>750</sup>. Las anteriores ideas están presentes (su esencia) en otras posteriores sentencias del Tribunal Supremo, y puede afirmarse que constituyen una asentada y reiterada jurisprudencia<sup>751</sup>.

[216] Por último, voy a referirme a la *STS, 1.ª, de Pleno, 18.04.2013* –Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 2589/2013– que conoció de una demanda de *indemnización de daños y perjuicios* ejercitada por el cliente, por la compra de participaciones preferentes de *Lehman Brothers*<sup>752</sup>. El Tribunal

<sup>750</sup> V. todo el FD 12.º y el 13.º de la *STS, 1.ª, de Pleno, 20.01.2014*.

<sup>751</sup> Limitándome al año 2015 (en todos los siguientes casos se admitió la impugnación del contrato por error vicio del cliente): a) *STS, 1.ª, de Pleno, 12.01.2015* (*supra* [9] b) [A]): contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia, FD 7.º, núms. 4, 5, 6, 7, y 9, en particular núm. 7; b) *STS, 1.ª, 16.09.2015* [*supra* [9] b) [B]]: error vicio en la compra de valores (participaciones preferentes) de *Landbanski Island*, v. FD 5.º núms. 3, 4, 8 y 9; c) *STS, 1.ª, 13.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4238/2015): error vicio en el contrato llamado «de confirmación swap ligado a inflación» (FD 1.º), v. FD 3.º, núms. 3, 4 y 5; d) *STS, 1.ª, 15.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4237/2015): error vicio en la celebración de contrato marco, y tras varios contratos, se contrató un «swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock-ou» (FD 1.º, núms. 1 y 2), v. FD 7.º, núms. 1, 3, y 4; e) *STS, 1.ª, 15.10.2015* (Pte. Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4271/2015): error vicio del contrato marco y de dos contratos, uno de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, y otro de confirmación de *swap* ligado a la inflación (FD 1.º1), v. FD 3.º, núms. 3, 4, 5, 6 y 7; f) *STS, 1.ª, 04.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4946/2015): error vicio de contrato marco de operaciones financieras y de la confirmación de permuta financiera de tipos de interés, v. FD 13.º, núms. 2, 3, y 5; g) *STS, 1.ª, 04.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 4948/2015): error vicio del contrato marco de operaciones financieras y de contrato llamado «confirmación swap ligado a inflación» (FD 1.º1), v. FD 2.º, núms. 8 y 10; h) *STS, 1.ª, 16.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5450/2015): error vicio de diversos contratos de *swap* que fueron novados en diversas ocasiones, v. FD 9.º; i) *STS, 1.ª, 29.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5694/2015): error vicio de contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación (FD 1.º, núms 1 y 2), v. FD 10.º; j) *STS, 1.ª, 29.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj 5673/2015): error vicio de «confirmación de opciones de tipos de interés collar» (modalidad de contrato de permuta de interés) (FD 1.º4, FD 3.º1), v. FD 4.º, núms. 6, 7, 8, y 9; k) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj 5668/2015): error vicio de un «contrato de Intercambio de Tipo Fijo» (FD 1.º), v. FD 8.º; l) *STS, 1.ª, 30.12.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 5669/2015): error vicio de contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (FD 1.º1), v. FD 10.º

Interesante, por cuanto que *no* admite el error vicio alegado, la *STS, 1.ª, 23.04.2015* (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 1732/2015); se adquirió el producto financiero «bono estructurado autocancelable semestral BBVA, SAN y TCAN» (FD 1.º1); v. FD 7.º, en particular su núm. 8.

<sup>752</sup> HECHOS.—Un matrimonio (el cliente) celebró con el BBVA un contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. El banco le adquirió valores complejos y de alto riesgo, como las participaciones preferentes de *Lehman Brothers Holdings INC*, cuyo valor se redujo en la cantidad que se reclama al banco en concepto de indemnización de daños y por cumplimiento negligente del contrato. La reducción de valor se debió a la quiebra de *Lehman Brothers*. Al celebrar el contrato, el cliente había optado por un perfil de riesgo muy bajo. *En primera instancia* se estimó la demanda. *En segunda instancia* se estimó la apelación del banco, y se revocó la sentencia de primera instancia, absolviéndose

Supremo destaca el importante valor que la información tiene en el mercado de valores, y que al profesional se le impone el cumplimiento de un estándar elevado de información, siendo su *obligación de información una obligación activa y no de mera disponibilidad* (en ocasiones, esto último se indica en sentencias en las que el Alto Tribunal considera que hubo *error vicio* en la celebración del contrato de *swap* u otro contrato complejo de riesgo).

«Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera [...]. Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, [...] así como en la normativa reglamentaria [...]

[...]

Que con anterioridad a la suscripción del contrato se remitieran correos electrónicos a los demandantes, a través [...], no supone tampoco el cumplimiento del estándar de información exigido por la normativa del mercado de valores a la vista de que la información facilitada no alerta en absoluto sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva [...]. Tampoco lo supone que la empleada del banco se ofreciera a facilitar los datos que se le pidieran. *La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad.* El contrato de gestión discrecional de cartera de inversión es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores. [...]. La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado

---

al banco. El cliente interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todo lo anterior en el FD 1.º El *Tribunal Supremo* estimó el recurso de casación (confirmó el fallo de primera instancia).

sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible» (cur-siva mía; FD 7.<sup>o753</sup>).

## 2.2 El error de derecho, en particular

[217] Indiqué *supra en* [206], que el artículo 1266 CC incluía al error de derecho, por lo que se le aplican los antes expuestos requisitos del error. Con ello, podría parecer que bastaba en cuanto a su análisis. Sin embargo, el error de derecho ha tenido una importante evolución, consistente en que, de irrelevante, ha pasado a poder ser relevante, evolución de la que doy cuenta *centrándome* en el error de derecho *en el contrato*. Interesan el derogado artículo 2 CC, y el vigente artículo 6.1 CC (reforma de 1974); para el error de derecho en el contrato, además, está el mentado artículo 1266 CC<sup>754</sup>.

Derogado artículo 2 CC: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

Artículo 6.1 CC (reforma de 1974): «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

### 2.2.1 SU NOCIÓN

[218] Según Oliva Blázquez, la doctrina coincide en que el error de derecho «consiste en la ignorancia de una regla jurídica [...] o en el falso conocimiento o errónea interpretación de una norma de derecho que lleva a un sujeto a concluir un acuerdo»<sup>755</sup>.

### 2.2.2 LA EVOLUCIÓN DEL ERROR DE DERECHO: DE SU IRRELEVANCIA, A SU RELEVANCIA

[219] El artículo 989.II PCC 1851 dispuso que «el error de derecho no anula el contrato» [*supra* nota 667, a)], y el artículo 2 PCC 1851, que «[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa». Al

<sup>753</sup> En ese FD 7.<sup>o</sup> de la STS, 1.<sup>a</sup> de Pleno, 18.04.2013 se cita, más adelante, a la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 22.03.2011; sobre esta última, MORALES MORENO, *RDM* (2013) pp. 420-423.

<sup>754</sup> OLIVA BLÁZQUEZ lleva a cabo un análisis de Derecho comparado del error de derecho; expone los Derechos italiano (*Codice civile* de 1865, y de 1942), francés (antes de su reforma de 2016), alemán, inglés y estadounidense, además de otras indicaciones de Derecho comparado [(2010) pp. 207-248].

<sup>755</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 25; v. también p. 35.

comentar el artículo 989 PCC 1851, García Goyena destacaba que el error había de «*ser de hecho*. El error ó ignorancia del derecho no excusa ni aprovecha, porque á nadie es permitido ignorarle, según el artículo 2» PCC 1851 (cursiva del original)<sup>756</sup>. El autor decía que el artículo 989.II PCC 1851 era consecuencia del artículo 2 PCC 1851<sup>757</sup>. En cambio, el *Anteproyecto de Código civil* de 1882-1888 reguló *conjuntamente* el error de hecho y el de derecho, y *para ambos* dispuso, que para invalidar el consentimiento habían de «recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impelido a celebrarle» (art. 1279.I; *supra* nota 667, b)]. El artículo 2 APCC 1882-1888 prescribía que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Ya en el *Código civil*, en su artículo 1266 *desaparece* la *expresa* mención del error de hecho y de derecho del artículo 1279.I APCC 1882-1888, empleándose *solo* el término «error»; el *entonces vigente* artículo 2 CC dispuso, que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»<sup>758</sup>.

[220] La interpretación del *anterior* artículo 2 CC incidió en la cuestión de la posible relevancia del error de derecho. Oliva Blázquez informa que los *juristas* del periodo *inmediatamente anterior al Código civil* «parecían reconducir el problema del error de derecho a la cuestión del desconocimiento de las leyes. Es decir, al ser la ignorancia de las leyes inexcusable, el *error iuris* no podrá ser alegado en ningún caso, pues se presume que todos deben conocer el derecho»<sup>759</sup>, y «[l]a situación no parece cambiar sustancialmente

<sup>756</sup> GARCÍA GOYENA, «Comentario del artículo 989 PCC 1851» (1852) p. 525; antes decía: «El Código de la Luisiana tiene 28 artículos sobre el error que tambien distingue en error de hecho y de derecho, definiendo este segundo: “El que consiste en sacar falsas consecuencias legales de la existencia de hechos de que se está bien informado”, artículo 1816. [...] y por fin cierra la materia con el párrafo 7, *De los errores de derecho* en un solo artículo (1840). “El error de derecho, igualmente el de hecho, impide la validez del contrato, cuando este error es su principal causa” [...] / Era, pues, preciso decidirse por el artículo 1840 de la Luisiana, ó redactar nuestro artículo 989, conforme á la letra y espíritu del artículo 2: hizose lo segundo, porque no siendo permitido à ninguno ignorar el *derecho*, tampoco debe serle el eximirse del contrato por la escepcion de este error; á mas de que, en caso contrario, se abriría la puerta á muchos intrincados pleitos» (cursiva del original; *op. cit.*, pp. 524-525).

<sup>757</sup> GARCÍA GOYENA: «[...] Pero la citada 31, título 14, Partida 5, comprende tambien lo civil y dice: “Tal escusanza non debe valer: ca tenemos que todos los de nuestro señorío deben saber estas leyes” / Este mismo es el espíritu y sentido de nuestro artículo 2 [PCC 1851]: en este concepto se hallan redactados el 989 y el 1895 [PCC 1851]. Es una consecuencia del artículo anterior [el 2]: [...] nadie puede excusarse con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber, porque á nadie excusa su propia falta» [«Comentario del artículo 2 PCC 1851» (1852) p. 3].

<sup>758</sup> La anterior descripción de la evolución en el tratamiento del error de derecho (PCC, APCC 1882-1888, CC) suele ser habitual; por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 143, p. 117; OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 88-90, 271-273, 313; se apoya en De Castro y Bravo, L. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 212.

<sup>759</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 274-275 (se refiere a Gutiérrez Fernández, Sánchez de Molina Blanco, Gómez de la Serna, Elías, García Goyena, Falcón); MORALES

con la entrada en vigor del Código civil» (cursivas mías)<sup>760</sup>. Sobre la *jurisprudencia*, esta «en su primera fase, [...] se mostró inicialmente contraria a la admisión del error de derecho, [...], ya que el Tribunal Supremo acogió el viejo axioma de que el error de derecho a nadie aprovecha y en ningún caso puede servir de excusa» (cursivas mías)<sup>761</sup>. Pero «[j]ustamente en 1929 el maestro Felipe Clemente DE DIEGO publicaba su importante obra *Instituciones de Derecho civil español*, en la cual delimitaba con toda corrección y rigor los términos del secular problema [...]. Según sus propias palabras, la ignorancia no puede ser invocada por los ignorantes para huir de la eficacia de la ley, pero sí que puede alegarse dicha ignorancia cuando esté incorporada a un estado de hecho productivo de consecuencias jurídicas: la buena fe del poseedor, del prescribiente, en el matrimonio putativo ... (error de derecho)» (versalitas y cursiva del original)<sup>762</sup>. Desde entonces (1929) y hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 –indica Oliva Blázquez– la mayoría de los autores entendió que el (antiguo) artículo 2 CC no excluía la posible relevancia del error de derecho<sup>763</sup>. Carrión Olmos apunta, que «[s]in duda alguna, una construcción doctrinal del *error iuris* con propia entidad no es posible hallarla hasta la publicación en 1949 de la obra de Federico De Castro (*Derecho civil de España*), de cuyos planteamientos en la materia será tributaria en mayor o menor medida toda la doctrina

---

MORENO (1990) pp. 1465-1466, quien cita a Gutiérrez, Fernández Elías, Sánchez de Molina Blanco, y Falcón, y añade que «[o]tros autores *silencian* toda referencia al error de derecho, al tratar del error en los contratos» (cursiva mía) como Febrero, Gómez de la Serna, «[m]as esto no significa que se admita [el error de derecho en los contratos], porque el concepto de error que se maneja como presupuesto de la impugnación del contrato se limita al error de hecho» (*op. cit.*, p. 1465); MORALES MORENO hace una particular referencia a Escriche (excepción), que admite la impugnación de una obligación asumida por error de derecho, no sobre el objeto, sino «acerca de la causa; el que determina que la obligación carezca de verdadera causa (causa putativa)» (*op. cit.*, p. 1465; en pp. 1461-1464, el autor analiza el tratamiento del error de derecho en el PCC 1851 con referencias a García Goyena, y también a Escriche).

<sup>760</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 276, v. hasta p. 277 (en donde se refiere a diversos autores).

<sup>761</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 277, v. hasta p. 279.

<sup>762</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 279; también CARRIÓN OLMOS lo destacó: «[e]l cambio de orientación ya plenamente consolidado cabe hallarlo en la obra de Clemente de Diego (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929), de gran influencia en la doctrina posterior» [(1990) p. 416].

<sup>763</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 280; señala que así se pronunciaban De Buen, Espín Cánovas, Pérez González/Alguer, Castán, Albaladejo, Valverde, Bonet Ramón, Puig Peña, Peña Bernaldo de Quirós y Alonso Pérez (*op. cit.*, p. 280; v. la nota siguiente a esta). OLIVA BLÁZQUEZ hace, además, una particular referencia de la opinión de De Castro y Bravo: «[...] habría que destacar una vez más, por el considerable peso, entidad y claridad de su formulación, a la construcción doctrinal llevada a cabo por el profesor Federico DE CASTRO en su excepcional obra *Derecho civil de España*, sobre todo si tenemos en cuenta que sus certeros planteamientos han sido el punto de partida inexorable de toda la doctrina posterior que, en el fondo, ha resultado tributaria en un considerable grado de sus enseñanzas» (*op. cit.*, p. 281, hasta p. 282).

posterior»<sup>764</sup>. Retornando a la jurisprudencia, Oliva Blázquez indica que «[e]fectivamente, a pesar de que hubo sentencias que denegaron la admisión del *error iuris*, lo cierto es que la jurisprudencia se mantuvo oscilante, e incluso a finales del siglo XIX ya es posible encontrar alguna resolución judicial favorable a la relevancia jurídica del error de derecho»<sup>765</sup>. Tras referirse a las SSTS de 03.01.1887, 07.12.1899, 04.04.1903, Oliva Blázquez apunta, que «[c]on posterioridad, y salvo alguna excepción, otras muchas sentencias han reconocido la relevancia del error de derecho en nuestro sistema jurídico (entre otras, SSTS de 24 marzo 1930, 7 julio 1950, 20 marzo 1951 y 27 febrero 1954), perfilando con mayor precisión su concepto (STS de 25 mayo 1963 [...] y 14 junio 1963 [...]) así como otorgando las pautas básicas para la aplicación e interpretación de la figura (STS 6 abril 1962 [...])» (cursiva mía)<sup>766</sup>.

En esa conocida y citada STS 25.05.1963 –Pte. Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín; RJAr. 3586/1963–<sup>767</sup> se lee:

«Que el error que vicia el consentimiento con arreglo a los arts. 1265 y 1266 del C Civ., consistente en el falso conocimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no querida efectivamente, puede derivar de la ignorancia de una norma jurídica en cuanto su contenido, existencia o permanencia en vigor para el caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a realizar el negocio jurídico concertado como consecuencia de ese desconocimiento porque el art. 1265, citado, no distingue a estos efectos entre el error de hecho y el de derecho, razón por la cual y tras algunas vacilaciones se ha admitido como causa invalidatoria del consentimiento en numerosas sentencias y entre otras en las de 4 abril 1903 y 7 julio 1950 [...], siendo en todo

<sup>764</sup> CARRIÓN OLMOS (1990) p. 417; se refiere a De Buen, Pérez González/Alguer; v. la nota inmediatamente anterior a esta de OLIVA BLÁZQUEZ; DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1949) pp. 525-530.

<sup>765</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 282-283; v. la nota siguiente.

<sup>766</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 284-285, v. desde p. 283. Una buena *síntesis* de la jurisprudencia y el error de derecho (de sus líneas), MORALES MORENO (1990) pp. 1470-1471, y en las pp. 1471 ss. analiza con detenimiento la jurisprudencia (sus sentencias); para el error de derecho y la jurisprudencia, con carácter general, CARRIÓN, *RDP* (1990) pp. 187-209, 210 [en otro trabajo, dicho autor destaca que la jurisprudencia actuó antes que los autores en el reconocimiento del error de derecho, (1990) pp. 414-415 y nota 19; v. p. 417]; también para la jurisprudencia, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 144, pp. 117-118; y DE VERDA Y BEAMONTE, cuyo análisis de la jurisprudencia sobre el error de derecho se centra en el requisito de su excusabilidad [(1999) nota 20 en pp. 68-72, v. desde p. 67].

<sup>767</sup> HECHOS.–Según describe CARRIÓN, «[...] el recurrente (propietario del local) [erró] sobre la existencia de un derecho de retorno de la legislación arrendaticia urbana extinguido por caducidad, la creencia en cuya existencia determina a su vez el reconocimiento en acto de conciliación del derecho del arrendatario a instalarse en el nuevo local» [*RDP* (1990) p. 204; v. hasta p. 205]; MORALES MORENO (1990) p. 1475, para la descripción de los hechos de la STS 21.05.1963. De «emblemática» –califica DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 20 en p. 69– a «la STS 25 mayo 1963».

caso preciso para obtener tal resultado que el error sea sustancial (SS. de 1 julio 1915 y 16 diciembre 1923), no imputable a quien lo padece (S. de 21 de octubre 1932 [...] y 16 diciembre 1957 [...], y con nexo de causalidad entre el mismo y la finalidad que se pretende (S. de 14 junio 1943<sup>768</sup>) [...] requisitos que no concurren en el supuesto que aquí se contempla [...]» (cdo. 5.º).

[221] *Ya en el vigente Código civil*, este, tras disponer que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», ordena que «[e]l error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» (art. 6.1, I y II). Oliva Blázquez critica esa ubicación legal del error de derecho en el artículo art. 6.1.II CC, junto con lo dispuesto en el artículo 6.1.I CC, al ser «dos instituciones distintas e impermeables en tanto y en cuanto el primero [el error de derecho] jamás supone una excepción ni contradice al segundo [la inexcusabilidad del cumplimiento del derecho]», y considera más lógico que se hubiere hecho «una mención expresa al error de derecho en sede de vicios del consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC), o incluso haber optado [en la reforma del Código civil de 1974] por no tocar nada»<sup>769</sup>. Critica, igualmente, el «*únicamente*» del artículo 6.1.II CC, que evoca una excepcionalidad del error de derecho que *no es cierta*<sup>770</sup>. *En su opinión* –también en la de otros autores, antes y después de la reforma del Código

<sup>768</sup> Para dicha STS *supra* [209] [A].

<sup>769</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 288-290; v. pp. 296-297; defiende el tratamiento unitario del error de hecho y de derecho, *op. cit.*, pp. 46-52. Según CARRIÓN OLMOS, la ubicación del error de derecho, tras la ignorancia de la ley (art. 6 CC), «responde a una razón tan elemental como la constituida por la identidad del término objetivo de referencia sobre el que se proyectan ambas figuras», que es «que [la] ignorancia y [el] error *recaen sobre normas*» *jurídicas* «[l]o que lleva al legislador a buscar para éste [el error de derecho] una ubicación en el Código en inmediata continuidad de aquélla [la ignorancia]», dejando claro que son «figuras distintas» [cursiva mía; (1990) pp. 408-409, v. hasta p. 410; y v. pp. 417-426]; «la importancia del artículo 6.º, 1.º hay que hallarla, a mi juicio [CARRIÓN OLMOS], más en la admisión de su relevancia [del error de derecho] que en la clarificación misma de la figura» (*op. cit.*, p. 407; v. desde p. 406).

<sup>770</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 289, 290-291, 364-366; en pp. 292-295 expone las distintas interpretaciones habidas del artículo 6.1.II CC y entiende: «En definitiva, puede decirse que el legislador lo único que hace en este confuso precepto [art. 6.1 CC] es reconocer que la eficacia del *error iuris* estará limitada a lo que establezcan las leyes que no excluyan ni explícita ni implícitamente su posible relevancia jurídica. Por lo tanto, no es necesaria una previa tipificación de los supuestos legales en que se admite el error de derecho, ya que, como señala, entre otros, LUCINI CASALES, el *error iuris* no sólo procede cuando la ley expresamente lo declara, sino también cuando de su interpretación racional emane su admisión. Así pues, el *error iuris* debe ser relevante en principio en todos aquellos casos en que el texto legal se refiera al error sin más especificación –es decir, sin distinguir entre el error de hecho y el de derecho– o le reconozca de alguna forma eficacia jurídica. Por supuesto, siempre y cuando pueda llegarse a la conclusión, tras una previa tarea interpretativa llevada a cabo a través de las herramientas hermenéuticas proporcionadas por el artículo 3.1 CC, de que la norma en cuestión incluye de alguna forma al error de derecho» (pp. 293-294; v. p. 314). LUNA SERRANO apunta «[e]l sentido restrictivo de la redacción del precepto, aunque es intrascendente» [(1987) núm. 302, p. 64, y antes (1981) p. 454].

civil de 1974— el artículo 1266 CC *incluye* al error de derecho<sup>771</sup>, error de derecho que ha de ser *esencial*<sup>772</sup> y *excusable*<sup>773</sup>. Sobre los (posibles) tipos de error de derecho y su problemática (si son relevantes), Oliva Blázquez se refiere al que recae sobre una ley imperativa<sup>774</sup>, sobre el régimen jurídico del contrato<sup>775</sup>, o sobre las cualidades jurídicas del objeto otorgadas por una norma imperativa<sup>776</sup> —supuestos de edificabilidad del suelo, que considera de error de derecho, no de hecho<sup>777</sup>; de exportabilidad de las mercancías<sup>778</sup>—.

<sup>771</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (menciona los arts. 1265 y 1266 CC) (2010) pp. 295-296, 315, v. desde p. 313 y la nota inmediatamente anterior a esta. Lo incluyen en el artículo 1266 CC, DE CASTRO Y BRAVO, ed. fac. (1971) § 143, p. 117, y con anterioridad ed. fac. (1949) p. 530; MORALES MORENO (1990) p. 1469. V. M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 199, p. 650. PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER señalan: «[c]reemos firmemente que no procede distinguir entre el error de hecho y el de derecho» [(1935) p. 200].

<sup>772</sup> Sobre ello (error de derecho y jurisprudencia), OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 315-326.

<sup>773</sup> Sobre ello (error de derecho y jurisprudencia), OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 326-353; MORALES MORENO (1990) pp. 1481-1482; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 200, p. 651.

<sup>774</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 366-376; teniendo en cuenta la previa opinión de Morales Moreno, OLIVA BLÁZQUEZ considera que dicho error «no puede resolverse con criterios generales, sino caso a caso, en función del alcance de cada norma», y «lejos de ser una cómoda vía de escape ante un problema de indudable enjundia», entiende que solo es la «que permite alcanzar una solución factible, realista y ecuánime», aunque «la seguridad jurídica resulte insuficientemente garantizada» al dejarse «a la discrecionalidad de los jueces [...] discernir cuándo el *error iuris* sobre una norma de derecho imperativo es o no relevante» (*op. cit.*, p. 376); MORALES MORENO (1990) p. 1485, pero v. pp. 1483-1487.

<sup>775</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 377-382; considera «difícilmente imaginable» que prospere dicho error, *por ser difícil que sea esencial*: es improbable que si se hubiera conocido la norma dispositiva y de carácter supletorio, el contratante no hubiera prestado su consentimiento, teniendo en cuenta que aquella/as son «reglas complementarias y accesorias al régimen básico o primario del contrato»; además, «la circunstancia jurídica sobre la que [el error] incide debe haberse incorporado en cierto modo al contenido del contrato como presuposición del mismo, cosa que no suele acontecer en estos casos»; y el derecho dispositivo integrador del contrato «suele ofrecer, por regla general, una reglamentación adecuada y equilibrada de los intereses de ambos contratantes, por lo que su desconocimiento o ignorancia no ha de suponer en sí una amenaza para los intereses de las partes»; (*op. cit.*, pp. 381-382). MORALES MORENO diferencia según que el error fuera compartido por ambos contratantes, o fuera solo de uno de ellos [(1990) pp. 1488-1489; trata del error sobre el derecho dispositivo desde p. 1487].

<sup>776</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) p. 382.

<sup>777</sup> OLIVA BLÁZQUEZ llama la atención de que, para esos casos, el Tribunal Supremo evite emplear la expresión *error iuris*, ofreciendo una pluralidad de razones para tal conducta; a su entender, es «claramente [...] un caso de error de derecho»; (2010) pp. 383-387.

<sup>778</sup> OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 402-405; *para el comprador* de un bien con el fin de exportarlo, considera que *le resulta inútil acudir al error de derecho*, pues la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* dispone un «complejo y detallado régimen jurídico para los bienes calificados de históricos y culturales» (*op. cit.*, pp. 402-403); y *para el vendedor* (de buena fe) que hubiere exportado, entiende «que el error de derecho es teórica y técnicamente posible, ya que en ningún caso implica una vulneración o conculcación del espíritu de la norma imperativa ignorada (recuperación del bien para el patrimonio español)», si bien será «muy difícil» que prospere, pues en la mayoría de los casos será un error inexcusable (*op. cit.*, p. 405).

### 2.3 El error en la declaración (error obstativo): su noción y el problema del régimen de ineficacia aplicable

[222] Según Morales Moreno, hay «error en la declaración cuando un “signo expresivo”, emitido (voluntaria o involuntariamente) por un sujeto, es susceptible de ser valorado como expresión de una determinada voluntad, y esa voluntad significada no corresponde a la verdadera voluntad del sujeto emittente, sin que el mismo lo haya advertido»<sup>779</sup>. Para el error en la declaración defectuosa o inadecuada, De Castro y Bravo indica, que «[p]uede resultar [...] de una equivocación al expresarse (el trabucarse), cuando no se quiso emplear el signo, las palabras dichas o escritas (“lapsus linguae”, “lapsus calami”, errata), o no se quiso realizar aquel acto en concreto, como cuando se quiso efectivamente firmar un documento o carta y se firma o envía otro distinto. Cabe que la inexactitud resulte de la utilización de un intermediario, quien transmite o formula mal lo querido; así, por ejemplo, por telégrafo, mensajero, amanuense, funcionario autorizante. El error puede recaer no sólo sobre la elección misma del signo, sino también en la atribución al mismo de un determinado sentido; por ejemplo, utilizar palabras equívocas, plurivalentes o de significado técnico distinto al normal. En fin, pueden haberse empleado expresiones inadecuadas para designar lo querido (nombre, señas, distintivos, indicaciones que individualizan inadecuadamente)»<sup>780</sup>.

[223] Dejando al margen el error sobre la identidad del cocontratante (art. 1266.II CC), el Código civil no regula expresamente el error en la declaración y si este no puede solucionarse con la interpretación contractual –por ejemplo, *falsa demonstratio non nocet*– surge la cuestión del régimen de ineficacia aplicable, habiendo dos posturas (y siendo el error esencial y excusable). Según unos procede la disciplina del artículo 1266 CC que conlleva la *anulabilidad*; según otros, por haber ausencia del común consentimiento contractual (art. 1261.1.º CC; disenso oculto), se aplica la *nulidad absoluta* del contrato (este es inexistente). La jurisprudencia aplica esto último<sup>781</sup>.

<sup>779</sup> MORALES MORENO (1988) p. 111. V. CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/18, pp. 279-280.

<sup>780</sup> DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) § 154, p. 123; v. LUNA SERRANO (1981) p. 451; MORALES MORENO (1988) p. 113; JORDANO FRAGA (1988) pp. 64-72; M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núm. 212, p. 654.

<sup>781</sup> Indican la anterior situación de nuestro Derecho y/o exponen su opinión: PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER (1935) pp. 196-199 («[o]pinamos [...] que cabe aproximar en el tratamiento de sus consecuencias el error obstativo al error previsto en el artículo 1266 del C.c.»); DE CASTRO Y BRAVO ed. fac. (1971) §§ 158-159 pp. 124-125, v. además § 160 pp. 125-126 (considera que la «teoría del trato análogo [aplicación de la regulación legal del error vicio al error en la declaración], considerada más progresista por su mayor flexi-

[A] Para el error en la declaración es *clásica* la mención de la STS 23.05.1935 (RJA 1124/1935)<sup>782</sup>:

«CONSIDERANDO [1.º]: Que no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro derecho, sino además de la norma contenida en los artículos 1265 [...] relativos a la nulidad de los contratos [...], siquiera haya de ser atenuado el rigor de ese principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes:

Primera: Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirma, ya que, si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real.

Segunda: Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la “bona fides” y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que

---

bilidad, no llega, [...], a convencer»); LUNA SERRANO (1987) núm. 302, pp. 61-63, y con anterioridad (1981) pp. 451-453, en particular desde p. 452 (partidario de la nulidad absoluta/inexistencia); MORALES MORENO (1988) pp. 116-118, 183-186 (tiene presente el elemento del contrato al que afecta el error; si es un elemento esencial, «a la propia identidad del objeto o a la causa», «la consecuencia del error será, en principio, la nulidad del contrato por falta de acuerdo de las partes sobre algo esencial en el mismo» y, si no recae en un elemento esencial, que no impide el nacimiento del contrato, la situación se aproxima a la del artículo 1266 CC y «[e]l contrato será anulable»); RAMS ALBESA, «Comentario del artículo 1261 CC» (1993) pp. 24-25; L. Díez-PICAZO (2007) pp. 210-211, 220 (partidario de la anulabilidad); OLIVA BLÁZQUEZ (2010) pp. 406-411 (partidario de la anulabilidad); M. J. MARÍN LÓPEZ (2013) núms. 213-215, pp. 654-655, v. también núm. 216 en p. 655 (la nulidad absoluta «parece la más acertada»); QUICIOS MOLINA (2013) núms. 28-30, pp. 1369-1370; GARCÍA VICENTE, «Comentario del artículo 1266 CC» (2013) pp. 9103-9104; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1261 CC» (p. 605) y «Comentario del artículo 1266 CC» (p. 626) (2016); CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/20, pp. 280-281 («[e]n mi opinión, por razones funcionales, su tratamiento debe ser el del error en general, es decir, el del error al que se refiere sustancialmente el CC, y que afecta al proceso de *formación* del consentimiento, y no a su *manifestación*», cursiva del original, *op. cit.*, p. 280). V. también DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN con cita de jurisprudencia (2005) pp. 132-133.

<sup>782</sup> HECHOS.—«J. M. R. adquiere una participación en un billete de lotería, que firma L. G. M., quien guarda en depósito el billete; el amanuense de este último consignó en el resguardo entregado a J. M. R. el número 24.630 en vez de 24.642, que era el que tenía en su poder L. G. M. (número que también aparece en el resguardo); el número 24.642 tuvo un pequeño premio (25 pesetas) y el número 24.630 resultó premiado con el premio gordo de la lotería de Navidad. J. M. R. demanda a L. G. M., al Banco del que éste era empleado y al amanuense a que le abonon lo que corresponde a ese premio gordo» [hechos descritos por DE CASTRO y BRAVO ed. fac. (1971) § 162 p. 126].

pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido<sup>783</sup>.

[...]

CONSIDERANDO [4.º]: Que el artículo 1261 del Código civil, único interesante y fundamental para la solución del caso debatido, [...], precisamente fué aplicado con justeza y acierto por la resolución recurrida, ya que la distracción (“lapsus calami”) padecida por el escribiente encargado de declarar y formalizar la voluntad de don [...], hubo de tener la trascendencia inevitable de producir una divergencia entre la voluntad y su manifestación exterior respecto al número jugado, que implica una disconformidad o disenso en cuanto a la identidad del objeto mismo del contrato y hace a éste inexistente, según el citado artículo, toda vez que mientras que el cesionario, al aceptar y recibir el resguardo muestra su conformidad en adquirir una participación en el número determinado que figura en dicho resguardo, el cedente le ha querido transmitir un número distinto y tal desacuerdo excluye el consentimiento, que es elemento esencial del contrato e impide, por ende, la formación y nacimiento del mismo»<sup>784</sup>.

[B] *Más cercana en el tiempo es la STS, 1.ª, 02.02.2016* (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 330/2016) en la que se considera inexistente el contrato, por error en la declaración del comprador (error esencial y el comprador había sido diligente)<sup>785</sup>:

<sup>783</sup> Sobre la exigencia jurisprudencial de la excusabilidad del error para el error en la declaración, DE VERDA Y BEAMONTE (1999) nota 5 en pp. 62-64, con anterioridad v. nota 14 en p. 28.

<sup>784</sup> Pero DE CASTRO Y BRAVO lo soluciona así: «[...], hay que señalar que la interpretación de las voluntades llevaría (en contra de lo considerado por el T.S.) a negar el disenso. La voluntad de J. M. R. era comprar *una participación* (de lo que encargó a un hijo menor) en el billete depositado y no en el de un determinado número; antes del sorteo hay que presumir la indiferencia respecto al número; averigado el verdadero número del billete depositado, habría simplemente que rectificar la declaración. Lo que lleva a que, si la situación hubiera sido inversa, la de que el número del billete depositado fuere el premiado, habría habido que rectificar también la declaración y participado J. M. R. en el premio gordo. En el caso de la sentencia. [*sic*] J. M. R. tendrá derecho a las 25 pesetas y, en su caso, si el error fue especialmente culpable (amanuense conocidamente descuidado), a pedir indemnización como “pretium doloris” (desilusión) y por gastos hechos (p. ej. en la celebración del premio)» [ed. fac. (1971) § 162 pp. 126-127]. Para los hechos de la sentencia, *supra* nota 782. V. MORALES MORENO, *infra* nota 857; CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/21, pp. 281-283.

<sup>785</sup> HECHOS (FD 1.º).—El comprador compró el 30.06.2005 (y elevado el contrato a escritura pública el siguiente 7 de julio) unas fincas registrales al *Banco Santander Central Hispano* (vendedor). El comprador creyó que las fincas que adquiría se ubicaban junto a la sede de su empresa, y demandó al banco señalando *la nulidad del contrato por error en el objeto*. El banco se opuso, entre otras cosas, porque, en caso de error, la acción ejercitada había caducado a los cuatro años. *En primera instancia se desestimó* la demanda: se entendió que hubo error vicio y la acción había caducado. El comprador recurrió y la *Audiencia Provincial* revocó la sentencia: consideró que hubo *error obstativo*, siendo el contrato «nulo de forma radical, inexistente, no rigiendo por consiguiente el plazo de caducidad» (FD 1.º-2). El banco interpuso recurso por infracción procesal y de casación (el último por no haber error obstativo, sino error vicio; motivo único). *El Tribunal Supremo no casó*.

«Se ha expuesto con anterioridad la doctrina jurisprudencial sobre la distinción del error-vicio y el error-obstativo<sup>786</sup>. Se puede precisar que en el error vicio aparece errónea la voluntad y en el error obstativo, lo erróneo es la declaración, divergente con la voluntad. En el primero se declara con una voluntad equivocada (viciada) y en el segundo se quiere una cosa y se declara otra, se declara lo que no se quiso.

Este es el caso presente, partiendo de los hechos probados. La persona demandante, compradora, declara comprar unas fincas, se le dice que son unas determinadas, se le exhibe un plano catastral, recibe información de una entidad, y como está probado “pensó equivocadamente” que compraba unas parcelas que incluso visitó “motivo fundamental por el que prestó su consentimiento” (también hecho declarado probado); parcelas que estaban en determinado lugar, próximo a otras de su propiedad.

Más tarde, celebrada la compraventa, comprueba que las parcelas compradas y pagadas e identificadas en el Registro de la Propiedad no se corresponden a las parcelas catastrales que pertenecen a un tercero. Lo cual no es otra cosa que declarar la compra de algo, pensando equivocadamente que se trataba de un terreno y no era éste sino otro distinto. La realidad del error obstativo es clara.

En el motivo de casación se citan como doctrina jurisprudencial dos sentencias de esta Sala. La de 28 septiembre 1996 trata de un error vicio consistente en su calificación urbanística pero no se trata de una declaración divergente de su voluntad, sino de una voluntad “viciada” por un error. La de 13 julio 2012 también califica el caso de error vicio “una vez examinados los hechos probados”. Nada de ello coincide con el caso de autos, a la vista de los hechos probados en que la voluntad del demandante era una y la declaración (compra unas parcelas que ni quiere ni le interesan) fue otra. En definitiva, declaración distinta a la querida, “falta de coincidencia entre voluntad y declaración” dice la sentencia de 22 diciembre 1999<sup>787</sup>.

2. La consecuencia de ello es que falta el verdadero consentimiento, elemento esencial del negocio jurídico (artículo 1261 del Código civil) lo que da lugar a la inexistencia del mismo y, por ende, a la ausencia de la posibilidad de prescripción y de caducidad, así lo dice expresamente la citada sentencia de 22 diciembre 1999. Todo ello, atemperado por los principios de responsabilidad y confianza, y partiendo de que la discrepancia recaiga sobre un objeto esencial.

<sup>786</sup> Dicha exposición: «Y sobre el error obstativo, es clara la sentencia de 22 diciembre 1999 que expresa: “... El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente... artículo 1266 se refiere al error vicio y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de esta norma lo concreta el artículo 1300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo), aquél provoca la anulabilidad (por el vicio), éste la inexistencia (por la falta de uno de los elementos)”» (FD 2.º-2).

<sup>787</sup> V. la nota anterior a esta.

En el presente caso, ciertamente el comprador tuvo el error sobre la esencialidad del objeto (una finca por otra) y en la confianza en la parte vendedora (nunca se ha mencionado dolo) y sin falta alguna de su responsabilidad (que en nada faltó a la diligencia)» (FD 4.º).

## II. LA PMCC

### 1. LOS ARTÍCULOS 1303 Y 1450/1460 PMCC<sup>788</sup>: LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[224] El artículo 1303 PMCC se encuentra en el Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV de la PMCC; y el artículo 1450/1460 PMCC, en la Sección Primera «De la entrega de la cosa vendida», del Capítulo III «De las obligaciones del vendedor», del Título IV «Del contrato de compra y venta», del Libro IV de la PMCC. Conviene llamar la atención sobre el dato de que, *en 2005*, el *Ministerio de Justicia* publica el artículo 1450, y *en 2009*, el artículo 1303 PMCC<sup>789</sup> (en este último se percibe la influencia de la regulación de la imposibilidad inicial de los PECL y de los *Principios UNIDROIT*, *supra* [14] s., [39] ss., respectivamente).

[A] Artículo 1303 PMCC: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo».

Según el núm. VI de la EM de la PMCC, «[...] Mas se facilita también [la celebración del contrato] al aceptar la regla, *que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el*

<sup>788</sup> a) *En 2005*, el *Ministerio de Justicia* publica una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa*, de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (*BIMJ*, mayo 2005, núm. 1988, pp. 108-124), cuyo artículo 1450 interesa ahora. b) *En 2009*, el *Ministerio de Justicia* publica la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (*BIMJ, Suplemento*, enero 2009, año LXII), cuyo artículo 1460.I tiene la misma redacción que el artículo 1450 de la anterior *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* de 2005 [anterior letra a)]; c) *En 2009*, el *Ministerio de Justicia* publica el libro *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* [ISBN 978-84-7787-116-3] que utilizo en el trabajo (*supra* nota 28); en esta *Propuesta* los artículos 1450 y 1460 *PMCC* tienen la misma redacción y por ello los menciono conjuntamente en el trabajo. V. RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) nota 154 en p. 40; FENYO PICÓN, *ADC* (2010) [58] [i] p. 117, y [2] b) pp. 50-51, y [2] d) pp. 55-56; CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2013) p. 361.

<sup>789</sup> V. la nota inmediatamente anterior.

contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación» (cursiva mía).

[B] Artículo 1450/1460 PMCC: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

Según el núm. XV de la EM de la PMCC: «La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los Ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460 [del CC]. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código. El [anterior] artículo 1460 [del CC] ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450 [PMCC]».

## 1.1 El análisis y la valoración del artículo 1303 PMCC por algunos autores

[225] *En 2010* analicé ese artículo 1303 PMCC. Señalé el cambio que instauraba frente a la regulación del Código civil, y que no impedía la posible impugnación del contrato por vicio del consentimiento, en particular por error, o dolo. Lo indiqué así.

«[54] La norma del artículo 1303 PC [PMCC] rompe con el sistema del Código civil. En el Código civil se recoge una regla tradicional: *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185). El artículo 1261.2.º CC señala que no hay contrato (invalidez), si no hay objeto cierto que sea materia del contrato y, según el artículo 1272 CC, “[n]o pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios que sean imposibles”. En la *Propuesta civil* [PMCC], en cambio, no se requiere *para la validez del contrato* que la prestación sea inicialmente posible. La misma regla se aplica –la de que no afecta a la validez– al hecho de que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disposición de los bienes en el momento de la perfección del contrato. Para este otro supuesto, la *Propuesta civil* [PMCC] también constituye una novedad, en el sentido de que habría un expreso pronunciamiento legal, pues entre nuestros autores se ha ido progresivamente asentando la idea de que en tal caso

el contrato es válido (me limito a recordar, a modo de ejemplo, la discusión doctrinal sobre la validez de la venta de cosa ajena; *vid.* por ejemplo la STS, 1.<sup>a</sup>, 26-02-2008 referida a la enajenación de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que corresponde al enajenante, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, FD 2.<sup>o</sup>, RJ 2008/2819)» (cursiva del original)<sup>790</sup>.

«[55] Si bien el artículo 1303 PC [PMCC] dispone que *el mero hecho* de la imposibilidad inicial u originaria de la prestación o el mero hecho de carecer inicialmente de facultades de disposición, *no afecta a la validez del contrato*, ello no impide que el contrato pueda *anularse* (art. 1305 PC [PMCC] [...]) *si hay causa para tal impugnación*. Tal posible causa se halla en los vicios del consentimiento, y, en particular, en el error y en el dolo. La *Propuesta civil* [PMCC] regula el error en el artículo 1298 PC [PMCC] y el dolo en el artículo 1300 PC [PMCC]»<sup>791</sup> (cursiva del original).

[226] *En 2011*, teniendo presente la situación del Derecho español (normativa, jurisprudencia), Valpuesta Fernández entendió que «resulta más clarificador del panorama normativo prescindir de la exigencia de que el objeto sea posible, y remitir sus consecuencias al conjunto de los remedios al incumplimiento como ha hecho el art. 1303 de la Propuesta de Reforma de la Comisión de Codificación: “[...]”, recogiendo lo ya dispuesto en el art. 4:102 PECL y art. II.-7:102 DCFR; muy en la línea de facilitar la celebración de negocios con las mínimas trabas posibles y dejar para un momento posterior el ajuste de cuentas entre los contratantes»<sup>792</sup>.

[227] Y *en 2015*, Ribot Igualada ha afirmado que «no se puede decir que los importantes cambios que propone la PMCC [en sus arts. 1303, 1460] respondan a una crítica doctrinal de las reglas todavía vigentes [arts. 1261.2.<sup>o</sup>, 1272, 1460.I CC]. Más bien al contrario, a diferencia de otros países, en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual o, más concretamente, de la regla *impossibilium nulla obligatio est*»<sup>793</sup>. Apunta, que «[e]n general, [...] la doctrina ha

<sup>790</sup> FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [54] pp. 103-104; v. también [iv] en p. 108; para el artículo 1303 PMCC y otras cuestiones [52]-[56] pp. 100-116. RIBOT IGUALADA destaca el cambio de la PMCC frente al Código civil, *RDC* (2015) pp. 40-41. Sobre la modernización del objeto del contrato, MORALES MORENO (2016) pp. 48-60.

<sup>791</sup> FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [55] pp. 109-110; v. la nota anterior a esta y *ADC* (2010) [62]-[63], pp. 122-125. Para el artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22; para el artículo 1298 PMCC, *infra* [231] ss; para el artículo 1300 PMCC, *infra* nota 919.

<sup>792</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 1272 CC» (2016) p. 646 (cito la 2.<sup>a</sup> edición de 2016, pero la autora señaló su opinión en la 1.<sup>a</sup> edición de la obra de 2011, y de ahí que en el cuerpo del texto indique año 2011); «Comentario del artículo 1271 CC», *op. cit.*, p. 642, v. también pp. 644-645.

<sup>793</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 45; anteriormente indica: «[...] en el área latina, por lo general, no se ha discutido su oportunidad [la regla *impossibilium nulla obligatio est*] [...]» (*op. cit.*, p. 4).

tendido a reproducir acríticamente los principios que se derivan de los artículos 1272 y 1460 CC»<sup>794</sup>. Pero «[p]arece oportuno reseñar, con todo, la gran influencia de los profesores Díez-Picazo, Pantaleón y Morales Moreno en la nueva formulación contenida en la PMCC»<sup>795</sup>. *Ahora bien*, superada la regla de la nulidad para la imposibilidad inicial por la PMCC, «surge de inmediato la cuestión de qué responsabilidad incumbe al deudor en ese caso» y «la Exposición de Motivos [de la PMCC, su núm. XV; *supra* [224] [B]] encamina la respuesta [...] a la sede del incumplimiento, en su nueva configuración unitaria y a la que se vinculan los distintos remedios para la satisfacción del interés del acreedor frustrado»<sup>796</sup>. Además, Ribot Igualada considera, para la imposibilidad inicial,

<sup>794</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 45; esos principios derivados de los artículos 1272 y 1460 CC son, que el contrato es nulo si falta su objeto, lo hayan o no conocido las partes y con independencia de que alguna de ellas pueda exigir la oportuna indemnización por culpa *in contrahendo* (mala fe) (*op. cit.*, pp. 45-46; en las notas a pie de página cita a M. J. Marín López, y Moralejo Imbernón); «[...] también se dice que aunque quepa invocar el error como causa de anulación del contrato, “la falta de objeto que en todo caso se produce obliga a aplicar el régimen más intenso de la nulidad absoluta”» (*op. cit.*, p. 46; la consideración es de Quicios Molina, *op. cit.*, nota 181 en p. 46).

<sup>795</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 46. Sobre: a) *L. Díez-Picazo*, «ya puso de relieve hace mucho tiempo que la función normativa del objeto contractual, en el CC, es muy reducida, limitándose a cumplir el papel de una rúbrica bajo la cual se colocan los problemas de imposibilidad y de determinación», y que llamó la atención acerca de que en los ordenamientos continentales el contrato se considera como un instrumento creador de deberes para las partes y eso explica que no puedan crearse deberes de hacer imposible, pero, si el contrato exige a cada contratante que garantice o que se haga responsable de algo, aquel obstáculo conceptual se diluye, ampliándose las posibilidades de la autonomía contractual (*op. cit.*, p. 46); b) *Morales Moreno*, este se manifestó en la misma línea a propósito de textos internacionales (CISG, Directiva 1999/44/CE) que «proponen un modo muy distinto de entender el objeto: no es la cosa tal cual es, sino *como debe ser*, es decir con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener. Esta concepción allana el camino a un nuevo modelo de responsabilidad contractual en que es incumplimiento cualquier desviación del deber ser del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo. Incluidos los casos de imposibilidad inicial, “porque el incumplimiento no se predica de la conducta debida del deudor [...] sino del contrato”» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 46); c) *Pantaleón*, este «formuló de modo muy convincente las limitaciones intrínsecas de la regla *impossibilium nulla obligatio est*. Siguiendo lo que había venido repitiendo la mayoría de la doctrina alemana con respecto al antiguo § 306 BGB, [...] defendió la necesidad de desprenderse de la regla de la nulidad por imposibilidad inicial, y someter ésta y la sobrevenida a reglas sino idénticas sí muy semejantes en orden a la determinación de los remedios o instrumentos para la satisfacción del interés del acreedor» (*op. cit.*, pp. 46-47).

<sup>796</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 47, v. hasta p. 48; sobre el texto del núm. XV de la EM de la PMCC, referido al artículo 1450/1460 PMCC, había señalado: «es clarificador en la medida en que apunta que la justificación del cambio [normativo de la PMCC, frente al Código civil] radica en la superación del concepto *material* de objeto contractual, que se sustituye por un concepto de objeto *ideal*, en el que se remite en su contenido o alcance a lo convenido o prometido por las partes y no a cierta realidad tangible, presente o futura, a la que la promesa contractual debe hacer referencia. Por otro lado, se deja anotado que, como consecuencia de este enfoque, el régimen del contrato de compraventa en que la cosa vendida se ha perdido o no puede llegar a existir debe ser el del incumplimiento y no la invalidez por imposibilidad inicial. Al contrario, se presupone que el contrato es válido y eficaz. [...]» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 41; v. la nota inmediatamente anterior).

que también puede operar la impugnación del contrato por error<sup>797</sup>. Afirma, «la regla *impossibilium nulla obligatio est* merece ser derogada y sustituida por otra que, como el artículo 1303 PMCC, aclare más allá de cualquier duda que la mera imposibilidad física o jurídica de la prestación no determina la nulidad del contrato y comporta sujetar la posible responsabilidad del deudor incumplidor a lo dispuesto en el contrato»<sup>798</sup>.

## 1.2 El análisis y la valoración del artículo 1450/1460 PMCC por algunos autores

[228] También en 2010 traté de dicho artículo y también reproduzco lo que dije.

«[58] En el Código civil, puesto que no pueden ser objeto de contrato las cosas imposibles (arts. 1272, 1261.2.º CC), si la cosa objeto de compraventa se hubiera perdido en su totalidad en el momento de la celebración del contrato, el contrato queda “sin

---

<sup>797</sup> Diferencia supuestos: en la «imposibilidad inicial de la prestación, la PMCC permite a cualquiera de las partes –y por tanto también el deudor– anular el contrato por error si se trata de un error compartido por ambas partes, siempre que sea esencial y no fuese inexcusable para la parte que lo invoca, ni ésta debiera soportar ese riesgo de acuerdo con el contrato. /No obstante, como que de entrada la PMCC aborda la imposibilidad inicial como cualquier otro supuesto de incumplimiento, al derogar la regla previgente *impossibilium nulla obligatio est* y configurar unitariamente el incumplimiento como falta de realización de la prestación contractualmente comprometida, el acreedor frustrado por la imposibilidad (inicial) tiene a su disposición los remedios propios de cualquier incumplimiento definitivo. Sobre la base de la imputación de la imposibilidad inicial al deudor, el acreedor podrá resolver o no, y exigir en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento. Pero también tiene a su disposición la posibilidad de anular el contrato –pues la Propuesta no contiene regla alguna de preferencia o exclusividad en favor de los remedios del incumplimiento– con base en que se trataba de un error imputable a la parte deudora, que detectó o debió detectar el error y no advirtió oportunamente. La diferencia radica en que, en caso de optar por la anulación el [sic; del] contrato, el alcance de la indemnización se limitará al interés contractual negativo, incluso cuando el deudor había obrado dolosamente. Si la imposibilidad inicial no es imputable al deudor, esto no excluye la posibilidad del acreedor de resolver el contrato, liberándose de su propia prestación, ni tampoco la posibilidad de anular el contrato si se trata de un error compartido por ambas partes, pero tanto en un escenario como en el otro deberá asumir las pérdidas generadas por la celebración del contrato, ya que falta en la Propuesta una base legal para imputar al deudor, en ese caso, responsabilidad *in contrahendo*. / Por otro lado, configurada la situación de imposibilidad inicial como una eventualidad que da lugar a la responsabilidad contractual del deudor, haciéndole responsable salvo que pruebe que el impedimento a la propia prestación era ajeno a su esfera de control e imprevisible o inevitable, una posible salida para el deudor sería conseguir que se anulara el contrato. Sin embargo, los presupuestos para la liberación de su responsabilidad en el artículo 1209 PMCC y las condiciones para el éxito de la impugnación por error en el artículo 1298.3 PMCC, hasta cierto punto se solapan y pueden concluirse que difícilmente podrá anular por error quien debería responder por incumplimiento. Y a la inversa es muy posible que quien podría anular el contrato por haber padecido en [sic] un error excusable sobre la imposibilidad inicial de su prestación y no recaer ese evento bajo su esfera de riesgo contractual, probablemente tampoco deberá responder por incumplimiento» [RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 54-55].

<sup>798</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 55, v. hasta p. 59; también p. 23, y v. desde p. 19.

efecto” (art. 1460.I CC). En la *Propuesta civil* [PMCC], al no afectar a la validez del contrato la imposibilidad inicial de cumplimiento (art. 1303), se puede, *bajo el presupuesto de que en el contrato se incorporen y garanticen estados de la realidad*, reconducir al incumplimiento el hecho de que el vendedor no pueda entregar la cosa por su pérdida total y definitiva antes de la perfección de la compraventa. Ese criterio inspira la redacción del artículo 1460.I PC [PMCC]»<sup>799</sup>.

«[60] *Presupuesto de aplicación.*—No siempre que el vendedor no pueda materialmente entregar la cosa por causa de la imposibilidad inicial va a responder bajo las reglas del incumplimiento. Ello tendrá lugar, según el artículo 1460.I PC [PMCC], si el comprador hubiera confiado razonablemente en la posibilidad de poder ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (conforme al régimen de cada uno de ellos). ¿Cómo ha de entenderse esto? En mi opinión, ello ha de entenderse en el sentido de que a la regla contractual se incorpora el que el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador. Esa vinculación se basa en la confianza que el vendedor ha generado en el comprador de que será así. Tal confianza se genera, unas veces, por las declaraciones de voluntad expresas o por el comportamiento concluyente del vendedor. Ha, pues, de interpretarse el contrato (arts. 1278 a 1281 PC [PMCC] [...]). En otros casos, la vinculación del vendedor se produce porque conoce de la pérdida de la cosa en el momento de la celebración del contrato y no informa de ello al comprador; la vinculación surge del dolo. Su silencio conlleva, según la buena fe (art. 1243 PC) [PMCC], la asunción de la no entrega. Esa asunción se gobierna por las reglas del incumplimiento»<sup>800</sup>.

[229] *En 2013*, para Clavería Gosálbez, el artículo 1450/1460 PMCC incurre «ambos en el error, probablemente inspirado en la reforma alemana de 2001, de tratar un claro supuesto de nulidad por falta de objeto con otro de incumplimiento; se me dirá que incurro en conceptualismo y que ese vendedor merece ser tratado como incumplidor, pero ignoro por qué debemos quebrantar la lógica y por qué descartamos la responsabilidad del que nunca será vendedor cuando el contrato no nace por su conducta antijurídica»<sup>801</sup>.

[230] *En 2015*, tras analizar el artículo 1303 PMCC (*supra* [227]), Ribot Igualada pasa al examen del artículo 1460 PMCC. Y al respecto, «[I]o que más llama la atención» es que la PMCC mantenga «una regla *ad hoc* [ese art. 1460 PMCC] para el supuesto de imposibilidad inicial u originaria de la prestación del vendedor»<sup>802</sup>,

<sup>799</sup> FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [58] p. 117.

<sup>800</sup> FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [60] pp. 118-119; y sobre la aplicación de los remedios por incumplimiento, de la PMCC, [61] pp. 120-121; para su crítica, RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 49-51.

<sup>801</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) p. 361. Para la imposibilidad inicial en el Derecho alemán, antes y después de su reforma de 2002, RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 33-36.

<sup>802</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 48.

por lo que «en principio y por razón de especialidad, la imposibilidad de entregar la cosa vendida “por causa anterior a la celebración del contrato” estaría sometida a un régimen distinto a la imposibilidad de cumplir el contrato derivada de causas posteriores a ese momento»<sup>803</sup>. Sin embargo, no ve «razones para sujetar la compraventa a un régimen distinto al general [el del incumplimiento, *supra* [227]] para el caso de pérdida o imposibilidad inicial. Con todo, si se desea mantenerse el nuevo artículo 1460 I CC [PMCC] en su redacción actual, su interpretación debe realizarse de un modo coherente con el conjunto, subsumiendo en las reglas generales la responsabilidad del vendedor en supuestos de imposibilidad inicial de la entrega de la cosa y, en particular, por lo que se refiere a la responsabilidad por incumplimiento, en los artículos 1205 y siguientes PMCC [que regulan el remedio de la indemnización de daños y perjuicios]. La subsunción del supuesto [de la imposibilidad inicial] dentro del marco del artículo 1209 PMCC [que ordena cuándo el deudor no ha de indemnizar]<sup>804</sup> es imprescindible y no supone extender la responsabilidad del vendedor más de lo que implícitamente parece querer la propuesta [PMCC]»<sup>805</sup>. Señala, que «puede decirse que el comprador siempre debe poder confiar razonablemente en la posibilidad de que la cosa le sea entregada, y que podrá defender su interés mediante los remedios propios del incumplimiento con la única excepción de que él mismo haya asumido el riesgo de la imposibilidad celebrando un contrato aleatorio [...]»<sup>806</sup>. «Por otra parte, siempre hay hechos o circunstancias que obstaculizan el cumplimiento y que no deben quedar cubiertos por la garantía del vendedor, precisamente porque el interés de cumplimiento del comprador no queda tutelado con carácter absoluto o sin posibilidad de exoneración del vendedor. [...], no hay razón para suponer que el deudor garantiza siempre absolutamente la inexistencia de impedimentos originarios –es decir, que el vendedor garantiza la existencia de la cosa al venderla y que indemnizará al comprador si el resultado consistente en la entrega no se alcanza *por cualquier causa anterior a la celebración del contrato*. En realidad, la distribución del riesgo de la imposibilidad inicial resulta necesariamente del examen de los tér-

<sup>803</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 48.

<sup>804</sup> Artículo 1209.I PMCC: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: / 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. / 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias».

<sup>805</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 52.

<sup>806</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 52.

minos del contrato, explícitos e implícitos, en conexión con los usos, la naturaleza del contrato y, en último término, la buena fe. Este análisis es el que permite llegar a la conclusión, en un caso concreto, de que procede o no hacer responder por incumplimiento a quien vendió una cosa inexistente. Es el mismo análisis que también requiere, en términos generales para todos los contratos, el artículo 1209 I PMCC»<sup>807</sup>. Teniendo presente al artículo 1209.I PMCC, el autor concluye indicando, que «[e]l vendedor responde por incumplimiento en caso de actualización del riesgo de imposibilidad originaria cuando había asumido ese riesgo o este debe ponerse a su cargo porque estaba en su esfera de control o resulta razonable que lo soporte según la interpretación del sentido y finalidad del contrato en el momento de su celebración. En otras palabras, porque, en esas condiciones, el comprador podía confiar razonablemente en la posibilidad de la entrega material de la cosa vendida»<sup>808</sup>.

## 2. EL ARTÍCULO 1298 PMCC: EL ERROR, Y LA INEXACTITUD EN LA EXPRESIÓN O TRANSMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

[231] El artículo 1298 PMCC se ubica en el Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV de la PMCC. En su tenor literal se palpa la influencia del error de los PECL y de los *Principios UNIDROIT* (*supra* [17] ss., [42] ss., respectivamente). Quienes se han ocupado del artículo 1298 PMCC señalan, además de lo anterior, que en él se positiviza lo que la doctrina de los autores y la jurisprudencia habían elaborado para el error del artículo 1266 CC. Así, López Frías, y Morales Moreno, de los que doy cuenta en el subapartado siguiente; de manera similar se ha manifestado Bosch Capdevila<sup>809</sup>.

[A] Artículo 1298 PMCC: «1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

<sup>807</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) pp. 52-53.

<sup>808</sup> RIBOT IGUALADA, *RDC* (2015) p. 54.

<sup>809</sup> En concreto, el artículo 1298 PMCC «se aparta del DCFR y de los PECL, y sigue más bien la línea del artículo 3.5 de los Principios Unidroit, aunque entronca también con la posición al respecto de la jurisprudencia española» [BOSCH CAPDEVILA (2012) p. 471].

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido<sup>810</sup>.

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo».<sup>811</sup>

[B] Núm. VII de la EM de la PMCC: «Los llamados vicios de la voluntad se mantienen aunque también adoptando respecto de ellos una regulación que trata de compaginar o cohonestar el principio de la libre voluntad negocial real con los principios de autorresponsabilidad, confianza y buena fe. [...] / De todo ello resulta una construcción que parece armónica y que puede, como se ha dicho, facilitar la contratación».

<sup>810</sup> Según MORALES MORENO, la posibilidad del artículo 1298.4 PMCC no la reconoce «expresamente [...] el CC, aunque resulta de aplicación por virtud del principio de buena fe, en cuanto límite del ejercicio de los derechos (art. 7 CC)» [cursiva mía; AAMN (2015) p. 735]. En 1988, había señalado que, a diferencia de otros códigos, el Código civil no preveía que el contrato celebrado con error se mantuviera si se rectificara y «la cuestión está en saber si, a pesar de ello, la parte que no ha padecido error puede ofrecer esta rectificación, para impedir el ejercicio de la acción de nulidad». Entendía que era posible y lo argumentaba considerando el significado y función del error, y en las reglas generales como el principio de la buena fe consagrado en el artículo 7 CC. Apuntaba que el error en los contratos sirve para proteger al contratante, porque su interés quedó insatisfecho y para solucionarlo tiene la vía indirecta de la desvinculación contractual, y «[n]o parece, por ello, razonable que rechace una posible propuesta del otro contratante en la que ofreciera satisfacer directamente su interés, aunque [sic, aunque] el contrato no lo imponga. Rechazarla sería contrario a la buena fe. Se produce así la siguiente alternativa: / a) Si el que padeció el error acepta el ofrecimiento del otro contratante de satisfacer directamente su interés, pierde legitimación para pedir la nulidad por el error, por falta de interés. / b) Si rechaza, injustificadamente, tal ofrecimiento, es posible paralizar, por contrario a la buena fe, el ejercicio de la acción de nulidad. [...]» [(1988) pp. 87-88]; v. CARRASCO PERERA (2017) núm. 7/85, p. 322. V. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 189-190.

<sup>811</sup> Otros aspectos de interés del error de la PMCC: a) Artículo 1302 PMCC: «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido *causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*» (cursiva mía); b) Para el plazo de ejercicio de la anulación del contrato, su cómputo y naturaleza jurídica, el artículo 1304 PMCC, *supra* [9] b) [C] y notas 20 y 21; y c) para el ejercicio de la facultad de anulación, y oposición mediante excepción, el artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22.

## 2.1 El entronque del artículo 1298 PMCC con el Moderno Derecho de contratos, y con la doctrina y la jurisprudencia sobre el error del artículo 1266 CC

[232] *En 2011*, Lopez Frías afirmó, que «sin lugar a duda [...], efectivamente, la revisión de la regulación del error se hacía necesaria porque la dicción del art. 1266 se ha visto desbordado por el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, [...]. De ahí que [...] todo intento de recoger normativamente estas doctrinas –que han tenido el laudable propósito de rellenar lagunas y carencias, [...] que forman ya parte del ser de la teoría del error– es siempre una buena noticia»<sup>812</sup>. Esas lagunas y carencias a las que se refería son el requisito de la excusabilidad del error, no recogido en el artículo 1266 CC; la omisión del error de derecho en el artículo 1266 CC; la importancia de los fines o motivos en la celebración del contrato, relacionados con el error en la causa; y la calificación jurídica del error obstativo o en la declaración<sup>813</sup>. Sentado eso, *para el artículo 1298 PMCC* destaca que es precepto «largo», «muy completo y bien redactado que se aparta, por su novedad, de la dicción literal del 1266 vigente»<sup>814</sup>, y «en una primera lectura [...], es verdad que puede asombrar su propia redacción; [y] su “formato” es novedoso porque sigue la línea marcada por los principios UNIDROIT (art. 3.5) [art. 3.2.2] y de los PECL (art. 4:103)»<sup>815</sup>. *Pero*, la «lectura más reposada» permite apreciar que los requisitos del error del artículo 1298 PMCC «no chocan ni contradicen lo que la doctrina y la jurisprudencia española estaba considerando y aplicando; su contenido, no nos resulta extraño»<sup>816</sup>. El

<sup>812</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 171.

<sup>813</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 170-171, y v. hasta p. 174.

<sup>814</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

<sup>815</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176. Para los PECL: «Efectivamente, si uno analiza y estudia los PECL y al lado maneja la citada propuesta de modernización [PMCC] claramente descubre la influencia fundamental de los primeros en el segundo. Esto, que es una directriz general en aquella, se da también específicamente en la materia que pretendemos tratar. ¿Se podría decir entonces que la propuesta copia los PECL? Sinceramente hay que contestar que no, porque la doctrina que recoge la propuesta, como antes se ha adelantado, ya venía aplicándose en España por nuestros tribunales y los distintos autores venían recogiendo requisitos y presupuestos que, aun no constando claramente establecidos en el art. 1266 Cc., estaban incluidos en su normal estudio. Así la incorporación de los PECL en materia de error, en la propuesta de anteproyecto, podríamos decir que ha sido “natural, sin sobresaltos o grandes novedades” porque su espíritu, su doctrina, ya estaba siendo de aplicación y estudio en España. Al contrario, lo que se puede pensar es que precisamente la doctrina y la jurisprudencia española se ha tenido en cuenta en la elaboración de los PECL. Quizás lo que más pueda llamar la atención es la casi traslación literal del art. 4:103 de los PECL hasta el art. 1298 de la propuesta, pero creo que hay que entender que es esta una situación querida y hasta buscada por la Comisión para allanar, al menos en este punto, la homogenización en materia contractual en todo el ámbito europeo» (*op. cit.*, p. 175).

<sup>816</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

artículo 1298 PMCC «sintetiza y aglutina los presupuestos que [...] [doctrina y jurisprudencia] han venido aportando a la teoría del error, o si se quiere, se codifica al fin las principales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia»<sup>817</sup>. En las *Consideraciones finales* de su trabajo, López Frías señala, que con el artículo 1298 PMCC «estamos ante un buen texto que recoge el Derecho europeo y que codifica los principios fundamentales que la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando como la esencia del régimen jurídico del error»<sup>818</sup>.

[233] *En 2015*, habiendo comparado el régimen del error construido a partir del artículo 1266 CC con el del artículo 1298 PMCC, Morales Moreno indica en la *Conclusión 1* de su trabajo, que «[e]l artículo 1298 PMCC aunque inspirado en principios del nuevo derecho de contratos, permite mantener, en buena medida, el desarrollo jurisprudencial del error en nuestro Derecho»<sup>819</sup>. El artículo 1298 PMCC «[e]stá inspirado en los UNIDROIT-Principles. Pero coincide, en buena medida, con la regulación de los PECL, DCFR y CESL. Puede afirmarse, por tanto, que sigue las orientaciones del Moderno derecho de contratos. Sin embargo admite ser interpretado conforme a la tradición asentada en nuestro derecho sobre el error»<sup>820</sup>. Y puntualiza (*Conclusión 2*) que «[h]ay una diferencia entre el artículo 1298 PM [PMCC] y el 1266 CC. La regulación del error en el Código civil es demasiado concisa. Ha necesitado de un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal, para poderla aplicar a las necesidades de la práctica. La regulación de la PM [PMCC] está más desarrollada y es más precisa. Esto contribuirá a aumentar la certidumbre y previsibilidad de la solución de los problemas de error»<sup>821</sup>.

## 2.2 El análisis del artículo 1298 PMCC. Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma

[234] En *primer lugar* analizo los apartados 1 a 3 del artículo 1298 PMCC referidos al «error» (error vicio); *después*, trato el apartado 3 del artículo 1298 PMCC que regula la «inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad» (error en la declaración); y *por último* expongo, como contrapunto, los apun-

<sup>817</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 176.

<sup>818</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 192; continúa: «Ahora bien, ciertamente se aprecian determinados puntos que quizás se podrían aclarar más; [...]» (*op. cit.*, p. 192).

<sup>819</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742; v. también p. 717.

<sup>820</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 721-723.

<sup>821</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 742-743; v. también p. 723.

tes de Clavería Gosálvez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma.

### 2.2.1 EL ERROR (ERROR VICIO)

[235] Según el *apartado 1* del artículo 1298 PMCC, el contrato puede anularse, si el error, padecido cuando la celebración del contrato<sup>822</sup>, fue esencial, y (1.º) fue provocado por la información dada por el otro contratante, o (2.º) este último conoció, o debió conocer del error, siendo contrario a la buena fe dejar al *errans* en esa situación, o (3.º) se trató de un error común<sup>823</sup>. Lo anterior se aplica al error de hecho y al de derecho<sup>824</sup> por expresa indicación del artículo 1298.1 PMCC (para el error de derecho y el art. 1266 CC, *supra* [217]-[221]).

A continuación, desarrollo cada uno de esos requisitos del error relevante.

[236] El *apartado 2* del artículo 1298 PMCC dispone *cuándo el error es esencial* (cuándo es determinante del consentimiento del *errans*; requisito del nexo causal). Y es esencial, si el error es de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación del que erró no habría contratado, o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos, si hubiera conocido la realidad de las cosas. En este punto, la PMCC recoge lo dispuesto en el artículo 3.2.2 (1) Principios UNIDROIT (*supra* [44]) y difiere de lo que se ha entendido por error esencial para el artículo 1266 CC (*supra* [207]-[208])<sup>825</sup>.

<sup>822</sup> LÓPEZ FRÍAS destaca que el artículo 1266 CC omite la indicación de que el error se produzca cuando la celebración del contrato, dato «muy importante y parece conveniente y lógico mencionarlo al principio» del artículo 1298 PMCC; el «artículo 1298 [PMCC] no ha querido dejar pasar este requisito del error para que no haya lugar a dudas de cuándo ha de producirse éste para que, verdaderamente, se pueda considerar el consentimiento como viciado y pueda por tanto suscitarse su anulación» [(2011) p. 177].

<sup>823</sup> Según LÓPEZ FRÍAS, el artículo 1298 PMCC «establece una especie de plantilla de situaciones en las que colocar cada caso concreto planteado, para calificar o no de esencial el error padecido y así poder dar lugar a la anulación del contrato. Esta plantilla es muy interesante desde una perspectiva teórica pero, sobre todo, desde el punto de vista práctico; y es claro que nos puede llevar a razonar de forma distinta a como lo estamos haciendo hasta ahora; quizás de una manera más sencilla y más sistemática: el error ha de ser esencial y además hay que encasillarlo en alguna de las circunstancias que el precepto menciona» [(2011) pp. 184-185].

<sup>824</sup> LÓPEZ FRÍAS apunta que el artículo 1298 PMCC recoge «otro de los puntos en los que la doctrina y la jurisprudencia española estaban conformes, aunque el art. 1266 del Cc no lo mencionara: el error que puede invalidar el contrato puede ser de hecho o de derecho» [(2011) p. 178]; CLAVERÍA GOSÁLVEZ aprueba «la alusión al error de derecho [del art. 1298.1 PMCC] como relevante» [(2013) p. 359, v. hasta p. 360].

<sup>825</sup> Cómo se entiende el error esencial del artículo 1298.2 PMCC, ha suscitado distintas valoraciones: a) Según LÓPEZ FRÍAS, «en este concepto de error esencial [del art. 1298.2 PMCC] también se aprecia un cierto salto de la concepción subjetivista del error, “teóricamente” seguida en nuestro Derecho (que tomaría en consideración si el contratante que lo ha sufrido habría o no celebrado el contrato si aquel no hubiera existido, admitiendo que pueda tener relevancia cualquier motivo erróneo), a la concepción más objetiva del mismo, porque tiene en cuenta la decisión que habría tomado una persona

[237] Por lo que se refiere al *error provocado por la información suministrada por el otro contratante* –art. 1298.1.1.º PMCC– López Frías entiende que «supone una novedad en la regulación del error en nuestro Ordenamiento pues si bien podía considerarse implícita en la teoría de este vicio de la voluntad, sí que no estaba claramente demarcada»<sup>826</sup>. Por su parte, Morales Moreno apunta que el contratante que suministra la información, incluso creyéndola verdadera, «asume el riesgo» de que la misma determinara al otro contratante a la celebración del contrato y en las condiciones celebradas, y «debe soportar la anulación del contrato, si es pedida por el otro contratante, aunque el error sea unilateral»<sup>827</sup>. La información inexacta suministrada por el otro contratante puede haberlo sido *sin dolo*<sup>828</sup>.

[238] *Para el error conocido o debido de conocer por el otro contratante, siendo contrario a la buena fe mantener en el error al contratante que lo padeció* –art. 1298.1.2.º PMCC– Morales Moreno apunta que es un «error imputable al otro contratante, *por omisión*» (cursiva mía)<sup>829</sup>. Esta causa del error «[e]xige dos requisitos: 1) Conocimiento, o *deber de conocer* el error que padece el otro contratante, 2) incumplimiento del *deber de información*, que impone la buena fe./ Al conocimiento se equipara el *deber de conocer*. El deber de conocer es distinto de la mera cognoscibilidad del error, por ser patente y no poder ser ignorado. Implica un *deber de*

---

razonable si se hubiera encontrado en tales circunstancias. Parece que en este caso la propuesta sigue el sistema objetivo propuesto por los principios UNIDROIT» [(2011) p. 180]; b) Para BOSCH CAPDEVILA, «La esencialidad [del art. 1298.2 PMCC] es unilateral y objetiva. Unilateral, porque basta que lo sufra la parte que lo invoca para anular el contrato. Y objetiva, porque no se valora si el error es esencial desde la concreta situación de la parte que lo sufre, sino que se atiende a los parámetros subjetivos de una “persona razonable”: si una persona razonable, y ya no el propio contratante, habría contratado de la misma manera si no hubiese incurrido en error» [(2012) p. 471; v. sus consideraciones sobre el art. 51.1.1.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero, infra* [269]]; y c) para MORALES MORENO, el «significado del error esencial [del art. 1298.2 PMCC] es diferente del que suele utilizarse en nuestro ordenamiento. En nuestro Derecho actual error esencial es el que reúne los requisitos necesarios para invalidar el contrato. La *esencialidad*, requisito del error, no solo exige que los motivos de un contratante, sobre los que recae el error, sean para él determinantes de la celebración del contrato, sino además que los mismos se hayan incorporado a la *causa concreta* del contrato. En cambio, conforme a la PM [PMCC], es error esencial el error que, por su magnitud, ha determinado a la parte a celebrar el contrato. A esta determinación subjetiva se aplica, como criterio de control, el de “una persona razonable en las [sic] misma situación”» [cursiva del original; *AAMN* (2015) p. 725; v. además *infra* [239] a propósito del art. 1298.1.3.º PMCC, error común].

<sup>826</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 182.

<sup>827</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

<sup>828</sup> MORALES MORENO: «El error provocado, como recuerda Castro, nos coloca en un campo situado entre el dolo y el error. Hay casos en los que puede existir un error provocado, sin dolo. Por ejemplo, el vendedor transmite información incorrecta sobre la autenticidad del cuadro, ignorando su incorrección (caso de error común). Además, el que en algunos casos de error provocado pueda existir dolo no excluye la anulabilidad del contrato por error» [*AAMN* (2015) pp. 729-730]. V. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 182-183.

<sup>829</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

*indagación* (sobre si existe o no el error) que, según el supuesto, ha de venir impuestos por una norma jurídica (por la Ley o por la buena fe)» (cursiva del original)<sup>830</sup>.

Al exponer la regulación del error del DCFR, destacué (*supra* [35]) que su artículo II.-7:201 recogía una *nueva* (posible) causa de error, comparando con el artículo 4:103 (1) (a) PECL, y consistía en que el error se originaba en que la contraparte no había cumplido ciertos deberes de información precontractual de los Libros II y IV del DCFR, o no había cumplido el deber de poner los medios para corregir los *inputs errors* [art. II.-7:201 (1) (b) (iii) DCFR]. No eran deberes de información *derivados del deber general de la buena fe*. Recordado eso y *retornando al artículo 1298 PMCC*, Morales Moreno apunta que la PMCC «no se refiere de modo directo» a los deberes *legales* de información «como hace, por ejemplo, el DCFR [art. II.-7:201 (1) (b) (iii) DCFR]. *Pero creo que el error (del contratante que debe ser informado) acompañado del incumplimiento de un deber de información del otro contratante, que podría haberlo evitado, debe ser imputado al contratante obligado a dar información. Aunque se mantenga la redacción del art. 1298,2 PM* [sic, 1; PMCC], el incumplimiento de un deber de información puede ser considerado como un supuesto de imputabilidad del error. El deber de conocer el error queda sustituido por la previsión legal del riesgo de error, que fundamenta el deber de información» (cursiva mía)<sup>831</sup>. *En mi opinión*, convendría *añadir expresamente* al artículo 1298.1 PMCC como (posible) causa de error, la del incumplimiento por el otro contratante de deberes *legales* de información precontractual (*supra* [214]-[216] para deberes de información/error del art. 1266 CC; *infra* nota 1195).

[239] Por último, *para el error común* –art. 1298.1.3.º PMCC– Morales Moreno señala, que la PMCC «no indica el concepto de error común que utiliza; lo da por supuesto. ¿Qué significado le hemos de dar? Creo que el mismo que, hasta ahora, ha caracterizado al error esencial en Derecho español. El error es común cuando los motivos de un contratante quedan incorporados, como presuposiciones, a la causa concreta del contrato (la causa en sentido subjetivo). O, dicho de otro modo, cuando ambos contratantes com-

<sup>830</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 730.

<sup>831</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 731; continúa: «El problema es la prueba del error. El TS, en jurisprudencia reciente sobre comercialización de productos financieros, presume la existencia de error invalidante cuando no se han cumplido los deberes de información. Corresponde a la entidad financiera probar que la información se dio, o que, a pesar de no haberse dado, no hubo error» (*op. cit.*, p. 731; en nota 44 cita la STS, 1.ª de Pleno, 20.01.2014; v. *supra* [215]. BOSCH CAPDEVILA: «[...]»; en cambio, a diferencia de lo que hace el DCFR, la PMCC no contempla la incidencia que pueda tener el incumplimiento del deber de información precontractual» [(2012) p. 472].

parten, en el contrato, el carácter básico de las presuposiciones sobre las que incide el error./ *La PM [PMCC], a través del error común, incorpora la idea de error esencial desenvuelta en nuestro Ordenamiento por la jurisprudencia y la doctrina (incorporación de los motivos a la causa concreta). Pero aporta cierta novedad. Delimita un supuesto alternativo de error invalidante: el unilateral, imputable al otro contratante. Esto tiene una importante consecuencia. Ya no es necesario convertir en error común (esencial) al unilateral, cuando es imputable al otro contratante, para que pueda tener relevancia jurídica. No hay que forzar el supuesto de error esencial, considerando incorporados al contrato motivos que directamente no tienen que ver con la función del mismo»<sup>832</sup> (cursiva mía). La PMCC «ha separado dos ámbitos en los que opera el error: el del error común (conectado a la causa concreta del contrato) y el del error imputable al otro contratante (que puede ser unilateral). *Ha diversificado adecuadamente el supuesto del error»* (cursiva mía; *Conclusión 3*)<sup>833</sup>.*

Además, Morales Moreno se detiene en la cuestión «de qué contratante está legitimado para pedir la nulidad del contrato», pues el error común «no legitima a cualquiera de los contratantes para pedir la nulidad del contrato. No basta que los dos contratantes se hallen en error (por ej. el comprador y el vendedor de un cuadro creen que es auténtico, no siéndolo). Tampoco basta que ese error haya sido determinante de la celebración del contrato para uno y otro contratante. Para el vendedor, porque, siendo honesto, no hubiera vendido un cuadro falso. Para el comprador porque no lo hubiera comprado (al menos, en el precio que pagó por él). Hace falta que la autenticidad del cuadro se haya incorporado al contrato, sea una exigencia del mismo. Y esa exigencia opera en interés de uno de los contratantes. Si el cuadro vendido es falso, la exigencia de autenticidad del mismo que resulta del contrato opera, en principio, en interés del comprador; él es el que merece protección por su error. Admitir que el vendedor de buena fe pueda anular el contrato invocando error, supondría liberarle de su posible responsabilidad (*in contrahendo*, contractual); desproteger al comprador, que es el que sufre las consecuencias dañosas del error. Aflora aquí la estrecha relación existente, en el error común, entre error e incumplimiento del contrato (garantía)»<sup>834</sup>.

<sup>832</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 727-728; v. *supra* nota 825 c).

<sup>833</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 743.

<sup>834</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 728-729. En 1988 y para el Código civil, trató la cuestión del legitimado para invocar el error, en el error común («en el sentido de que lo han experimentado ambos contratantes»); «[p]or ejemplo: tanto el comprador como el vendedor tienen una idea equivocada acerca de quien es el autor del cuadro vendido. ¿Pueden, por ello, ambos contratantes pedir la nulidad del contrato?». Apuntó que «[l]a expresión

Por su parte y para el error común, López Frías indica que este había sido ya analizado por nuestra doctrina<sup>835</sup> y jurisprudencia; que nuestro Ordenamiento no lo recoge –sí, otros de nuestro entorno<sup>836</sup>–; y que la PMCC le da una regulación específica<sup>837</sup>. El error común «se refiere a hechos o circunstancias tomadas en cuenta por ambas partes; o mejor, si se prefiere, que estén incorporadas al contrato como presuposición y exigencia del mismo. Como se decía, en España el error común aparece en el requisito de la esencialidad»<sup>838</sup>. Sobre la legitimación para impugnar el contrato por el error común, la autora, tras recordar la tesis de Morales Moreno e indicar «que no es consustancial al error común que cualquiera de los contratantes pueda pedir la anulación del contrato», indica que «aunque [eso] pueda parecer obvio, no se destaca en la propuesta [PMCC] como no lo hacen tampoco los PECL, y creemos que merecería la pena consignarlo al hablar de la posibilidad del error común, sobre todo, si se tiene en cuenta que –aunque reconocido implícitamente por la jurisprudencia– es una cuestión novedosa que no debe mencionarse sin al menos un mínimo de aclaración» (cursiva mía)<sup>839</sup>.

[240] *Pasando al análisis del apartado 3 del artículo 1298 PMCC, hay dos supuestos en los que el contrato no puede anularse por error. Uno, si el error es inexcusable. El otro, si quien se equivocó, debía soportar el riesgo del error de conformidad con el contrato. Ambos supuestos se conectan con un «y» y Sánchez-*

legal “vicios del contrato”» del artículo 1300 CC puede producir «algún equívoco, si no fuera porque» el artículo 1302 CC «destaca el carácter relativo de la acción de nulidad», con lo que «puede no ser suficiente haberse equivocado para poder pedir la nulidad del contrato», haciendo «falta otro elemento: el interés»; que haya error común «no significa que ambos contratantes estén igualmente interesados en el ejercicio de la acción de nulidad»; solo el contratante que, por su error, padece una insatisfacción en su interés contractual, tiene legitimación activa; ese interés puede constatarse a través de la lesión que el contrato pueda haber producido (alteración en su equilibrio). «En el ejemplo anterior, si el cuadro fuera más valioso de lo que se supuso, el interesado en el ejercicio de la acción de nulidad será el vendedor. Si, por el contrario, resulta ser menos valioso, el interesado será el comprador./ En la práctica, la lectura de las sentencias nos descubre cómo, en determinados casos, ante un mismo supuesto, ambos contratantes invocan el error, y cómo, también, los Tribunales se inclinan por sólo reconocerlo en el contratante que ha experimentado las consecuencias económicas desfavorables de esa falsa apreciación de la realidad./ [...]» [(1988) pp. 85-86].

<sup>835</sup> En nota a pie de página 50, p. 184, LÓPEZ FRÍAS cita a Morales Moreno [(2011)].

<sup>836</sup> En nota a pie de página 49, p. 184, LÓPEZ FRÍAS apoyándose en Estebán de la Rosa, indica que lo recogen expresamente los Derecho holandés, suizo y anglosajón, y que, en el Derecho alemán, la jurisprudencia cerró esa laguna con la doctrina de la caída de la base del negocio [(2011)].

<sup>837</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184.

<sup>838</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184; continúa: «Así, y siguiendo a Morales Moreno, se observa cómo el TS exige que recaiga “sobre lo que es base, materia y motivo, a un mismo tiempo, para celebrar el contrato (STS 17 julio 2000); sobre lo que es el fin perseguido conjuntamente por las partes (STS 14 mayo 1968); sobre lo que constituye la finalidad del negocio (STS 9 abril 1980)» (*op. cit.*, p. 184).

<sup>839</sup> LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 184.

Calero Arribas ha destacado que ello podría llevar a pensar que se está ante «supuestos [...] cumulativos, es decir, que, además de ser el error inexcusable, la parte que lo padeció debía soportar el riesgo de dicho error»<sup>840</sup>. «[N]o parece ser esa la intención de los redactores» de la PMCC<sup>841</sup>. Apunta que sería más adecuado el empleo de la conjunción «o», dejando claro que son «supuestos alternativos» como hace el artículo 4:103 (2) PECL<sup>842</sup> (*supra* [17]) y añadido yo, el artículo 3.2.2 (2) *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [42]). Coincido con la propuesta de la autora.

[241] Comenzando con el análisis del error *inexcusable* (art. 1298.3 PMCC)<sup>843</sup>, Morales Moreno destaca que la PMCC «no exige la excusabilidad como un *requisito positivo* del error, sino que establece la inexcusabilidad como un *límite del derecho* del contratante en error *a anular el contrato*» (cursiva mía), lo cual incide en la *prueba*<sup>844</sup>. Y así, «[q]uien invoca el error *sólo ha de probar que se cumplen los requisitos del mismo* (ser esencial; y ser común o imputable). *La excusabilidad* (falta de culpa del *errans*) *se presume*. Es el otro contratante el que ha de probar la culpa del *errans* (inexcusabilidad)» (cursiva mía, salvo *errans*)<sup>845</sup>. Y refiriéndose *al error no común y relevante por ser imputable al otro contratante*, Morales Moreno indica que parece que, para el mismo, se ha separado el enjuiciamiento de la imputabilidad (art. 1298.1, 1.º y 2.º, PMCC) del enjuiciamiento de la inexcusabilidad (art. 1298.3 PMCC), pero «en la práctica la situación puede ser otra», pues frecuentemente para determinar la imputabilidad del error es preciso tener en cuenta la conducta del otro contratante y la del que invoca el error, y «[a] pesar de que la PM [PMCC] canalice la consideración de la conducta de la parte en error a través de la excepción de inexcusabilidad del error, seguramente la inexcusabilidad debe ser analizada al mismo tiempo que la imputabilidad, tal como hasta ahora ha venido haciendo nuestra jurisprudencia»<sup>846</sup>.

Por su parte, a Clavería Gosálbez le llama la atención la separación *formal* entre el supuesto del artículo 1298.1.2.º PMCC y la

<sup>840</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429.

<sup>841</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429.

<sup>842</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2016) p. 429. Cfr. con la diferente construcción y redacción del artículo 29 (2) PLDC, *supra* [185] y [197].

<sup>843</sup> Para LÓPEZ FRÍAS es claro que la PMCC «sigue los dictados de Derecho español y francés como la orientación de los PECL» [(2011) p. 186; v. desde p. 185].

<sup>844</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 734.

<sup>845</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 734.

<sup>846</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) pp. 733-734; el autor sigue: «Son dos aspectos [la excusabilidad/inexcusabilidad, y la imputación] del supuesto de error estrechamente relacionados entre sí. La diligencia exigible al contratante en error debe ser determinada teniendo en cuenta la confianza que justificadamente (dada su condición) despierta en él la conducta del otro contratante. El carácter imputable del error al otro contratante debe tomar en consideración la conducta exigible a uno y otro contratante».

inexcusabilidad del artículo 1298.3 PMCC. Considera que «no es de recibo el tenor literal» del artículo 1298.3 PMCC, en «cuya virtud la inexcusabilidad del error imposibilita la anulación, *sin exceptuar* el supuesto de que [el error] sea reconocible por la otra parte» del artículo 1298.1.2.º PMCC (cursiva mía); «aparte de que no es fácil que se dé excusabilidad en la hipótesis de error de derecho, [...], me parece sensato, en línea con doctrina y jurisprudencia dominantes, que el error esencial produzca la anulabilidad si es excusable y también, *aun no siéndolo, si es reconocible por el otro contratante*, lo que no se deduce del tenor del artículo [1298 PMCC] a la vista de su terminante n.º 3» (cursiva mía)<sup>847</sup>. El autor termina afirmando, que «en todo caso, el redactor debió ser más claro a la hora de combinar los apartados de este artículo [1298 PMCC], no olvidando lo que sabiamente la doctrina ha venido sugiriendo acerca de la necesidad de contemplar la actitud y la dignidad de la posición de ambas partes al celebrar el contrato»<sup>848</sup>.

[242] Y para el segundo supuesto del artículo 1298.3 PMCC –cuando «de acuerdo con el contrato, [el que erró] debía soportar el riesgo de dicho error»– *en 2012*, Bosch Capdevila apuntó su evidente paralelismo con los oportunos supuestos de los artículos II.-7:201.2 DCFR y 3.2.2 (2) (b) *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [34], [42], respectivamente), haciendo «notar que el art. 1298.3 PMCC solamente alude a la asunción del error “de acuerdo con el contrato”, y no al caso en que “atendidas las circunstancias” [el *errans*] debía soportar el riesgo del error»<sup>849</sup>. E inmediatamente afirma, que «la mejor doctrina [Morales Moreno] considera que no solamente lo pactado, sino también los usos o las normas jurídicas aplicables al contrato, podrán atribuir a una de las partes el riesgo del error»<sup>850</sup>. *En 2015*, Morales Moreno señala, que «[l]a noción de contrato [del art. 1298.3 PMCC] hemos de entenderla en sentido amplio: como regla contractual. Está integrada no sólo por la voluntad, sino también por los usos y las normas aplicables»<sup>851</sup>. *En mi opinión*, sería oportuno que expresamente se incorporase al artículo 1298.3 PMCC la regla de la asunción del riesgo del contrato *atendidas las circunstancias*.

<sup>847</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) pp. 359-360; *infra* [247] expongo, entre otras cosas, cómo el autor propone que se regule el error vicio.

<sup>848</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2013) p. 360.

<sup>849</sup> BOSCH CAPDEVILA (2012) p. 471; el autor cita el artículo 3.5. *Principios UNIDROIT* (versión 2004) con el que se corresponde el artículo 3.2.2 *Principios UNIDROIT 2010*.

<sup>850</sup> BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 471-472, y nota a pie de página 30 en p. 472.

<sup>851</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 735; v. LÓPEZ FRÍAS (2011) pp. 188-189. Sobre los posibles pactos en relación con el error del artículo 1266 CC, MORALES MORENO (1988) pp. 249-259.

### 2.2.2 LA INEXACTITUD EN LA EXPRESIÓN O TRANSMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD (ERROR EN LA DECLARACIÓN)

[243] Según el *apartado 5* del artículo 1298 PMCC, a dichos errores se les aplican, primero, las reglas de la interpretación contractual (arts. 1278 a 1281 PMCC) y «no resuelto» con ellas el problema del error, se aplica el artículo 1298 PMCC; y si aplicando dicho artículo 1298 PMCC, el error resulta relevante, el contrato podrá *anularse* (cfr. *supra* [223] para la consecuencia jurídica del error en la declaración en relación con el Código civil)<sup>852</sup>.

[244] Para el error en la declaración, Morales Moreno precisa que su «reconocimiento [...] como mecanismo de impugnación del contrato [...] depende del sistema de interpretación» utilizado por el Ordenamiento, y se refiere a dos posibles sistemas<sup>853</sup>. *En uno*, la función de la interpretación es «dar sentido a las cláusulas del contrato conforme a la voluntad de las partes (mejor: de cada una de ellas)», y si hay error en la declaración sobre los elementos esenciales del contrato, el contrato «es nulo (inexistente) porque el consentimiento no ha existido»<sup>854</sup>. *El otro* «sistema de interpretación atribuye un sentido objetivo a la declaración de voluntad (para proteger el interés de la confianza, y no como voluntad presunta del declarante), [y] el contrato se perfecciona conforme al mismo; es válido, aunque pueda ser anulable por error»<sup>855</sup>. Según Morales Moreno, la PMCC, «sin excluir el papel de la voluntad, atribuye, en última instancia, un sentido objetivo a la declaración»<sup>856</sup>, y de inmediato se refiere al artículo 1278 PMCC, regla de interpretación contractual de un tenor muy cercano al del artículo 5:101 PECL, lo que puede comprobarse de inmediato.

Artículo 1278 PMCC: «Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras.

Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél.

Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias» (para el art. 5:101 PECL, *supra* [26]).

<sup>852</sup> Para MORALES MORENO, «[i]ndudablemente la anulabilidad es más conveniente [...] [AAMN (2015) p. 736]; BOSCH CAPDEVILA señala que «la PMCC se aparta [...] de la jurisprudencia mayoritaria al respecto» [(2012) p. 476].

<sup>853</sup> MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 73.

<sup>854</sup> MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

<sup>855</sup> MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

<sup>856</sup> MORALES MORENO, AAMN (2015) p. 737.

[245] Apuntada la relación entre sistema de interpretación contractual/error en la declaración, Morales Moreno desarrolla el engranaje de los artículos 1278 y 1298 PMCC.

Para la *primera regla* del artículo 1278 PMCC, indica que, si de la interpretación contractual resulta que hay «voluntad o intención común de los contratantes, surge el contrato conforme a ella, y no hay razón para impugnar el contrato» (*falsa demonstratio non nocet*); no hay error en la declaración<sup>857</sup>. Para la *segunda regla del artículo 1298 PMCC* —«uno de los contratantes conoce o no puede ignorar que el otro contratante entiende el contrato en un sentido particular, distinto del que procede atribuirle, y no obstante guarda silencio»— considera que «[s]u silencio le obliga a tener que aceptar que el contrato sea interpretado conforme al sentido que le ha dado el otro contratante (en error)», y se «soluciona el problema del error»<sup>858</sup>. Y para la *tercera regla* del artículo 1298 PMCC, apunta que «lo que se anula, por error, es un contrato nacido, interpretado con criterios objetivos (art. 1278 III PM [PMCC]), en el que su contenido no coincide con la voluntad de algunas de sus partes»<sup>859</sup>.

*Ahora bien*, no todos los criterios del artículo 1298, 1 a 4, PMCC «son aplicables al error en la declaración. [...] Por ejemplo, el *conocimiento del error* del otro contratante (art. 1298, 1, 2.º PM [PMCC]) tiene su propio régimen como regla de interpretación (art. 1278 II PM [PMCC]). Otros tampoco, porque su supuesto es *difícil de trasladar* al error en la declaración. Tal es el caso del error común (art. 1298, 1, 3.º PM [PMCC]) [...]. ¿Qué queda, pues, de la regulación del error vicio que sea aplicable al error en la declaración?! *La anulabilidad sólo será posible en algún caso que sea imputable el error al otro contratante, no incluidos en la regla de interpretación del art. 1278. II PM [PMCC]*» (solo la última cursiva, mía)<sup>860</sup>. Según Morales Moreno, siendo el error esencial,<sup>861</sup> si hubo «*provocación no intencionada* del error en la declaración procederá la anulabilidad del contrato por error en la declaración (art. 1298,5 en relación el 1295, 1, 1.º PM [*sic*; 1298.1.1.º PMCC])» y ello «[s]in perjuicio de que una norma especial pueda ofrecer al contratante otro sistema de

<sup>857</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 738; recuerda el caso de error en el billete de lotería de la *STS 23.05.1935*, que el Tribunal Supremo consideró disenso, y De Castro lo solucionaba con la regla de *falsa demonstratio non nocet* (*op. cit.*, p. 737; v. *supra* [223] [A] y nota 784).

<sup>858</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 739.

<sup>859</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 739.

<sup>860</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 740.

<sup>861</sup> MORALES MORENO: «[e]s esencial el error en la declaración si el resultado de la prueba, practicada incluso por medio de presunciones, pone de manifiesto que el contratante en error no hubiera celebrado el contrato en los términos en que le viene impuesto por la interpretación objetiva del mismo (art. 1278 III PM [PMCC]); y esto le ocurriría también a una persona razonable en sus mismas circunstancias» [*AAMN* (2015) p. 740].

protección» (cursiva del original)<sup>862</sup>. Otro supuesto en que el error en la declaración puede operar es cuando la *cognoscibilidad* del error. Morales Moreno destaca cómo en el artículo 1278.II PMCC se emplea la expresión «no podía ignorar», mientras que en el artículo 1298.1.1.º PMCC se emplean las de «hubiera debido conocer el error» y «era contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció»<sup>863</sup>. Si «el error del otro contratante es claro, está a la vista, es como si se hubiera conocido el error», aplicándose el artículo 1278.II PMCC y el «contenido del contrato se establece conforme a la voluntad de la parte en error. Sea o no esencial el error. *Pero será excesivo generalizar esta regla de configuración del contenido del contrato* [del art. 1278.II PMCC] *a los casos en los que no está a la vista el error, aunque “hubiera debido” ser conocido desplegando la diligencia exigible. En estos casos el contenido del contrato se establece conforme al sentido objetivo de la declaración (art. 1278 III PM [PMCC]). Pero es posible su impugnación, por error, si el otro contratante hubiera debido conocerlo y colaborar en su superación»* (cursiva mía)<sup>864</sup>.

### 2.3 Los apuntes de Clavería Gosálbez sobre las irregularidades en el consentimiento a efectos de una posible reforma<sup>865</sup>

[246] Antes de exponerlos<sup>866</sup>, conviene que indique que Clavería Gosálbez defiende que con carácter general y de modo inmediato o casi (fase previa) se hagan «unas pequeñas pero importantes reformas de algunas partes» del Código civil, «preferentemente de su Libro IV [...] para modernizar y racionalizar en alguna medida nuestro Derecho común de obligaciones», y advierte que sus «sugerencias se hallan lejanas de las aportadas por la Propuesta de la Comisión General de codificación para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos [PMCC]»<sup>867</sup>.

<sup>862</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 741; «[p]or ejemplo: es posible que el formulario suministrado para contratar sea confuso; que las expresiones del otro contratante sean poco claras e induzcan a error; que, cometido el error por el declarante, al utilizar un medio informático, el sistema diseñado por el otro contratante, sin ánimo de fraude, no haya previsto el medio para subsanar adecuadamente ese error» (*op. cit.*, p. 741).

<sup>863</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742.

<sup>864</sup> MORALES MORENO, *AAMN* (2015) p. 742.

<sup>865</sup> El título de su trabajo es «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas» (2016).

<sup>866</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ advierte que su «*modus operandi* no consistirá en la propuesta de preceptos de Derecho positivo, sino en algo previo y más modesto: partiendo de alguna que otra crítica a los preceptos vigentes, expresaré ideas acerca de cómo deberían, a mi juicio, concebirse o redactarse unas hipotéticas nuevas reglas, sugiriendo lo sustancial de su contenido» [(2016) p. 27].

<sup>867</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 26; esa fase previa «no pasa por un nuevo Código mercantil español, ni por un nuevo Código civil íntegro para parte de España, como

[247] En lo que interesa, Clavería Gosálbez señala, que dentro de «[l]as irregularidades acaecidas en el consentimiento» se encuentran los vicios del consentimiento y las «irregularidades que no consisten en vicios, sino en divergencia entre voluntad y declaración, casi eludidas por nuestro legislador de 1889»<sup>868</sup>. Sobre estas últimas considera conveniente «regularlas someramente», diferenciando el error obstativo, la reserva mental (de discutible conceptualización), las declaraciones no serias y la simulación<sup>869</sup>. Afirma, que no es partidario de regular las «irregularidades del consentimiento» en la ineficacia y en la invalidez «como no insensatamente [*sic*] se ha propuesto en algunos borradores»<sup>870</sup>, por considerar más clara la separación sistemática entre «irregularidades del consentimiento» e ineficacia/invalidez, aunque se encuentren relacionadas<sup>871</sup>. Propone regular los vicios del consentimiento en las irregularidades del consentimiento, antes de tratar «sus posibles efectos invalidantes, aunque, al hablar, por ejemplo, del error relevante, ya apuntemos la anulabilidad»<sup>872</sup>. Además, propone una clasificación más moderna de los vicios del consentimiento, pues a su «juicio, el consentimiento debe reputarse viciado sustancialmente en dos casos: cuando falte, al menos en cierta medida, la libertad y cuando falle la información, correspondiéndose aproximadamente tales supuestos con las figuras de la intimidación (con o sin violencia) y el error (provocado o no por el otro contratante, pero perfilando bien qué conducta de éste debe ser relevante)»<sup>873</sup>. Entiende que ha de suprimirse el dolo vicio, «pues, o debe ser absorbido por un error bien regulado, o por una intimidación comprensiva de las insidias que parecen caracterizar al dolo vicio»<sup>874</sup>. Para el error vicio, considera conveniente que «la ley perfilara cuándo es esencial, ya recaiga sobre el objeto, los sujetos, las condiciones, los presupuestos, etc., optándose por un criterio subjetivo u objetivo (yo [Clavería Gosálbez] preferiría éste, para proteger al

muchos pretenden», pues «partiendo de una somera crítica a preceptos de nuestro Código civil [...], pretendo lanzar ideas útiles para proyectos a más largo plazo y de ámbito geográfico mucho mayor [el del Derecho privado patrimonial europeo]» (*op. cit.*, p. 26; v. también p. 42). Sobre el *Anteproyecto de Código Mercantil* de 30.05.2014, y textos anteriores relacionados con él, y críticas a los mismos, FENOY PICÓN, *ADC* (2015) [53] letras A) a E) pp. 867-871, y [112]-[164] pp. 937-1024.

<sup>868</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

<sup>869</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; v. p. 29.

<sup>870</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30. La PMCC regula los vicios del consentimiento en «De la nulidad y anulación de los contratos» (*supra* [231] para el error); lo mismo sucede en la PCCAPDC: los regula en «De la ineficacia de los contratos», «De la anulación de los contratos» (*infra* [257] para el error). En 2013, CLAVERÍA GOSÁLBEZ apuntó, para la PMCC, «[t]ampoco me parece desacertado colocar el régimen de los vicios de la voluntad dentro del régimen de la invalidez» [(2013) p. 359].

<sup>871</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

<sup>872</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30.

<sup>873</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; con anterioridad (2013) p. 359.

<sup>874</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 30; con anterioridad (2013) p. 359.

otro contratante)», siendo «deseable que la ley exigiera, para conferir trascendencia a la respetabilidad de la conducta de cada una de las partes y observar conjunta y proporcionadamente los principios de la voluntad, la autorresponsabilidad y la protección de la confianza, que el texto legal dijese que, para provocar la anulabilidad, el error, de hecho o de derecho» ha de ser «esencial y excusable, aunque también pudiera generar invalidez el error esencial no excusable que fuera reconocible por la otra parte, parte que, obviamente, respondería más o menos intensamente de los daños si hubiera reticencia o si hubiera provocado el error», de modo que la ley dispondría «clara y sintéticamente lo que parece ser hoy jurisprudencia y doctrina razonablemente dominantes»<sup>875</sup>. Para la ausencia total de consentimiento, el autor es partidario de aplicar la nulidad, y no la anulabilidad<sup>876</sup>.

### III. LA PCCAPDC

#### 1. CÓMO SURGIÓ EL PROYECTO DE CREARLA, SU PLANIFICACIÓN Y ESTADO

[248] En su «Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la Propuesta de Código Civil», la Junta Directiva de la *Asociación de Profesores de Derecho civil* (APDC) recuerda que se «acordó, a raíz de la celebración en Valladolid de su penúltima Asamblea, en abril de 2014, con ocasión de las Jornadas de Estudio que periódicamente organiza [la APDC], acometer como proyecto, de cara a la celebración de las siguientes Jornadas de España, la elaboración de una Propuesta de Código civil»<sup>877</sup>. La PCCAPDC se terminaría «en el plazo

<sup>875</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 31.

<sup>876</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2016) p. 31; para sus propuestas sobre la ineficacia del contrato y en lo que interesa, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>877</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 9; y «[...] se dio cuenta al Ministerio de Justicia mediante carta dirigida al Señor Ministro, de la que se envió copia a las instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia, así como, ulteriormente, mediante reunión celebrada con la Señora Subsecretaria y el Señor Secretario General Técnico de Justicia» (*op. cit.*, p. 9). El «acuerdo [de la Asamblea de la APDC] se basaba en la valoración de que ha llegado el momento de proceder a la sustitución de nuestro Código Civil de finales del siglo XIX, por un nuevo Código Civil del siglo XXI. Dicho acuerdo supone considerar que la Asociación tiene legitimación y capacidad para acometer y llevar a cabo semejante proyecto. Hay que tener en cuenta que la Asociación está integrada por más de trescientos profesores de Derecho civil de las universidades públicas de nuestro país, catedráticos, profesores titulares y doctores contratados de la disciplina. Cabe pues afirmar que en la Asociación se encuentra representada, tanto cuantitativa como cualitativamente, la doctrina académica de nuestro país en materia de Derecho civil» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1427].

de tres años, correspondientes a las dos siguientes Jornadas de Estudio de la Asociación, a celebrar en otoño de 2015 y en primavera de 2017 respectivamente, especificando que se abordaría en primer lugar el Libro Quinto, dedicado a las obligaciones y a los contratos, mientras que el Título Preliminar y los demás Libros deberían quedar ultimados en las Jornadas de Estudio de 2017. Posteriormente se añadió a la primera fase del proyecto la realización del Libro Sexto, dedicado a la prescripción y caducidad»<sup>878</sup>.

[249] En su día se determinaron las características de la PCCAPDC –que en breve reproduzo–, se diseñó la agenda de trabajo, se promovió la constitución de grupos de trabajo para la redacción de la PCCAPDC, y se aprobaron unas directrices para la estructura y forma de las distintas ponencias de los grupos de trabajo<sup>879</sup>.

«En la caracterización del proyecto [PCCAPDC] se preveía que:

- la Propuesta de Código Civil no afectaría al desarrollo de la legislación civil autonómica derivada del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución y de los Estatutos de las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil,
- la Propuesta de Código Civil no tendría pretensiones de cambio en lo sustancial, limitándose a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiese un amplio consenso,
- se aprovecharían en todo lo conveniente cualesquiera materiales que pudiesen resultar útiles, en especial la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (PMCC, publicada en 2009), la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM, publicada en 2013), así como el Anteproyecto de ley derivado de aquella<sup>880</sup>, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR), y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos<sup>881</sup>.

<sup>878</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10; «[d]esde un principio se tuvo el propósito de llevar a cabo la obra con rapidez, de manera que la misma pudiera ultimarse en un breve periodo de tiempo. Y así ha sido. [...]» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) ADC (2016) p. 1428].

<sup>879</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 9.

<sup>880</sup> V. *supra* notas 788 y 867.

<sup>881</sup> Sobre la trayectoria del (Proyecto de) Código Europeo de Contratos y el Grupo de Pavía y trabajos publicados, GARCÍA CANTERO (2016) pp. 467-475; en las

– y que la Propuesta de Código Civil constaría de Título Preliminar y seis Libros, dedicados, respectivamente y por este orden, a persona (incluyendo personas jurídicas –asociaciones y fundaciones– y representación), a familia (incluyendo parentesco y régimen económico matrimonial), a bienes, propiedad y derechos reales (incluyendo garantías reales, censos y derecho de superficie), a modos de adquirir (incluyendo usucapión y *traditio*), a obligaciones y contratos, a prescripción y caducidad» (cursiva del original)<sup>882</sup>.

[250] En julio de 2015, la Junta Directiva de la APDC difundió entre sus miembros un *primer borrador* de los Libros V y VI de la PCCAPDC «para su estudio y presentación de enmiendas»<sup>883</sup>. En septiembre de 2015, aquélla difundió, también entre sus miembros, un *segundo borrador* «fruto del estudio del primero y de las enmiendas presentadas al mismo»<sup>884</sup>. Este *segundo* borrador se debatió en las Jornadas de Estudio de la APDC celebradas en la Universidad de Castilla-La Mancha (campus de Cuenca) los días

---

pp. 467-468, *op. cit.*, compara los PECL con el Proyecto de Pavía y considera que entre sus «diferencias más acusadas» se encuentran que Lando «–un profesor danés de Derecho Mercantil– dio a su proyecto una *impronta anglosajona*» inspirada en el *Common Law*, constatable «con su lectura, su estructura y el idioma oficial en que ha sido pensado y discutido», y Giuseppe Gandolfi, «romanista, civilista y comparatista», sin prescindir de las aportaciones del *Common Law*, estas no dominan «mayoritariamente en la redacción final» del Proyecto; no obstante, «quizá lo más importante» es que «el Proyecto de Pavía está pensado con terminología y categorías mentales latinas y germánicas, y los idiomas más usados en los foros científicos en su redacción han sido el francés y el italiano, sin excluir los restantes habituales (inglés, alemán, español y portugués)»; además, es «notable la diferencia del *método de trabajo* utilizado por ambos grupos»; Lando «utiliza siempre el sistema de Comisiones y Subcomisiones, de modo que existen miembros del grupo que sólo han intervenido en una parte muy concreta del Proyecto» y en el Grupo de Pavía «todos han –hemos– intervenido, o podido intervenir en la elaboración de la integridad del mismo»; «[l]a idea de *Código* en la que se inspira GANDOLFI es clásica, es decir, la que inspiró el gran movimiento codificador del siglo XIX, y la que, dos siglos más tarde, está prevaleciendo en el mundo europeo continental después de la caída del Muro de Berlín, [...] [a]l jeno, por supuesto, al método norteamericano del *Restatement of Laws*, o a la de los variados ejemplos de códigos vigentes en algunos estados norteamericanos»; (mayúsculas y cursivas del original). V. DÍAZ ALABART, *supra* nota 26.

<sup>882</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) pp. 9-10; «[e]n la redacción de la Propuesta [PCCAPDC] ha predominado un criterio conservador, sin perjuicio de introducir aquellas modificaciones, tanto de forma como de fondo, que puedan recibir un consenso generalizado. No se aspira a un Código Civil de cambio sino a un Código Civil de actualización y consolidación, además de respetuoso con las competencias legislativas derivadas de nuestra Constitución en materia de Derecho civil. De ahí la conservación del Título Preliminar, así como la estructura básica del vigente Código Civil, aunque sin renunciar a una mejor ordenación de algunas materias, y procurando la integración en el Código de otras que en su momento quedaron excluidas del mismo por diversas razones no debidamente justificables en la actualidad» [R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), *ADC* (2016) p. 1429].

<sup>883</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10.

<sup>884</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10.

15 y 16 de octubre del 2015<sup>885</sup>. En mayo de 2016, la Junta Directiva de la APDC presenta la *tercera versión* de los Libros V y VI de la PCCAPDC (versión consolidada) con las modificaciones resultado del debate habido en las Jornadas de Estudio celebradas en Cuenca, para someterlo a consulta pública<sup>886</sup>.

Y «[r]ecientemente, a finales del mes de octubre y comienzos de ese mes de noviembre de 2016, se ha ultimado una redacción, primer borrador, del Título Preliminar y de los Libros I a IV, que también se ha difundido a través de la página web de la Asociación, accesible en abierto a cualquier persona interesada. Está prevista la difusión de un segundo borrador a finales del mes de diciembre o comienzos del mes de enero, y un tercer borrador para marzo de 2017, que se difundirá por el mismo cauce que los anteriores, esto es, a través de la página web de la Asociación. Ese tercer borrador será objeto de debate en unas Jornadas que están programadas para celebrarse del 18 al 20 de mayo de 2017 en el Campus de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Lo que permite programar la redacción de un texto consolidado completo de toda la Propuesta de Código, de la que también se editarán ejemplares en papel, para octubre de 2017» (cursiva mía; Jornadas XIX de la APDC)<sup>887</sup>.

## 2. UNA VISIÓN GENERAL Y BÁSICA DEL LIBRO V DE LA PCCAPDC, Y DE SUS TÍTULOS I Y II, SEGÚN LA EM DE LA PCCAPDC

[251] Dicho Libro V se titula «De las Obligaciones y Contratos»<sup>888</sup>. En su regulación, «[p]artiendo de que la división entre

<sup>885</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10. Son las Jornadas XVIII de la APDC.

<sup>886</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC) (2016) p. 10; «una edición en soporte papel [...] se hace llegar además al Ministerio de Justicia y a las Instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia» (op. cit., p. 11); y v. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), ADC (2016) p. 1428.

<sup>887</sup> R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), ADC (2016) p. 1428, y para una explicación general del Título Preliminar (pp. 1429-1430) y de los Libros I (pp. 1430-1431), II (pp. 1431-1432), III (pp. 1432-1433), IV (pp. 1433-1434), V (pp. 1434-1436; sin perjuicio de lo que indico en [251] ss.) y VI (pp. 1436-1437) de la PCCAPDC.

<sup>888</sup> a) Estructura del Libro V de la PCCAPDC: «El Libro Quinto, De las obligaciones y contratos, está dividido en diecinueve Títulos. El Título I se ocupa de las obligaciones en general, el Título II de los contratos en general, y los Títulos III a XVII de los contratos en particular por este orden: compraventa (Título III), compraventas especiales (Título IV), permuta (Título V), arrendamiento de cosas (Título VI), comodato (Título

obligaciones y contratos civiles y obligaciones y contratos mercantiles es fuente permanente de confusión, y de que dicha distinción carece en lo principal de justificación en la actualidad, por no dar lugar a regulaciones sustancialmente diferentes, se opta por una regulación unitaria tanto de las obligaciones como de los contratos en aras de la sencillez y de la claridad, es decir, en aras de la seguridad jurídica»<sup>889</sup>. No obstante lo anterior, en la PCCAPDC no se han incorporado los contratos que cuentan con una previa regulación unitaria en leyes especiales (arrendamientos urbanos, seguro, contratos publicitarios, transporte)<sup>890</sup>. La PCCAPDC incluye, además, los contratos con consumidores<sup>891</sup>, salvo los que por su «regulación por el Derecho de la Unión Europea resulta excesivamente reglamentista y cambiante para su codificación»<sup>892</sup>. La inclusión de los contratos con consumidores en la PCCAPDC hace que no sea «necesario optar por una hipotética naturaleza civil o mercantil de los contratos mixtos»<sup>893</sup>. El Libro V de la PCCAPDC incluye también la responsabilidad extracontractual, pretendiéndose, asimismo, la regulación unitaria, y se han introducido algunas de las leyes especiales en la materia<sup>894</sup>. *En suma*, «el Libro V [de la PCCAPDC] pretende abarcar todas las relaciones jurídico privadas en la regulación de sus respectivas materias, incluida la responsabilidad extracontractual»<sup>895</sup>.

lo VII), contratos de servicios (Título VIII), contrato de mandato (Título IX), contratos de distribución (Título X), sociedad (Título XI), contratos de financiación (Título XII), arrendamiento financiero (Título XIII), depósito (Título XIV), contratos aleatorios (Título XV), transacción (Título XVI) y fianza (Título XVII). El Título XVIII se ocupa de las obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales, los que nuestro Código Civil denomina cuasi contratos. Finalmente, el Título XIX regula la responsabilidad civil extracontractual» [Introducción, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC; ADPC (2016) p. 43].

b) En la *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC se advierte: «Como ya se ha indicado, desaparecen de este Libro [V], dedicado a las obligaciones y a los contratos, la regulación de la *traditio*, del régimen económico matrimonial, de las garantías reales, de los censos, y de la usucapción y la prescripción, materias que pasan a ser tratadas en los Libros dedicados a la familia (Libro II), a los bienes, la propiedad y los derechos reales (Libro III), a los modos de adquirir (Libro IV), y a la prescripción y caducidad (Libro VI) respectivamente» (*op. cit.*, p. 43).

<sup>889</sup> *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 43; «Así, desaparece la distinción entre compraventa civil y compraventa mercantil, entre mandato y comisión, entre arrendamientos o contratos de servicios civiles y mercantiles; se regulan contratos que se celebran necesariamente entre empresarios o profesionales, como son los contratos de distribución y el arrendamiento financiero» (*op. cit.*, pp. 43-44).

<sup>890</sup> *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

<sup>891</sup> Sobre las dificultades de incorporar los contratos con consumidores en la PCCAPDC y las decisiones tomadas al respecto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016) pp. 22-24.

<sup>892</sup> *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

<sup>893</sup> *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44.

<sup>894</sup> *Introducción*, núm. 1 de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 44. V. también el núm. V-XIX de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, *op. cit.*, p. 87.

<sup>895</sup> APDC (2016) pp. 43-44; v. las DD del Libro V de la PCCADDC (*op. cit.*, pp. 332-333); v. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO/PARRA LUCÁN/TUR FAÚNDEZ/GARCÍA VICENTE/ÁLVAREZ OLALLA (Junta Directiva APDC), ADC (2016) pp. 1435-1436.

[252] Trasladándome a los Títulos I –«De las obligaciones en general»–<sup>896</sup> y II –«De los contratos en general»–<sup>897</sup> del Libro V de la PCCAPDC<sup>898</sup>, en el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/

<sup>896</sup> a) «TÍTULO I/ *Coordinadores del grupo*: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska./ *Componentes del grupo*: Carmen Leonor García Pérez, María Belén Andréu Martínez, María del Carmen Plana Arnaldos y Gabriel Macanás Vicente./ *Capítulo VIII*: Mario Clemente Meoro y Rafael Verdera./ *Capítulo IX, Secciones 1.ª y 6.ª*: Encarna Cordero Lobato [cursiva del original; APDC (2016) p. 7].

b) *Estructura del Título I del Libro V de la PCCAPDC*: Capítulo I «Disposiciones generales»; Capítulo II «De algunas clases de obligaciones» (Sección 1.ª «De las obligaciones de dar»; Sección 2.ª «De las obligaciones genéricas»; Sección 3.ª «De las obligaciones pecuniarias»; Sección 4.ª «De las obligaciones alternativas»; Sección 5.ª «De las obligaciones condicionales»; Sección 6.ª «De las obligaciones a plazo»); Capítulo III «De las obligaciones con pluralidad de sujetos» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De las obligaciones mancomunadas y colectivas»; Sección 3.ª «De la solidaridad de deudores»; Sección 4.ª «De la solidaridad de acreedores»); Capítulo IV «De la transmisión de las obligaciones» (Sección 1.ª «De la cesión de créditos»; Sección 2.ª «Del cambio de deudor»; Sección 3.ª «De la cesión de la posición contractual»); Capítulo V «Del cumplimiento de las obligaciones» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De los sujetos del pago»; Sección 3.ª «Del pago de deudas pecuniarias»; Sección 4.ª «Del lugar, gastos y prueba del pago»; Sección 5.ª «De la imputación del pago»; Sección 6.ª «De la dación en pago y del pago por cesión de bienes»; Sección 7.ª «Del ofrecimiento de pago y de la consignación»); Capítulo VI «De la compensación»; Capítulo VII «De la extinción de las obligaciones por causas distintas del pago»; Capítulo VIII «Del incumplimiento de la obligación» (Sección 1.ª «Disposiciones generales»; Sección 2.ª «De la pretensión de cumplimiento»; Sección 3.ª «De la reducción del precio»; Sección 4.ª «De la suspensión y la resolución por incumplimiento»; Sección 5.ª «De la indemnización por daños»); Capítulo IX «De la protección y garantía del crédito» (Sección 1.ª «De la responsabilidad patrimonial»; Sección 2.ª «De la protección e integración del patrimonio del deudor»; Sección 3.ª «De la cláusula penal»; Sección 4.ª «De las arras»; Sección 5.ª «Del derecho de retención»; Sección 6.ª «De la concurrencia y prelación de créditos» [Subsección 1.ª «Disposiciones generales»; Subsección 2.ª «De la clasificación de los créditos»; Subsección 3.ª «De la prelación de créditos»]); Capítulo X «De los documentos públicos y privados».

<sup>897</sup> a) «TÍTULO II/ *Coordinadores del grupo*: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska./ *Componentes del grupo*: María Belén Andréu Martínez, Carmen Leonor García Pérez, Gabriel Macanás Vicente y María del Carmen Plana Arnaldos./ *Capítulo II (salvo la sección 2.ª)*: Juana Marco Molina [cursiva del original; APDC (2016) p. 7].

b) *Estructura del Título II del Libro V de la PCCAPDC*: Capítulo I «Disposiciones generales»; Capítulo II «De la formación del contrato» (Sección 1.ª «De los tratos preliminares»; Sección 2.ª «De los precontratos»; Sección 3.ª «De la formación del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación»; Sección 4.ª «De los otros procedimientos de formación del contrato»); Capítulo III «De la forma de los contratos»; Capítulo IV «De la interpretación de los contratos»; Capítulo V «Del contenido del contrato» (Sección 1.ª «Del contenido del contrato»; Sección 2.ª «De las condiciones generales de los contratos»); Capítulo VI «De los efectos del contrato» (Sección 1.ª «De la eficacia vinculante del contrato»; Sección 2.ª «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato»; Sección 3.ª «De los efectos del contrato frente a terceros»); Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos» (Sección 1.ª «De la nulidad de los contratos»; Sección 2.ª «De la anulación de los contratos» [Subsección 1.ª «De los vicios del consentimiento contractual»; Subsección 2.ª «De la falta de capacidad de obrar»]; Subsección 3.ª «De los efectos comunes a la nulidad y a la anulación»; Sección 4.ª «De la rescisión por lesión»); Capítulo VIII «De los contratos con consumidores».

<sup>898</sup> Núm V-I y II de la EM de los Libros V/VI de la PCCAPDC: «*La distribución de materias entre el Título de obligaciones y el Título de contratos* [cursiva, negrita en el original]/La delimitación entre lo que es *teoría general de la obligación* y lo que es *teoría general del contrato* resulta extraordinariamente difícil. Ello tiene que ver con el hecho de que el contrato es la principal fuente de las obligaciones, y hay ciertos tipos de obligaciones que sólo pueden –o suelen– nacer de los contratos; pero también con el hecho de que la elaboración doctrinal de la teoría de la obligación se hizo a partir del estudio de las obligaciones

VI PCCAPDC se resalta, que «[e]n el siglo XIX la distinción entre contratación general y contratación mercantil tenía sentido, pero, [...] esa distinción [la] ha perdido», además de que la división Derecho civil/mercantil «no se da en todos los países europeos», ni la recogen «los modelos europeos [...] de *soft law*», y «parece evidente [...] que hoy día en la contratación general hay que incluir, junto a la contratación entre particulares, la contratación profesional y la contratación mixta»<sup>899</sup>. Por lo anterior, ha de ampliarse «la perspectiva de la codificación civil decimonónica» en la «regulación general de las obligaciones y contratos», «[p]ero una cosa es ampliar la perspectiva y otra distinta invertirla. Nuestro Código Civil, para merecer el nombre de *Civil*, tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación entre y con profesionales. De modo que la profesionalización de la contratación no debe llevar a establecer una regulación que sea inadecuada para la contratación entre particulares. La norma debe tomar en consideración *todos los casos en los que podría ser aplicable* y establecer en cada caso la regla más razonable. A veces incluso serán precisas dos reglas, pero lo que no debe hacerse es establecer,

---

nacidas de contrato./ Para la toma de decisión de determinar qué hay que incluir en el Título de la obligación y qué en el Título de los contratos la tradición no ayuda demasiado como criterio; tampoco la doctrina, pues hay autores que incluyen en la teoría del contrato ciertas figuras que otros estudian dentro de la teoría de la obligación. Se ha optado por incluir en las obligaciones todo lo que tenga que ver con la obligación propiamente dicha (es decir, con el crédito o con la deuda), con independencia de la fuente de la que ésta haya nacido, mientras que todo lo que vaya referido principalmente al negocio del que surge la obligación se ha incluido en el Título de los contratos. No obstante, se ha huido de rigideces en la aplicación de este criterio, de modo que en ocasiones han prevalecido otras razones, y hay materias cuya regulación se incluye entre las obligaciones y que, igualmente, habrían podido incorporarse en el Título de los contratos./ Un ejemplo de lo que se indica puede ser el caso de la cesión de la posición contractual. El propio nombre de la figura apunta a que tal vez su regulación debería incluirse en los contratos, ya que en ella se cede no un crédito o una deuda, sino toda una *posición contractual*. Sin embargo, dado el parecido de esta figura con las de cambio de acreedor y de cambio de deudor, se ha preferido regularlas conjuntamente dentro del Capítulo dedicado a *la transmisión de las obligaciones*, lo cual, a su vez, simplifica también la estructura del Título de los contratos./ El resultado final de la distribución de materias entre ambos Títulos se aproxima bastante a la hecha por la PMCC, aunque no es totalmente idéntica. Acaso la discrepancia más importante entre ambas Propuestas esté en el hecho de que los problemas relativos a la alteración sobrevenida de las circunstancias, que en la PMCC se trata entre las obligaciones, en esta Propuesta se han llevado al Título de los contratos» [cur-siva del original; APDC (2016) pp. 47-48].

<sup>899</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46; que la contratación general incluye la de con consumidores, es idea reiterada en el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC para la solidaridad pasiva y el artículo 513-2.b): «[...] llevaría a pensar que la contratación entre consumidores y empresarios no es sino una excepción al régimen general. *Por el contrario, la idea que se ha incorporado a la Propuesta es la de que las reglas generales incluyen, cuando es oportuno, este ámbito de la contratación* [el de los consumidores]. No se trata, por ejemplo, de que la regla sea la de que se presume la solidaridad en caso de pluralidad de sujetos, pero que hay una excepción para el caso de contratos de consumo. Se trata más bien de que la regla general incluye la presunción de solidaridad y la de mancomunidad, según los casos (artículo 513-2.b)» [cur-siva mía; APDC (2016) pp. 51-52].

como única regla, la que solo está pensando en la contratación profesionalizada» (cursiva del original)<sup>900</sup>.

[253] Para redactar los Títulos I y II del Libro V de la PCCAPDC, se han tenido en cuenta «los mismos textos de referencia»; en concreto, «los textos legislativos europeos pertenecientes a los países que se corresponden con nuestra tradición jurídica, así como algunas propuestas de reforma surgidas recientemente en dichos países, en particular la ya aprobada en Francia», y también los modelos de «*soft law* en materia de obligaciones y contratos», en particular los PECL y el DCFR y «en bastante menor medida, el Proyecto elaborado por el Grupo de Pavía»; «por supuesto» se ha tenido presente a la PMCC, el texto «más importante como referencia, y ello por razones obvias: se trata de una Propuesta elaborada por juristas de reconocido y merecido prestigio, que ha sido hecha teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia españolas, así como la mayor parte del resto de los textos de referencia. Seguir la PMCC no significa que la Propuesta de Código Civil que ahora se presenta sea idéntica, pero sí que es muy parecida: podría considerarse como una *reelaboración* de la misma, y, si bien existen diferencias entre ambas, éstas son en su mayor parte de sistemática» (cursiva del original)<sup>901</sup>.

<sup>900</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) pp. 46-47; en dicho número de la EM se indica que un ejemplo de lo que se quiere señalar es la *mora debitoris*, no contemplada en la regulación del incumplimiento de la PMCC, aunque la PMCC la mencione en la solidaridad; y frente al diseño de la PMCC, «tal vez [...] admisible en una contratación profesionalizada, lo cierto es que el requisito de la interpelación en la contratación entre particulares es un buen mecanismo para determinar cuándo el retraso es jurídicamente relevante. Porque, si llegado el día del pago el deudor no cumple y el acreedor no se queja, es hasta cierto punto *natural* que el deudor no se dé prisa en cumplir si de las circunstancias no es fácil deducir que para el acreedor es urgente cobrar, o que el retraso le puede perjudicar./ De modo que se ha decidido *rescatar* la figura de la mora, pero no en sede de incumplimiento, sino a propósito del tiempo del pago, lo cual ofrece además la ventaja de que permite ubicar simultáneamente la mora del deudor y la del acreedor. Figura esta última que en la PMCC también ha desaparecido» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 47). El artículo 515-7 PCCAPDC regula la mora del deudor, y el artículo 515-8 PCCAPDC, la mora del acreedor; el artículo 5121-9 PCCAPDC, para el contrato de préstamo de dinero y el retraso del prestatario en el cumplimiento de su obligación, prevé la mora automática [v. núm. V-XII de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC; APDC (2016) p. 71].

<sup>901</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 45; ese núm. V-I y II continúa advirtiendo, que, de conformidad con una sistemática moderna, hay materias que, *frente al Código civil* que las incluye en su regulación de las obligaciones y contratos y que encontrarían mejor acomodo en otros lugares del Código civil, y *frente a la PMCC*, que sí incluye esas materias en su regulación de las obligaciones y contratos, siendo lógico pues la PMCC se concibió como una modificación parcial del Código civil y quiere asegurarse de que no haya materias sin regular, *la PCCAPDC* puede actuar con más libertad y coherencia sistemática al sustituir completamente el Código civil y no tener esa necesidad de incluir ciertas materias para evitar que queden huérfanas de regulación; por lo anterior, en la regulación de los contratos de la *PCCAPDC* no hay ninguna norma sobre la capacidad necesaria para contratar, materia que corresponde al Libro I («De las personas») PCCAPDC, ni sobre la representación en los contratos (*op. cit.*, pp. 45-46). Ahora bien, en el núm. V-IX de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, dedicado al mandato, se informa que, al haberse elaborado el Libro V de la PCCAPDC *antes* que su Libro I, ello obliga a introducir en

[254] Por último, una característica de los Títulos I y II del Libro V de la PCCAPDC es, que incluyen «muy pocos preceptos definitorios. Sólo están los que han parecido realmente necesarios»<sup>902</sup>. Tal proceder se debe a que, si bien «las teorías generales de las obligaciones y de los contratos se prestan a estos preceptos escolásticos [preceptos teóricos, definitorios], que se limitan acaso a reflejar nociones doctrinales [...] [los mismos] no parecen pensados para ordenar la realidad», y siendo su valor «eminente doctrinal, su lugar no debe ser un texto legal; pues en estos las únicas definiciones que tienen plenamente sentido son las que pretenden delimitar el ámbito de aplicación de las normas»<sup>903</sup>.

### 3. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LA PCCAPDC<sup>904</sup>

[255] Antes de centrarme en la imposibilidad inicial, son convenientes las siguientes consideraciones previas. Ubicado en el Capítulo I «Disposiciones generales» del Título II del Libro V de la PCCAPDC, el artículo 521-1 dispone: «*Concepto de contrato* [cursiva y negrita en el original]/ Por el contrato dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecen reglas para las mismas»<sup>905</sup>. Una característica de la regulación *general* del contrato del Título II de la PCCAPDC es que, a diferencia del Código civil, aquella no contiene un artículo que enumere los requisitos de validez (existencia) del contrato<sup>906</sup>. Eso lo destaca el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC: «[q]uizá lo más llamativo de la sistemática que [del Título II del Libro V PCCAPDC] se propone sea la inexistencia de un Capítulo destinado a regular los *elementos esenciales* del contrato, a diferencia de nuestro Código Civil, que dedica a tales requisitos esenciales el Capítulo II del Título II del Libro IV, encabezado por el artículo 1261 que los

---

el Libro V PCCAPDC «una regulación general del efecto representativo del mandato y sus modalidades (representación directa y representación indirecta), a las que ahora se une una regulación específica de la representación aparente», y que, una vez hecho el Libro I, esa parte de la representación del Libro V puede integrarse en ese Libro I (*op. cit.*, p. 65).

<sup>902</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46.

<sup>903</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 46.

<sup>904</sup> *Supra* nota 897 para los coordinadores del Grupo del Título II del Libro V PCCAPDC.

<sup>905</sup> Artículo 1236 PMCC: «Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas».

<sup>906</sup> Del mismo modo se procedió en la PMCC; una visión sintética y comparada entre la regulación de los requisitos del contrato del Código civil –en el cuerpo del texto del trabajo– y la regulación paralela en la PMCC –en las notas a pie de página–, FENOY PICÓN (2013) pp. 403-408.

enumera» (cursiva del original)<sup>907</sup>. Pues, los «elementos [esenciales del contrato] [...] se desprenden de la propia noción de contrato, cuya elaboración parece más una tarea de la doctrina que del texto legal», careciendo «ya de sentido una norma que subordine la existencia del contrato a la concurrencia de estos requisitos. Sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que haya de desencadenar la inexistencia o ilicitud de los mismos»<sup>908</sup>. *Y en ese Título II del Libro V de la PCCAPDC no se recogen preceptos similares a los artículos 1271 y 1272 CC.* Según el artículo 521-2 PCCAPDC, «*Libertad contractual* [negrita y cursiva en el original]/ [...] / 2. Las partes pueden determinar el contenido del contrato del modo que tengan por conveniente, estableciendo las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no contravengan las leyes, la moral, la buena fe, ni el orden público»<sup>909</sup>. Del contenido del contrato se ocupan los artículos 525-1 a 525-4 PCCAPDC (Sección 1.<sup>a</sup>, del Capítulo V, del Título II, del Libro V de la PCCAPDC)<sup>910</sup>, y según el núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, ese «Capítulo V [“Del contenido del contrato”] engloba los preceptos que determinan qué es lo que está *dentro* del contenido contractual mediante las normas de integración, así como las que concretan el ámbito y los límites en supuestos de indeterminación relativa de algunos aspectos» (cursiva del original)<sup>911</sup>.

En el mentado núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC se hace, *además*, particular referencia a la causa del contrato: «La causa es una noción ardua y difícil. La interpretación de los preceptos del Código civil es discutida y discutible. La

<sup>907</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) p. 49; no obstante, el Capítulo III del Título II del Libro V PCCAPDC trata «De la forma de los contratos» (esa es su rúbrica), artículos 523-1 a 523-6; artículo 523-1 PCCAPDC: «*Libertad de forma* [negrita y cursiva en el original]/ 1. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma utilizada, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que consten de una cierta forma o cualquier otro requisito adicional./ 2. El consentimiento puede ser expreso o resultar de actos concluyentes» (art. 1239 PMCC: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional./ La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes»); artículo 523-2 PCCAPDC: «*Forma esencial* [negrita y cursiva en el original]/ Los requisitos formales establecidos por ley solo se consideran esenciales cuando la ley hace depender la validez del contrato de su concurrencia» (art. 1240.I PMCC: «Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente»).

<sup>908</sup> Núm. V-I y II de la EM de los Libros V/VI PCCAPDC, APDC (2016) pp. 49-50.

<sup>909</sup> Artículo 1237 PMCC: «Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público./ Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes».

<sup>910</sup> Artículos 525-1 («*Obligaciones expresas e implícitas*»), 525-2 («*Simulación*»), 525-3 («*Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales*»), 524-4 («*Determinación del precio o de otras circunstancias*») (la cursiva, cursiva y negrita en el original).

<sup>911</sup> ADPC (2016) p. 50.

PMCC decide mantener varias referencias a la noción de causa, a pesar de que, al igual que en nuestra Propuesta, se ha optado por no enumerar ni definir los requisitos esenciales del contrato. La exposición de motivos de la PMCC [núm. VII] afirma que “*aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener*”. No obstante, el artículo 1238 de la PMCC declara la nulidad de los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral<sup>912</sup>.

Nuestra doctrina ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes. Es indudable que la causa constituye una noción a la que acuden con frecuencia tanto la doctrina como la jurisprudencia como base o fundamento de su argumentación.

Dos son las funciones asignadas a la causa: determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada contrato y determinar la validez o invalidez del contrato. En el primer caso, la causa se usa con la finalidad de la calificación del contrato y equivale al conjunto de propósitos prácticos realmente perseguido por las partes<sup>913</sup>; en el segundo, la causa se identifica con diferentes nociones: a veces significa legalidad del contrato entendido en su conjunto (causa ilícita); otras veces evoca la realidad del consentimiento (ausencia de causa o causa falsa). Pero todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa. De otro lado, también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del *soft law*, como los PECL y el DCFR no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016» (cursiva del original)<sup>914</sup>.

<sup>912</sup> a) Artículo 1238 PMCC: «1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral./ Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo./ 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario./ La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita./ 3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado./ 4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado». V. MORALES MORENO, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Estudios* (2011) pp. 457-458, 464-474, de interés también pp. 459-460 y 462-464, y (2016) pp. 60-79, en particular desde la p. 66. V. artículo 521-3 PCCAPDC en la siguiente nota.

b) Artículo 1296 PMCC: «1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible./ 2. [...] / 3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. Un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que éstas lo habrían querido de haber conocido la nulidad». V. artículo 527-1 PCCAPDC *infra* nota 915.

<sup>913</sup> Artículo 521-3 PCCAPDC: «*Régimen jurídico de los contratos* [cursiva y negrita en el original]/ 1. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de prestaciones y al fin concreto acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado./ 2. Cuando un contrato contiene elementos de diversos contratos típicos se aplican conjuntamente las disposiciones relativas a dichos contratos en aquello que se adecua con la naturaleza de aquél y con la finalidad común»

<sup>914</sup> APDC (2016) p. 51; cfr. artículo 1128 *Code v. o. infra* [274][A] y nota 966.

[256] Como acabo de adelantar en [255], el Título II del Libro V de la PCCAPDC no contiene preceptos similares a los artículos 1271 y 1272 CC. ¿*Contiene la PCCAPDC un precepto similar al artículo 1303 PMCC (supra [224] [A])?* No. Ahora bien, cuando el artículo 527-1.1 PCCAPDC se refiere a las causas de nulidad del contrato, *no se incluye la imposibilidad inicial*<sup>915</sup>, por lo que no se la aplica la nulidad de pleno derecho, salvo una posible norma imperativa o prohibitiva al respecto. Puede interpretarse que el contrato podrá anularse si se reúnen los requisitos del error o dolo, vicios. Y si dentro del contenido del contrato se encuentra que el deudor asume la imposibilidad inicial (v. anterior afirmación de la EM del Libro V de la PCCAPDC en [255]), aquél responderá por incumplimiento. En la regulación de la compraventa de la PCCAPDC (arts. 531-1 ss.) no se recoge un precepto como el artículo 1450/1460 PMCC (*supra* [224] [B])<sup>916</sup>.

#### 4. EL ERROR EN LA PCCAPDC<sup>917</sup>

[257] Los artículos 527-3 a 527-6 PCCAPDC regulan el error. Se ubican en la Subsección 1.<sup>a</sup> «De los vicios del consentimiento contractual», de la Sección 2.<sup>a</sup> «De la anulación de los contratos», del Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos», del Título II del Libro V PCCAPDC. *Formalmente*, frente al único artículo 1298 PMCC (*supra* [231] [A]), la PCCAPDC dedica cuatro artículos al error. *Sustantivamente*, la PCCAPDC recuerda la regulación del error de la PMCC, pero mantiene diferencias con ella. En el error de la PCCAPDC se percibe la influencia de los PECL, del DCFR, y de los *Principios UNIDROIT* 2010 (*supra* [17] ss., [34] ss., [42] ss., respectivamente).

Artículo 527-3 PCCAPDC: «*Error* [negrita y cursiva en el original]

<sup>915</sup> Artículo 527-1 PCCAPDC: «*Nulidad del contrato* [cursiva y negrita del original]/ 1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible./ 2. [...]»; cfr. artículo 1296 PMCC, *supra* nota 912 b).

<sup>916</sup> En la compraventa, el artículo 531-2 PCCAPDC: «*Objeto* [cursiva y negrita en el original]/ El bien objeto del contrato de compraventa puede ser:/ a) Cualquier cosa, material o inmaterial, y cualquier derecho que sean transmisibles./ b) Las cosas futuras siempre que estén suficientemente determinadas».

<sup>917</sup> *Supra* nota 897 para los coordinadores del Grupo del Título II del Libro V PCCAPDC.

1. Puede anular el contrato la parte que en el momento de su celebración padece un error de hecho o de derecho, en la voluntad declarada o en la declaración de voluntad, si el error es esencial, relevante y excusable.

2. La inexactitud en la expresión o transmisión de la declaración de voluntad se resuelve en primer lugar conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV de este Título y solo en su defecto por la presente Sección».

Artículo 527-4 PCCAPDC: «*Esencialidad del error* [negrita y cursiva en el original]

Hay error esencial cuando es de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de no haber incurrido en el error».

Artículo 527-5 PCCAPDC: «*Relevancia del error* [negrita y cursiva en el original]

Hay error relevante si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El error ha sido provocado por la información suministrada por la otra parte.
- b) La contraparte ha conocido o debido conocer el error y es contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo ha padecido.
- c) La otra parte ha incidido en el mismo error.
- d) De acuerdo con lo pactado, la contraparte debe soportar el riesgo de dicho error».

Artículo 527-6 PCCAPDC: «*Excusabilidad del error* [negrita y cursiva en el original]

No hay error excusable cuando quien lo sufre debe haber previsto o evitado el error, o cuando debe haber conocido o recabado la información que le habría impedido errar».<sup>918</sup>

<sup>918</sup> En relación con el error, además:

a) Artículo 527-10 PCCAPDC: «*Vicios causados por terceros* [negrita y cursiva en el original]/ 1. También puede anular el contrato la parte que ha sufrido vicio causado por un tercero cuando:/ a) De los actos del tercero responda la contraparte./ b) El tercero intervenga de algún modo en la celebración del contrato con el acuerdo de la contraparte./ c) La contraparte conozca o deba haber tenido conocimiento del vicio causado por aquél./ 2. [...]». V. artículo 1302 PMCC, *supra*, nota 811.

b) Artículo 527-12 PCCAPDC: «*Prescripción de la anulación* [negrita y cursiva en el original]/ 1. La anulación por error o dolo prescribe a los tres años desde que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio./ 2. [...]». V. artículo 1304 PMCC, *supra* [9] b) [C] y notas 20 y 21.

c) Artículo 527-13 PCCAPDC: «*Ejercicio de la anulación* [negrita y cursiva en el original]/ La facultad de anulación puede ejercerse extrajudicialmente mediante comunicación recepticia a la otra parte, con expresión de las razones en que se funda, identificando el concreto vicio sufrido y sus efectos sobre el contrato». V. artículo 1305 PMCC, *supra* [9] b) [C] y nota 22.

d) Artículo 527-14 PCCAPDC: «*Adaptación del contrato* [negrita y cursiva en el original]/ 1. El contratante al que se le comunique la anulación del contrato por error puede

#### 4.1 El artículo 527-3 PCCAPDC: *Error*

[258] Según su apartado 1, para poder anular el contrato por error «en la voluntad declarada» (error vicio), o por error «en la declaración de voluntad» (error en la declaración), cuando la celebración del contrato, el error debe ser *esencial, relevante y excusable* (requisitos acumulativos)<sup>919</sup>. Esos requisitos, cuya prueba corresponde en principio al que erró (art. 217 LEC), se desarrollan en los artículos 527-4 a 527-6 PCCAPDC. La PCCAPDC regula conjuntamente el error de hecho y el de derecho (igual que la PMCC).

[259] Para solucionar el *error en la declaración o en su transmisión*, el apartado 2 del artículo 527-3 PCCAPDC ordena una específica norma: primero ha de acudirse a las normas de la interpretación contractual (arts. 524-1 a 524-7 PCCAPDC, Capítulo IV «De la interpretación de los contratos», del Título II del PCCAPDC) y solo en su defecto, a las de la Sección «De la anulación de los contratos» (arts. 527-3 a 527-15 PCCAPDC). Siendo la norma de la PCCAPDC igual que la de la PMCC, hay una importante diferencia: el artículo 524-1 PCCAPDC no recoge la norma de interpretación objetiva del artículo 1278.III PMCC, y el artículo 524-7 PCCAPDC («Cláusula de cierre») ordena lo dispuesto en el artículo 1289 CC.

Artículo 524-1 PCCAPDC: «*Términos literales del contrato* [cursiva y negrita en el original]

1. Los contratos se interpretan según la intención común de las partes, la cual prevalece sobre el sentido literal de las palabras.
2. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deben entenderse comprendidos en él cosas distintas y

---

enervarla si informa sin dilación de su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por quien lo sufrió, salvo en los casos en los que la intensidad del vicio o la naturaleza del contrato lo impidan./ 2. De igual modo, se puede enervar la pretensión judicial de anulación por error, salvo que el contratante al que se haya comunicado el vicio de forma previa no haya ofrecido la adaptación». V. artículo 1298.4 PMCC, *supra* [231] [A] y nota 810.

<sup>919</sup> En cuanto al dolo vicio que permite anular el contrato, el artículo 527-7 PCCAPDC: «*Dolo* [negrita y cursiva en el original]/ 1. Puede anular el contrato la parte que ha sufrido un error esencial a causa de una actuación dolosa de la contraparte, con la intención de engañar. Puede existir dolo por acción y también por omisión consciente de información que, conforme a ley, pacto o usos, debería haberse proporcionado./ 2. Para que haga anulable el contrato el dolo debe ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ 3. [...]»; y el artículo 1300 PMCC: «1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado./ 2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ 3. [...]».

casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se proponen contratar.

3. Si uno de los contratantes ha entendido los términos del contrato en un determinado sentido que el otro, en el momento de su celebración, no ha podido ignorar, el contrato se entiende en ese sentido».

Artículo 524-7 PCCAPDC: «*Cláusula de cierre* [cursiva y negrita del original]

1. Cuando sea imposible resolver las dudas con las reglas establecidas en los artículos precedentes, si el contrato es gratuito, éstas se resuelven a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato es oneroso, la duda se resuelve a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

2. Si las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato de suerte que no puede conocerse cuál ha sido la voluntad de los contratantes el contrato es nulo».

#### 4.2 El artículo 527-4 PCCAPDC: *Esencialidad del error*

[260] Según dicho artículo, el error es esencial si es «de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación [del que erró] no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de no haber incurrido en error». Es la misma norma del artículo 1298.2 PMCC, si bien el primero indica «en caso de no haber incurrido en error», en lugar de «en caso de haber conocido la realidad de las cosas» del segundo (v. *supra* [231]).

#### 4.3 El artículo 527-5 PCCAPDC: *Relevancia del error*<sup>920</sup>

[261] El citado artículo contempla cuatro supuestos en los que el error es relevante, a diferencia del artículo 1298 PMCC que recoge tres (*supra* [231]). Según el artículo 527-5 PCCAPDC, el error es *relevante*, si lo provocó la información suministrada por la otra parte [letra a)]; o la contraparte conoció o debió conocer el error, siendo contrario a la buena fe mantener en el error al que lo padeció [letra b)]; o ambas partes han incurrido en el mismo error [letra c)]; o de conformidad con lo pactado, la contraparte debía soportar el riesgo del error [letra d)]. Esos tres primeros supuestos de las letras a), b) y c) coinciden con los del artículo 1298.1, 1.º, 2.º y 3.º, PMCC. El de la letra d) es específico de la PCCAPDC y parece que la comparación habría de hacerse con el artículo 1298.3

<sup>920</sup> Es la rúbrica del artículo; por mi parte, en el trabajo empleo *error relevante* para el que permite anular el contrato, y *error irrelevante* para el contrario.

PMCC, según el cual el contrato *no* puede *anularse* si «la parte que lo padeció [el error], de acuerdo con el contrato, debería soportar el riesgo de dicho error», lo que permite entender que en tal caso el contrato es válido y habrá de cumplirse, pudiendo responderse en caso de incumplimiento. En cambio, interpretando literalmente dicha letra d) del artículo 527-5 PCCAPDC, lo que se indica, entiendo, es que, siendo el error esencial y excusable, el *errans puede anular* el contrato si el riesgo del error debía asumirlo la contraparte. Al igual que en la PMCC, en su regulación del error, la PCCAPDC no contempla expresamente el error debido al incumplimiento de un deber *legal* de información por parte de la contraparte (*supra* [238]).

Sin embargo, el artículo 582-8 PCCAPDC –en el Capítulo I «Disposiciones generales», del Título VIII «De los contratos de servicios», del Libro V de la PCCAPDC<sup>921</sup>– ordena la relación *deberes precontractuales de información/vicios del consentimiento, si se suministró la información*:

«*Deberes precontractuales de información del prestador* [cur-siva y negrita en el original]/ [...]»

2. Antes de la celebración del contrato el prestador debe advertir al principal de los riesgos que éste desconozca y no deba razonablemente conocer, que puedan influir en la decisión de contratar y en los términos de la contratación, siempre que aquéllos puedan considerarse manifiestos para el prestador, atendida la diligencia y pericia exigibles y la información disponible. En todo caso, debe advertir sobre:

a) La posibilidad de que no se alcance el resultado perseguido por el principal con la celebración del contrato o de que el coste o el plazo de ejecución excedan de las razonables previsiones del principal.

Hecha la advertencia, el principal no puede alegar falta de conformidad por la no obtención del resultado o por el mero hecho de que el coste o plazo de ejecución excedan de tales previsiones *ni vicio del consentimiento por tales motivos*, sin perjuicio de la posible falta de conformidad derivada de la infracción de la diligencia y pericia exigibles o de la no sujeción a sus instrucciones.

b) La posibilidad de que la prestación del servicio perjudique otros intereses del principal. Si éste acepta el riesgo no puede alegar luego falta de conformidad *ni vicio del consentimiento por esa causa*, ni reclamar la indemnización de los daños o perjuicios sufridos en tales intereses.

En otro caso, el prestador debe indemnizar los daños o perjuicios causados, exceptuando los que son consecuencia de haber

<sup>921</sup> «TÍTULO VIII/ *Coordinadoras del grupo*: Ana Díaz Martínez y María José Vaquero Pinto./ Capítulos I y II: María José Vaquero Pinto./ [...]» [APDC (2016) p. 7].

ocultado el principal, antes de la celebración del contrato, algún hecho relevante./ [...]» (cursiva mía).

#### 4.4 El artículo 527-6 PCCAPDC: *Excusabilidad del error*

[262] Esa es la leyenda del artículo, lo que muy posiblemente se deba a que el anterior artículo 527-3 PCCAPDC exige para la relevancia del error su excusabilidad (v. *supra* [257]). Sin embargo, el tenor literal del artículo 527-6 PCCAPDC comienza con la locución «[n]o hay error excusable [...]», y define al error *inexcusable*. Podría ser oportuno un cambio de leyenda en el artículo (así, *inexcusabilidad del error*) o que se redactase el artículo 527-6 PCCAPDC en clave de error excusable. Apuntado eso, para concretar cuando el error es no excusable, aquel artículo no acoge un estándar inamovible de diligencia exigible al que erró, sino que el estándar se determina *in concreto* (si, quien erró, debió «haber previsto o evitado el error», o «haber conocido o recabado la información que le habría impedido errar»). Redactado el artículo 527-6 PCCAPDC desde la unilateralidad del que erró –«cuando quien lo sufre»– su puesta en práctica requerirá tener en cuenta la conducta del otro contratante, conectándolo con el artículo 527-5 PCCAPDC (cfr. con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la excusabilidad del error *supra* [209]). El artículo 1298.3 PMCC solo se refiere al error inexcusable para indicar que no permite la anulación del contrato, con su incidencia en lo que se refiere a la carga de la prueba (*supra* [241]).

## IV. LA P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER

### 1. SU RAZÓN, ALCANCE Y OBJETIVOS

[263] Dicha *Propuesta*, de sesenta y tres artículos, comentados por los autores y con notas de concordancias, solo regula la «teoría general del contrato»<sup>922</sup>, lo que se debe a una razón «meramente

<sup>922</sup> *Estructura de la P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: Capítulo primero «Disposiciones generales» (Sección primera «El contrato y la autonomía de la voluntad»; Sección segunda «El contenido obligacional del contrato»; Sección tercera «Otros elementos del contrato»; Sección cuarta «Los sujetos de la eficacia del contrato»); Capítulo segundo «La formación del contrato» (Sección primera «Preliminar»; Sección segunda «La obtención del acuerdo de voluntades a través de negociaciones»; Sección tercera «La formación del

coyuntural»: a que el *Proyecto de Ley de Libro sexto del Código Civil de Cataluña* solo regula la compraventa y algunos tipos contractuales<sup>923</sup>, y «[e]n el trámite parlamentario del proyecto de 2015, diversos expertos comparecientes subrayaron la dificultad que entrañaba trazar una regulación de algunos tipos contractuales careciendo de la base de una parte general del contrato. Ahí radica el origen de nuestro empeño»<sup>924</sup>.

Ahora bien, Bosch/Del Pozo/Vaquer no conciben su *Propuesta* «exclusivamente para el Código Civil de Cataluña»<sup>925</sup>. «[T]iene una pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas modernizadoras»<sup>926</sup>. Habiendo recordado la existencia de la PMCC, del Anteproyecto de Código Mercantil, de la PCCAPDC, del (entonces) proyectado Libro VI del Código Civil de Cataluña<sup>927</sup>, de la reforma alemana del Derecho de obligaciones de 2002, de la reforma francesa por *Ordonnance* n.º 2016-131, de los PECL, del DCFR y del CESL, Bosch/Del Pozo/Vaquer señalan que esos textos «han pergeñado un conjunto de reglas y principios que se han consolidado, hasta el punto de que difícilmente cabe innovar en esta área del Derecho civil»<sup>928</sup>. Pero «no por ello dejamos de considerar que cuantas más ofertas existan en el mercado de las ideas jurídicas, más opciones habrá de conseguir un texto final más perfecto, que estamos convencidos que es el objetivo compartido por cuantos hemos colaborado en esta y en alguna otra de las propuestas que se han ido mencionando»<sup>929</sup>. Y para elaborar su *Propuesta*, los autores «han tenido muy en cuenta todos [...] [esos] materiales, así como los Códigos civiles en vigor que los

consentimiento contractual por el concurso de oferta y aceptación»; Sección cuarta «Contratos preparatorios»; Sección quinta «Contratos de preferencia»; Sección sexta «Conclusión del contrato por subasta y concurso»; Capítulo tercero «La interpretación del contrato»; Capítulo cuarto «La ineficacia del contrato» (Sección primera «La nulidad del contrato»; Sección segunda «La anulabilidad del contrato»; Sección tercera «La protección del crédito»).

<sup>923</sup> El *Proyecto de Libro Sexto del Código civil de Cataluña* «decaió con la convocatoria de elecciones legislativas en agosto de 2015, pero en la nueva legislatura ha vuelto a ser presentado en marzo de 2016 (BOPC de 3 de marzo de 2016)» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 9]. Se aprobó la *Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè* (DOGC núm. 7314, 22.02.2017), contra la que se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad núm. 2557-2017 (BOE, núm. 141, 14.06.2017).

<sup>924</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 10-11.

<sup>925</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

<sup>926</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

<sup>927</sup> *Supra* nota 923.

<sup>928</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 10 (v. desde p. 9); «[e]xiste consenso doctrinal en que el Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español precisa, en muchas cuestiones, una urgente actualización» (*op. cit.*, p. 9).

<sup>929</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

académicos solemos tomar como referencia. La principal novedad respecto a otras propuestas se encuentra en una regulación más detallada de los contratos preparatorios y de los pactos de preferencia»<sup>930</sup>.

## 2. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*

[264] Con una distinta ubicación sistemática, interesan de la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* sus artículos 3 (Capítulo Primero «Disposiciones generales», Sección Segunda «El contenido obligatorio del contrato»), 16.1 (Capítulo Segundo «La formación del contrato», Sección Primera «Preliminar») y 46, 1.b) y 2 (Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato», Sección Primera «La nulidad del contrato»). Aunque en la terminología y en la organización de la presente *Propuesta* se percibe la influencia del moderno Derecho de contratos, en ella se acoge la solución tradicional de la nulidad (absoluta) del contrato para la imposibilidad inicial, total y absoluta, y se admite la validez del contrato con prestación inicialmente imposible y de posible futuro cumplimiento cuando sea exigible.

Artículo 3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Determinación del contenido fundamental del contrato [negrita en el original]

1. El contenido fundamental del contrato ha de estar determinado de manera clara y suficiente, sin que sea preciso un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales./ 2. [...]»<sup>931</sup>.

Artículo 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Consentimiento de las partes [negrita en el original]

1. La formación del contrato exige que todas y cada una de las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, alcancen un acuerdo de voluntades con el contenido y la certeza suficientes para que se le dote de efecto jurídico./ 2. [...]»<sup>932</sup>.

<sup>930</sup> BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 11.

<sup>931</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 1115 y 1256 CCEsp., 1174 CCFra, 1304-II CCFra2016, 85, 100 y 102 TR LGDCU./ Arts. II.-2:401, II. 4:103, II.-9:105, II.-9:106 y VIII.-2:304 DCFR, 1242 y 1277 PMCC, 525-4 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 57].

<sup>932</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*] Arts. 1261 CCEsp., 1325 CCIIta, 1108 CCFra, 1128 CCFra2016./ Arts. 3.2 PICC [Principios UNIDROIT], 5(3) y (4) CEC, II.-4:102, 4:103 y II.-4:302 DCFR, 30.2 CESL, 522-4 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 95].

Artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Contratos nulos* [negrita en el original]

1. Son nulos los contratos concluidos:/ [...]/

b) Con un contenido que no es determinable de manera clara y suficiente, o que es contrario a normas imperativas, a la buena fe o al orden público./ [...]/

2. Un contrato no es nulo por el solo hecho de que, en el momento en que se concluye, resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque algunas de las partes no tiene poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato./ 3. [...]]»<sup>933</sup>.

[265] El artículo 1.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* define al contrato como «un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos». Se trata –indican Bosch/Del Pozo/Vaquer– de una definición «lo más sencilla y general posible» que solo hace referencia «a la base del contrato, que es el acuerdo de voluntades, y a sus efectos, que son la creación, la modificación o la extinción de obligaciones, de derechos reales y de otros efectos jurídicos patrimoniales»<sup>934</sup>. «[N]o es preciso hacer referencia a los elementos del contrato» como, por ejemplo, los artículos 1261 CC y 1325 CC ital. 1942 «que enumeran el consentimiento, el objeto y la causa»<sup>935</sup>. Del consentimiento ya habla el artículo que proponemos [art. 1.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*], al referirse al acuerdo de voluntades como elemento central del contrato. En cambio, no es necesario hacer referencia al objeto, ya que es evidente que el acuerdo de voluntades ha de recaer sobre una determinada materia o una conducta humana»<sup>936</sup>. Para el contenido del contrato, el artículo 3.1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* ordena que su contenido fundamental debe «estar determinado de manera clara y suficiente», sin que sea necesario un nuevo acuerdo entre los contratantes. Bosch/Del Pozo/

<sup>933</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*]/ Arts. 1255, 1275, 1271 CCEsp., 1414 a 1417 CCIta, 1451 y 1452 CCQue, 1128 y 1178 CCFra2016./ Arts. 2:102 PECL, 1.2 CEC, II.-4:102, II.-9:201 y II.-7:102 DCFR, 30.3 CESL, 1303 y 1296 PMCC, 525-2 y 527-1 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 179].

<sup>934</sup> «Comentario del artículo 1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 49-50.

<sup>935</sup> Artículo 1325 CC ital. 1942: «Indicazione dei requisiti. – I requisiti del contratto sono: / 1) l'accordo delle parti; / 2) la causa; / 3) l'oggetto; / 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

<sup>936</sup> «Comentario del artículo 1 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 50; continúan: «Tampoco es preciso hacer ahora alusión a la causa o función, ya que, como veremos más adelante, es inherente al contrato mismo» (*op. cit.*, p. 50); v. artículos 8 «Causa del contrato» y 9 «Forma» *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, y sus respectivos comentarios, *op. cit.*, pp. 70-78.

Vaquer apuntan, que «[l]a perfección del contrato no requiere que todo el contenido de derechos y obligaciones esté completamente determinado, sino que es suficiente con que exista un acuerdo de las partes sobre los elementos fundamentales del mismo; en cambio, el resto del contenido contractual se puede determinar de otra manera, sea por acuerdos de voluntad posteriores o mediante la integración del contrato»<sup>937</sup>. Por último y para la formación del contrato, el artículo 16.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer exige que las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, logren un acuerdo de voluntades *con el contenido y la certeza suficientes para dotarlo de efecto jurídico*. Para el requisito del *contenido suficiente* del artículo 16.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer, los autores recuerdan que el artículo 3.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer también alude al *contenido suficiente*, pero, en este último, el sentido en el que se emplea es «que no se requiere un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales», y en el artículo 16.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer, el *contenido suficiente* es «para que se le dote [al acuerdo] de efecto jurídico»; esto es, «para que pueda existir un contrato, no es preciso que el acuerdo describa pormenorizadamente todos los aspectos del mismo, pero sí que dicho acuerdo tenga un contenido mínimo, un contenido “suficiente” conforme a las exigencias de la ley. Esta suficiencia deberá alcanzar tanto al objeto del contrato, como a la causa del mismo»<sup>938</sup>. Y para el requisito de la *certeza suficiente* del artículo 16.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer, los autores aclaran, que «[c]on dicha expresión se hace referencia a tres requisitos más que debe reunir el acuerdo de voluntades», los cuales son «la existencia real del acuerdo», «la acreditación» del acuerdo, y «la posibilidad de cumplimiento del contrato, lo que permite excluir del concepto de contrato aquellos acuerdos en que la prestación sea de imposible cumplimiento ya desde el inicio.

<sup>937</sup> «Comentario del artículo 3 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) pp. 57-58; «En definitiva, el acuerdo de voluntades sobre los *elementos fundamentales* del contrato ha de ser único, ya que es el que determina propiamente la existencia misma del contrato» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 58); «En cambio, no hay inconveniente en que, en principio, el *contenido secundario o no esencial* del contrato se pueda dejar al arbitrio exclusivo de uno de los contratantes; por ejemplo, decidir el día concreto para la entrega de la cosa, o la elección del transportista. Lógicamente, qué sea en cada caso contenido esencial o no, queda al arbitrio y sentido común de las partes contratantes o, si procede, del Juez» (cursiva del original, *op. cit.*, p. 58). V. artículo 3.3 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer y *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>938</sup> «Comentario 1 del artículo 16 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 97; para el objeto del contrato señalan: «Para que el acuerdo tenga un contenido “suficiente” también deberá determinar, lógicamente, el objeto sobre el que recae el contrato. Todo contrato debe tener, por tanto, un objeto determinado o determinable. Si el contrato recae sobre una cosa específica, debe identificar esta cosa; si recae sobre cosas genéricas, debe identificar la cantidad, calidad y tipo de los bienes. En cuanto al precio, el art. 3.3 permite que se pueda pactar su determinación por una de las partes o por un tercero./[...]» (*op. cit.*, p. 98).

*En este sentido, la Propuesta se aparta de la regla del art. II.-7:102 DCFR, que califica la imposibilidad inicial no como un supuesto de nulidad del contrato, sino como un incumplimiento del mismo» (cursiva mía; supra [32]-[33])<sup>939</sup>.*

[266] Trasladándome al artículo 46.1.b) *P. Bosch/del Pozo/Vaquer*, este dispone que es *nulo* el contrato concluido «[c]on un contenido que no es determinable de manera clara y suficiente». Bosch/Del Pozo/Vaquer apuntan que, según el «art. 16.1, la formación del contrato exige que todas y cada una de las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, alcancen un acuerdo con el contenido y la certeza suficientes para que se le dote de efecto jurídico. *Es por ello coherente que este art. 46.1 establezca la nulidad de los contratos en los que su contenido no sea determinable de manera clara y suficiente, lo que hace referencia a la falta de determinación del objeto y [...]*» (cursiva mía)<sup>940</sup>. Respecto del artículo 46.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*, cuyo tenor literal recuerda notablemente al artículo II.-7:102 DCFR<sup>941</sup>, el mismo «permite la validez de aquellos contratos en los que, en el momento de concluirse, la prestación es de imposible cumplimiento, pero posteriormente, en el momento en que el contrato se debe cumplir, el cumplimiento se hace posible./ Uno de los casos en que la obligación asumida no puede ser inicialmente cumplida es cuando el contratante no tiene el poder de disposición sobre la cosa objeto del contrato. También en este supuesto el contrato es válido; hay que tener en cuenta que en este caso es posible que el contratante pueda adquirir el poder de disposición sobre la cosa en cuestión una vez se ha concluido el contrato» (cursiva mía)<sup>942</sup>.

### 3. EL ERROR EN LA *P. BOSCH/DEL POZO/VAQUER*

[267] Los artículos 51 y 52 *P. Bosch/del Pozo/Vaquer* se ocupan respectivamente del error y del error en la declaración. Ambos se ubican en la Sección Segunda «La anulabilidad del contrato» del Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato», y su regulación es cercana a la del error de los PECL, del DCFR y de los *Princi-*

<sup>939</sup> «Comentario 1 del artículo 16 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 99.

<sup>940</sup> «Comentario 1 del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 180.

<sup>941</sup> Por supuesto, también al de los paralelos artículos 4:102 PECL (*supra* [14]), 3.1.3 *Principios UNIDROIT 2010* (*supra* [39]), 1303 PMCC (*supra* [224]); v. también artículo 3.1.3 *Principios OHADAC* (*supra* [72]).

<sup>942</sup> «Comentario 2 del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 181; v. *supra* [33], el comentario del artículo II.-7:102 DCFR.

*pios UNIDROIT 2010 (supra [17] ss., [34] ss., [42] ss., respectivamente).*

Artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Error [negrita en el original]

1. El error, de hecho o de derecho, legitima la anulación del contrato si concurren todos los requisitos siguientes:

- 1.º El error es esencial.
- 2.º El error es excusable.
- 3.º La parte que incurre en el error no ha asumido, según el contrato o las circunstancias, el riesgo del error.
- 4.º Y, en el otro contratante, concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Ha provocado el error, por la información que ha suministrado, o por lo que ha omitido.
- b) Conoce o debía conocer el error de la otra parte y, contrariamente a las exigencias de la buena fe, no le ha advertido de su error.
- c) Ha incurrido en el mismo error.

2. Para discernir si el error es o no esencial y excusable se debe atender a qué haría o qué hubiera tenido que hacer una persona razonable en la misma situación»<sup>943</sup>.

Artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Error en la declaración [negrita en el original]

1. Si el error en la declaración de voluntad no se puede resolver mediante las reglas de interpretación de los contratos, el contrato solo se puede anular si concurren los requisitos exigidos en el artículo anterior.

2. No se anula el contrato cuando la otra parte contratante, una vez informada del error, comunica sin demora excesiva su voluntad de cumplir el contrato en los términos deseados por la parte que ha sufrido el error»<sup>944, 945</sup>

<sup>943</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*]/ Arts. 1266 CCEsp, 1110 CCFra, 251 y 252 CCPor, 6:228 CCPB, 1429 y ss. CCIta, 1132 a 1135 CCFra2016./ Arts. 4:103 PECL, 3.5 PICC [*Principios UNIDROIT*], 151 CEC, II-7:201 DCFR, 48 CESL, 1298 PMCC, 527-3 a 527-6 PAPDC [PCCAPDC], 37 y ss. Pr. Terrés» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190].

<sup>944</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*]/ Arts. 247 y 250 CCPor, 1443 CCIta, 3:35 CCPB/ Arts. 4:104 PECL, 3.6 PICC [*Principios UNIDROIT*], 151.6 CEC, II-7:202 DCFR, 48 CESL, 1298.fin PMCC, 527-3.1 PAPDC [PCCAPDC]» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193].

<sup>945</sup> De interés además:

a) Artículo 55 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «Vicios ocasionados por terceras personas [negrita en el original]/ Si quien causa el error, el engaño o las amenazas es un tercero, la parte que ha sufrido el vicio solo puede anular el contrato si la otra parte contratante: / a) Debe responder de los actos del tercero. / b) Conoce el vicio o lo debía razonablemente conocer, y se ha aprovechado del mismo para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta». Según BOSCH/DEL POZO/VAQUER, puede anularse el contrato

### 3.1 El artículo 51 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: error

[268] Los autores definen el error «como el conocimiento equivocado sobre las circunstancias fácticas (error de hecho) o jurídicas (error de derecho) en las que se concluyó el contrato»<sup>946</sup>, y «conocimiento erróneo de la realidad [que] hace que la voluntad contractual no se haya formado correctamente: si el contratante

si «se es responsable de los actos del tercero», así, si «el tercero es un empleado o un mandatario de la otra parte contratante»; si el mandatario concluyó «un contrato mediante maniobras dolosas, el principal podrá ver anulado el contrato, aunque» fuera ajeno a las prácticas; también puede anularse el contrato, si no siendo el otro contratante «responsable del comportamiento del tercero [...] aquel conocía o podía razonablemente esperarse que conociera las maniobras empleadas por el tercero para la conclusión del contrato, y se hubiera aprovechado del vicio para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta» [«Comentario del artículo 55 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 200]. Cfr. artículos 1302 PMCC [*supra* nota 811 a)], 527-10 PCCAPDC [*supra* 918, a)].

b) Artículo 57 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Anulación del contrato [negrita en el original]/ 1. La anulación del contrato tiene lugar: / a) Por la comunicación fehaciente dirigida a la otra parte, con expresión de las causas en que se basa./ b) Por la resolución judicial que la declara como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación./ c) Por la oposición de la excepción correspondiente ante la demanda de cumplimiento de la otra parte./ 2. El plazo para anular el contrato, en los supuestos de las letras a) y b) del número anterior, es de cuatro años, contados de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. En el caso de la letra c), no hay plazo». BOSCH/DEL POZO/CAPDEVILA señalan, que «[l]a anulación del contrato se puede hacer judicial o extrajudicialmente»; para anular «basta con la notificación de la parte legitimada a la otra parte», no siendo «necesaria la intervención judicial, salvo que la otra parte se oponga» en plazo razonable; la notificación puede «hacerse por cualquier medio fehaciente», indicándose su causa; la anulación «también se puede oponer como excepción ante la pretensión de cumplimiento de la otra parte», no siendo necesario formular una reconvencción; «[p]or tanto, la vía judicial no es obligatoria», pero si la otra parte se resiste, puede ejercitarse «judicialmente la acción de anulación del contrato»; sobre los cuatro años para el ejercicio extrajudicial o judicial de la anulación, los autores indican que han considerado adecuado mantener el plazo previsto en otros artículos como los artículos 1301.I CC y 236-31.2 CCCat (anulación de actos realizados por los padres sobre bienes de los hijos sin la autorización correspondiente); no se habla de plazo razonable como el artículo II.-7:210 DCFR, ni se acorta a los dos años del artículo 1304 PMCC, ni a los tres años del artículo 527-12 PCCAPDC; «mientras la otra parte no pida el cumplimiento del contrato, la facultad de anulación del contrato sigue “viva”», pero pasados «cuatro años, solo se podrá ejercer por la vía de excepción frente a la demanda de cumplimiento del contrato» («Comentario del artículo 57 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», *op. cit.*, pp. 205-206). Cfr. artículos 1304 y 1305 PMCC (*supra* [9] b) [C] y notas 20, 21, y 22) y artículos 527-12 y 527-13 PCCAPDC [*supra* nota 918 b) y c)].

c) Artículo 58 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Legitimación y cómputo del plazo para la anulación del contrato [negrita en el original]/ 1. [...] / 2. Los contratos concluidos con falta de conocimiento o de libertad solo pueden ser anulados por la persona que ha sufrido el vicio o por su representante legal. El plazo empieza a contar: / a) En los casos de error o engaño, en el momento en que la parte legitimada conoce o razonablemente puede conocer los hechos o circunstancias que fundamentan la anulación./ b) [...]». Según BOSCH/DEL POZO/VAQUER, «[l]a determinación del *dies a quo* es importante», congujándose dos principios, uno, la protección del que sufrió el vicio, según el cual mientras persista el vicio el plazo no comienza a correr, y el otro, la seguridad jurídica, que aconseja «no alargar excesivamente el plazo», imponiéndose el principio de la protección «[c]uando hay error o engaño, casos en los que el contrato puede ser anulado desde que se puede conocer el error» («Comentario del artículo 58 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», *op. cit.*, p. 207). Cfr. artículos 1304 PMCC (*supra* [9] b) [C] y nota 21) y artículo 527-12 PCCAPDC [*supra* nota 918 b)].

<sup>946</sup> «Comentario del artículo 51 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190.

hubiese conocido la realidad es posible que no hubiera contratado, o lo hubiera hecho en condiciones distintas. La voluntad contractual está [...] viciada»<sup>947</sup>.

[269] Para poder *anular* el contrato<sup>948</sup>, el error debe reunir una serie de requisitos.

*Primero*, ha de ser *esencial* (art. 51.1.1.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*). El artículo 51.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* dispone cuando lo es, y en él se adopta criterio distinto al de los artículos II-7:201 DCFR y 48 CESL y que coincide con el del artículo 1298 PMCC<sup>949</sup>. Según los autores, «[I]a esencialidad es *unilateral* y *objetiva*. *Unilateral*, porque basta con que lo sufra la parte que lo invoca. *Y objetiva*, porque no se valora si el error es esencial desde la concreta situación de la parte que lo sufre, sino que se atiende a los parámetros subjetivos de una “persona razonable”: si una persona razonable, y no el propio contratante, habría contratado de la misma manera si no hubiera incurrido en el error» (cursiva mía)<sup>950</sup>. «No se especifica sobre cuál de los elementos del contrato debe recaer el error»<sup>951</sup>.

<sup>947</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 190.

<sup>948</sup> Artículo 50 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Contratos anulables* [negrita en el original]/ Son anulables: [...] / b) Los contratos en los que el consentimiento se ha prestado con falta de conocimiento o de libertad, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. / c) [...]» (*supra* nota 945 para algunos aspectos del régimen de la anulabilidad); «Comentario del artículo 46 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 189.

<sup>949</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191.

<sup>950</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191. Para el error provocado por *engaño* (dolo), el error ha de ser esencial y en ello se emplea criterio distinto. Según el artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*: «*Engaño* [negrita en el original]/ [...] / 5. El error debe ser esencial para la persona que incurre en el mismo, de tal manera que, sin el error, o no hubiese contratado, o hubiera concluido el contrato en otras condiciones. Si el error no es esencial, no legitima la anulación del contrato pero sí el derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. / 6. [...]». BOSCH/DEL POZO/CAPDEVILA apuntan, que se emplea «el término engaño para designar lo que conocemos como dolo, esto es, el error provocado voluntariamente por la otra parte»; «[I]o que distingue el error vicio del engaño es que en este la declaración engañosa se hace con el fin de que el destinatario incurra en un error. Hay un elemento subjetivo en la otra parte, consistente en la intención de engañar, que hace que el régimen sea mucho más severo. / Los requisitos para la anulación del contrato por engaño son los siguientes: / 1.º El error de la víctima. Al igual que en el error vicio del art. 51, en el dolo hay un conocimiento equivocado de la realidad por una de las partes. *El error también debe ser esencial; así lo dice explícitamente el apartado 5; ahora bien, a diferencia de lo previsto en el art. 51.2 sobre el error vicio, se trata de una esencialidad puramente subjetiva: el engaño puede recaer sobre un elemento no esencial del contrato que la víctima considera determinante para prestar su consentimiento.* [...]» [«Comentario del artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», *op. cit.*, p. 195]. Para el dolo, cfr. artículos 1300 PMCC y 527-7 PCCAPDC, *supra* nota 919.

<sup>951</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191; «por ejemplo, el error en las circunstancias de la persona podrá dar lugar a la anulación del contrato y en otros no; si un rifle se vende a una persona en la creencia de que es un cazador, cuando en

*Segundo*, ha de ser *excusable* (art. 51.1.2.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). Si el error «se debe a la propia negligencia de quien lo sufre, que no ha puesto todo lo necesario para evitarlo», se «justifica la protección de la confianza de la otra parte, que no puede verse perjudicada por esa falta de diligencia» (y el contrato *no* es anulable)<sup>952</sup>. Para apreciar la excusabilidad/inexcusabilidad del error, «se atiende a circunstancias objetivas –el nivel de diligencia de una persona razonable–»<sup>953</sup> (art. 51.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*).

*Tercero*, que, quien incurrió en error, no asumió el riesgo del error, según el contrato, o según las circunstancias (art. 51.1.3.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). «[E]n la mayoría de ocasiones, [esa asunción del riesgo] vendrá determinada más que por un conocimiento equivocado, por una falta de conocimiento: el contratante ignora la realidad, pero asume conscientemente las consecuencias de su ignorancia, porque así lo manifiesta»<sup>954</sup>.

*Y cuarto*, que la contraparte del *errans*, provocó el error por la información que suministró, u omitió; o conoció, o debió conocer, del error del *errans* y en contra de las exigencias de la buena fe no se lo advirtió; o incurrió en el mismo error (art. 51.1.4.º *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*). Esto es, «la otra parte no [...] [es] ajena» al error, pero «[n]o se exige un engaño –como en el dolo–», sino «que, de alguna manera, esta otra parte sea responsable del error», lo que se produce en las circunstancias antes indicadas<sup>955</sup>.

---

realidad se trata de un asesino, existe un error esencial que podrá dar lugar a la anulación del contrato (véase el art. 1132 CCFra2016)» [*op. cit.*, p. 191; los autores marcan la diferencia con el Pr. Terré (v. *infra* [290] [B]); para el art. 1132 *Code* v.o., *infra* [287]].

<sup>952</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191.

<sup>953</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 191. En cambio, para el *engaño* (dolo), según el artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*: «[...] / 4. El error ocasionado por una declaración dolosa de la otra parte siempre es excusable. Si el error lo provoca la ocultación dolosa de información, debe atenderse a todas las circunstancias, entre ellas: / a) Si la persona que incurre en el error tiene conocimientos especializados sobre la materia. / b) El coste que le supondría obtener la información relevante al respecto. / c) Si podía razonablemente obtener la información por otros medios. / 5. [...]». BOSCH/DEL POZO/VAQUER advierten que para el «carácter excusable del error, se establece un régimen diferente en función de si se ha ocasionado por una declaración de la otra parte, o por su silencio» («Comentario del artículo 53 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», *op. cit.*, pp. 195-196).

<sup>954</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 192; si alguien «tiene una colección de monedas que desea vender» y no se preocupa de solicitar a un experto una previa valoración, asume el riesgo de la posible pérdida de que las monedas resulten «de un valor muy superior al precio fijado»; a la asunción del riesgo se asimila que haya de soportarse el riesgo «de acuerdo con las circunstancias», así, si esas «mismas monedas fueran vendidas por un perito en la materia» [*op. cit.*, p. 192; v. BOSCH CAPDEVILA (2015) p. 196, y (2012) p. 467].

<sup>955</sup> «Comentario del artículo 51 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 192.

### 3.2 El artículo 52 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: error en la declaración

[270] Dicho artículo «trata del error al declarar una voluntad que se ha formado correctamente (error obstativo)» –esto es, no coinciden (divergencia) la voluntad declarada y la real–<sup>956</sup>. Si «se pretende comprar un cuadro por 10.000 euros, y en el contrato se añade un cero más (100.000 euros). La voluntad declarada (compra por 100.000 euros) no existe en realidad, por lo que no hay consentimiento contractual, y [...], conforme al art. 46.1.a) de esta Propuesta, el contrato debería ser nulo, siempre que el error no se pueda desvanecer de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos [arts. 42 a 45 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer]»<sup>957</sup>. Sin embargo, si la interpretación contractual no subsanó el error obstativo y para «proteger a la parte que no ha incurrido en el error», lo que se aplican son «las reglas del error vicio» del artículo 51 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer que «protegen al otro contratante si es ajeno al error» (art. 52.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer)<sup>958</sup>. El error obstativo *relevante* permite la *anulación* del contrato.

En las normas de interpretación contractual, el artículo 42 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer, con clara cercanía a los artículos 5:101 PECL y 1278 PMCC (*supra* [26] y [244]), dispone:

*«Intención común de las partes* [cursiva, negrita en el original]

1. En la interpretación de los contratos debe buscarse la voluntad común de las partes, aunque no coincida con el sentido literal de las palabras que han utilizado.

2. No obstante lo que dispone el apartado anterior, si una parte ha dado a algún término o cláusula del contrato un sentido particular que, en el momento de la perfección del contrato, la otra parte conocía o no podía ignorar, el término o la cláusula se interpreta en el sentido particular que le confirió dicha parte.

3. Si el contrato no se puede interpretar de acuerdo con los dos apartados anteriores, se le otorga el sentido que le hubiesen conferido dos personas razonables de similar condición y en las mismas circunstancias que las partes del contrato»<sup>959</sup>.

<sup>956</sup> «Comentario del artículo 52 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193.

<sup>957</sup> «Comentario del artículo 52 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193. Artículo 46.1 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer: «[...] 1. Son nulos los contratos concluidos: / a) Sin consentimiento de las partes. / b) [...]» (para la letra b) de ese art. 46.1 *supra* [264]).

<sup>958</sup> «Comentario del artículo 52 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer», BOSCH CAPDEVILA/ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 193.

<sup>959</sup> «Concordancias [negrita en el original] [del art. 42 P. Bosch/Del Pozo/Vaquer]/ Art. 1362 CCIta, 1188 CCFra2016./ Arts. 5:101 PECL, 4.1.1 y 4.2 PICC [Principios UNIDROIT], II.-8:101 DCFR, 58(1) y (2) CESL, 1278 PMCC, 524-1 PAPDC [PCCA-

[271] Por último, el artículo 52.2 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* faculta al otro contratante a que, informado del error, comunique «sin demora excesiva su voluntad de cumplir el contrato en los términos deseados» por el contratante que erró. Los autores destacan, que en el error obstativo hubo «una voluntad negocial correctamente formada –la voluntad interna, que no coincide con la declarada–» y por ello puede tener «lugar [...] la adaptación del contrato en unos términos conformes con la voluntad interna»<sup>960</sup>. La *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* no prevé expresamente dicha facultad de adaptación del contrato para el error (cfr. su art. 51, *supra* [267]).

## V. EL DERECHO FRANCÉS

### 1. LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

#### 1.1 La imposibilidad inicial antes de la *Ordonnance* n.º 2016-131

[272] En la *teoría general del contrato*, interesan los artículos 1108.III, 1128, 1130.I *Code civil* (*Code v.a.*); en la *compraventa*, los artículos 1599 y 1601 *Code civil*.

[A] Artículo 1108 *Code v.a.*: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;  
Sa capacité de contracter;  
*Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;*  
Une cause licite dans l'obligation» (cursiva mía).

[B] Artículo 1128 *Code v.a.*: «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions».

Artículo 1130 *Code v.a.*: «Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

[...]».

[C] Artículo 1599 *Code civil.*: «La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui».

PDC], 136(1) y (2) Pr. Terré» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 165]. Cfr. artículo 16.3 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer* y su «Comentario 2», *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>960</sup> «Comentario del artículo 52 *P. Bosch/Del Pozo/Vaquer*», BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY (2016) p. 194.

Artículo 1601 *Code civil*: «Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation».

[273] La *convention* exige –requisito esencial– un objeto cierto que sea el objeto de la vinculación (art. 1108 *Code v.a.*). En su desarrollo (arts. 1126 a 1130 *Code v.a.*), el *Code no dispone expresamente que las cosas o servicios imposibles no puedan ser objeto de contrato*. Flour/Aubert/Savaux señalan, que «[p]our que le contrat soit valable, il faut d'abord, évidemment, que l'objet existe» (cursiva mía)<sup>961</sup>. Entre las características del objeto, se encuentra su *posibilidad*. Flour/Aubert/Savaux señalan *que solo la imposibilidad absoluta obstaculiza la validez del contrato* –«celle à laquelle se heurterait n'importe quel débiteur»– y no la *relativa* –«celle qui ne concerne que tel débiteur»–<sup>962</sup>; *que tratándose de un cuerpo cierto, la imposibilidad supone que el contrato no existe* –por ejemplo, el bien vendido pereció *antes* de la celebración del contrato–<sup>963</sup>; *que si la cosa existía y el deudor no tenía ningún derecho sobre ella, la imposibilidad es relativa y el contrato es válido*, salvo la excepción de la nulidad de la venta de cosa ajena (art. 1599 *Code civil*) invocable solo por el adquirente<sup>964</sup>; y *que la exigencia de la posibilidad del objeto no impide que el contrato pueda recaer sobre una cosa futura* (art. 1130.I *Code v.a.*)<sup>965</sup>.

## 1.2 La imposibilidad inicial tras la *Ordonnance* n.º 2016-131

[274] Interesan los artículos 1128.3.º y 1163 *Code civil* (*Code v.o.*); también voy a referirme al artículo 1178.I, primera regla, *Code v.o.*

<sup>961</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 234, p. 242.

<sup>962</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 246; refiriéndose a la imposibilidad absoluta, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 600, p. 305. V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 412, pp. 336-337.

<sup>963</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 247; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK: «L'objet doit, en principe, exister au moment du contrat» (de inmediato se refieren al ejemplo de la compraventa, art. 1601 *Code civil*; (2015) núm. 597, p. 304]; con anterioridad, BÉNABENT señala que «[s]i la chose qui fait la matière du contrat n'existe pas, le contrat est nul: par exemple l'animal vendu est mort quelques instants plus tôt ou la maison a péri dans un incendie» y destaca que el momento relevante es el de la conclusión del contrato [(2010) núm. 145, p. 110].

<sup>964</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 238, p. 247.

<sup>965</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 239, p. 247; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 597, p. 304, v. además núm. 598, p. 304; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 145, p. 110.

[A] Artículo 1128 *Code v.o.*: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

- 1.º Le consentement des parties;
- 2.º Leur capacité de contracter;
- 3.º *Un contenu licite et certain*» (cursiva mía).

[B] Artículo 1163 *Code v.o.*: «L'obligation a pour objet une prestation *présente ou future*.

Celle-ci doit être *possible* et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire».

[C] Artículo 1178 *Code v.o.*: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul./ [...]».

[275] Junto con los requisitos del consentimiento de las partes y su capacidad para contratar (art. 1128, 1.º y 2.º, *Code v.o.*), la *validéz del contrato* exige tener un *contenido lícito y cierto* (art. 1128.3.º *Code v.o.*)<sup>966</sup>. Si los anteriores requisitos del artículo 1128 *Code v.o.*

<sup>966</sup> Comparando globalmente los artículos 1108 *Code v.a.* (*supra* [272] [A]) y 1128 *Code v.o.* se constata que en el segundo no aparece expresamente los requisitos de *objeto cierto que forme la materia de la vinculación, y una causa lícita de la obligación* del artículo 1108 *Code v.a.*, siendo sustituidos, en el artículo 1128 *Code v.o.*, por el *contenido lícito y cierto* del contrato [DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*» (2016) p. 168; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*» (2016) núm. 283, p. 232]. Según el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «Le code civil [art. 1108] exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement et de la capacité, un objet certain et une cause licite. La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause "subjective", ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause "objective", ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat./ *C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion.*/ L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité: le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais "un contenu licite et certain" (article 1128)./ [...]» (cursiva mía); y sobre «*Le contenu du contrat* [del art. 1128], terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, *inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause*. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été –plus ou

no se reúnen, el contrato es *nulo* (art. 1178.I, primera regla, *Code v.o.*)<sup>967</sup>. Por su parte, el artículo 1163, I y II, *Code v.o.* dispone que *el*

---

moins artificiellement—rattachées à la notion de cause. [...]» (cursiva mía). DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan que el contenido del número 3 del artículo 1128 *Code v.o.* no es más que el vestido nuevo de la teoría del objeto y de la teoría de la causa, y que el cambio no es más que de fachada, lo que reconoce el *Rapport au Président de la République* al hablar de «l'abandon *formal* de la notion de cause (nous soulignons)» (cursiva, negrita en el original; los autores se refieren a «cette vraie fausse disparition de l'objet et de la cause»; *op. cit.* pp. 170-171; v. hasta p. 172; v. además CHANTEPIE/LATINA, *op. cit.*, núm. 284, pp. 232-233, y núm. 400, pp. 326-327).

<sup>967</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan el estrecho lazo que media entre los artículos 1128 y 1178.I, primera regla, *Code v.o.*, que deben leerse conjuntamente (el primero no es útil y efectivo más que gracias al segundo) y advierten que el artículo 1128 *Code v.o.* no traza el perímetro exclusivo en el que la nulidad puede jugar [«Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*» (2016) p. 319; v. «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», *op. cit.*, p. 168]; v. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*» (2016) núm. 465, pp. 387-388.

*En la sanción de la nulidad* (arts. 1178 a 1185 *Code v.o.*), el artículo 1179 *Code v.o.* dispone: «La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général./ Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé». Con ello, la reforma de la *Ordonnance* n.º 2016-131 consagra en el *Code civil* la llamada *teoría moderna de las nulidades*, frente a la *tesis clásica* de las nulidades, consagración indicada expresamente en el *Rapport au Président de la République* [también lo señalan, por ejemplo, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario de los artículos 1179, 1180 y 1181 *Code v.o.*» (2016) p. 327; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1179 *v.o.*» (2016) núm. 472, pp. 393-395]. DESHAYES/GENICON/LAITHIER (*op. cit.*, pp. 328-330) *critican* que se haya acogido en la reforma la teoría moderna de las nulidades y así: apuntan su gran rigidez, lo que permite preguntarse si será un sistema sostenible; que se haya consagrado en el *Code civil* en un momento en que el cada vez son más numerosas las voces que denuncian su carácter impracticable e inadaptado; además, se ha mostrado que la línea de separación entre el interés general y el particular es muy difícil de trazar, siendo escurridiza la intención del legislador; por otro lado, los jueces se encuentran atenazados entre el funcionamiento lógico y simple del criterio moderno del interés protegido y el impulso natural de adoptar una sanción muy enérgica cada vez que se encuentran ante un vicio eminentemente grave en la formación del contrato (lo que puede llevarles a la nulidad absoluta, *incluso* estando solo presente un interés privado). Lo cierto es —indican dichos autores— que la jurisprudencia siempre ha mantenido una prudente distancia con el sistema binario (interés general/particular) que la doctrina le sometía, guardándose un margen de actuación y evitando encerrarse en un sistema demasiado limitado. Ya en el concreto análisis del artículo 1179 *Code v.o.*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la nulidad relativa se aplica cuando la regla infringida tiene *solo* por objeto la salvaguarda del interés privado, mientras que la nulidad absoluta procede cuando la regla infringida tiene por objeto la salvaguarda del interés general, *lo que muestra que la categoría de la nulidad absoluta es más abierta que la de la nulidad relativa (más restrictiva)*. Así, el caso en el que la nulidad proteja, en primer lugar, un interés privado y también, en segundo lugar, un interés público, o el caso en el que la finalidad protectora de la nulidad se encuentre indeterminada, debe conducir a la calificación de la nulidad absoluta. De modo similar CHANTEPIE/LATINA se manifiestan: indican que la teoría moderna de las nulidades no soluciona todos los problemas de delimitación entre nulidad absoluta y relativa, pues a veces es difícil determinar *a priori* si la regla violada se destinaba a proteger el interés general o el particular; además de que la norma, más allá de proteger los intereses particulares, puede preservar el interés general (una regla puede prever múltiples objetivos, mezclando la protección de los intereses particulares y del general); y dado que la nulidad relativa tiene lugar cuando la regla infringida tiene «solo» por objeto la salvaguarda del interés privado, la nulidad debe ser absoluta si la regla infringida prevé la preservación del interés de una parte y del general, con lo que, potencialmente, el campo de las nulidades relativas puede reducirse drásticamente [«Comentario del artículo 1179 *Code v.o.*» (2016) núm. 473, p. 395; v. también *op. cit.*, núm. 472 pp. 393-395, y núm. 464, pp. 385-387]. Por último, CABRILLAC, que también se refiere a la doctrina clásica, y a Japiot y Gaudement (teoría

*objeto de la obligación puede consistir en una prestación presente o futura y debe ser posible y determinable. En el Rapport au Président de la République se recuerda, que «conformément au droit positif, que l'objet de l'obligation peut être présent ou futur, et qu'il doit être possible, déterminé ou déterminable, conformément aux principes actuels du code civil (article 1163)» (cursiva mía)<sup>968</sup>.*

Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que si, según el artículo 1128.3.º *Code v.o.*, es condición de validez *del contrato* tener un «*contenu certain*», ¿cómo tratar y calificar la hipótesis en la *que el objeto de la prestación (de la obligación del contrato) sea indeterminada o imposible (art. 1163 Code v.o.)*?<sup>969</sup> A su parecer, puede considerarse, por contagio, que *la ausencia de objeto en la obligación*, su indeterminación o *su imposibilidad* conducen a *la ausencia de contenido del contrato*, lo cual, *solo en sí mismo*, justifica la nulidad con fundamento en el artículo 1128.3.º *Code v.o.*<sup>970</sup> Añaden, que esa solución merece cierta explicación *para los contratos sinalagmáticos*, pues si la ausencia de objeto en una de las obligaciones conduce a *su nulidad*, resta por justificar la caída de la otra obligación (y la del contrato en su totalidad) por continuar la otra obligación con objeto, y precisamente aquí se constata la vinculación entre el objeto y la causa, pues la caída de (todo) el contrato se explica gracias al

---

moderna), indicando presente al artículo 1179 *Code v.o.*, la subsunción en la nulidad relativa de los vicios del consentimiento, de la lesión, de la incapacidad, y de la ausencia de contraprestación, y la nulidad absoluta para el contenido o fin ilícito; pero añade, que la ausencia de un criterio general que permita delimitar las reglas de interés general y las de interés privado deja que, a veces, sobreviva en la jurisprudencia el antiguo criterio de distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa fundado en la gravedad del vicio que afecta al acto: «les nullités pour vice de forme, défaut de consentement, ou absence d'un élément essentiel du contrat sont en général considérées comme absolues» [(2016) núm. 102, p. 100]. Para la teoría de las nulidades *antes* de la reforma, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 322 ss., pp. 329 ss. (v. núm. 325, p. 332, sobre el criterio empleado por la teoría clásica de las nulidades para distinguir entre nulidad absoluta/nulidad relativa); de gran interés MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núms. 707-708, pp. 349-351; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núms. 206-208, pp. 159-161.

<sup>968</sup> En la misma línea, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264; v. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 408, pp. 333-334. Acerca de que el contenido *del contrato* deba ser posible (art. 1163.II *Code v.o.*), CABRILLAC apunta que la reforma «*reprend une solution antérieure*»: la vente de la lune aurait par exemple un objet impossible» [(2016) núm. 80, p. 80]; sobre el objeto que no existe, CABRILLAC señala que ello no puede en principio formar parte del contenido del contrato (cfr. art. 1601 *Code civil*), si bien a tal exigencia hay que señalarle que el artículo 1163.I *Code v.o.* prevé que la obligación puede tener una prestación futura (solución anterior), y que las partes pueden concluir una «*convention aléatoire, dont on n'est pas sûr que l'objet existe ou existera*» [(2016) núm. 81, p. 80].

<sup>969</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264.

<sup>970</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 264; continúan: «Ce détour montre, une nouvelle fois, combien la prétendue substitution du «contenu» à l'«objet» est factice et combien l'ordonnance, absorbée par son souci de changer les mots, n'a pas assuré en aval le suivi technique et notamment la coordination de l'objet (mentionné dans cet article 1163) et du contenu» (*op. cit.*, p. 264).

indefectible lazo que la causa establece entre las (dos) obligaciones<sup>971</sup>. Y hoy, esa misma explicación es también necesaria, pues razonándose en términos de contenido, resta por justificar cómo la desaparición de solo una parte del contenido del contrato –la ausencia o indeterminación de una de las dos obligaciones– conduce a la nulidad de todo el contrato<sup>972</sup>. El artículo 1169 *Code v.o.*, en nombre de la causa pero sin nombrarla, permite –según Deshayes/Genicon/Laithier– tomar el relevo, conduciendo a las mismas soluciones existentes con anterioridad a la reforma<sup>973</sup>.

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés de 2016<sup>974</sup> y en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*.– [A.1] Artículos.– [A.1.1] Artículo 1108 *AP Catala*: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention:

- le consentement des parties contractantes;
- leur capacité de contracter;
- un objet qui forme la matière de l’engagement;
- une cause justifiant l’engagement.

S’y ajoute, pour l’acte accompli par le représentant d’une partie, le pouvoir d’agir au nom de celle-ci.

La forme des conventions est exposée aux articles 1127 et suivants» (cursiva mía).

[A.1.2] Artículo 1121-2 *AP Catala*: «La chose qui forme la matière de l’engagement doit être licite.

*Elle doit être possible et exister au moment de la formation du contrat.*

Néanmoins, les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation» (cursiva mía).

[A.1.3] Artículo 1122 *AP Catala*: «L’illicéité de l’objet entache la convention de nullité absolue.

*L’absence d’objet est sanctionnée par une nullité relative»* (cursiva mía).

<sup>971</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) pp. 264-265.

<sup>972</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 265.

<sup>973</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) p. 265; artículo 1169 *Code v.o.*: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire». CHANTEPIE/LATINA se limitan a indicar que la exigencia de una «prestación presente» debe entenderse que comprende una prestación «existente»; por ejemplo, la cosa objeto de la obligación debe existir cuando el acuerdo de las voluntades; si dicha cosa ha perecido totalmente, la venta es nula (art. 1601.I *Code civil*); por el contrario, si la misma desaparece en el intervalo que precede a su entrega, el contrato se habrá formado, desplazándose la cuestión a los «effets» del contrato [«Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*» (2016) núm. 411, pp. 335-336].

<sup>974</sup> *Supra* nota 32.

[A.2] *Comentario.*— Huet/Cabrillac señalan que el *AP Catala* conserva la posibilidad de que una *cosa futura* pueda ser objeto de obligación (art. 1121-2.III) y que, a modo de enlace, se añade un artículo que indica las cualidades necesarias del objeto: este debe ser lícito, posible y existir en el momento de la formación del contrato (art. 1121-2)<sup>975</sup>. Igualmente, se incorpora un artículo que precisa las *sanciones*, distinguiendo la ilicitud del objeto a la que se aplica la nulidad absoluta, y la ausencia de objeto (a la que se aplica la nulidad relativa; art. 1122 *AP Catala*)<sup>976</sup>.

[B] El *P. Terré.*— [B.1] *Artículos.*— [B.1.1] Artículo 13 *P. Terré*: «Trois conditions sont essentielles pour la formation d'un contrat:

- le consentement des parties contractantes;
- leur capacité de contracter;
- *un contenu certain et licite*» (cursiva mía).

[B.1.2] Artículo 60 *P. Terré*: «L'obligation a pour objet une prestation consistant à faire ou à ne pas faire.

*L'objet de l'obligation est actuel ou futur*, déterminé ou déterminable.

L'objet de l'obligation peut être déterminé unilatéralement, dès lors que les modalités de détermination ont été précisément fixées par le contrat et qu'il est fait usage de cette faculté de manière raisonnable» (cursiva mía).

[B.2.] *Comentario.*— [B.2.1] Según Houtcieff, *las características del objeto de ser cierto y posible se descartaron por redundantes y conllevar complejidad*<sup>977</sup>. Apunta, que *tradicionalmente* el deudor no puede más que prometer, válidamente, una prestación posible (*impossibilium nulla obligatio*) y que el contrato, con objeto de prestación imposible, es *nulo y de nulidad absoluta*; además, *la imposibilidad ha de ser absoluta y perpetua* (definitiva)<sup>978</sup>. Y que, antiguas decisiones admitieron que si la ejecución del contrato era imposible *para el deudor*, pudiendo *otro* ejecutarlo, el contrato *no es nulo*<sup>979</sup>. Las anteriores distinciones *son, en la práctica, difíciles de tener en cuenta*<sup>980</sup>.

Sentado lo anterior, Houtcieff apunta *la tendencia hacia la validez del contrato*; así, el artículo 4:102 PECL (*supra* [14] ss.) y

<sup>975</sup> HUET/CABRILLAC (2005) p. 24.

<sup>976</sup> HUET/CABRILLAC (2005) p. 24. V. CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2012) p. 1789.

<sup>977</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 189; a la afirmación del texto precede: «Une fois admis le principe du maintien de l'objet de l'obligation ainsi défini, le groupe de travail a dû trancher la question du maintien ou non de ses caractères classiques, selon lesquels, comme on sait, l'objet doit exister, être possible, utile, certain, déterminé et licite./ La rédaction adoptée a notablement simplifié cette nomenclature, puisque selon l'aliéna adopté, "l'objet de l'obligation est actuel ou futur, déterminé ou déterminable» [art. 60.II *P. Terré*]» (*op. cit.*, p. 189).

<sup>978</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 190.

<sup>979</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 190; continúa: «un peintre ne peut se prétendre déchargé de l'obligation de fournir un tableau faute d'inspiration» (*op. cit.*, p. 190).

<sup>980</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 190; continúa: «Beaucoup d'auteurs classiques ont développé des théories tendant à distinguer, par exemple, les choses impossibles naturellement et légalement. Malgré ces subtilités – ou peut-être à cause d'elles– le contentieux paraît assez pauvre» (*op. cit.*, p. 190).

el Derecho alemán *tras* su reforma de 2002 [§ 311a (1) BGB]<sup>981</sup>. Y que, *a algunos miembros del grupo* la solución de la validez del contrato les parecía la más deseable; además, el deudor parece culpable de vincularse al cumplimiento de una prestación que no puede cumplirse: «il est donc plus équitable qu'il soit sanctionné au lieu de pouvoir bénéficier d'une nullité du contrat» (cursiva mía)<sup>982</sup>. *Parte del grupo* era favorable a que se reafirmara expresamente el principio de que la posibilidad del objeto de la obligación es una *condition, precisándose que la imposibilidad no puede entrañar la nulidad del contrato*<sup>983</sup>. *Sin embargo, esa solución no consiguió la adhesión*<sup>984</sup>. Se la reprochaba que proponía una solución exageradamente materialista de la obligación, despreciando su fundamento profundamente «voluntarista»<sup>985</sup>. Además, *la cuestión debía tratarse en el terreno de la nulidad del contrato y no en el marco del objeto del contrato*<sup>986</sup>. En suma, «[t]oute référence à la possibilité de l'objet a donc finalement été écartée» (cursiva mía)<sup>987</sup>.

[B.2.2] En relación con que«[l]'objet de l'obligation est actuel ou futur» del artículo 60.II *P. Terré*, Houtcieff señala que supone una «modernisation de la notion d'existence»<sup>988</sup>. Apunta, que señalar diferentes características del objeto y la exigencia misma de un objeto en la obligación *implica que aquél exista*, e «[i]l a donc paru inutile de préciser ce point dans la rédaction d'une disposition consacrée à l'objet»<sup>989</sup>. E incluso puede cuestionarse la oportunidad de incluir una regla que disponga que el contrato puede recaer sobre cosas futuras, pues puede operarse con *ubi lex non distinguit...*<sup>990</sup> Pero, la indicación de que el objeto de la obligación puede ser futuro es *tan clásica, que su desaparición puede interpretarse como un cambio, y de ahí que se haya propuesto «d'affirmer expressément que l'objet de l'obligation pouvait être actuel ou futur, ce qui évite l'imprécision à laquelle conduit l'idée "d'existence"»*<sup>991</sup>.

[C] El *Projet d'Ordonnance de la Chancellerie de 2015 (P. Ord. 2015)*.-[C.1] *Artículos*.-[C.1.1] Artículo 1127 *P. Ord. 2015*: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

- 1.º Le consentement des parties;
- 2.º Leur capacité de contracter;
- 3.º *Un contenu licite et certain*» (cursiva mía).

[C.1.2] Artículo 1162 *P. Ord. 2015*: «*L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.*

<sup>981</sup> HOUTCIEFF (2009) pp. 190-191 y nota 34 en p. 191. Para la imposibilidad inicial en el Derecho alemán, RIBOT IGUALADA, *supra* nota 801.

<sup>982</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>983</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>984</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>985</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>986</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>987</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 191.

<sup>988</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 193.

<sup>989</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 193.

<sup>990</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 193.

<sup>991</sup> HOUTCIEFF (2009) p. 193.

*Celle-ci doit être possible* et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties» (cursiva mía; comp. con el tenor literal del art. 1163 *Code v.o.*).

[C.2] *Comentario.*— Según Savaux, que la prestación (el objeto) de la obligación pueda ser *presente o futura* (art. 1162.I *P. Ord. 2015*) es regla indiscutida<sup>992</sup>. Además, la prestación debe ser *posible*<sup>993</sup>. El autor recuerda que el *AP Catala* y todos los proyectos gubernamentales formularon la característica de la posibilidad de la prestación, lo que no hacen el *P. Terré* (anterior [B]) y los textos europeos (art. 4:102 PECL, II.-7:102 DCFR; *supra* [14] ss., [32] s., respectivamente)<sup>994</sup>. Reconoce que, efectivamente, no es útil anular el contrato cuando la imposibilidad de ejecutarlo, o de disponer del bien, es temporal o eventual, pues la suerte del contrato puede reglarse en el terreno del incumplimiento («de l'inexécution») <sup>995</sup>. Pero cuando esas imposibilidades son irremediables, como en la pérdida total de la cosa vendida, la nulidad se impone<sup>996</sup>. En consecuencia, la condición de que la prestación (el objeto) de la obligación sea posible ha de mantenerse para esos solos casos, cuya caracterización corresponde al juez<sup>997</sup>. Y propone: «Art. 1162.-[pas de changement]»<sup>998</sup>.

## 2. EL ERROR

### 2.1 El error antes de la *Ordonnance* n.º 2016-131

#### 2.1.1 EL ERROR VICIO (L'ERREUR, VICE DU CONSENTEMENT)<sup>999</sup>. EL ERROR DE CÁLCULO (ERREUR MATÉRIELLE)

[276] Interesa el artículo 1110 *Code v.a.*, a partir del cual *la jurisprudencia* ha llevado a cabo *una amplia construcción*. Reproduciré asimismo el artículo 1109 *Code v.a.*

<sup>992</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

<sup>993</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

<sup>994</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

<sup>995</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

<sup>996</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23.

<sup>997</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015) p. 23. V. CABANILLAS SÁNCHEZ para el entonces Proyecto de la Cancillería, *ADC* (2012) p. 1793.

<sup>998</sup> SAVAUX, *SJ, Supplément* (2015), p. 26.

<sup>999</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan, que tradicionalmente se distinguen dos tipos de error: «Les plus graves, *détruisant* le consentement, empêchent la formation même du contrat: ce pourquoi l'on parle souvent d'erreur-obstacle./ Celles qui sont de gravité moyenne ne font, au contraire, que *vicier* le consentement; ce sont d'ailleurs les seules que le Code civil envisage expressément» [cursiva del original; (2014) pp. 191-192]. *Supra* nota 668.

Artículo 1109 *Code v.a.*: «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

Artículo 1110 *Code v.a.*: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

[277] El error *es una falsa apreciación de la realidad*, consistente en *crear* verdadero lo falso, o lo contrario<sup>1000</sup> y sin él, el que se equivocó no habría contratado (carácter determinante)<sup>1001</sup>. En cambio, si el contrato se celebró aceptando su carácter aleatorio, el error no opera (asunto *Fragonard*)<sup>1002</sup>. En el error, el momento jurídicamente relevante es el de la *celebración del contrato*<sup>1003</sup>. La sanción del error relevante es la *nulidad relativa*, invocable *solo* por el contratante que lo cometió<sup>1004</sup>.

[278] Sobre la fórmula «*lorsqu'elle* [el error] *tombe sur la substance même de la chose*» (art. 1110.I *Code v.a.*), Flour/Aubert/Savaux señalan que puede interpretarse de dos formas. Una *objetiva*, en que la *sustancia* designa la *materia* de la que se compone la cosa<sup>1005</sup>. Y otra *subjetiva*, que designa la *cualidad* sustancial; *es decir, la cualidad de la cosa que las partes han tenido principalmente en cuenta* (Pothier); y «[p]lus précisément, on dira: c'est la qualité qui a déterminé le consentement de l'une des parties, de telle sorte que celle-ci ne se serait pas engagée si elle avait su que

<sup>1000</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 497, p. 251.

<sup>1001</sup> BÉNABENT, que añade «(soit pas du tout, soit pas aux mêmes conditions)» [(2010) núm. 82, p. 66].

<sup>1002</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 501, p. 254, y en nota 21, p. 254: «*en vendant ou en achetant en 1933 une œuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre, les héritiers de l'errans ne rapportant pas la preuve, qui leur incombe, que leur auteur a consenti à la vente sous l'empire d'une conviction erronée quant à l'auteur de celui-ci*» (cursiva del original). Según BÉNABENT: «On dit que "*l'aléa chasse l'erreur*", formule frappante qui n'est d'ailleurs pas tout à fait exacte: il en déplace plutôt l'objet car il en irait différemment, de manière logique, si l'une des parties ignorait qu'il y eût un aléa ou inversement croyait à tort qu'il y en avait un, ou encore si son erreur portait sur un élément d'appréciation de cet aléa» [(2010) núm. 79, p. 64, v. desde p. 63]. CABRILLAC (2016) núm. 56, p. 64.

<sup>1003</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 193, p. 190, v. p. 191; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 82, p. 66.

<sup>1004</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) p. 194; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 84, p. 67 («la nullité du contrat, que seule peut demander la victime de l'erreur»).

<sup>1005</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 196, p. 194; añaden: «[u]n *exemple* de Pothier est célèbre. Le contrat est nul si l'on achète des flambeaux que l'on croit être en argent, et qui sont en bronze argenté» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, núm. 196, p. 194); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253; CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 65.

cette qualité n'existait pas» (cursiva del original)<sup>1006</sup>. Los autores afirman, que la «substance» *debe entenderse en sentido subjetivo*, lo que es conforme con la intención de los codificadores y con la jurisprudencia<sup>1007</sup>. Lo anterior implica *la imposibilidad de establecer una lista cerrada de anulaciones*, concibiendo la jurisprudencia la noción de cualidad sustancial *de forma muy amplia*<sup>1008</sup>.

A su vez, esa interpretación *subjetiva* de la sustancia del artículo 1110.I *Code v.a.* puede entenderse de dos modos. *Uno* busca la cualidad que *individualmente* determinó al contratante que erró –apreciación *in concreto*–; el *otro* busca la cualidad considerada como determinante *en la opinión común* –apreciación *in abstracto*–<sup>1009</sup>. Flour/Aubert/Savaux señalan, *que el factor psicológico del error ordena acoger la apreciación in concreto*, y que la jurisprudencia acoge la misma, al menos implícitamente<sup>1010</sup>.

Puesto que el error recae sobre una cualidad sustancial, *poco importa* que el error recaiga *sobre la prestación recibida* (v.gr., la recibida por el comprador) o *sobre la prestación suministrada por el que erró* (v.gr., la entregada por el vendedor; asunto *Poussin*)<sup>1011</sup>.

<sup>1006</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 196, p. 194; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253; CABRILLAC (2016) núm. 59, pp. 65-66.

<sup>1007</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 197, p. 195. Con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 78, p. 62. V. CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 66.

<sup>1008</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 197, p. 195; continúa: «[p]arfois, c'est la substance matérielle qui est prise en considération: un bijou ou des couverts en argent sont plus attirants qu'en métal argenté. Parfois, c'est la qualité d'où la chose tient sa valeur artistique: un meuble ancien est plus recherché qu'une copie. Parfois, c'est l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine: comme la constructibilité d'un terrain» (*op. cit.*, núm. 197, p. 195); CABRILLAC (2016) núm. 59, pp. 66-67.

<sup>1009</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 198, p. 197; añaden: «[d]ans l'un et l'autre cas, on fera bien une recherche psychologique au conditionnel passé; mais cette recherche sera appliquée à un homme dans le premier cas, à la moyenne des hommes dans le second» (*op. cit.*, núm. 198, pp. 197-198, cursiva del original); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, p. 253.

<sup>1010</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 198, p. 198, e indican: «il s'agit de savoir ce qu'aurait fait, sans l'erreur, celui qui a contracté; non ce qu'aurait fait une sorte d'individu standard, placé dans les mêmes conditions» (*op. cit.*, núm. 198, p. 198); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 500, pp. 253-254; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 78, pp. 62-63.

<sup>1011</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 199, p. 199; «[l]e premier cas est le plus fréquent, et c'est celui sur lequel on a, jusqu'ici, exclusivement raisonné: la plupart des ventes arguées de nullité à ce titre le sont parce que l'acheteur s'est trompé sur les qualités de l'objet. Mais il n'y a pas de raison pour que la solution ne soit pas la même lorsque c'est le vendeur qui a inexactement apprécié la réalité: qui, par exemple, s'est mépris, à son désavantage, sur la superficie du terrain vendu, ou qui a ignoré le caractère artistique ou l'authenticité de la chose dont il se dessaisissait» (*op. cit.*, núm. 199, p. 199, cursiva del original). También MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 504, pp. 255-256, y en nota 31, en p. 256, señalan que el caso más característico es el asunto *Poussin*: «"en matière de ventes publiques d'œuvres d'art sur catalogue contenant certification d'expert, l'attribution de l'œuvre constitue tant pour le vendeur que pour l'acheteur une qualité substantielle de la chose vendue". Un particulier, amateur éclairé, avait mis aux enchères publiques un tableau qu'une tradition familiale disait être l'œuvre de Poussin; sur l'avis de l'expert, le catalogue l'attribua au contraire à l'école des Carrache; le Musée du Louvre, après l'avoir acquis à petit prix en exerçant son droit de préemption, déclara qu'il s'agissait

[279] El error puede ser *de hecho y de derecho*<sup>1012</sup> (y este último debe recaer sobre la sustancia de la cosa; sin el error, el interesado no habría contratado)<sup>1013</sup>.

[280] En cuanto al error *sobre la persona*, en los *contratos usuales* es normalmente *indiferente* la persona del cocontratante –«peu importe à qui l'on vend, à qui l'on achète»– *salvo* que su consideración haya sido la causa principal de la *convention* (contrato *intuitu personae*)<sup>1014</sup>. Flour/Aubert/Savaux diferencian el contrato a título gratuito –en el que *siempre* hay *intuitu personae* –<sup>1015</sup>, y el a título oneroso –en el que *a veces* hay *intuitu personae*–<sup>1016</sup>. El error sobre la persona puede recaer sobre la *identidad* del cocontratante<sup>1017</sup>, o sus *cualidades*<sup>1018</sup>.

[281] El error *sobre el valor* es *indiferente* para la validez del contrato (se está ante una *lésion*, excepcionalmente causa de nulidad)<sup>1019</sup>.

d'un *Poussin*; la vente a été annulée pour cause d'erreur sur la substance commise par le vendeur» (cursiva del original). Y BÉNABENT (2010) núm. 78, p. 62, y CABRILLAC (2016) núm. 59, p. 67.

<sup>1012</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Il n'y a pas davantage à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'adage célèbre, selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi", ne fait pas obstacle à la prise en considération de la seconde. Il signifie seulement qu'une personne ne peut prétendre échapper à l'application de la loi sous le prétexte qu'elle l'ignore: elle y sera soumise de toute façon. Le problème de l'influence d'une erreur de droit sur la validité du contrat est tout différent: il s'agit de savoir si le consentement a été vicié ou non. Or, du point de vue psychologique, il peut l'être tout autant par une opinion juridique inexacte que par la méconnaissance d'un élément de fait» [(2014) núm. 200, pp. 199-200]; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 499, p. 252.

<sup>1013</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 200, p. 200.

<sup>1014</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 201, p. 201; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

<sup>1015</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 201, p. 201; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

<sup>1016</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Il [*intuitu personae*] existe parfois dans les contrats à titre *onéreux*, notamment dans ceux qui comportent des prestations dont les qualités personnelles du débiteur garantissent, seules, la bonne exécution: commande d'un tableau à un peintre; mandat; société, au moins pour les sociétés dites sociétés de personnes; bail; contrat de travail. Mais il n'y pas de liste limitative. La vente elle-même, type du contrat ordinairement considéré comme purement économique, peut être consentie *intuitu personae*; lorsqu'un crédit est, par exemple, accordé à l'acheteur, la solvabilité de celui-ci devient décisive» [(2014) núm. 201, pp. 201-202, cursiva del original]; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

<sup>1017</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 202, p. 202; «croyant traiter avec un individu, on s'est engagé envers un autre, en raison, par *exemple*, d'une homonymie inaperçue» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, núm. 202, p. 202); con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, p. 61.

<sup>1018</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «[p]lus souvent, la personne est bien celle que l'on pensait; et on lui a simplement attribué des *qualités* qu'elle n'avait pas. Cela suffit à rendre le contrat annulable s'il s'agit de qualités *essentiels*, susceptibles d'avoír déterminé le consentement: point qui sera lui-même apprécié en fonction tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est ainsi mépris. Suivant les cas, on pourra tenir compte d'une erreur sur le talent, la compétence, l'honorabilité, l'indépendance d'esprit et l'impartialité, la solvabilité ...» [(2014) núm. 202, p. 202]; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 77, pp. 61-62.

<sup>1019</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 203; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 505, p. 256; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 80, p. 64.

Ahora bien, aquél es causa de nulidad *si deriva de un error sobre la sustancia* (por ejemplo, de un error sobre la autenticidad del cuadro o del mueble)<sup>1020</sup>. Solo el *error espontáneo* sobre el valor no es causa de nulidad, *pues si fue provocado* por maniobras o engaños, puede entrañarlo *por dolo*.<sup>1021</sup>

Es también *indiferente* para la validez del contrato el error *sobre la rentabilidad económica de una operación*<sup>1022</sup>. Y es causa de nulidad *si realmente deriva de un error sobre la sustancia*; igualmente es causa de nulidad, *si no fue un error espontáneo, sino provocado por dolo o reticencia de la otra parte*<sup>1023</sup>.

[282] Para el error *sobre el motivo*, Flour/Aubert/Savaux, con apoyo en el artículo 1110 *Code v.a.*, diferencian lo siguiente. *Uno*, el error sobre el motivo determinante *que recae sobre las cualidades del objeto o de la persona*; por ejemplo, la compra, por el comprador, de una casa *para habitarla*, casa a punto de destruirse por insalubridad –su error sobre el motivo determinante consiste en que la cosa es impropia para el uso al que le interesaba destinarla; *hay error sobre la sustancia*–<sup>1024</sup>. *El otro*, el error sobre el motivo determinante *extraño* a las cualidades del objeto o de la persona y que permanece *exterior* a los elementos constitutivos del contrato; por ejemplo, el funcionario espera próximamente ser destinado a una ciudad y por ello compra una casa *para habitarla*; si resulta que ello no sucede, el error sobre su motivo determinante *no es sobre las cualidades de la cosa, y el contrato es válido*<sup>1025</sup>. Pero la

<sup>1020</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 203; y «[e]n d’autres termes, la seule erreur qui ne soit pas sanctionnée est l’erreur *directe* sur la valeur, c’est-à-dire “l’appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes”: et ce, par opposition à l’erreur *indirecte*, où la méprise a porté, d’abord, sur les données. Celui qui, possédant un tableau de maître et le sachant tel le vend néanmoins un prix infime parce qu’il n’a aucune idée des cours, comment, sur la valeur, une erreur directe; il ne peut pas agir en nullité. Celui qui conclut l’opération au même prix parce qu’il croit vendre une copie comment, sur la valeur, une erreur indirecte due à son erreur sur la substance; il peut faire annuler son contrat» (cursiva del original; *op. cit.*, núm. 203, p. 203).

<sup>1021</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203, p. 204; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 511, p. 261; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 85, p. 68 (además, tras definir al dolo vicio del consentimiento, dice: «Il y a donc *erreur provoquée*», cursiva del original) y núm. 88-1, p. 72.

<sup>1022</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203-1, p. 204. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que, durante bastante tiempo, el error sobre la rentabilidad económica ha sido considerado indiferente, si bien, en el contrato de distribución, puede ser un error que recaiga sobre las cualidades sustanciales y por ello causa de nulidad, si el cesionario había creído que la explotación tenía una rentabilidad mínima [(2015) núm. 505, pp. 256-257, y en nota 35, en p. 257, se refieren al contrato de franquicia].

<sup>1023</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 203-1, pp. 204-205; y «[e]nfin, la demande de nullité qui ne peut pas aboutir sur le fondement de l’erreur aurait peut-être pu, un temps, réussir sur le fondement de l’absence de cause. Mais la jurisprudence la plus récente marque sur ce point un certain repli» (*op. cit.*, núm. 203-1, p. 206).

<sup>1024</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 206.

<sup>1025</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 206; v. BÉNABENT (2010) núm. 81, p. 65.

ausencia de satisfacción de un motivo determinante *exterior puede* entrañar la nulidad del contrato, *si hay una estipulación expresa que produce su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición*<sup>1026</sup>. El error sobre el motivo *también* entraña la nulidad del contrato si fue fruto de un *dolo*<sup>1027</sup>.

[283] Si el error es fruto de una ligereza o negligencia excesiva (*error inexcusable*), el contrato se mantiene (requisito introducido por la jurisprudencia para la relevancia del error)<sup>1028</sup>. La inexcusabilidad se aprecia *in concreto* (en función de las capacidades personales del interesado, en particular de su competencia profesional)<sup>1029</sup>. Pero la jurisprudencia admite que *no hay error inexcusable, si es consecuencia de un dolo, en particular de una reticencia, y cuando se trata de un error obstáculo*<sup>1030</sup>. La jurisprudencia admite que *hay una obligación de informarse* que recae, con intensidad variable, en todo contratante y que pone un límite a la sanción del error sobre la sustancia<sup>1031</sup>.

[284] *Finalmente*, Flour/Aubert/Savaux tratan del *error común*: «faut-il que le cocontractant ait connu les raisons qui ont déterminé le consentement de la victime de l'erreur? La prétendue erreur commune n'est que la *connaissance*, par l'une des parties, du *caractère substantiel* que présentait, pour l'autre, la qualité sur laquelle celle-ci s'est méprise»<sup>1032</sup>. Y al respecto, la *doctrina* se encuentra *dividida* –para algunos el error no se considera *sino cuando* recae sobre una «qualité convenue»– y la *jurisprudencia* es *poco clara*, tendiendo a exigir el error común –sin imponerlo expresamente, los fallos que pronuncian la nulidad revelan frecuentemente que las razones por las que se decidió quien erró, eran conocidas por su cocontratante–<sup>1033</sup>. *Flour/Aubert/Savaux consideran discutible que el error haya de ser común*<sup>1034</sup>.

<sup>1026</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 204, p. 207; «[...] Il ne suffit pas que le cocontractant en ait eu connaissance, celle-ci ne pouvant à elle seule établir un accord de volonté» (*op. cit.*, núm. 204, p. 207); «L'exigence d'une stipulation expresse est destinée à éviter que la recherche d'une hypothétique condition implicite soit l'occasion d'investigations psychologiques trop périlleuses» (*op. cit.*, núm. 204, p. 207); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 505, p. 256.

<sup>1027</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 511, p. 261; BÉNABENT (2010) núm. 88-1, p. 72.

<sup>1028</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208, y núm. 205, p. 207; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 506, p. 257; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 83, p. 66, v. hasta p. 67.

<sup>1029</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208.

<sup>1030</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 506, p. 257, y núm. 510, p. 261; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 85, p. 68, y núm. 88-1, p. 72.

<sup>1031</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 206, p. 208.

<sup>1032</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 208, p. 210.

<sup>1033</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 208, p. 210; CABRILLAC (2016) núm. 63, p. 70.

<sup>1034</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

Entienden que subordinar la anulación al conocimiento de la cualidad buscada, conduce realmente a vaciar, ampliamente, el artículo 1110 *Code v.a.*<sup>1035</sup>. Pues, *por un lado*, la nulidad se *descartará* en todos aquellos casos en los que el cocontratante *no ha sido informado* de la cualidad buscada<sup>1036</sup>. *Y por otro*, si el cocontratante fue informado de la cualidad buscada, o es una cualidad normalmente sustancial que habría debido saber buscada, la nulidad, o no, del contrato dependerá, según las circunstancias, *de un fundamento distinto* al del error, habiendo diferentes situaciones<sup>1037</sup>. Una *primera* es que el cocontratante *ignora* si la cualidad efectivamente buscada existe y el contrato se hace bajo esa confesada incertidumbre, por lo que la nulidad se excluye al no haber un verdadero error; el contrato se celebró conociendo el riesgo de la insatisfacción y asumiéndolo el contratante decepcionado<sup>1038</sup>. *Otra segunda situación* es si el cocontratante *sabía* que la cualidad buscada no existía y entonces puede suceder lo siguiente: o informa al contratante, quien pese a todo concluye el contrato, por lo que no podrá quejarse de error, o nada dice al contratante, siendo culpable de un dolo por reticencia (por lo que no se trata de sancionar un error)<sup>1039</sup>. Y, «[o]n constate ainsi que, dans ce système [de error común], la nullité pour erreur *stricto sensu*, n'a *pratiquement plus aucune place*. La considération de données morales –protéger le cocontractant contre une annulation “surprise” du contrat– élimine en fait la prise en compte des pures données psychologiques, l'altération du consentement de celui qui s'est trompé. *On est alors trop loin de la lettre de l'article 1110 pour en respecter encore l'esprit!*» (cursiva mía, salvo *stricto sensu*)<sup>1040</sup>.

[285] Por último, el *erreur matérielle* (error de cálculo, de cuenta) *no* conlleva la nulidad del contrato, sino que ha de corregirse *si* los elementos de cálculo *han sido conocidos y tomados en consideración por las partes*<sup>1041</sup>. Y la parte que, por su culpa, causa el *erreur matérielle* que le perjudica, no puede hacerlo rectificar si la otra parte no ha podido tenerlo en cuenta<sup>1042</sup>.

## 2.1.2 EL ERROR OBSTATIVO (L'ERREUR-OBSTACLE)<sup>1043</sup>

[286] Tradicionalmente, bajo esa expresión se designa al error «*sur la nature du contract (error in negotio)*» –una de las partes

<sup>1035</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

<sup>1036</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211; el texto continúa: «*pratiquement à chaque fois que celui qui a commis l'erreur n'a pas dit quelle qualité non normalement substantielle il recherchait*» (*op. cit.*, núm. 210, p. 211).

<sup>1037</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 211.

<sup>1038</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, pp. 211-212.

<sup>1039</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 212.

<sup>1040</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, p. 212.

<sup>1041</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 507, p. 258.

<sup>1042</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 507, p. 258.

<sup>1043</sup> *Supra* nota 999.

creyó recibir una donación, la otra, que consintió una venta; una, que compró una casa, la otra, que cedió un arrendamiento—, y al error sobre «*l'identité de la chose*» objeto del contrato (*error in corpore*)—uno quiso vender tal inmueble, su cocontratante comprar otro—<sup>1044</sup>. Según Flour/Aubert/Savaux, pese al silencio del *Code civil*, no se duda de que tal error supone la nulidad del contrato; Planiol decía que *no hay contrato*, hay un *malentendido*<sup>1045</sup>. La *Cour de cassation* ha indicado el no rechazo de la nulidad del contrato por error obstativo porque fuera inexcusable<sup>1046</sup>.

Con más detalle sobre el régimen de ineficacia, Flour/Aubert/Savaux indican, que «[1]a *doctrine classique* avait tendance à dire qu'il y avait alors *nullité absolue, voire inexistence* du contrat. La *jurisprudence* inclinerait plutôt en faveur de la *nullité absolue, s'agissant d'un cas d'absence de consentement*. La *logique* commanderait plutôt une *nullité relative*, avec cette particularité, toutefois, que l'erreur étant par hypothèse commise par les deux parties, chacune d'elles pourrait, en principe, agir en nullité» (cursiva mía; no obstante, v. *infra* [290])<sup>1047</sup>.

## 2.2 El error tras la *Ordonnance* n.º 2016-131: error vicio y error obstativo

[287] Del *error vicio* se ocupan *específicamente* los artículos 1132 a 1136 *Code v.o.* Pero también interesan los artículos 1130 y 1131 *Code v.o.* aplicables al error, al dolo y a la violencia (*normas comunes a los vicios del consentimiento*) y el artículo 1139 *Code v.o.* aplicable al *dolo*. Para el *error obstativo*, la *Ordonnance* no prevé una concreta norma.

[A] Artículo 1130 *Code v.o.*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

<sup>1044</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192; «[c]e sont des hypothèses assez rares» (*op. cit.*, núm. 194, p. 192); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 503, p. 255; con anterioridad, BÉNABENT (2010) núm. 76, p. 61.

<sup>1045</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192.

<sup>1046</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 193; v. desde p. 192; en su opinión, «[1]a solution est discutable car malgré la gravité de la méprise, la victime ne mérite pas plus qu'en cas d'erreur vice du consentement d'être protégée lorsque l'erreur provient de sa faute» (*op. cit.*, núm. 194, p. 193).

<sup>1047</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 194, p. 192; v. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) núm. 503, p. 255; con anterioridad, para BÉNABENT: «[c]ette erreur "fait obstacle" à la formation du contrat: le contrat n'existe pas. En principe, il n'est donc même pas nécessaire de faire une action en justice pour demander la nullité» [(2010) núm. 76, p. 61].

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné».

Artículo 1131 *Code v.o.*: «Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat»<sup>1048</sup>.

[B] Artículo 1132 *Code v.o.*: «L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant».

Artículo 1133 *Code v.o.*: «Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1134 *Code v.o.*: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1135 *Code v.o.*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité».

Artículo 1136 *Code v.o.*: «L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité».

[C] Artículo 1139 *Code v.o.*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

[288] Siguiendo el orden de los artículos reproducidos:

a) El error vicio vicia el consentimiento si es de tal naturaleza que, sin él, *una de las partes* no habría contratado, o lo habría

<sup>1048</sup> Es también norma común a los vicios del consentimiento el artículo 1144 *Code v.o.*: «Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé» (cursiva mía). DESHAYES/GENICON/LAITHIER consideran que mejor hubiera sido fusionar los textos de los artículos 1131 y 1144 *Code v.o.* u ordenar uno inmediatamente después del otro, e indican que la reunión de esos artículos equivalen al artículo 1304 *Code v.a.* [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 181]. V. *infra* nota 1090 para el *AP Catala* y el *P. Terré*.

hecho en condiciones sustancialmente diferentes (art. 1130.I *Code v.o.*; el requisito del carácter determinante del error)<sup>1049</sup>. Según Deshayes/Genicon/Laithier, con la reforma, se diferencia expresamente el carácter *determinante* del error (art. 1130 *Code v.o.*) y su carácter *sustancial* (art. 1132 *Code v.o.*)<sup>1050</sup>. El carácter *determinante* del error se aprecia teniendo en cuenta las personas y las circunstancias en las cuales el consentimiento se dio (art. 1130.II *Code v.o.*); esto es, se aprecia *in concreto*<sup>1051</sup>. Cfr. *supra* [277] y [278].

b) El error vicio es causa de *nulidad relativa* del contrato (art. 1131 *Code v. o.*)<sup>1052</sup> (cfr. *supra* [277]). La reforma no ha reco-

<sup>1049</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan la generalización de ese requisito a los vicios del consentimiento, inspirándose en una conocida sentencia relativa al error [*Cass. civ. 28.01.1913*; «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 176]. Con el artículo 1130 *Code v.o.* desaparece la distinción *dolo principal* (permitía la anulación del contrato) e *incidental* (no permitía la anulación, sí la indemnización de daños) del artículo 1116 *Code v.a.* (*infra* nota 1159) Con el artículo 1130 *Code v.o.*, *el dolo con el que no se hubiera contratado y el dolo bajo con el que se hubiera contratado en condiciones sustancialmente distintas permiten la nulidad relativa del contrato*, y surge la cuestión de cuándo se habría contratado en condiciones *no sustancialmente distintas* (que no permite la nulidad del contrato, *sino* la reparación de daños) [CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 296, pp. 242-243; y v. «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*», *op. cit.*, núm. 330, p. 269]. DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la hipótesis del «vice incident» del artículo 1130.I *Code v.o.* no había sido estudiado por la doctrina para el error y la violencia; y se detienen, además, en la dificultad de determinar, para el concreto caso, cuándo se habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes (contrato que puede anularse) y cuándo en condiciones ligeramente diferentes (o en condiciones no sustancialmente diferentes; contrato que no puede anularse; indemnización de daños) (*op. cit.*, pp. 177-178).

<sup>1050</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 179; señalan que el análisis debe hacerse en dos pasos: «il faut (...) se demander s'il y a eu erreur déterminante du consentement, *in concreto*, quelle que'elle soit, pour ensuite regarder si cette erreur porte sur la substance, conventionnelle ou appréciée *in abstracto*» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 179; la misma idea en el «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) pp. 187-188). Diferente opinión, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 295, pp. 240-241.

<sup>1051</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) p. 179; indican que la expresión de cuándo se dio el consentimiento del artículo 1130 *Code v.o.* es una forma implícita de recordar, conforme con la jurisprudencia anterior, que el carácter determinante del vicio se aprecia cuando se concluyó el contrato y, con esa reserva, se invita al juez a tomar en consideración «toute circonstance de nature à éclairer la psychologie propre de la victime du vice et la spécificité toute particulière de sa délibération interne [...]» (*op. cit.*, p. 180); el juez debe «plonger dans la psychologie intime et toute personnelle de la victime, *ce qui révèle une nouvelle fois l'attachement traditionnel du droit français à la volonté interne. S'inscrivant parfaitement dans la lignée de la jurisprudence classique, le texte nouveau interdit que l'appréciation soit portée par référence au modèle abstrait de l'homme moyen et normalement diligent: le juge a l'impérieux devoir de recueillir dans l'espèce tous les indices nécessaires pour personnaliser l'analyse au plus juste et au plus proche de la victime considérée*» (cursiva mía; *op. cit.*, p. 180). V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*» (2016) núm. 297, p. 243; CABRILLAC (2016) núm 55, p. 63.

<sup>1052</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1131 *Code v.o.* recoge una solución jurisprudencial antigua y consolidada («bien établie») [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 181; en el mismo sentido, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) núm. 298, pp. 243-244]. V. CABANILLAS SÁNCHEZ, para el entonces Proyecto de la Cancillería, ADC (2012) pp. 1788-1789.

gido la regla del artículo 1183.II *P. Ord. 2015*, de que el contratante «*peut aussi proposer à la victime de l'erreur d'opter pour l'exécution du contrat dans les termes qu'elle avait compris lors de sa conclusion*»<sup>1053</sup>.

c) Se admite el error *de hecho* y el *de derecho*<sup>1054</sup>, si el error recae sobre las cualidades esenciales de la prestación debida o sobre aquellas del cocontratante y no es inexcusable (art. 1132 *Code v.o.*). Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la codificación en *modo negativo* de una de las «causes jurisprudentielles classiques d'exclusion de l'erreur» –«à moins qu'elle ne soit inexcusable» del art. 1132 *Code v.o.*– tiene su importancia<sup>1055</sup>. Significa que el carácter excusable del error *no* es una condición para su admisión (si lo fuera, el *errans* habría de probarlo), sino que más bien el carácter inexcusable del error puede jugar *como medio de defensa a disposición del cocontratante del que erró* (este tiene la carga de su prueba)<sup>1056</sup>. El carácter excusable del error se aprecia *in concreto* (en relación con el *errans*)<sup>1057</sup>. Cfr. *supra* [279], [283].

d) Las *cualidades esenciales de la prestación debida* sobre las que el error puede recaer (art. 1132 *Code v.o.*) son las *expresa o tácitamente convenidas y en consideración a las cuales las partes contrataron* (art. 1133.I *Code v.o.*). Chantepie/Latina apuntan que se ha consagrado la opinión de quienes, para que el error conlleve la nulidad, es preciso que recaiga sobre una cualidad *convenida* entre las partes, cualidad que podía convenirse tácitamente<sup>1058</sup>

<sup>1053</sup> Lo destacan DESHAYES/GENICON/LAITHIER [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) p. 182, v. desde p. 181], y CHANTEPIE/LATINA [«Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*» (2016) núm. 300, p. 245]; sobre el artículo 1183.II *P. Ord. 2015*, WICKER/BOUCARD, *SJ, Supplément* (2015) p. 35.

<sup>1054</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 311, pp. 253-254.

<sup>1055</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*» (2016) p. 185.

<sup>1056</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*» (2016) p. 185.

<sup>1057</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 312, p. 254; CABRILLAC (2016) núm. 62, pp. 69-70.

<sup>1058</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 305, p. 249; indican que la finalidad del artículo 1133 *Code v.o.* es evitar que el contratante pretenda, *a posteriori*, haber tenido en cuenta una cualidad que estimaba esencial para desvincularse del contrato con el fin de salir ileso, y «[I]’exigence d’une qualité convenue, au moins implicitement, permet d’objectiver la délimitation de l’erreur spontanée prise en compte par le droit» (*op. cit.*, p. 249). DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187; estos apuntan, además, que la determinación subjetiva de las cualidades *convenidas* deja en la sombra el anterior acercamiento objetivo a la noción de «substance» de la cosa (del art. 1110 *Code v.a.*) que permitiría incluir todas las cualidades sobre las que no había tenido lugar, propiamente hablando, el acuerdo, en tanto que eran cualidades evidentes y necesariamente esperables por cada uno de los contratantes al encontrarse asociadas, por naturaleza, a la misma identidad y utilidad de la cosa; dicho eso, consideran que esas cualidades objetivas pueden sin dificultad incluirse en las cualidades «tacitement convenues» (*op. cit.*, p. 188).

(cfr. *supra* [284]<sup>1059</sup>). Además, el artículo 1133.I *Code v.o.* señala que las partes han de haber contratado en consideración a la cualidad convenida (expresa, tácitamente) y Chantepie/Latina plantean qué sucede si *una* sola de ellas contrató en consideración a una cualidad que él estimaba esencial, *habiéndolo sabido su cocontratante*, y al respecto responden que, con la literalidad del artículo 1133.I *Code v.o.*, esa cualidad *no ha de considerarse esencial*; entienden que el conocimiento por el otro contratante debería ser suficiente para permitir la nulidad en caso de error<sup>1060</sup>.

El artículo 1133.II *Code v.o.* admite que el error, que puede causar la nulidad, recaiga *sobre la prestación de una o de la otra parte contratante*<sup>1061</sup> (cfr. *supra* [278]). Y según el artículo 1133.III *Code v.o.*, la *aceptación* de una cualidad *aleatoria* de la prestación *excluye el error sobre dicha cualidad*<sup>1062</sup> (cfr. *supra* [277]).

e) El error que recae sobre las cualidades esenciales del cocontratante (art. 1132.I *Code civil*) *solo* es causa de nulidad en los *contratos concluidos en consideración a la persona* (contratos *intuitu personae*; art. 1134 *Code v.o.*)<sup>1063</sup>. Cfr. *supra* [280].

<sup>1059</sup> Y v. FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) núm. 210, nota 4 en p. 211.

<sup>1060</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 306, pp. 249-250; los autores destacan que en el artículo 1133. I *Code v.o.* no se sigue al AP *Catala* (art. 1112-1) y al P. *Terré* (art. 38) –de los que doy cuenta en este mismo apartado 2.2 *infra* [A] y [B] – en los que bastaba que *una* sola de las partes hubiera contratado en consideración a la cualidad convenida, siendo ello conocido por la otra parte (*op. cit.*, pp. 249-250). V. además las consideraciones críticas de DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) pp. 188-189; y v. CABRILLAC (2016) núm. 63, pp. 70-71.

<sup>1061</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER indican que la norma procede del asunto *Pous-sin* (*Cass. civ. 1<sup>re</sup>.22.02.1978*) [«Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187]; lo mismo CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 307, p. 250.

<sup>1062</sup> V. CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 308, pp. 250-251; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*» (2016) p. 187; todos señalan que la regla procede del asunto *Fragonard* (*Cass. 1<sup>er</sup> civ., 24.03.1987*).

<sup>1063</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 309, p. 251. CHANTEPIE/LATINA destacan, que el artículo 1134 *Code v.o.* se refiere expresamente al error sobre las *cualidades* de la persona y no a su *identidad*, lo que curiosamente contrasta con lo que el artículo 1110.II *Code v.a.* disponía, que expresamente se refería al error sobre la *identidad* de la persona y no sobre sus cualidades (*supra* [276]); señalan que, desde el punto de vista teórico, puede preguntarse si el error sobre la persona no se ha devuelto al error obstativo, residiendo su interés en la sanción del error obstativo (el contrato no es nulo, sino inexistente; la acción no prescribe); tras varias consideraciones, concluyen: «Toujours est-il qu'il y aurait une certaine logique à considérer que l'erreur sur la personne est, au même titre que l'erreur sur la nature ou l'objet du contrat, une erreur fondamentale, qui procède moins d'un vice que d'un malentendu. Peut-être que la nouvelle version du Code civil, qui distingue les conditions de la conclusion du contrat de celles de sa validité, et qui fait de la nullité une sanction des seules conditions de validité, contribuera à faire émerger plus clairement l'autonomie des notions d'erreur-obs-tacle et d'inexistence (*op. cit.*, núm. 310, pp. 251-253; sobre el error obstativo, *infra* [290]). V. DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1134 *Code v.o.*» (2016) p. 191.

f) El error sobre un (mero) motivo extraño a las cualidades esenciales de la prestación debida, o del cocontratante, no es causa de nulidad del contrato, salvo que las partes expresamente hayan hecho de él un elemento determinante de su consentimiento (estipulación expresa; art. 1135.I *Code v.o.*)<sup>1064</sup> (cfr. *supra* [282]). En cambio, el error sobre el (mero) motivo para la «libéralité», en cuya ausencia no se habría dispuesto, es causa de nulidad (art. 1135.II *Code v.o.*); esto es, todo motivo del errans es relevante, incluso si el gratificado por el acto no lo conoció<sup>1065</sup>.

g) El error sobre el valor por el que, sin equivocarse sobre las cualidades esenciales de la prestación, un contratante hace (solo por él) una apreciación económica inexacta, no es causa de nulidad (art. 1136 *Code v.o.*; cfr. *supra* [281]). Con ello, se recoge una solución asentada<sup>1066</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier indican que dicha solución no ha sido discutida políticamente, por ser consecuencia natural del rechazo de la lesión en el Derecho común de los contratos (ahora en el art. 1168 *Code v.o.*)<sup>1067</sup>.

Y h) el error fruto de un dolo –error provocado<sup>1068</sup>– siempre es un error excusable (art. 1139, primera frase, *Code v.o.*; cfr. *supra* [283]), y aquél permite la nulidad del contrato incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo; esto es, el

<sup>1064</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1135 *Code v.o.* codifica una «jurisprudence constante» [«Comentario del artículo 1135 *Code v.o.*» (2016) p. 192]; critican el formalismo del artículo en su exigencia de que para que el motivo (móvil) pueda ser relevante, haya de haber una estipulación expresa al respecto (*op. cit.*, p. 193, pero v. hasta p. 195). CHANTEPIE/LATINA también destacan que el artículo 1135 *Code v.o.* codifica la jurisprudencia sobre la indiferencia del error en el motivo, el cual puede hacerse relevante mediante estipulación expresa [«Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 316, pp. 256-257; v. núm. 314, p. 256] y asimismo se muestran críticos con la exigencia legal de la estipulación expresa para la relevancia del presente error (*op. cit.*, núm. 317, pp. 257-258).

<sup>1065</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 318, p. 259; apuntan que el artículo 1135.II *Code v.o.* recoge una antigua y bien establecida jurisprudencia, consagrando una función que se atribuía a la causa (en cuanto a la existencia de la causa de la liberalidad); de la lectura de su comentario se desprende que no son muy partidarios de la norma tal y como se ha formulado (*op. cit.*, núm. 314, p. 256, y núm. 318, pp. 258-259). En la misma línea, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) pp. 195-196.

<sup>1066</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 314, p. 256 y núm. 319, p. 259; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) p. 198.

<sup>1067</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*» (2016) p. 198; la misma idea, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*» (2016) núm. 319, pp. 259-260. Artículo 1168 *Code v.o.*: «Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement». Sobre el error acerca de la rentabilidad de la prestación, CHANTEPIE/LATINA, *op. cit.*, núm. 320, pp. 260-262; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, *op. cit.*, p. 199.

<sup>1068</sup> CHANTEPIE/LATINA: «[...] si les articles 1132 à 1136 du Code civil réglementent l'«erreur spontanée», les articles 1137 à 1139 traitent de l'«erreur provoquée»» [«Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 321, p. 263].

campo operativo del error fruto del dolo no se limita al que recaiga sobre las cualidades esenciales de la prestación o del cocontrante (cfr. arts. 1132, 1133, 1134 *Code v.o.*; art. 1139, segunda frase, *Code v.o.*; cfr. *supra* [281], [282]). Chantepie/Latina destacan que la restricción del perímetro de los errores que pueden entrañar la nulidad del contrato (art. 1132 ss. *Code v.o.*) se pierde, si el error resulta de la deslealtad del cocontratante, lo cual se debe a que el autor del dolo comete un engaño, culpa que el sistema jurídico francés considera más grave, que la de la víctima; en consecuencia, no han de tenerse en cuenta los intereses del cocontrante de la víctima del error<sup>1069</sup>.

[289] *Expuesto todo lo anterior para el error vicio –antes y después de la reforma–* son correctas las consideraciones que en el *Rapport au Président de la République* se leen sobre que «[l]’ordonnance transcrit les règles en vigueur relatives à l’erreur»<sup>1070</sup> y «tranché également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes»<sup>1071</sup>. Por su parte, Chantepie/Latina señalan que el campo de los errores espontáneos relevantes se ha *reducido* y se alegran de que la reforma del error *no adopte la solución de los PECL* (art. 4:103) y *del DCFR* (art. II.-7:201)<sup>1072</sup>. [Para el error vicio en el *AP Catala*, el *P. Terré*, y la *P. Ord. 2015*, *infra*].

[290] Trasladándome a la hipótesis de la *ausencia de consentimiento*, Deshayes/Genicon/Laithier indican que no se ha previsto

<sup>1069</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 329, p. 269, v. desde p. 268; señalan que ha de cumplirse lo dispuesto en el artículo 1130 *Code v.o.* (el dolo ha de haber sido determinante del consentimiento de la víctima). Similares ideas en DESHAYES/GENICON/LAITHIER, que afirman que «[l]’article 1139 reprend trois solutions fermement établies en jurisprudence comme en doctrine [...]» [«Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) p. 209].

<sup>1070</sup> El *Rapport* señala los artículos 1132 a 1136 *Code v.o.*

<sup>1071</sup> El *Rapport* señala el artículo 1133.I *Code v.o.* Destacan, para el error, que la reforma ha recogido el Derecho anterior y lo sentado por la jurisprudencia: SAVAUX, *ADC* (2016) pp. 726-727; CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 302, p. 247. Sintéticamente, para la labor de la jurisprudencia sobre el error, KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 15.

<sup>1072</sup> En concreto: «En droit français, pour arbitrer entre l’impératif de justice contractuelle, qui commande qu’un contractant ne soit pas engagé par un contrat qu’il n’a pas réellement souhaité, et l’impératif de sécurité juridique, qui impose de maintenir une certaine stabilité contractuelle, le champ des erreurs spontanées susceptibles d’être prises en compte a été réduit. La réforme du droit des contrats a maintenu la conception française de l’erreur qui limite son admission en fonction de sa nature. Les projets d’harmonisation du droit des contrats en Europe poussaient pourtant à l’adoption d’une autre solution. Ces projets limitent en effet le champ des erreurs prises en compte, non pas en fonction de leur nature, mais en fonction de leur source. Dans ces systèmes, sauf le cas de l’erreur commune, l’erreur n’est une cause de nulité que si elle a été provoquée par le cocontractant. La distinction entre l’erreur et le dol devient alors plus floue, seule l’intention de tromper permettant de les distinguir. On peut donc se réjouir que le législateur ait décidé de ne pas s’engager dans cette voie» [CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*» (2016) núm. 302, p. 246, y nota 4.

al respecto un texto en la reforma y la dificultad estriba en fijar su sanción, algo controvertido desde hace bastante tiempo: ¿inexistencia del contrato? Si no, ¿nulidad relativa, o absoluta?<sup>1073</sup>. Apuntan que los autores y los jueces ofrecen respuestas en todos los sentidos, aunque parece que, *en el estado último*, la jurisprudencia adopta para el error obstáculo una posición estricta, la de la *nulidad relativa* (en *Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26.06.2013*)<sup>1074</sup>. En dicho error, *el acuerdo de las partes descansa sobre un completo mal entendido* (uno piensa que compra el primer piso de una casa, el otro que vende el segundo)<sup>1075</sup>. Tras señalar que la *Ordonnance* n.º 2016-131 permanece en silencio para ese caso y que en ella es difícil encontrar una orientación firme, Deshayes/Genicon/Laithier entienden que aquella *podría implícitamente solucionarlo en favor de la nulidad relativa*<sup>1076</sup>. Pero Chantepie/Latina, apuntando el silencio de la *Ordonnance*, parecen inclinarse por la inexistencia<sup>1077</sup>. Cfr. *supra* [286].

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés (algunos antecedentes)<sup>1078</sup> y *para el error vicio y el error obstativo* en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*.– [A.1] *Artículos*.– [A.1.1] Artículo 1109-1 *AP Catala*: «Il n’y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat».

<sup>1073</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174.

<sup>1074</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174. V. *supra* [286].

<sup>1075</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174.

<sup>1076</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*» (2016) p. 174; argumentan su opinión en: a) el dato de que el § «Existence du consentement», en el que se encuentra el artículo 1129 *Code v.o.*, *se sitúa en la Sección 2 «La validité du contrat»* (Subsección 1 «Le consentement») y la ubicación de dicho § podría orientar a la *nulidad del contrato*, más que a su inexistencia; y b) la consagración en el artículo 1179 *Code v.o.* del criterio del interés protegido por la norma (particular/general) como criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la relativa (*supra* nota 967) se dirige claramente en el sentido de reconducir el error obstativo al criterio de la mentada *Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26.06.2013*, la *nulidad relativa* (*op. cit.*, p. 174).

DESHAYES/GENICON/LAITHIER se refieren, además, a aquellos otros casos en los que *no existe objetivamente ningún reencuentro entre las voluntades declaradas*, pues ningún diálogo se estableció entre sus protagonistas: por ejemplo, un documento no firmado o falsificado –para los que la jurisprudencia reciente parece aplicar la inexistencia y no la nulidad–, el acto que vincula a una persona que no existe, o la aceptación de una oferta caducada; en todos esos casos se percibe *una disfunción en el proceso de intercambio de los consentimientos*, y *se regulan por la Sección 1 «La conclusion du contrat»* (arts. 1112 ss. *Code v.o.*; no por la anterior Sección 2 «La validité du contrat»); DESHAYES/GENICON/LAITHIER reconocen que no siempre será fácil distribuir los casos conflictivos entre «conclusion» y «validité» del contrato, *pero la estructura de la Ordonnance* n.º 2016-131, que distingue esas Sección 1 «La conclusion du contrat» y 2 «La validité du contrat», y la *lógica jurídica obligan a tal distinción* (*op. cit.*, pp. 174-175).

<sup>1077</sup> V. *supra* nota 1063 a propósito del error sobre la persona.

<sup>1078</sup> *Supra* nota 32.

Artículo 1109-2 *AP Catala*: «L'absence de consentement entache la convention de nullité relative».

[A.1.2] Artículo 1111 *AP Catala*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence».

Artículo 1111-1 *AP Catala*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

Artículo 1112 *AP Catala*: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose qui en est l'objet ou sur la personne du contractant».

Artículo 1112-1 *AP Catala*: «L'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l'une d'elles, à la connaissance de l'autre.

Elle est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la chose exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1112-2 *AP Catala*: «L'erreur sur la personne s'entend de celle qui porte sur des qualités essentielles du cocontractant.

Elle n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1112-3 *AP Catala*: «L'erreur sur la substance ou sur la personne est une cause de nullité, qu'elle soit de fait ou de droit, à moins qu'elle ne soit inexcusable».

Artículo 1112-4 *AP Catala*: «Lorsque, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n'est pas, en soi, une cause de nullité».

Artículo 1112-5 *AP Catala*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la chose ou de la personne, n'est une cause de nullité que si les parties en ont fait expressément un élément déterminant de leur consentement».

[A.1.3] Artículo 1113-3 *AP Catala*: «L'erreur provoquée par le dol est toujours excusable. Elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la chose qui en est l'objet ou sur un simple motif du contrat».

[A.2] *Comentario*.— Según Lequette/Loiseau/Serinet, en la actualidad se percibe que los textos iniciales del *Code* no traducen el Derecho positivo más que en la superficie, pues el error, el

dolo y la violencia han conocido profundas transformaciones bajo la influencia de los debates doctrinales habidos desde finales del siglo XIX<sup>1079</sup>. En cuanto a la jurisprudencia, abundante y sutil, en ocasiones hasta el exceso, ha considerablemente añadido lo que faltaba al régimen jurídico de cada uno de los vicios, buscado lo esencial de las reglas aplicables<sup>1080</sup>. Y si en ciertos puntos las soluciones pretorianas siguen discutidas, en el resto, en su conjunto, la construcción jurisprudencial ha llegado a un suficiente grado de madurez y elaboración como para servir de fuente de inspiración en la redacción de los nuevos textos (del *AP Catala*)<sup>1081</sup>. Por lo anterior, en el *AP Catala* se ha redactado para el *Code civil* una nueva sección sobre el consentimiento (arts. 1109 a 1115-1), sección en la que se subsanan lagunas de los codificadores de 1804, se redactan nuevas disposiciones sobre la existencia e integridad del consentimiento, y se extraen todas las consecuencias de las principales evoluciones aportadas por la jurisprudencia en la construcción del régimen de los distintos vicios del consentimiento, modificando y completando los textos actualmente vigentes<sup>1082</sup>.

*Para el error obstativo* (ausencia del reencuentro entre los consentimientos) se prevé el artículo 1119-1 *AP Catala*<sup>1083</sup>, y en el artículo 1119-2 *AP Catala* se dispone, como sanción uniforme para la ausencia del consentimiento, la *nulidad relativa*, que se deduce de la concepción moderna de las nulidades y resulta de la reforma de 03.01.1968<sup>1084</sup>. Con la adopción de esa sanción uniforme se pone fin a las incertidumbres y discusiones sobre un eventual resurgimiento de la noción de inexistencia del contrato, presentando la ventaja de homogenizar con lo tradicionalmente retenido para los vicios del consentimiento<sup>1085</sup>.

*En cuanto a los vicios del consentimiento*, Lequette/Loiseau/Serinet señalan que el *AP Catala* contiene cuatro disposiciones generales (comunes) para ellos<sup>1086</sup>. Una de esas disposiciones generales es el artículo 1111 *AP Catala*, que toma la fórmula originaria del *Code* de 1804 por su particularmente fuerte valor expresivo, y que reagrupa la trilogía de los vicios del consentimiento cambiando simplemente el orden de su enumeración para respetar el orden que se seguirá en su presentación en el *AP Catala*<sup>1087</sup>. En cuanto al artículo 1111-1 *AP Catala* (otra disposición general), en él se enuncia el requisito de que el vicio ha de haber determinado el consentimiento, inspirándose en una célebre sentencia sobre el error determinante [«(Cass. civ., 28 janvier 1913, S. 1913, 1, 487)»]<sup>1088</sup>, y no distingue entre vicio principal e incidental, sin per-

<sup>1079</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

<sup>1080</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

<sup>1081</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

<sup>1082</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 19.

<sup>1083</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) pp. 19-20.

<sup>1084</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1085</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1086</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1087</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1088</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

juicio de que en aquel artículo se indiquen los elementos para la apreciación *in concreto* del carácter determinante, midiéndose el vicio del consentimiento respecto del que lo alega<sup>1089, 1090</sup>

*En relación con error* (vicio), Lequette/Loiseau/Serinet realizan una sintética exposición de su regulación en el *AP Catala*. E indican que se regula el error sobre los dos posibles objetos que el artículo 1110 *Code civil* prevé desde 1804: la sustancia de la cosa y la persona del cocontrante (art. 1112 *AP Catala*)<sup>1091</sup>. Que la cualidad esencial sobre la que el error recae es aquella «en considération de laquelle les deux parties auront contracté (qualité convenue) ou qui, envisagée par l'une, aura été portée à la connaissance de l'autre (qualité entrée dans le champ contractuel?»<sup>1092</sup> (art. Art. 1112-1.I *AP Catala*). Que conforme a una jurisprudencia bien asentada en el ámbito de la venta de obras de arte, se dispone que la aceptación de una incertidumbre sobre una cualidad de la cosa evita el error<sup>1093</sup> (art. 1112-1.III *AP Catala*). Que igualmente se adoptan otras soluciones ampliamente aprobadas, que consideran equivalentes los errores de derecho y de hecho y que rechazan, en función del análisis de los respectivos comportamientos de las partes, la consideración del error inexcusable (art. 1112-3 *AP Catala*)<sup>1094</sup>. Y que se considera indiferente el mero error sobre el valor, o sobre los motivos, en las condiciones indicadas por la jurisprudencia en una larga evolución (arts. 1112-4, 1112-5 *AP Catala*)<sup>1095</sup>.

Por último, *para dolo*, Lequette/Loiseau/Serinet señalan, entre otras cosas, que el artículo 1113-3 *AP Catala* prevé que el error resultado de un dolo es más fácilmente sancionable, que el error espontáneo, pues el error provocado por un dolo siempre se

<sup>1089</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20; para el artículo 1111-1 *AP Catala*, REMY-CORLAY/FENOUILLET señalan similares ideas [(2009) p. 156].

<sup>1090</sup> a) *En el AP Catala*, las otras dos disposiciones generales (comunes) a los vicios del consentimiento son, una, el artículo 1115 *AP Catala*: «La convention contractée par erreur, dol ou violence donne ouverture à une action en nullité relative./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer./Les actions fondées sur un vice du consentement procèdent d'une seule et même cause qui les rend fongibles», y la otra, el artículo 1115-1 *AP Catala*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts»; por otro lado, según el artículo 1130 *AP Catala*: «L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative par trois ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement./ L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à une convention qui n'a reçu aucune exécution».

b) *En el P. Terré*, su artículo 51: «La nullité ne peut être demandée que dans les cinq ans de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence. Dans tous les cas, elle ne peut pas être demandée lorsque dix ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat»; v. REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 165-166; el *P. Terré* suprime la regla de la fungibilidad de los vicios del consentimiento del artículo 1115.III *AP Catala* (REMY-CORLAY/FENOUILLET: «Mais le Groupe a considéré que la question relevait de l'autorité de la chose jugée, donc de la procédure civile, et qu'une telle disposition n'avait pas lieu d'être dans le Code civil», *op. cit.*, p. 166).

c) *Para Code v.o.*, *supra* nota 1048.

<sup>1091</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1092</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1093</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1094</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1095</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

tiene por excusable e incluso permite la nulidad si recae solo sobre el valor o los meros motivos<sup>1096</sup>.

[B] El *P. Terré*.– [B.1] *Artículos*.– [B.1.1.] Artículo 35 *P. Terré*: «Il n’y a pas de consentement valable, si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été surpris par dol ou extorqué par violence».

Artículo 36 *P. Terré*: «L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties ou son représentant n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s’apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

Artículo 37 *P. Terré*: «L’erreur n’est une cause de nullité du contrat que lorsqu’elle tombe sur la substance de la chose qui en est l’objet ou sur la personne du contractant».

Artículo 38 *P. Terré*: «L’erreur sur la substance de la chose s’entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l’une d’elles, si l’autre en avait connaissance.

Elle est une cause de nullité, qu’elle porte sur la prestation de l’une ou de l’autre partie.

L’acceptation d’un aléa sur une qualité de la chose empêche d’invoquer l’erreur relative à cette qualité».

Artículo 39 *P. Terré*: «L’erreur sur la personne s’entend de celle qui porte sur des qualités essentielles du cocontractant.

Elle n’est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 40 *P. Terré*: «L’erreur sur la substance de la chose ou sur la personne est une cause de nullité, qu’elle soit de fait ou de droit, à moins qu’elle ne soit inexcusable».

Artículo 41 *P. Terré*: «Lorsqu’un contractant, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, procède seulement à une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n’est pas, en soi, une cause de nullité».

Artículo 42 *P. Terré*: «L’erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la chose ou de la personne, n’est une cause de nullité que si les parties en ont fait de manière certaine une condition de leur engagement».

[B.1.2] Artículo 46 *P. Terré*: «Le dol d’une partie excuse toujours l’erreur de l’autre».

<sup>1096</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21; especifican que se trata del error provocado por un dolo, no siendo generalizable a la reticencia dolosa.

[B.2] *Comentario.*— Para el error obstativo, Remy-Corlay/Fenouillet informan, que al grupo de trabajo le pareció que la existencia de consentimiento demandaba una solución *distinta* de la nulidad *relativa* del contrato acogida en los artículos 1109-1, 1109-2 *AP Catala* (anterior [A]), *bien* por considerar que hay una regla de interés general —un contrato sin el reencuentro de las voluntades es algo extraño en el sistema jurídico— *bien* porque el análisis de la ausencia de consentimiento ataca a los elementos constitutivos de la noción misma de contrato, conduciendo a su inexistencia más que a su nulidad<sup>1097</sup>. La cuestión fue, si era oportuno consagrar un texto al error obstativo indicando la sanción de su inexistencia<sup>1098</sup> y dos argumentos condujeron a rechazarlo<sup>1099</sup>. Uno, la inutilidad de un texto específico, de exigir el reencuentro de los dos consentimientos como el artículo 1105 *AP Catala*<sup>1100</sup>; el otro, la dificultad de precisar un texto en que el error obstativo conducía a la inexistencia del contrato, sin definir la última<sup>1101</sup>. Aunque las discusiones doctrinales sobre la noción de inexistencia y las incertidumbres positivas en la materia habrían podido justificar un texto sobre aquella<sup>1102</sup>, finalmente el grupo consideró inútil definirla en un texto, al resultar de la lógica: el contrato no puede existir sin consentimiento<sup>1103</sup>. *El silencio del P. Terré no debe valorarse como rechazo de la noción de inexistencia, ni de ser la sanción del error obstativo, sino simplemente como el rechazo de textos juzgados inútiles*<sup>1104</sup>.

En cuanto al artículo 36 *P. Terré*, norma de carácter *general* por aplicarse al error, dolo y violencia, y que exige el requisito de que aquéllos determinen el consentimiento, Remy-Corlay/Fenouillet apuntan, que *ampliar extensamente* el campo en el que la nulidad puede actuar, puede comprenderse si el cocontratante de la víctima cometió una falta, pero en otros casos eso es más discutible y puede comprenderse la decisión que adoptan los textos europeos —antes se habían referido a los PECL, al DCFR y al Código Gandolfi— a fin de favorecer la estabilidad contractual y no permitir entonces más que la reducción del contrato<sup>1105</sup>. Se trató de una cuestión detenidamente discutida y finalmente se mantuvo la concepción *subjetiva* francesa, de ahí aquel artículo 36 *P. Terré*<sup>1106</sup>.

Ya en el error, al grupo de trabajo del *P. Terré* le preocupó particularmente, *si seguía la tradición subjetiva francesa adoptada por el AP Catala*<sup>1107</sup>, o una visión más objetiva como la de algunos

<sup>1097</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 149-150.

<sup>1098</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

<sup>1099</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

<sup>1100</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150. Artículo 1105 *AP Catala*: «La formation du contrat requiert la rencontre de plusieurs volontés fermes et précises de s'engager».

<sup>1101</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

<sup>1102</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

<sup>1103</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150.

<sup>1104</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 150; v. además p. 170.

<sup>1105</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 157.

<sup>1106</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 157.

<sup>1107</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET: «Le projet Catala reprend la tradition subjective française et, pour l'essentiel, consacre le droit positif: [...] Il est assez différent des sour-

*textos europeos* (PECL, DCFR, Código Gandolfi)<sup>1108</sup>. Y al respecto, el grupo de trabajo planteó las siguientes posibilidades: a) mantener la especificidad subjetiva francesa como estaba<sup>1109</sup>; b) acentuar la subjetividad francesa, suprimiendo el requisito relativo al objeto del error<sup>1110</sup>; c) alinearse con la concepción más objetiva de los instrumentos europeos –el contrato es un «fait social» y se impone la protección de la seguridad jurídica del cocontratante– que limitan la relevancia del error según que sea unilateral o compartido, provocado, aprovechado, o espontáneo<sup>1111</sup>; y d) adoptar una vía intermedia entre el subjetivismo francés y el objetivismo extranjero, manteniendo la sanción del error espontáneo, incluso unilateral, pues el error vicia el consentimiento, si bien encajándolo más con la protección de la seguridad del cocontratante<sup>1112</sup>. Se optó por la primera opción, *la de la subjetividad francesa tal y como se enmarca en el Derecho positivo, y de ahí que los artículos 37 ss. P. Terré recojan los requisitos relativos al objeto del error, su carácter excusable, etc*<sup>1113</sup>, y *la única modificación real fue ampliar la sanción al error en los motivos, que en la actualidad se subordina a que sea objeto de una condición explícita en el contrato y que, según el artículo 36 P. Terré [sic, 42] la sanción del error puede pronunciarse desde que «“les parties en ont fait de manière certaine” une condition de leur engagement»*<sup>1114</sup>.

[C] El *P. Ord. 2015*.–[C.1] *Artículos*.–[C.1.1] Artículo 1130 *P. Ord. 2015*: «L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s’apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l’espèce».

Artículo 1131 *P. Ord. 2015*: «L’erreur de droit ou de fait est une cause de nullité du contrat si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant et si elle est excusable».

ces européennes» [PECL, DCFR, Código Gandolfi; (2009) p. 157].

<sup>1108</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 157-158; indican que la divergencia procede de una concepción diferente del contrato: «[I]à où les Français s’attachent davantage (mais pas exclusivement: v. les conditions objectives tenant à l’objet de l’erreur) au consentement donné par chacun (analyse subjective), les autres systèmes juridiques s’en tiennent, soit au vice affectant en même temps les deux consentements, soit au vice unilatéralement subi mais associé au comportement du cocontractant (il a provoqué l’erreur ou la connaissance). Cette analyse plus objective s’explique essentiellement par la volonté de protéger la sécurité juridique» (*op. cit.*, p. 158).

<sup>1109</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 158.

<sup>1110</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159; pero v. las consideraciones críticas que hacen a esa opción en p. 159.

<sup>1111</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

<sup>1112</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

<sup>1113</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 159.

<sup>1114</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 159-160.

Artículo 1132 *P. Ord. 2015*: «Les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation due exclut l'erreur relative à cette qualité».

Artículo 1133 *P. Ord. 2015*: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Artículo 1134 *P. Ord. 2015*: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité».

Artículo 1135 *P. Ord. 2015*: «La simple erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation due, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas en soi une cause de nullité».

[C.1.2] Artículo 1138 *P. Ord. 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

[C.2] *Comentario*.– Klein comenta cada uno de esos artículos.

a) El artículo 1130.I *P. Ord. 2015* es un precepto común al error, dolo y violencia y esos vicios determinan el consentimiento, si «l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté a des conditions substantiellement différentes»<sup>1115</sup>. Según Klein, esa fórmula que evita la distinción compleja y poco oportuna entre dolo principal e incidental ha de aprobarse, añadiendo que si la determinación del consentimiento es un denominador común a dichos vicios, no es necesario su recuerdo (cfr. art. 1142 *P. Ord. 2015*)<sup>1116</sup>. En cuanto al artículo 1130.II *P. Ord. 2015*, este precisa que el carácter determinante se aprecia «eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce», reconociéndose la apreciación *in concreto*, lo

<sup>1115</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1116</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; «À ce titre, on remarquera que l'article 1142 du projet procède à un rappel à la fois partiel et inutile de cette condition» (*op. cit.*, p. 16); artículo 1142 *P. Ord. 2015*: «Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse».

que es usual en el ámbito de los vicios del consentimiento<sup>1117</sup>. La autora aprueba la fórmula del artículo 1130 *P. Ord. 2015*<sup>1118</sup>.

b) El artículo 1131 *P. Ord. 2015*, destinado a sustituir al artículo 1110.I *Code (v.a.)*, propone una definición de error que toma en consideración el *acquis* jurisprudencial: precisa que el error, causa de nulidad, puede ser de derecho o de hecho y debe ser excusable; no obstante, el artículo 1131 *P. Ord. 2015* prevé que el error ha de recaer sobre las *cualidades esenciales* de la prestación o del cocontratante, acogiendo la noción que, en la jurisprudencia, ha sustituido a la «substance» del artículo 1110 *Code v.a.*<sup>1119</sup>. Según Klein, el texto del artículo 1131 *P. Ord. 2015* no suscita dificultades de fondo, si bien serían útiles algunas mejoras en su redacción, e indica al respecto, *que* su locución «et si elle est excusable» es inútilmente pesada; *que* las cualidades esenciales son más exactamente aquéllas de la persona del cocontratante y la repetición «sur celles» parece inútil; *que* se da a entender que el error sobre las cualidades esenciales de la persona es siempre causa de nulidad y hay que esperar a la lectura del artículo 1133 *P. Ord. 2015* para comprender que ese error lo es a título excepcional<sup>1120</sup>. *En suma*, la letra del artículo 1131 *P. Ord. 2015* es fuente de confusiones y Klein propone que su formulación se aligere y precise como sigue: «L'erreur de droit ou de fait est une cause de nullité relative du contrat si elle est excusable et porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou de la personne du cocontractant, dans les conditions prévues aux articles suivants» (cursiva, negrita en el original)<sup>1121</sup>.

c) El artículo 1132 *P. Ord. 2015* no se corresponde con ninguno del *Code v.a.* y recoge soluciones de la jurisprudencia<sup>1122</sup>. En su párrafo I, se definen las cualidades esenciales como «celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté» y Klein resalta que *no* se hace referencia a las cualidades *objetivamente* esenciales, *pero ellas se encuentran necesariamente incluidas en las cualidades tácitamente convenidas*<sup>1123</sup>. En su párrafo II se precisa la condición de nulidad relativa, indicándose que el error puede recaer sobre la presta-

<sup>1117</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; y para la *violenca*: «La formule, mise en perspective avec la suppression de la référence à la “personne raisonnable” dans la définition de la violence [...], a au demeurant le mérite de mettre fin à la bizarrerie de l'actuel article 1112 du Code civil qui semble successivement en ses alinéas 1 et 2 préconiser une appréciation *in abstracto* puis *in concreto* de la violence» (cursiva del original; *op. cit.*, p. 16). Artículo 1112 *Code v.a.*: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent./ On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes».

<sup>1118</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; y para el artículo 1130 *P. Ord. 2015* indica: «[pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

<sup>1119</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1120</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1121</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; el texto del artículo 1131 que KLEIN propone y reproduzco es el de la p. 19 (es el mismo que el de la p. 16, con la diferencia de que en el de la p. 19, KLEIN califica a la «nullité» de «relative», lo que no sucede con el propuesto en la p. 16).

<sup>1122</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1123</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16; añade: «[l]'alinéa n'appelle pas de commentaire particulier» (*op. cit.*, p. 16).

ción de la una o de la otra parte y según Klein, a veces, puede lamentarse el lujo de detalles de que han hecho gala los redactores del Proyecto de *Ordonnance*, y algunas de las soluciones jurisprudenciales asentadas y que no plantean discusión, como el reconocimiento del error sobre la propia prestación, podrían no haberse incorporado al *Code civil*<sup>1124</sup>. Y antes de conservar, en el artículo 1132.II *P. Ord. 2015*, «un peu lourd», la precisión del carácter de nulidad relativa, la misma podría útilmente trasladarse a la definición del artículo 1131 *P. Ord. 2015*<sup>1125</sup>. Y su párrafo III incorpora al *Code civil* una solución asentada desde la jurisprudencia *Fragonard*, según la cual «l'aléa chasse l'erreur»<sup>1126</sup>.

d) El artículo 1133 *P. Ord. 2015* recoge con una formulación más clara y que lógicamente hace abstracción del concepto de causa, las condiciones en las que en el artículo 1110.II *Code v.a.* se tiene en cuenta al error sobre la persona, y aquél *solo* considera los «contrats conclus en considération de la personne»<sup>1127</sup>. Klein sugiere que el artículo evoque el error sobre las cualidades esenciales de la persona del cocontratante<sup>1128</sup>.

e) El artículo 1134.I *P. Ord. 2015* recuerda que el error sobre los motivos no es en principio causa de nulidad y acoge la solución jurisprudencial de que las partes pueden, no obstante, hacer entrar los motivos en el campo contractual<sup>1129</sup>. Y bajo el ángulo del error sobre los motivos, el artículo 1134.II *P. Ord. 2015* recoge una solución que la «Cour de cassation» fundaba en la teoría de la «fausse cause» para las liberalidades, opinando Klein que no es seguro que esa jurisprudencia, ampliamente marginal, merezca tal consagración legal, además de que se incorpora en las disposiciones del Derecho común de contratos una regla propia de las liberalidades y propone su supresión<sup>1130</sup>.

f) El artículo 1135 *P. Ord. 2015* recuerda una solución bien asentada de que el error sobre el valor no da lugar, considerado en sí mismo, a la nulidad, y para Klein su redacción no demanda más comentario<sup>1131</sup>.

Y g) el artículo 1138 *P. Ord. 2015*, en el dolo, recuerda que la naturaleza del error provocado por dolo es indiferente y siempre es

<sup>1124</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) pp. 16-17.

<sup>1125</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; para el artículo 1132 *P. Ord. 2015*, solo propone la modificación de su párrafo segundo como sigue: «L'erreur peut porter sur la prestation de l'une ou de l'autre partie» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19).

<sup>1126</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

<sup>1127</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

<sup>1128</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; su propuesta de redacción del artículo 1133 es: «L'erreur sur les qualités essentielles de la personne du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19).

<sup>1129</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

<sup>1130</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; su propuesta de artículo 1134 es: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou de la personne du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement./ "alinéa 2 [supprimé]» (la primera cursiva, negrita en el original, y la segunda cursiva del original; *op. cit.*, p. 19).

<sup>1131</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «Art. 1138.-[pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

excusable<sup>1132</sup>. Klein lamenta que se recoja una jurisprudencia sobre el error provocado, no santificada por la «Cour de cassation», y considera que la formulación de la regla no reclama observación<sup>1133</sup>.

### 3. BREVE EXCURSO SOBRE EL DEBER GENERAL DE INFORMACIÓN DE UNA PARTE A LA OTRA, Y SU RELACIÓN CON LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

[291] De ello se ocupa el artículo 1112-1 *Code v.o.*

Artículo 1112-1 *Code v.o.*: «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

*Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants»* (cursiva mía).

[292] El artículo 1112-1 *Code v.o.* introduce en el *Code civil* un deber general de información (esto es, aplicable a todos los contratos)<sup>1134</sup> que la jurisprudencia reconocía<sup>1135</sup>. Consiste en que

<sup>1132</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17.

<sup>1133</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «Art. 1138.– [pas de changement]» (*op. cit.*, p. 19).

<sup>1134</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, ese carácter *general* del deber ha irritado a los medios económicos, no solo porque va a contracorriente del impulso natural en una negociación, sino también porque es bien difícil, sobre la base de una directriz general, saber *ex ante* cuándo se debe hablar y cuándo se está autorizado a callar; entre el *caveat emptor* –que conduce a no decir nada, a fin de preservar los propios intereses– y el altruismo impuesto –que obliga a revelar todo en contra de uno– el punto de equilibrio no es fácil de determinar y depende, ampliamente, de la concepción del Derecho de contratos que se tenga (incluso, la cuestión es esencialmente filosófica); el artículo 1112-1.I *Code v.o.* adopta un acercamiento prudente y restrictivo, introduciendo barreras complementarias sus párrafos II y III [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 80]. CHANTEPIE/LATINA apuntan que el artículo 1112-1 *Code v.o.* no ha introducido un deber de consejo [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», núm. 183 (2016) p. 151].

<sup>1135</sup> En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance* se indica que se incorpora al *Code civil* un «devoir général d'information (article 1112-1)», que «[u]ne

la parte que conoce una información, cuya importancia es determinante para el consentimiento de la otra, ha de informarla desde que esa otra parte ignora, legítimamente, esa información, o confió en su cocontratante. La norma es una «*règle d'ordre public de faveur*», pues las partes *no pueden limitarla, ni excluirla* (art. 1121-1.V *Code v.o.*), sí *aumentarla*<sup>1136</sup>. *Sobre la carga de la prueba*, quien pretenda que la información *le era debida* por la otra parte –acreedor de la información– ha de probarlo; hecho ello, la otra parte –deudor de la información– habrá de probar *que le suministró la información debida* (art. 1121-1.IV *Code v.o.*). Lo anterior responde a los principios generales en materia de prueba (art. 1353 *Code v.o.*)<sup>1137</sup>.

*En cuanto a los requisitos de aplicación, uno primero es que una parte*<sup>1138</sup> *conozca la información*. Ese *conozca* del artículo 1112-1.I *Code v.o.* contrasta con el (paralelo) artículo 1129 *P. Ord. 2015*, en el cual se indicaba que la parte «*connaît ou devrait connaître*» (cursiva mía; *infra* siguiente [C])<sup>1139</sup>. Como *segundo*

telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation)», *que* pareció oportuno consagrar en el «code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général», y *que* una tal obligación general de información «est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats». DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 79.

<sup>1136</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER apoyándose en M. Fabre-Magnan [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84]. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «le devoir d'information est une règle d'ordre public».

<sup>1137</sup> Artículo 1353 *Code v.o.*: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver./ Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 185, pp. 153-154; indican: ese «raisonnement, en deux temps, prend appui sur une règle prétorienne, consacrée par le législateur en droit de la consommation, dont il précise le fonctionnement à l'invitation des avant-projets Catala et Terré» (*op. cit.*, núm. 185, p. 153; para el *AP Catala* y el *P. Terré*, *infra* siguientes [A] y [B]). DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: la «solution [del art. 1112-1.IV *Code v.o.*] dégagée en jurisprudence, les praticiens souhaitant consacrer explicitement dans la loi ce rappel du droit commun de la preuve».

<sup>1138</sup> CHANTEPIE/LATINA precisan que el presente deber es entre las partes; el artículo 1112-1 *Code v.o.* no trata el alcance de las informaciones transmitidas por terceros que intervienen en el proceso de conclusión del contrato [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 186, p. 154].

<sup>1139</sup> Suele destacarse el diferente tenor literal de los artículos 1112-1 *Code v.o.* y 1129 *P. Ord. 2015*: a) Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el *deber de conocer* supone reprochar no haber llevado a cabo la diligencia necesaria para procurarse la información litigiosa, lo que a veces se ha designado como «l'obligation de s'informer pour informer» (en nota 8, en p. 80, citan a Ghestin/Serinet/Loiseau), desplazando el riesgo de la decepción contractual del que la sufre al que, poniendo los medios, habría podido evitarla; consideran que el compromiso existente en el artículo 1112-1 *Code v.o.* es finalmente y en general bastante justo: obtener una información puede suponer un coste que, en la fase precontractual, puede no ser evidente que haya de asumir aquel que, quizás, no llegue a ser contratante, asumiendo el riesgo de un gasto a pérdida; y para aquellas hipótesis en las que

*requisito*, la información ha de tener una importancia determinante para el consentimiento de la otra parte, lo que sucede si las informaciones presentan un lazo directo y necesario con el contenido del contrato o con la cualidad de las partes (art. 1112-1.III *Code v.o.*)<sup>1140</sup>. Y el *tercer requisito* es que la otra parte debe *legítimamente ignorar* esa información, o *legítimamente confiar* en su cocontratante. Para lo primero, Deshayes/Genicon/Laithier indican que la información se debe al que tiene *derecho a no saber; el deber de informar comienza allí donde el deber de informarse se detiene* (perspectiva clásica)<sup>1141</sup>. Para lo segundo –legítima confianza en el cocontratante– señalan que la ignorancia de la información fácilmente de conocer no es algo reprochable sistemáticamente, si, quien ignoró, legítimamente se abandona al que con él negocia<sup>1142</sup>. Chantepie/Latina indican que la confianza legítima debe preexistir a las relaciones contractuales y fundarse en relaciones privilegiadas, así dentro de la familia o en una sociedad<sup>1143</sup>.

Según el artículo 1112-1.II *Code v.o.*, el deber general de información *no recae sobre la estimación del valor de la prestación*. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance* se indica que el objetivo de esa norma es «ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises», siendo una norma conforme con «la jurisprudence de la Cour de

---

la obtención de la información no suponga coste y por ello no molesta que se exija su obtención y transmisión, los autores consideran que los jueces pueden acudir al artículo 1104 *Code v.o.*, según el cual los contratos han de concluirse *de buena fe* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) pp. 80-81]; b) CHANTEPIE/LATINA también se refieren al cambio de redacción entre el *Code v.o.* y el *P. Ord. 2015* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 186, p. 154, v. hasta p. 155]; y c) según SAVAUX, el apuntado cambio de redacción puede «acarrear un cierto retroceso de la obligación [de información] que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen de forma especial a su cargo» [cursiva mía; *ADC* (2016) p. 726], si bien advierte que «[p]or el contrario, sosteniendo que los jueces siempre podrán asimilar el profesional que debería conocer una información a aquél que la conocía efectivamente: M. FABRE-MAGNAN [...]» (mayúsculas del original; *op. cit.*, nota 33, p. 726).

<sup>1140</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», núm. 183, pp. 151-152; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 81.

<sup>1141</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82; CHANTEPIE/LATINA: «En résumé, lorsque l'information était accessible, l'ignorance du contractant ne sera plus légitime» [cursiva mía; «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 156, v. desde p. 155]. En el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*: «(ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information)».

<sup>1142</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82; pero ello ha de ser algo excepcional: «[à] un instant où la prudence, voire la méfiance, doit être de mise, l'excès de confiance en autrui peut être sanctionnée au même titre que la négligence à ne pas prendre en charge ses intérêts» (*op. cit.*, p. 82).

<sup>1143</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 156; DESHAYES/GENICON/LAITHIER también aluden a los lazos preexistentes entre las partes y citan la relación entre el socio y el dirigente social, y los contratos de cooperación [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 82].

cassation»<sup>1144</sup>. Llegados a este punto, conviene recordar el asunto *Baldus*, en el que la *Cour de Cassation* (Civ., 1<sup>er</sup>, 03.05.2000) determinó que *el comprador no tiene obligación de informar al vendedor sobre el valor de la cosa, no pudiendo este último anular el contrato por reticencia dolosa* (confirmado por Cass. 3<sup>e</sup>, 17.01.2007)<sup>1145</sup>. ¿Cómo ha incidido, en lo anterior, la *Ordonnance* n.º 2016-131? Para poder responder, he de referirme a la relación del artículo 1112-1.II *Code v.o.* con los artículos 1137.II y 1139 *Code v.o.* (referidos al dolo). Según el artículo 1137.II *Code v.o.*, también es dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabía de su carácter determinante para la otra parte<sup>1146</sup>. Comentándose el artículo 1112-1 *Code v.o.* (deber de información) en el mentado *Rapport*, se resalta que dicho artículo se diferencia del artículo 1137.II *Code v.o.* (reticencia dolosa) por un «*élément essentiel*»: si la infracción de la obligación de información fue *intencional*, para engañar al otro contratante, hay dolo, el cual entraña la nulidad del contrato (art. 1137.II *Code v.o.*); y *si no hubo intención de engañar*, el defecto en la información, que puede no resultar más que de una *simple negligencia*, se sanciona mediante la indemnización de daños y perjuicios (art. 1112-1 *Code v.o.*)<sup>1147</sup>. En cuanto al artículo 1139 *Code v.o.*, recuer-

<sup>1144</sup> En similar sentido, CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 183, p. 152; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83.

<sup>1145</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 187, p. 155; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) pp. 211-212 (apuntan que la solución jurisprudencial era cuidadosamente medida y conducía a *diferenciar* entre *dolos*: el *dolo clásico*, esto es, las «(manœuvres et mensonges)», era causa de nulidad por error *sobre el valor*, el *dolo en forma de silencio* (reticencia), no (*op. cit.*, p. 212). Sobre la reticencia dolosa y error sobre el valor, DENIZOT-LIBREROS, *Revista de Derecho Privado* (2014) pp. 172-174.

<sup>1146</sup> Artículo 1137 *Code v.o.*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges./ Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie». Para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, la mayor modernización que supone el artículo 1137 *Code v.o.* es la «inscription dans la loi de la réticence dolosive. Ce faisant, l'ordonnance ne fait que consolider une jurisprudence bien acquise depuis 1974 [...]» [«Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» (2016) p. 202].

<sup>1147</sup> El texto del *Rapport* continúa: «A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper»; y más adelante, cuando se comenta el dolo vicio, en el *Rapport* se indica: «La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper». Por su parte, CHANTEPIE/LATINA indican que el legislador desconecta la reticencia dolosa de la obligación legal de información consagrada en el artículo 1112-1 *Code v.o.* [«Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 327, p. 266, y v. además p. 267; también núm. 328, pp. 267-268; y «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 190, pp. 158-159]. Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, por un lado, el incumplimiento de la obligación precontractual de información prevista en el artículo 1112-1 *Code v.o.* puede conducir a la reticencia dolosa pero no la implica necesariamente, y por otro, la reticencia dolosa es posible incluso en

do que en él se ordena que el error que resulta de un *dolo* es causa de nulidad, *incluso si recae sobre el valor de la prestación* [*supra* [288] h)]. Y, por otro lado, el dolo puede producirse por maniobras, por mentiras (dolo activo, art. 1137.I *Code v.o.*) o por reticencia (dolo omisivo, art. 1137.II *Code v.o.*)<sup>1148</sup>. En opinión de Chantepie/Latina, la combinación de los artículos 1137 y 1139 *Code v.o.*, ha *terminado* con la jurisprudencia *Baldus*<sup>1149</sup>. Intentando salvar algún margen de actuación para la jurisprudencia *Baldus*, se manifiestan Deshayes/Genicon/Laithier<sup>1150</sup>. Y Savaux, considerando solo el artículo 1112-1 *Code v.o.*, entiende que el mismo ha salvado la jurisprudencia *Baldus*<sup>1151</sup>.

Por último, el *incumplimiento* del deber de información del artículo 1112-1 *Code v.o.* conlleva una *sanción específica: la responsabilidad del incumplidor* (art. 1112-1.VI *Code v.o.*) de *naturaleza extracontractual*<sup>1152</sup>. También puede entrañar –*sanción acumulativa*<sup>1153</sup>– la *anulación del contrato en las condiciones previstas*

---

ausencia del incumplimiento del deber precontractual de información del artículo 1112-1 *Code v.o.* [«Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» (2016) p. 202, v. hasta p. 204.

<sup>1148</sup> Para el artículo 1137 *Code v.o.*, *supra* nota 1146.

<sup>1149</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*» (2016) núm. 327, pp. 266-267.

<sup>1150</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*» (2016) pp. 212-213, v. desde p. 211; v. también «Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*» p. 204, y «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 83.

<sup>1151</sup> Según SAVAUX: «Al disponer [el art. 1129 *P. Ord. 2015*] que “*aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste [sic] último ignora legítimamente dicha información o se fia de la otra parte*”, el proyecto de ordenanza quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información. No obstante, el texto se ha considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial, según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido [en nota 32, p. 726, cita *Civ. 3.e, 17 janv. 2007*, y *Civ. 1.re 3 mai 2000*]. Sin duda, el temor carecía de fundamento, pues en verdad la letra del texto [del art. 1129.I *P. Ord. 2015*] permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia. Sin embargo, al término de la consulta pública, el texto ha sido modificado. El artículo 1112-1, párrafo 2, especifica que “*no obstante, dicho deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación*”, lo cual preserva la jurisprudencia aludida anteriormente» [cursiva del original; *ADC* (2016) pp. 725-726].

<sup>1152</sup> Así CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 189, p. 157; «[i]nspirée de l’avant-projet Catala, la solution serait conforme à la jurisprudence, qui sanctionnait en droit commun le manquement à une “obligation précontractuelle d’information”, sur le fondement de l’ancien article 1382 du Code civil. Les parties n’étant pas encore engagées dans les termes du contrat, on ne saurait invoquer les règles de la responsabilité contractuelle» (*op. cit.*, núm. 189, p. 157; v. además núm. 180, p. 149, y núm. 182, pp. 150-151). DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que la indemnización es *sanción independiente* «et, finalement, la seule sanction propre de l’obligation d’information», si bien han de respetarse las condiciones de la responsabilidad civil [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84].

<sup>1153</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 189, p. 157; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84.

por los artículos 1130 ss. *Code v.o.* que regulan los vicios del consentimiento (art. 1121-1.VI *Code v.o.*). Chantepie/Latina indican que, técnicamente, el artículo 1112-1.VI *Code v.o.* debe leerse mirando particularmente los artículos 1132 (error) y 1137 (dolo) *Code v.o.*<sup>1154</sup>.

Y en la fase previa a la presente reforma del Derecho francés (algunos antecedentes)<sup>1155</sup> y en lo que interesa:

[A] El *AP Catala*. – [A.1] *Artículos*. – Artículo 1110 *AP Catala*: «Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat».

Artículo 1110-1 *AP Catala*: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

[A.2] *Comentario*. – Lequette/Loiseau/Serinet señalan, que los artículos 1110 y 1110-1 *AP Catala* se incardinan en el «paragraphe qui traite de l'intégrité du consentement», parágrafo que incluye disposiciones *nuevas* sobre la obligación precontractual de información por una de las partes, medida positiva de protección del consentimiento<sup>1156</sup>. Apuntan, que la obligación precontractual de información por una de las partes es instrumento «que le droit de la consommation utilise de manière courante» y ha parecido necesario darla un marco *general* que permita superar la diversidad de sus fuentes (jurisprudencial, legal) y separarla de sus regímenes, además de que fijar su sentido y principales características en el Dere-

<sup>1154</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) núm. 190, p. 158. DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan, que para anular el contrato han de cumplirse los requisitos de los artículos 1130 ss. *Code v.o.* [«Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*» (2016) p. 84]. Y según el *Rapport au Président de la République* sobre la *Ordonnance*, el incumplimiento del deber de información «peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement –erreur ou dol–».

<sup>1155</sup> *Supra* nota 32.

<sup>1156</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20; en el § al que se refieren se regula, además de la obligación precontractual de información, «les délais de réflexion et de repentir d'autre part (article 1110-2)» *AP Catala*; la función preventiva de todas las figuras del § justifican su leyenda «De l'intégrité du consentement» (*op. cit.*, p. 20).

cho común de las obligaciones del *Code civil* devuelve a este último su plena coherencia y dimensión, creando un punto de anclaje a los Derechos especiales, más técnicos, en particular el Derecho de los consumidores<sup>1157</sup>. Consideran, que volver hacer del *Code civil* un «Code pilote» sería una manera de responder a la crítica, de que la reglamentación general de los contratos ha perdido su vigor y su capacidad creadora en provecho del Derecho de los consumidores, «qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant...»<sup>1158</sup>.

Para el *dolo*, Lequette/Loiseau/Serinet apuntan la *ampliación* de la definición clásica de *dolo* del artículo 1116 *Code v.a.*, pues el artículo 1113-1 *AP Catala* incluye a la reticencia dolosa<sup>1159</sup>, la cual presenta un interés práctico superior y permite conectar con la obligación de información del artículo 1110 *AP Catala*<sup>1160</sup>. Los autores indican, que las relaciones entre esas dos nociones se clarifican, pues si *falta* la intención de engañar, el incumplimiento de la obligación de informar no conlleva más que la responsabilidad del obligado<sup>1161</sup>. En cuanto al artículo 1113-3 *AP Catala*, que ordena que el error *provocado* por *dolo* permite la nulidad del contrato incluso si solo recae sobre el valor de la cosa (*supra* [290] [A.1.3]), al limitarlo dicho artículo *solo* al error «provoqué» por *dolo*, Lequette/Loiseau/Serinet señalan que, *stricto sensu*, *no es generalizable a la reticencia dolosa*, aunque «[t]acitement, la disposition [del art. 1113-3 *AP Catala*] conduit à entériner la jurisprudence *Baldus* (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, [...]), si, du moins, on veut bien en faire une lecture littérale»<sup>1162</sup>.

[B] El *P. Terré*.– [B.1] *Artículos*.– Artículo 33 *P. Terré*: «La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime.

L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contract ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie».

<sup>1157</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1158</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 20.

<sup>1159</sup> Artículo 1113 *AP Catala*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 1113-1 *AP Catala*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues»; artículo 1116 *Code v.a.*: «Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté./ Il ne se présume pas, et doit être prouvé».

<sup>1160</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1161</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

<sup>1162</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005) p. 21.

Artículo 34 *P. Terré*: «Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 et suivants» (estos últimos artículos regulan los vicios del consentimiento; para el error, *supra* [290] [B.1.1]).

[B.2] *Comentario*.— Remy-Corlay/Fenouillet consideran satisfactorio que el *AP Catala* dedique un texto autónomo a la existencia de una obligación de información (art. 1110, *supra* anterior [A.1]) pues asegura la protección del acreedor y la seguridad del deudor; *sin embargo*, el *AP Catala* *rehusa* imponer una obligación *general* de información y la dispone *solo para dos concretos casos* —«[...] a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même», y «qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties», art. 1110.II *AP Catala*— postulando implícitamente, el *AP Catala*, que cada contratante tiene el deber de informarse<sup>1163</sup>. Según Remy-Corlay/Fenouillet, para esos dos casos, el Derecho considera que la eventual ignorancia del contratante fue «legítima» (no puede ser reprochado) y por ello, en el *P. Terré* se afirma con carácter *general* la obligación de información para el caso de la «*ignorance légitime*» del contratante (art. 33.I *in fine P. Terré*), precisándose «notamment» le cas dans l'hypothèse d'une relation de confiance légitime, ou encore en présence d'une impossibilité de se renseigner [art. 33.II *P. Terré*]. Mais une telle ignorance pourrait sans doute survenir dans d'autres cas»<sup>1164</sup>. Además, Remy-Corlay/Fenouillet entienden que el *AP Catala* crea cierta ambigüedad, por cuanto su artículo 1110.I *evoca* «l'importance déterminante» de la información para la otra parte, *antes* de definir lo que llama «les informations pertinentes» en su artículo 1110.IV y el grupo de trabajo del *P. Terré* consideró más claro referirse, en su artículo 33.I, a la información que tenga «une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie»<sup>1165</sup>. Sobre las reglas de prueba, extraídas de la jurisprudencia y consagradas en el artículo 1110.III *AP Catala*, el grupo de trabajo del *P. Terré* consideró oportuno recogerlas en el artículo 33.III *P. Terré*<sup>1166</sup>.

*En relación con el artículo 34 P. Terré*, después de recordar que el artículo 1110-1 *AP Catala* precisaba que el incumplimiento de una obligación de información, sin intención de engañar, conllevaba la responsabilidad del obligado (*supra* anterior [A.1]) y ello dejaba la cuestión de si podría obtenerse la nulidad del contrato, Remy-Corlay/Fenouillet informan, que al grupo de trabajo le pareció que era preferible precisar que la nulidad del contrato puede producirse no solo por dolo, sino también por error y de ahí que el artículo 34 *in fine P. Terré* precise «dans les conditions des articles 35 et suivants» (que regulan los vicios del consentimiento)<sup>1167</sup>.

<sup>1163</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 153; v. hasta p. 154.

<sup>1164</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

<sup>1165</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

<sup>1166</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 154.

<sup>1167</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) pp. 154-155.

Por último, en el *dolo*, Remy-Corlay/Fenouillet señalan que pareció preferible conectar «la réticence dolosive» con la obligación de información<sup>1168</sup>: en efecto, es lógico sancionar la reticencia cuando el Derecho impone a un contratante una obligación de información, lo cual no significa que la obligación de información sea absorbida por la reticencia dolosa, pues la violación de aquella obligación no justificará pronunciar la nulidad del contrato por dolo más que cuando esa violación haya determinado el consentimiento del contratante; en los otros casos, el no haber respetado la obligación de información conduce solo a la indemnización de daños y perjuicios<sup>1169</sup>.

[C] El *P. Ord. 2015*.– [C.1] *Artículo*.– Artículo 1129 *P. Ord. 2015*: «Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé».

[C.2] *Comentario*.– El artículo 1129 *P. Ord. 2015* consagra un deber general de información precontractual para el que Klein considera que, además de sus discutibles contornos, *su ubicación es sin duda criticable* –se le sitúa en la «Section 2 *La validité*», «*Sous-section 1 Le consentement*», «§ 2 – *Le devoir d'information*»–<sup>1170</sup>. El deber de información no se ubica en la problemática de la validez del contrato, sino dentro de las obligaciones del periodo precontractual de la negociación y por ello su lugar *no* es en las disposiciones relativas al consentimiento; y esa confusión se manifiesta cuando el artículo 1129 *P. Ord. 2015* emplea el término totalmente inapropiado de «contractant», pues la información ha de suministrarse *en un momento en el el contrato todavía no se ha celebrado y no se sabe si se celebrará*<sup>1171</sup>. Lo anterior –continúa Klein– igualmente resulta de la posibilidad prevista en el artículo 1129.II *P. Ord. 2015* de sancionar el incumplimiento del deber de información con la *responsabilidad extracontractual*, lo que da a entender que ese deber sobrepasa al del vicio del consentimiento<sup>1172</sup>. Según Klein, el artículo 1129 *P. Ord. 2015* debe extraerse de la Sección «*La validité*» y trasladarse a la Subsección de la «*négociation du contrat*», su ubicación natural<sup>1173</sup> (y añadido, así ha resultado con el vigente art. 1112-1 *Code v.o.*).

<sup>1168</sup> Artículo 43 *P. Terré*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensoges»; artículo 44 *P. Terré*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information qu'il devait délivrer conformément à l'article 33».

<sup>1169</sup> REMY-CORLAY/FENOUILLET (2009) p. 161.

<sup>1170</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1171</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1172</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

<sup>1173</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 16.

Para el *dolo omisivo* y la expresión «qu'il devait lui fournir conformément à la loi» del artículo 1136 *P. Ord. 2015*<sup>1174</sup>, Klein considera a esta última inútilmente alambicada, y se explica por el reenvío al artículo 1129 *P. Ord. 2015* que prevé un deber general de información sin embargo, eso permanece perfectamente indeterminado por el reenvío a la ley general<sup>1175</sup>.

## PARTE CUARTA: CONSIDERACIONES GENERALES

### I. PARA EL ERROR (EL LLAMADO ERROR VICIO)

[293] Tras exponer y analizar los distintos textos jurídicos que para aquél seleccioné, puede constatarse en ellos una *tendencia mayoritaria favorable al denominado modelo moderno de regulación del error*<sup>1176</sup>. Acogiendo alguno de sus *submodelos*, pues hay diferencias en sus respectivas regulaciones, adoptan ese modelo: el BW<sup>1177</sup>, los PECL<sup>1178</sup>, el DCFR<sup>1179</sup>, los *Principios UNIDROIT 2010*<sup>1180</sup>, los *Principios OHADAC*<sup>1181</sup>, los PLDC<sup>1182</sup>, la PMCC<sup>1183</sup>, la PCCAPDC<sup>1184</sup> y la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*<sup>1185</sup>. Puede constatare la sucesiva y progresiva influencia de los textos anteriores, en los posteriores.

[294] En las exposiciones del error suele reiterarse que subyacen distintos y no coincidentes objetivos en su regulación. En este sentido, está la protección de la autonomía de la voluntad, la protección de la confianza, y la protección de la seguridad jurídica en las transacciones<sup>1186</sup>. Lograr que una regulación del error (vicio) llegue al

<sup>1174</sup> Artículo 1136 *P. Ord. 2015*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information [...]» (a esos puntos suspensivos corresponden lo transcrito en el cuerpo del texto).

<sup>1175</sup> KLEIN, *SJ, Supplément* (2015) p. 17; «[a]u fond, la formule n'apporte rien voire risque même de réduire le champ de la réticence dolosive» (*op. cit.*, p. 17); propone como redacción del artículo 1136: «Le dol est le fait pour *une partie* d'obtenir *intentionnellement* le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la *réention* d'une information qu'il était [*légalement*] tenu de lui fournir» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.*, p. 19; cfr. art. 1136 *P. Ord. 2015* en nota 1174).

<sup>1176</sup> Resumen del trabajo y *supra* [8]. En su día, en Alemania también se propuso la revisión del error, según información de MORALES MORENO, *supra* [190].

<sup>1177</sup> *Supra* [53]-[55].

<sup>1178</sup> *Supra* [17]-[25].

<sup>1179</sup> *Supra* [34]-[37].

<sup>1180</sup> *Supra* [42]-[48].

<sup>1181</sup> *Supra* [75]-[86].

<sup>1182</sup> *Supra* [185]-[188], [191]-[199].

<sup>1183</sup> *Supra* [231]-[242].

<sup>1184</sup> *Supra* [257]-[258], [260]-[262].

<sup>1185</sup> *Supra* [267]-[269].

<sup>1186</sup> *Supra* [3], [18]. Además, las consideraciones de MORALES MORENO, *supra* [189].

justo o suficiente equilibrio entre todo lo anterior es algo complicado y al respecto, se ha considerado bueno al modelo moderno de regulación del error. Hondius/Keirse, tras apuntar la influencia del error (vicio) del vigente Derecho holandés en los PECL, señalan que los redactores de los PECL no buscaron un compromiso entre la mayoría de los sistemas jurídicos europeos o un compromiso a nivel global, sino que persiguieron el *mejor derecho*; por otro lado, la regulación del error del Derecho holandés (BW) se basó en una investigación de Derecho comparado, influyendo en él la *misrepresentation* del Derecho inglés<sup>1187</sup> y la base del negocio subjetiva del Derecho alemán<sup>1188</sup>. Para la regulación del error (vicio) del DCFR, en su *Comentario oficial* se señala, que se persiguió establecer unos principios que contuvieran *un justo equilibrio* entre la naturaleza voluntaria del contrato y la protección de la razonable confianza de la otra parte, no pretendiéndose principios comunes fundados en los diferentes Derechos nacionales, aunque aquéllos reflejen lo que, en muchos de esos Derechos, es su fundamento<sup>1189</sup>. Por último, para el error de la PMCC, López Frías considera que se está ante *un buen texto* que recoge el Derecho europeo y codifica lo que la doctrina y la jurisprudencia españolas consideran esenciales para el error<sup>1190</sup>. Morales Moreno apunta que la regulación del error de la PMCC sigue las orientaciones del moderno Derecho de contratos, y que su regulación está *más desarrollada y es más precisa* que la del artículo 1266 CC, lo cual contribuiría *a aumentar la certidumbre y la previsibilidad para con el error*<sup>1191</sup>. He de recordar también, que no todos prefieren este modelo moderno de error (Clavería Gonzálbez<sup>1192</sup>).

[295] Por mi parte, me parece equilibrado y adecuado ese modelo moderno de error, que conecta estrechamente con el Derecho privado europeo y no supone una abrupta ruptura con el error tal y como lo están aplicando nuestros Tribunales<sup>1193</sup> y entienden algunos (Morales Moreno<sup>1194</sup>), al tiempo que considero oportuno que en el artículo 1298 PMCC se realizaren ciertas mejoras, como la incorporación del supuesto en el que el otro contratante incumpliere una obligación legal de información e incumplimiento que

<sup>1187</sup> *Supra* [101]-[102] para la *misrepresentation*. Por otro lado, v. las consideraciones de SMITS sobre el distinto punto de partida en su acercamiento al error del *Civil Law* y del *Common Law*, *supra* [4].

<sup>1188</sup> *Supra* [55].

<sup>1189</sup> *Supra* [36].

<sup>1190</sup> *Supra* [232].

<sup>1191</sup> *Supra* [233].

<sup>1192</sup> *Supra* [247] y [241].

<sup>1193</sup> *Supra* [208]-[209] y [215]-[216].

<sup>1194</sup> *Supra* [212]-[213]; [55] en relación con los PECL.

provocó, al que se equivocó, su error<sup>1195</sup>. Entiendo que el artículo 1298 PMCC ofrece a los Jueces un conjunto de elementos que, *coordinados adecuadamente entre sí*, les permite un más fácil y un mejor enjuiciamiento, en su valoración sobre si tuvo lugar el error relevante. En la determinación del error, los Jueces desempeñan un fundamental y discrecional (que no arbitrario) papel.

Conviene recordar, que el Derecho holandés giró del modelo tradicional de error de su Código civil de 1838 (art. 1358<sup>1196</sup>) al moderno del BW (art. 6:228 BW<sup>1197</sup>)<sup>1198</sup>.

[296] El representante del que he denominado modelo *tradicional* de error es el originario artículo 1110 *Code civil* francés<sup>1199</sup>. En dicho modelo, la protección de la voluntad del que erró desempeña un muy relevante papel (sistema subjetivo que prioriza el aspecto psicológico del error). *Ahora bien*, aquella norma del *Code civil* fue *notablemente completada por la jurisprudencia y la doctrina de los autores*<sup>1200</sup> y en 2016 se actualizó, formalmente, el error del *Code civil*<sup>1201</sup> con los nuevos artículos 1130 a 1136, y el artículo 1139 para el dolo y la excusabilidad del error y ciertos tipos de error (sobre el valor de la prestación, sobre el mero motivo)<sup>1202</sup>. Al resultado de esa actualización me he referido como el modelo *tradicional actualizado* del error (*supra* [11]). En el *Rapport au Président de la République* sobre la reforma francesa se señala, para el error, que se han transcrito al *Code* reglas vigentes y solucionado diversas cuestiones discutidas en la doctrina, poniendo fin a ciertas incertidumbres<sup>1203</sup>. Chantepie/Latina indican que el campo de los errores relevantes espontáneos se ha reducido y se alegran de la no adopción del modelo de error de los PECL y del DCFR<sup>1204</sup>.

El lenguaje utilizado en la reforma francesa del error (vicio) y su diseño no resulta extraño al jurista español, que cuenta con el

<sup>1195</sup> *Supra* [238] y cfr. con los artículos 3.4.3, 1, a) *Principios OHADAC, supra* [75] y [82], y 51.1.4.º a). *P Bosch/Del Pozo/Vaquer, infra* [267]; por otro lado *supra* [240].

<sup>1196</sup> Artículo 1358 CCH 1838: «El error lleva consigo la nulidad del contrato cuando se refiere á la sustancia misma de la cosa que sirve de objeto á la estipulación./ No será causa de nulidad cuando se refiera á la persona con quien haya habido propósito de contratar, á menos que la consideración de esta persona motive principalmente el contrato»; y el artículo 1357 CCH 1838: «No será válido el consentimiento, si ha sido prestado por error, ó arrancado por violencia, ú obtenido por dolo» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) p. 365].

<sup>1197</sup> Para el artículo 6:228 BW, *supra* [53]-[54]. Y en otro plano, el de los PLDC, v. las consideraciones de DE LA MAZA GAZMURI, *supra* [187], y MORALES MORENO, *supra* [188].

<sup>1198</sup> Y en cuanto a la dogmática del error en Alemania y su revisión, *supra* [190].

<sup>1199</sup> *Supra* [276].

<sup>1200</sup> *Supra* [277]-[285].

<sup>1201</sup> *Supra* [11] [A] y [B] para la reforma general, de 2016, del Derecho de obligaciones y contratos francés.

<sup>1202</sup> *Supra* [287]-[288].

<sup>1203</sup> *Supra* [289]; v. también SAVAUX y CHANTEPIE/LATINA, *supra* nota 1071.

<sup>1204</sup> *Supra* [289] y nota 1072.

artículo 1266 CC<sup>1205</sup> y que, al igual que el originario artículo 1110 *Code civil*, ha sido completado por la jurisprudencia. Es posible que algunos puedan preferir una reforma del error del Código civil español similar a la francesa. Yo, ya indiqué mi opinión *supra* [295].

## II. PARA EL ERROR EN LA DECLARACIÓN O EN SU TRANSMISIÓN

[297] *Supra* [5] 68, Kramer informaba que algunos sistemas jurídicos tratan el error en la declaración y el error (vicio) *del mismo modo* (así, el Derecho italiano<sup>1206</sup>). De los textos que he seleccionado para este trabajo, la *tendencia mayoritaria es favorable a aplicar al error en la declaración el mismo régimen que el del error (vicio)*. Proceden como he descrito: los PECL<sup>1207</sup>, el DCFR<sup>1208</sup>, los *Principios UNIDROIT 2010*<sup>1209</sup>, los *Principios OHADAC*<sup>1210</sup>, los PLDC<sup>1211</sup>, la PMCC<sup>1212</sup>, la PCCAPDC<sup>1213</sup> y la *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*<sup>1214</sup>. En algunos de esos textos (o en su comentario oficial) se especifica que la aplicación del error (vicio) se produce tras aplicar las normas de la interpretación contractual. Estas últimas pueden solucionar el habido error en la declaración y para el caso de que no suceda, el error en la declaración será relevante si reúne los requisitos del error (vicio), aplicándosele el régimen de la nulidad relativa (de la anulabilidad). Lo anterior también procede para el error en la transmisión de la declaración.

[298] En contraste con lo anterior, otros sistemas jurídicos aplican al error en la declaración el régimen de la nulidad absoluta/inexistencia, pues no hubo una coincidente voluntad contractual. *Supra* [5] 67, Kramer señalaba que algunos sistemas jurídicos daban al error en la declaración una posición privilegiada, mencionando *en 2008* al Derecho francés y al español<sup>1215</sup>. *Para el error en*

<sup>1205</sup> *Supra* [204].

<sup>1206</sup> Artículo 1433 CC ital. 1942, *supra* nota 71; para los artículos del error del CC ital. 1942, además de esa nota 71, también *supra* nota 709.

<sup>1207</sup> *Supra* [17] y [26]-[30].

<sup>1208</sup> *Supra* [34] y [38].

<sup>1209</sup> *Supra* [42] y [49]-[51].

<sup>1210</sup> *Supra* [75] y [87]-[89].

<sup>1211</sup> *Supra* [185] y [200].

<sup>1212</sup> *Supra* [231] y [243]-[245].

<sup>1213</sup> *Supra* [257] y [259].

<sup>1214</sup> *Supra* [267] y [270]-[271].

<sup>1215</sup> Kramer también mencionaba al Derecho alemán, cuyos §§ 119.I y 122 BGB se transcribieron *supra* en nota 9. Por otro lado, Kramer también se refiere a *otros modelos de regulación* en el error en la declaración, como el Derecho holandés (art. 3:35 BW) del que di cuenta *supra* [53] y [56].

la declaración en el Derecho francés, Flour/Aubert/Savaux indicaban en 2014, que la doctrina clásica había señalado la nulidad absoluta del contrato, incluso su inexistencia; que la jurisprudencia se inclinaba más bien a favor de la nulidad absoluta, tratándose del supuesto de la ausencia del consentimiento; y que la lógica demandaba más bien la nulidad relativa, con la particularidad de que cada una de las partes contratantes podría ejercitar la nulidad<sup>1216</sup>. En 2016, tras la reforma del *Code civil*<sup>1217</sup>, Deshayes/Genicon/Laithier apuntan la no previsión específica de un texto en el *Code civil* para el error en la declaración sobre la controvertida cuestión de si el contrato fue inexistente o procedía la nulidad absoluta o la relativa, y destacan que había respuestas en todos los sentidos y que la jurisprudencia adoptaba, en su último estado, la solución de la nulidad relativa (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26.06.2013*)<sup>1218</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier entienden que, a pesar del silencio de la *Ordonnance* n.º 2016-131, esta parece, implícitamente, solucionar el error en la declaración en favor de la nulidad relativa. Pero Chantepie/Latina parecen inclinarse en favor de la inexistencia<sup>1219</sup>. Para el error en la declaración en el Derecho español, la doctrina de los autores se encuentra dividida: unos consideran que procede aplicar la disciplina del error (vicio) del artículo 1266 CC que conlleva el régimen de la nulidad relativa o anulabilidad, y otros consideran que procede el régimen de la nulidad absoluta del contrato (o su inexistencia) pues no hubo un común consentimiento contractual (art. 1261.1.º CC), inclinándose la jurisprudencia por esto último<sup>1220</sup>.

De lo expuesto se va desprendiendo, que en el Derecho francés se va abriendo paso la idea de la nulidad relativa para el error en la declaración, y que, en el Derecho español, también se encuentran defensores de ello. En el Comentario oficial de los *Principios OHADAC*, tras recordar que en los sistemas romano-germánicos se distingue el error vicio (contrato anulable) y el error en la declaración (contrato nulo; inexistente), se indica que la evolución de esos sistemas ha puesto en evidencia ciertas insatisfacciones y resultados manifiestamente injustos, y eso permite constatar la necesidad de subsumir el error en la declaración en modelos *más flexibles* que permitan tener en cuenta consideraciones conectadas con la *teoría del riesgo*, además de que los *Principios UNIDROIT*, los PECL, el DCFR y el CESL acogen la tendencia del igual trato entre el error

<sup>1216</sup> *Supra* [286].

<sup>1217</sup> *Supra* [11] [A] y [B] para la reforma general, de 2016, del Derecho de obligaciones y contratos francés.

<sup>1218</sup> *Supra* [290].

<sup>1219</sup> *Supra* [290].

<sup>1220</sup> *Supra* [223]; en nota 781 expongo la opinión de diversos autores.

(vicio) y el error en la declaración<sup>1221</sup>. Creo preferible el modelo del trato uniforme, tras el resultado infructuoso de la aplicación de las normas de interpretación del contrato (cfr. *supra*, para la PMCC, [243]-[245]). Para la ausencia total de consentimiento, Clavería Gosálvez es partidario de la nulidad<sup>1222</sup>.

### III. PARA LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

[299] También se hallan distintas soluciones en los sistemas jurídicos. *Supra* [6] 134 y 135, Kramer indicaba que en la mayoría de los Códigos civiles de los sistemas de *Civil Law*, la doctrina de la imposibilidad inicial, cuya consecuencia es *la nulidad del contrato*, se encuentra *separada del error* y que, en el *Common Law*, la *promesa de cumplir vincula, incluso en el supuesto de la imposibilidad inicial*, y en tal caso, a la falta de cumplimiento se la trata como *incumplimiento contractual* y esto último ha influido más allá del *Common Law* (así, CISG, BW, *Principios UNIDROIT*). Por otro lado, en el *Common Law*, la imposibilidad inicial también se la ha solucionado desde el *common mistake*<sup>1223</sup>.

[300] En el tratamiento jurídico de la imposibilidad inicial (absoluta, total y definitiva) se percibe, en los textos jurídicos que he seleccionado, una *evolución* consistente en *evitar la nulidad absoluta (inexistencia) del contrato (modelo moderno, frente al tradicional de la nulidad absoluta)* y decisión de la que deriva la cuestión del régimen jurídico aplicable (los *submodelos*)<sup>1224</sup>. Y así, en los PECL, la mera imposibilidad inicial no supone la invalidez del contrato y puede solucionarse a través del error y en ciertos casos mediante el incumplimiento<sup>1225</sup>. Lo mismo para el DCFR<sup>1226</sup>. El Derecho holandés aplica las disposiciones del incumplimiento a la imposibilidad inicial<sup>1227</sup>. Los *Principios UNIDROIT* también ordenan la regla de que la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato, siguiendo, según se

<sup>1221</sup> *Supra* [88].

<sup>1222</sup> *Supra* [247].

<sup>1223</sup> Además de Kramer, *supra* [16] y nota 42, y [73], y para el Derecho inglés, además, *supra* [98]-[99].

<sup>1224</sup> Por su carácter de consideraciones generales *solo* voy a considerar en el cuerpo del texto el supuesto de la imposibilidad total absoluta y definitiva. En el trabajo también he tratado del supuesto en que el bien que se enajena no es de propiedad del disponente, o no puede disponer de él (en relación, en concreto, con el art. 1303 PMCC y la regulación del Código civil, *supra* [225]; para el Código civil, STS, 1.ª, 07.07.2008, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Cendoj, Roj STS 4618/2008, FENYO PICÓN, ADC (2013) [9] A) pp. 729-730)

<sup>1225</sup> *Supra* [14]-[15].

<sup>1226</sup> *Supra* [32]-[33].

<sup>1227</sup> *Supra* [52].

indica en su Comentario oficial, las tendencias más modernas, y aplican el régimen del incumplimiento<sup>1228</sup>. En los *Principios OHADAC* se dispone que la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato, aplicándose las normas del incumplimiento, y en su Comentario oficial se indica que se adopta un concepto amplio de fuerza mayor que incluye las circunstancias imprevistas *sobrevenidas*, y las imprevistas *cuando la celebración del contrato y no conocidas y que no podían conocerse en dicho momento*, de modo que «los Principios OHADAC introducen un deslinde entre imposibilidad inicial y error que en los textos internacionales adoptados hasta la fecha se muestra más difusa» (cursiva mía)<sup>1229</sup>. La PMCC recoge la regla de que no afecta a la validez del contrato la imposibilidad inicial, y puede interpretarse que el contrato podrá anularse por error o por dolo y aplicarse el régimen de incumplimiento (sobre el art. 1303 PMCC, Valpuesta Fernández indicaba que era más clarificador del panorama normativo)<sup>1230</sup>. Por último, la PCCAPDC no contiene una específica respuesta para la imposibilidad inicial, pero puede interpretarse que el contrato podrá anularse, si, por ejemplo, se reúnen los requisitos del error, o del dolo, y, si en el contenido del contrato se encuentra que el deudor asumió la imposibilidad inicial, este responderá por incumplimiento<sup>1231</sup>.

[301] En cuanto al modelo *tradicional* de la nulidad absoluta del contrato, este lo dispone el Derecho español (arts. 1271, 1272 CC con carácter general; art. 1460 CC para la compraventa)<sup>1232</sup> y el Derecho francés antes de su reforma de 2016<sup>1233</sup>. *Y es modelo que ha sido acogido en textos jurídicos recientes*. Así sucede (está implícito, en mi opinión) en la versión de los PLDC con la que he trabajado<sup>1234</sup>, y lo mismo para el Derecho francés tras su reforma de 2016 (según explicación de Deshayes/Genicon/Laithier)<sup>1235</sup>. La *P. Bosch/Del Pozo/Vaquero*, aun empleando una terminología y organización en la que se

<sup>1228</sup> *Supra* [39]-[41].

<sup>1229</sup> *Supra* [72] y [74].

<sup>1230</sup> *Supra* [224]-[227]. Por otro lado, para el artículo 1450/1460 PMCC, *supra* [228]-[230]

<sup>1231</sup> *Supra* [256], pero v. también [255].

<sup>1232</sup> *Supra* [202]-[203]. *Supra* [227], RIBOT IGUALADA señalaba que «en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual o, más concretamente, de la regla *impossibilium nulla obligatio est* (tendencia a la reproducción acrítica de los principios derivados de los arts. 1272 y 1460 CC) y destacaba la importante influencia de L. Díez-Picazo, Pantaleón y Morales Moreno en la redacción del artículo 1300 PMCC. A propósito del artículo 1450/1460 PMCC, *supra* [229], CLAVERÍA GOSÁLBEZ afirmaba que incurren «en el error, probablemente inspirado en la reforma alemana de 2001, de tratar un claro supuesto de nulidad por falta de objeto con otro de incumplimiento».

<sup>1233</sup> *Supra* [272]-[273].

<sup>1234</sup> *Supra* [141]-[143]. Para Derecho nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay y Venezuela, *supra* [119] ss. Para la versión manejada de los PLDC, *supra* [105] c).

<sup>1235</sup> *Supra* [274]-[275].

percibe la influencia del moderno Derecho de contratos, dispone para la imposibilidad inicial la nulidad absoluta del contrato, indicándose en su comentario oficial que dicha *Propuesta* se aparta de la regla del artículo II.-7:102 DCFR según la cual la imposibilidad no es supuesto de nulidad del contrato, sino de incumplimiento<sup>1236</sup>.

[302] Pese a lo que acabo de recordar en el anterior [301], considero adecuada la tendencia normativa de que la imposibilidad inicial no conlleve la nulidad absoluta/inexistencia del contrato, y que la misma pueda solucionarse, *dependiendo de las características del caso*, a través del error, o del dolo, o del incumplimiento, cumpliéndose sus respectivos requisitos de aplicación y de conformidad con la adecuada interpretación de sus respectivas normas. De nuevo el Derecho holandés se erige en el ejemplo de un ordenamiento, que ha *girado* de una solución (modelo) tradicional de su Código civil de 1838 (contrato inválido por falta de causa) al modelo moderno del BW (validez del contrato y aplicación de las disposiciones del incumplimiento)<sup>1237</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN ROJAS, Fernando/CORTÉS MONCAYO, Édgar/KOTEICH KHATIB, Milagros/M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia/LÓPEZ CASTRO, Yira/MANTILLA ESPINOSA, Fabricio/MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty/MONTOYA MATEUS, Fernando/NAVIA ARROYO, Felipe/NAVIA REVOLLO, Juan Felipe/NEME VILLAREAL, Martha Lucía/TERNERA BARRIOS, Francisco: «Informe Colombia», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 207-295.
- ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José/MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Informe Venezuela», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 561-639.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Traducción de los §§ 119 y 122 BGB», en *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons (2008) p. 55.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch (2016). Cit. APDC (2016).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia/DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/PIZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Informe Chile», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 297-378.
- BÉNABENT, Alain: *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Lextenso éditions (2010).

<sup>1236</sup> *Supra* [264]-[265]; pero v. además [266].

<sup>1237</sup> *Supra* [52].

- BÉNABENT, Alain/AYNÈS, Laurent: «Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général», *Recueil Dalloz*, 25 février 2016, n.º 8.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Prólogo» a la obra *Estudios sobre el Contrato de Compraventa, Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, dirs. Antonio Orti Vallejo/Margarita Jiménez Horwitz, coords. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia/Abigail Quesada Páez, Thomson Reuters Aranzadi (2016) pp. 19-25.
- BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo/PARRA LUCÁN, María de los Ángeles/TUR FAÜNDEZ, María Nélica/GARCÍA VICENTE, José Ramón/ÁLVAREZ OLLA, María del Pilar (Junta Directiva APDC): «Presentación de los Libros Quinto y Sexto de la Propuesta de Código Civil (PCC)», en *Propuesta de Código civil, Libros Quinto y Sexto de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 9-11.
- «Una propuesta de Código Civil», *ADC* (2016) pp. 1427-1437.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Los vicios del consentimiento», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/M.ª Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 195-221.
- «Capítulo 7, Causas de invalidez del contrato», en *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, coords. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2012) pp. 459-546.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato, Propuesta de regulación*, Marcial Pons (2016).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC* (2012) pp. 1783-1794.
- «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC* (2007) pp. 621-848.
- CABRILLAC, Rémy: *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz (2016).
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi (2017).
- CARRIÓN (OLMOS), Salvador: «El error de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, marzo (1990) pp. 187-211.
- «Algunas consideraciones en sede doctrinal sobre el error de derecho», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo I, Asociación de Profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces (1990) pp. 405-431.
- CARTWRIGHT, John: *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3<sup>rd</sup> ed., Hart Publishing (2016).
- CASASAYAS RAMIS, Marta: «El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016», *RDC*, vol. IV, núm. 1, enero-marzo (2017) pp. 125-161.
- CATALA, Pierre: «Présentation générale de l'avant-projet», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 Septembre 2005, pp. 2-7, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al*

- profesor Ignacio Serrano García, dir. Esther Muñiz Espada, Wolters Kluwer (2016) pp. 23-42.
- «Breves notas sobre la Propuesta de la Comisión General de Codificación para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, coords. José María de la Cuesta Sáenz/Elena Vicente Domingo/María Teresa Carrancho Herrero/José María Caballero Lozano/Raquel de Román Pérez, Thomson Reuters Aranzadi (2013) pp. 351-363.
- CHANTEPIE, Gaël/LATINA, Mathias: de *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz (2016):
- «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», pp. 148-159.
  - «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», pp. 232-235.
  - «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*», pp. 240-243.
  - «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*», pp. 243-246.
  - «Comentario de los artículos 1132, 1133 y 1134 *Code v.o.*», pp. 246-255.
  - «Comentario de los artículos 1135 y 1136 *Code v.o.*», pp. 255-262.
  - «Comentario de los artículos 1137, 1138 y 1139 *Code v.o.*», pp. 262-269.
  - «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*», pp. 333-338.
  - «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*», pp. 387-392.
  - «Comentario del artículo 1179 *Code v.o.*», pp. 393-395.
- CHEN-WISHART, Mindy: *Contract Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press (2015).
- COBACHO GÓMEZ, José A.: «Sobre los plazos de la prescripción extintiva», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñiz Espada, Wolters Kluwer (2016) pp. 517-536.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (Sección de Derecho civil): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009).
- «Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *BIMJ*, Suplemento, enero (2009) año LXIII.
  - «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *BIMJ*, núm. 1988, mayo (2005) pp. 108-124.
- DE ALMEIDA PRADO, Mauricio/BIRMAN, Pedro/ESPÍRITU SANTO, Gustavo/GABBAY, Daniela/KONDER, Carlos/PÓVOA, Marcos Fabricio: «Informe Brasil», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 117-206.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico: «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC* (1988) pp. 403-439.
- *El negocio jurídico*, ed. fac. (1971), Civitas (1985).
  - *Derecho civil de España. Parte General*, tomo I, *Libro preliminar, Introducción al Derecho Civil*, 2.<sup>a</sup> edición, ed. fac. (1949), Civitas (1984).
- DE IZAGUIRRE, José María: «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», *ADC* (2012) pp. 533-546.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 789-799.
- *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas/Thomson Reuters (2010).

- DE LORENZO, Miguel Federico/KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída/MOLINA DE JUAN, Mariel F./PICASSO, Sebastián/SANTARELLI, Fulvio Germán/SÁENZ, Luis R. J.: «Informe Argentina», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continentall* Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 19-116.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Capítulo 10, Requisitos del contrato», en *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., coord. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz/Pedro de Pablo Contreras/Miguel Ángel Pérez Álvarez/María Ángeles Parra Lucán, Colex (2008) pp. 355-390.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch (1999).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: *Las nulidades de los contratos, En la teoría y en la práctica*, Dykinson, S. L. (2005).
- DENIZOT-LIBREROS, Aude: «Tendencias francesas en materia de dolo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio (2014) pp. 159-184.
- DESHAYES, Olivier/GENICON, Thomas/LAITHIER, Yves-Marie: de *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis (2016):
- «Introduction», pp. 1-15.
  - «Comentario del artículo 9 *Code v.o.*», pp. 17-25.
  - «Comentario del artículo 1112-1 *Code v.o.*», pp. 79-84.
  - «Comentario del artículo 1128 *Code v.o.*», pp. 168-172.
  - «Comentario del artículo 1129 *Code v.o.*», pp. 173-175.
  - «Comentario del artículo 1130 *Code v.o.*», pp. 176-180.
  - «Comentario del artículo 1131 *Code v.o.*», pp. 181-182.
  - «Comentario del artículo 1132 *Code v.o.*», pp. 183-186.
  - «Comentario del artículo 1133 *Code v.o.*», pp. 187-190.
  - «Comentario del artículo 1134 *Code v.o.*», p. 191.
  - «Comentario del artículo 1135 *Code v.o.*», pp. 192-197.
  - «Comentario del artículo 1136 *Code v.o.*», pp. 198-199.
  - «Comentario del artículo 1137 *Code v.o.*», pp. 200-204.
  - «Comentario del artículo 1139 *Code v.o.*», pp. 209-213.
  - «Comentario del artículo 1163 *Code v.o.*», pp. 264-268.
  - «Comentario del artículo 1178 *Code v.o.*», pp. 319-326.
  - «Comentario de los artículos 1179, 1180, 1181 *Code v.o.*», pp. 327-331.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La armonización del Derecho de contratos en la Unión Europea y en el continente sudamericano», *RDP*, julio-agosto (2012) pp. 115-116.
- DÍAZ, Hugo S./MARIÑO LÓPEZ, Andrés/MIRANDE, Santiago/NICOLA, José Luis: «Informe Uruguay», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 485-559.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 6.ª ed., Thomson Civitas (2007).
- «Sobre la imposibilidad de la prestación», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, coords. Joan Manel Abril Campoy/María Eulalia Amat Llari, Tirant lo Blanch (2006) pp. 1087-1096.
- DOS SANTOS MELGAREJO, José/ÁNGULO SARUBBI, Jorge Emilio/BREUER PLANAS, José María/GODOY DURIA, Luis Armando/MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Aldo Javier: «Informe Paraguay», en

- El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (2012) pp. 379-483.
- EIDENMÜLLER, Horst/FAUST, Florian/GRIGOLEIT, Hans Christoph/JANSEN, Nils/WAGNER, Gerhard/ZIMMERMANN, Reinhard: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», *ADC* (2009) pp. 1461-1522.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «El error como vicio del consentimiento contractual», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.ª ed., Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 1117-1160.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal/RODRÍGUEZ DIEZ, Javier: «Expansión y límites de la buena fe objetiva – A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”», *RChDP*, núm. 21, julio (2013) pp. 137-215.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley de Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC* (2015) pp. 801-1082.
- «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll (2013) pp. 397-430.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC* (2013) pp. 717-836.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* (2010) pp. 47-136.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- FERRANTE, Alfredo: «¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 30, enero-junio de 2016, pp. 107-127.
- «¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios Latinoamericanos de Contratos?», *RChDP*, núm. 22, julio (2014) pp. 9-49.
- FLOUR, Jacques/AUBERT, Jean-Luc/SAVAUX, Éric: *Droit Civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16.ª ed., Dalloz (2014).
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo segundo, 4.ª ed. no modificada (1992 de la obra original), traducción de José María Miquel González/Esther Gómez Calle (1998 de la traducción), Fundación Cultural del Notariado.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñoz Espada (2016) pp. 465-487.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: de *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota

- preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente (1974):
- «Comentario del artículo 2 PCC 1851», p. 3.
  - «Comentario del artículo 989 PCC 1851», pp. 524-526.
  - «Comentario del artículo 995 PCC 1851», pp. 530-531.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario del artículo 1266 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VII (Arts. 1265 a 1484), dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch (2013) pp. 9102-9110.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «“The future of Contract Law in Latin America”, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», *ADC* (2015) pp. 1083-1090.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción», Editorial, *InDret*, núm. 4 (2015) pp. 1-5.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Vida y obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista*, Thomson/Aranzadi/Maiestas Fundación (2008).
- *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra/Thomson/Aranzadi (2006).
- HAANAPPEL, P. P. C./MACKAAY, Ejan: traducción del *Nieuw Nederlands Burgerlijk wetboek, het vermogensrecht/New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law/Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial*, Kluwer Law and Taxation Publishers (1990).
- HARTKAMP, Arthur: *Contract Law in the Netherlands*, 2<sup>cond</sup> ed., en colaboración con Annemarie E. B. ter Heide, Wolters Kluwer (2015).
- HONDIUS, Ewoud: «Latin America Goes PECL», *ERPL*, vol. 21, núm. 2 (2013) pp. 419-421.
- HONDIUS, Ewoud/KEIRSE, Anne: «Does Europe Go Dutch? The Impact of Dutch Civil Law on Recodification in Europe», en *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, Sellier European Law Publishers (2013) pp. 303-317.
- HOUTCIEFF, Dimitri: «Le contenu du contrat», en *Pour une réforme du Droit des Contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz (2009) pp. 183-218.
- HUET, Jérôme/CABRILLAC, Rémy: «Validité – Objet (art. 1121 à 1123)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 Septembre 2005, pp. 23-25, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)
- JEREZ DELGADO, Carmen: coordinadora de la obra *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE (2015).
- *La anulación del contrato*, Civitas/Thomson Reuters (2011).
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España (1988).
- KLEIN, Julie: «Le consentement», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 14-19.
- KRAMER, Ernst A.: «I. Introduction, II. Mistake», en «Chapter 11 Defects in the contracting process», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume VII, *Contracts in general*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, Part 2, Mohr Siebeck (2008) pp. 3-65.
- LEQUETTE, Yves/LOISEAU, Grégoire/SERINET, Yves-Marie: «Validité du contrat – Consentement (art. 1108 à 1115-1)», *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clé-

- ment, 22 Septembre 2005, pp. 18-22, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «El error en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.<sup>a</sup> Luisa Palazón Garrido/M.<sup>a</sup> del Mar Méndez Serrano, Atelier (2011) pp. 167-193.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Capítulo II. El consentimiento contractual y su declaración», en *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, volumen Segundo, *Teoría general del contrato*, por José Luis Lacruz Berdejo/Agustín Luna Serrano/Jesús Delgado Echeverría/Francisco Rivero Hernández, 2.<sup>a</sup> ed., Librería Bosch (1987) pp. 49-133.
- «Los vicios del consentimiento contractual», en *Estudios de Derecho mercantil, en homenaje al profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho reunidas (1981) pp. 449-474.
- MALAUURIE, Philippe/AYNÈS, Laurent/STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit civil, Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ (2015).
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI*, núm. 689, mayo-junio (2005) pp. 887-926.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «§ 4 Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en *Tratado de contratos*, tomo I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coords. Nieves Moralejo Imbernón/Susana Quicios Molina, 2.<sup>a</sup> ed., tirant lo blanch (2013), pp 597-746.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract, A comparative Treatise*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart Publishing (2006).
- McKENDRICK, Ewan: *Contract Law*, 11<sup>th</sup> ed., Palgrave (2015).
- MESA MARRERO, Carolina: «El error en el moderno Derecho contractual europeo», *RDC*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre (2015) pp. 29-63.
- MOLFESSIS, Nicolas: «Amendements doctrinaux», *La Semaine Juridique, Supplément au N.º 21, 25 mai 2015*, p. 4.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, comité organizador Antonio Cabanillas Sánchez/Jorge Caffarena Laporta/José María Miquel González/Vicente L. Montés Penadés/Antonio Manuel Morales Moreno/Fernando Pantaleón Prieto, tomo II, Thomson Civitas (2003) pp. 2565-2590.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia. Un análisis preliminar», *RChDP*, núm. 24, julio (2015) pp. 121-142.
- «Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives», *Unif. L. Rev.*, vol. 19, núm. 3 (2014) pp. 411-428.
- MORALES, María Elisa: «Informe sobre Conferencia Internacional, “The future of Contract Law in Latin America”», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 221-225.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Claves de la Modernización del Derecho de contratos*, Grupo editorial Ibáñez (2016); publicado en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1 *Derecho patrimonial 1*, Consejo General del Notariado (2012) pp. 315-428.

- «Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro», en *Glosas sobre Federico de Castro*, dir. Luis Díez-Picazo, Civitas/Thomson Reuters (2015) pp. 307-331.
  - «De nuevo sobre el error», *AAMN*, tomo LV (2015) pp. 715-744.
  - «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC* (2014) pp. 227-254.
  - «Permuta financiera de intereses (*swap*), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», *RDM*, núm. 289, julio-septiembre (2013) pp. 407-442.
  - «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Estudios* (2011) pp. 455-475.
  - «Los vicios de la voluntad en los Principios del Derecho Europeo de Contratos», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas (2006) pp. 289-321; también publicado en *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of european Contract Law*, eds. Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy, tirant lo blanch (2003) pp. 147-169.
  - «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces (1990) pp. 1455-1489.
  - «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», *AAMN*, tomo XXIX (1990) pp. 51-73.
  - *El error en los contratos*, Ceura (1988).
- OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: *El error iuris en el Derecho civil*, Consejo General del Notariado (2010).
- OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe): *Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales* (2015); www.ohadac.com. Cit. *Principios OHADAC* (2015).
- PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> LUISA: «El retraso en la entrega y el remedio resolutorio en los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales», en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, dis. Antonio Orti Vallejo/Margarita Jiménez Horwitz, coords. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia/Abigail Quesada Páez, Thomson Reuters/Aranzadi (2016) pp. 339-349.
- *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thomson Reuters/Aranzadi (2014).
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: «El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación», *ADC* (2016) pp. 977-990.
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS/ALGUER, JOSÉ: «Comentarios de Derecho español» a la obra *Tratado de Derecho civil, Derecho civil (Parte general)* por Ludwig Enneccerus, 13.<sup>a</sup> revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39.<sup>a</sup> edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. II, Bosch (1935).
- PIZARRO WILSON, CARLOS: «Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France: regard d'un juriste chilien», *Revue de Droit des Contrats*, 3, septembre (2015) pp. 706-710.
- «Presentación», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo*, Universidad Diego Portales (2012) pp. 15-17.

- POILLOT, Elise: «Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones», *ADC* (2006) pp. 1309-1320.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «§ 9 La ineficacia contractual», en *Tratado de contratos*, tomo I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coords. Nieves Moralejo Imberón/Susana Quicios Molina, 2.ª ed., tirant lo blanch (2013) pp. 1361-1591.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «El Derecho contractual francés», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.ª ed., Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 243-284.
- RAMS ALBESA, Joaquín: de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1.º-B, Artículos 1261 a 1280 del Código civil, Edersa (1993):
- «Comentario del artículo 1261 CC», pp. 1-47.
  - «Comentario de los artículos 1271 y 1272 CC», pp. 441-469.
- REMY-CORLAY, Pauline/FENOUILLET, Dominique: «Le consentement», en *Pour une réforme du Droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Dalloz (2009) pp. 147-173.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 1-66.
- ROJO AJURIA, Luis: «Comentario del artículo 4 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998) pp. 72-87.
- ROMERO Y GIRÓN, Vicente/GARCÍA MORENO, Alejo: *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas*, tomo sexto, Instituciones y Códigos de Holanda (1890).
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Comentario de la Ley 19 FN», en *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. Enrique Rubio Torrano, coord. M.ª Luisa Arcos Vieira, Gobierno de Navarra/Aranzadi a Thomson Company (2002) pp. 55-58.
- SAN JULIÁN PUIG, Verónica: *El Objeto del Contrato*, Aranzadi Editorial (1996).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC* (2016) pp. 991-1038.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Nulidad y anulación de los contratos», en *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñoz Espada (2016) pp. 413-442.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, tirant lo blanch (2013).
- SAVAUX, Éric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC* (2016) pp. 715-741.
- «Le contenu du contrat», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 20- 26.
- SMITS, Jan M.: *Contract Law, A comparative introduction*, Edward Elgar Publishing (2014).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. I, Sellier (2009). Cit. VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009).

- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. Ole Lando/Hugh Beale, Kluwer Law International (2000). Cit. LANDO/BEALE (ed.) (2000).
- TREITEL, G. H./PEEL, Edwind: *The Law of Contract*, 14<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters (2015).
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, UNIDROIT/Cuatrecasas, Gonçalves Pereira/La Ley grupo Wolters Kluwer (2012). Cit. *Principios UNIDROIT 2010* (2012).
- *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (2016).
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: de *Código civil comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., dirs. Ana Cañizares Laso/Pedro de Pablo Contreras/Javier Orduña Moreno/Rosario Valpuesta Fernández, vol. III, Libro IV, *De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, coords. Javier Orduña Moreno/Javier Plaza Penadés/José Miguel Rodríguez Tapia/Eduardo Vázquez de Castro/Luz M. Martínez Velencoso, Civitas/Thomson Reuters (2016):
- «Comentario del artículo 1261 CC», pp. 601-607.
  - «Comentario del artículo 1266 CC», pp. 625-630.
  - «Comentario del artículo 1271 CC», pp. 641-645.
  - «Comentario del artículo 1272 CC», pp. 645-647.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés*, traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil editorial (1996).
- VAQUER ALOY, Antoni: «Del Marco Común de Referencia al Instrumento Opcional», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Estève Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier, Barcelona (2015) pp. 23-49.
- «Spain: Modernising Performance and Non-performance», *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, Sellier European Law Publishers (2013) pp. 431-458.
  - «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)», *ERPL*, vol. 17, núm. 4 (2009) pp. 487-512.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen: «La armonización del Derecho de los contratos por la OHADA», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad (2016) pp. 479-523.
- VARA PARRA, José Joaquín: «La imposibilidad inicial», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Universidad de Granada/Civitas/Thomson Reuters/Gobierno de España/Ministerio de Economía y Competitividad, (2016) pp. 1161-1220.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC)», en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, eds. Antoni Vaquer Aloy/Estève Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, Atelier (2015) pp. 745-767.
- VOGENAUER, Stefan: «The Avant-Projet de réforme: An Overview», en *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-*

- projet Catala'*), ed. John Cartwright/Stefan Vogenauer/Simon Whittaker (2009) pp. 3-28.
- VV.AA. *La recodification du Droit des obligations en France et en Espagne*, sous la direction de Javier Lete/Éric Savaux/Rose-Noëlle Schütz/Hélène Boucard (2016).
- WICKER, Guillaume/BOUCARD, Hélène: «Les sanctions relatives à la formation du contrat», *SJ, Supplément au N.º 21*, 25 mai 2015, pp. 32-39.
- WORTHINGTON, Sarah: *Equity*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press (2006) reprinted (2010).