

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA  
LUIS DíEZ-PICAZO  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ  
AURELIO MENÉNDEZ  
ALFREDO MONTOYA MELGAR  
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho Civil

LA MODERNIZACIÓN  
DEL DERECHO  
DE OBLIGACIONES

Prólogo  
LUIS DíEZ-PICAZO

THOMSON  
  
CIVITAS

## LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS<sup>1</sup>

*Los PECL contienen una propuesta de regulación de los vicios de la voluntad, ajustada a la tipología de la regulación continental, con influencias del Derecho Inglés. El régimen del error, en el que está presente la idea de riesgo de defectuosa información, busca un equilibrio entre la protección del contratante para el que el error es determinante, y la de la confianza del otro contratante. Se utilizan, para ello, criterios como el de imputabilidad del error, inexcusabilidad, y los suministrados por las reglas jurídicas concretas que, en cada caso, puedan ordenar el reparto de ese riesgo. En el dolo omisivo, señalan límites al deber de informar, conforme a diferentes criterios. En la intimidación, contemplan las amenazas que se producen en situaciones de monopolio bilateral, en las que no existe una alternativa razonable para evitar el daño. Por fin, incluyen entre los vicios de la voluntad, el provecho excesivo o ventaja desleal, conseguidos por el estado en que se encuentra el otro contratante.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA.-III. EL ERROR.-A. *Manifestaciones del problema del error.*-B. *La regulación del error en los PECL.*-1. Relevancia de los motivos de un contratante cognoscibles para el otro.-2. Los requisitos del error en los PECL.-a) El error provocado.-b) Conocimiento del error por el otro contratante.-c) Error común.-3. Causas de exclusión de la relevancia del error.-a) Inexcusabilidad del error.-b) Atribución del riesgo.-C. *El error en la declaración.*-1. Error e interpretación.-2. Régimen del error en la declaración: aplicación de las reglas del *fundamental mistake.*-a) Carácter esen-

<sup>1</sup> Publicado en: *Bases de un derecho contractual europeo/Bases of a european contract law*, editores: Santiago Espiau Espiau y Antonio Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 147 a 169.

cial del error y conocimiento por el otro contratante.-b) Carácter común del error.-c) Error provocado por la información del otro contratante.-d) Conocimiento del error por el otro contratante.-IV. EL DOLO.-A. *Caracterización del dolo*.-1. Conducta dolosa.-2. Carácter determinante del dolo.-B. *Dolo de tercero*.-C. *La relación entre dolo y error*.-V. LAS AMENAZAS.-VI. PROVECHO EXCESIVO O VENTAJA DESLEAL.

## I. Introducción

El CC español, en el artículo 1265, inspirado en el 1109 del CC francés, dispone: «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». A partir de ese artículo y los siguientes (arts. 1266 a 1270), la doctrina construye la categoría jurídica de los vicios del consentimiento, caracterizándolos con estos rasgos: el consentimiento existe, aunque viciado; la parte que sufre el vicio recibe protección, mediante la anulabilidad del contrato.

En los ordenamientos europeos, incluido el derecho inglés, encontramos reglas parecidas, que permiten a la parte que se encuentra en situaciones como éstas desvincularse del contrato. Puede afirmarse, por tanto, que dentro de Europa, en este punto, existe una base jurídica común, suficientemente consolidada. Pero también hay que reconocer que existen diferencias en la regulación de esta materia<sup>2</sup>.

La construcción de un régimen unitario europeo de los «vicios de la voluntad» (por emplear un término que nos permita entendernos) no está exenta de dificultades. La primera dificultad se halla en la tipificación o categorización de los mismos. No todos los ordenamientos europeos los agrupan del mismo modo, siendo las diferencias más intensas cuando se comparan el Common Law y los derechos continentales. Se hace necesario elegir un modelo de tipificación de los vicios de la voluntad, que permita articular un régimen aplicable a todos los derechos europeos. La segunda dificultad se encuentra en la construcción del concepto de error, porque en la

<sup>2</sup> FABRE-MAGNAN, «Defects of Consent in Contract Law», en: *Towards a European Code Civil*, 1998, pp. 219 a 222.

regulación del error los derechos europeos tienen diferencias bastante significativas.

Señaladas estas dificultades, voy a intentar hacer una exposición valorativa de la propuesta de unificación contenida en los Principles of European Contract Law, elaborados por The Commission on European Contract Law, presidida por LANDO<sup>3</sup>. Ellos nos ofrecen, en el capítulo cuarto, dedicado a la validez del contrato, un modelo de lo que puede ser una regulación europea de los vicios de la voluntad. Utilizaré este modelo como hilo conductor de algunas reflexiones comparatistas sobre los vicios de la voluntad.

## II. Los vicios de la voluntad como categoría jurídica

Aunque el Derecho romano ofreció protección en casos de intimidación, error o engaño, es la última escolástica la que presta apoyo conceptual a la construcción de la doctrina de los vicios del consentimiento. La escolástica influye directamente en los Yuristas holandeses, y éstos, a su vez, inspiran en esta materia a autores como DOMAT y POTHIER, de influencia decisiva en la elaboración del CC francés<sup>4</sup>. Nuestro Código civil y otros Códigos europeos recogen la tradición del Código francés.

En la construcción escolástica tardía de los vicios del consentimiento están presentes dos elementos: de un lado, la exigencia de voluntad, sustentada en la idea de que el contrato, como acto humano, sólo vincula si el sujeto que lo celebra entiende y quiere aquello a lo que se obliga; de otro, la exigencia de protección del contratante que consiente bajo la influencia de un acto ilícito ajeno (del otro contratante, ¿de tercero?). Se perfila, así, cierta fisura en la raíz del propio

<sup>3</sup> LANDO, Ole/BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law* (2000). Vid. también, UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma 1994; ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code Européen des Contrats* (Milano 2000).

<sup>4</sup> GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), p. 86; también, SCHERMAIER, «Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrecht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1998), pp. 60 ss.

concepto de vicio del consentimiento, entre el error y los demás vicios. Sin embargo, esta fisura no ha sido determinante de la quiebra de la figura.

El error se considera por la Escolástica como un verdadero vicio de la voluntad, pues no consiente quien no entiende, al menos, lo que es esencial al acto que realiza. Y así, conectando con la tradición romana (D. 18, 1, 9), juzga relevante al error que se refiere a la sustancia o esencia de la cosa sobre la que se contrata<sup>5</sup>.

En la consideración de la violencia, la Escolástica se inspira en la filosofía griega y no entiende que la voluntad esté viciada, aunque el acto ilícito o delictivo del otro contratante justifique la anulabilidad de la promesa. Además, en desacuerdo con el Derecho romano, no admite la anulabilidad del contrato en los casos en los que la violencia no proviene del otro contratante, sino de tercero<sup>6</sup>.

Algo parecido ocurre en el dolo. Sólo el dolo causal, provocado por el otro contratante, invalida el contrato, porque es determinante de su celebración<sup>7</sup>. Pero el dolo causal no implica, necesariamente, un error esencial, en el sentido que atribuye la Escolástica al mismo, único error que vicia la voluntad<sup>8</sup>. El dolo, por tanto, no excluye necesariamente el consentimiento. La razón por la que se protege al contratante que padece dolo no es la falta de voluntad<sup>9</sup>, sino la ilicitud de la conducta del otro contratante.

<sup>5</sup> LESSIUS, *De iustitia et iure* (Paris 1628), lib. 2, cap. 17, dub. 1; MOLINA, *De iustitia et iure tractatus* (Venecia 1614), disp. 252. Sobre ello, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford 1991), p. 87.

<sup>6</sup> GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), pp. 82 ss.

<sup>7</sup> Así: ROGERIUS, C. 4, 44; VICARIUS, *Liber pauperum* (ed. Londres 1927), IV, 51, en D. 19, 2, 22, 3 (*quemadmodum*) [cf. GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), p. 88].

<sup>8</sup> MOLINA, Disps. 340, 352; LESSIUS, lib. 2, cap. 17, dub. 5 [cf. GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), pp. 88-9].

<sup>9</sup> Sí para CONRADUS SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis tractatus, compendium* (Venecia 1580), q. 57, p. 22.

### III. El error

De un modo u otro, el error en los contratos está regulado en todos los ordenamientos europeos, aunque la regulación no sea totalmente coincidente. La complejidad del problema, la diversidad de situaciones en las que el error puede manifestarse, la búsqueda de soluciones matizadas, ha dado origen a una proliferación de conceptos instrumentales de clasificación del error. Por poner un ejemplo: se habla de error en la declaración, error en los motivos, error esencial, error excusable, error cognoscible, error imputable, error unilateral, error común. Esta proliferación de conceptos instrumentales, no del todo coincidentes en los ordenamientos europeos, hacen especialmente compleja la unificación.

#### A. MANIFESTACIONES DEL PROBLEMA DEL ERROR

El problema del error puede ser contemplado desde diversas perspectivas<sup>10</sup>.

(a) En primer lugar, la del vicio de la voluntad. El error puede ser considerado como un vicio de la voluntad o del consentimiento. Psicológicamente se manifiesta de dos modos: como una inadecuada declaración o transmisión de la voluntad de un contratante (error en la declaración), o como una falsa representación de la realidad que ha determinado a contratar (error vicio).

La idea de vicio de la voluntad o del consentimiento es, probablemente, la idea más connatural al error y está presente en el substrato doctrinal sobre el que se asientan la regulación del mismo en los ordenamientos europeos. Pero la idea de vicio de la voluntad, por sí sola, no puede ser determinante de la solución jurídica del problema, porque dejaría desprovisto de protección al contratante que ha confiado en la validez del contrato<sup>11</sup>. Por eso, no hay un ordenamiento que, sin

<sup>10</sup> Sobre este punto KRAMER: *Der Irrtum beim Vertragabschluss. Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme* (Zürich 1998), pp. 17 ss.; también, MORALES MORENO: *El error en los contratos* (1988), pp. 65 ss.

<sup>11</sup> Sobre las raíces históricas de la teoría de la voluntad y la de la declaración: SCHERMAIER, M. J.: «Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6, 1998, pp. 60 a 83.

más, ofrezca protección al contratante que ha padecido error, desconsiderando el interés de la confianza.

(b) Resulta conveniente adoptar una perspectiva de enfoque más adecuada al verdadero problema del error. Esa perspectiva es la del riesgo.

El error plantea un problema de reparto, entre los contratantes, de determinados riesgos de la contratación: el riesgo de una defectuosa información sobre hechos y circunstancias relevantes para el contrato, o el de una defectuosa transmisión de la voluntad contractual.

Esta perspectiva ofrece un marco más adecuado que la del vicio del consentimiento, para ponderar todos los intereses en juego, y es, asimismo, más neutral en cuanto a la solución. Permite utilizar cualquier criterio de reparto del riesgo, tanto jurídico como económico, y, por otra parte, no impide reconocer que el error sea un vicio del consentimiento para el contratante que lo padece.

(c) El error puede ser considerado, también, por los efectos que el mismo provoca en el contrato. A menudo provoca una alteración en la ordenación de intereses que el mismo establece, que puede afectar a la relación de equivalencia establecida, y suponer un incumplimiento del contrato.

Tiene interés destacar la relación entre error e incumplimiento, ya que la misma plantea un problema de concurrencia de remedios. Cuando el error se refiere a las cualidades de la cosa objeto del contrato, la ausencia de las cualidades presueltas en ella puede ser considerada como un incumplimiento (falta de conformidad de la cosa). Tradicionalmente se ha advertido la concurrencia entre las acciones edilicias, por vicios ocultos, y la de anulación por error; las soluciones no han sido uniformes. En el momento actual, en el que las acciones edilicias tienden a desaparecer para ser sustituidas por los remedios propios del incumplimiento, la concurrencia se produce entre error e incumplimiento. Tal concurrencia está prevista en los PECL y se resuelve, admitiendo la compati-

bilidad<sup>12</sup>. Por mi parte considero preferible la solución de los Principios de UNIDROIT, en los que prevalece el régimen del incumplimiento sobre el del error<sup>13</sup>.

#### B. LA REGULACIÓN DEL ERROR EN LOS PECL

Los PECL consagran los arts. 4:103 y 4:104 a la regulación del error. El primero se refiere al que denominan error esencial (es decir, al que llamamos error vicio) y el segundo al error en la declaración. Comenzaré refiriéndome al error esencial.

El ámbito de aplicación del error esencial se circunscribe a las apreciaciones inexactas de hechos presentes en el momento de la celebración del contrato; no a las previsiones que se refieren a hechos o circunstancias futuros. En cambio, tanto puede ser de hecho como de derecho (art. 4:103).

La regulación del error esencial (*fundamental mistake*, art. 4:103) es bastante matizada, para proteger debidamente el interés del error y el de la confianza. Parte de cierto subjetivismo, al atender a cualquier motivo que haya sido determinante para contratar [4:103 (1) (b)]; pero ese subjetivismo se corrige, al exigir que el error reúna alguno de los requisitos enumerados en la letra (b) del apartado (1) del art. 4:103: que haya sido provocado por la información dada por la otra parte contratante, o sea cognoscible su existencia para la otra parte, o sea común. La regulación del error se cierra con dos causas de exclusión, recogidas en el apartado (2); son: la inexcusabilidad y el régimen de distribución del riesgo.

Esta combinación de elementos en la regulación del error de los PECL no es, a mi entender, una simple acumulación de requisitos presentes en los distintos ordenamientos euro-

<sup>12</sup> Artículo 4:119 PECL: Remedies for Non-performance: «A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy».

<sup>13</sup> Artículo 3.7 UNIDROIT Principles: Remedies for Non-Performance: «A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance».

peos, sino el modo de armonizar la protección del interés del error con el de la confianza<sup>14</sup>.

1. *Relevancia de los motivos de un contratante cognoscibles para el otro*

Para comprender el concepto de error esencial de los PECL hemos de tomar como punto de partida la letra (b) del apartado (1) del art. 4:103. Es necesario, para que haya error, que «la otra parte conociera o hubiera podido conocer que el contratante en error, si hubiera conocido la verdad, no hubiera celebrado el contrato, o lo hubiera hecho sólo en términos completamente diferentes».

Los PECL acogen, así, un concepto subjetivo o unilateral del error, que tiene en cuenta los motivos que impulsan a contratar a un contratante, aunque sólo en la medida en que tales motivos sean conocidos o resulten cognoscibles para el otro contratante<sup>15</sup>. Entroncan con la idea voluntarista, que valora al error por lo que significa para el contratante que lo padece y no con arreglo a criterios objetivos o de tráfico. Pero sólo como punto de partida, pues, para proteger al interés de la confianza, el error exige otros requisitos.

Una concepción subjetiva del error, por más que se adapte mejor a la protección del interés del contratante que lo padece, encierra serios peligros para la protección del interés de la confianza. El primero es la sorpresa o imprevisibilidad sobre los hechos o circunstancias que hayan podido determinar al contratante en error. Hay diversos modos de superar este peligro: uno consiste en exigir el conocimiento o cognos-

<sup>14</sup> Mantiene un punto de vista diferente FABRE-MAGNAN, «Defects of Consent in Contract Law», en: *Towards a European Code Civil*, 1998, p. 227; sin duda, porque para este autor la esencia del error es sólo la psicología de la parte que lo padece.

<sup>15</sup> A diferencia de los PECL, los UNIDROIT Principles utilizan criterios objetivos o de razonabilidad, para establecer la importancia del error que invoca el contratante y admitir (si se dan otros requisitos) su relevancia: «(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known...» [art. 3.5 (1)].

cibilidad de los motivos por el otro contratante; otro estriba en limitar el ámbito del error a errores previsibles; a errores que se refieran a hechos o circunstancias relevantes en el tráfico. Los PECL utilizan como límite la cognoscibilidad de los motivos.

En PUFENDORF podemos encontrar un ejemplo histórico en el empleo de este requisito. En el contrato, admite la relevancia del error que determina a un contratante a celebrarlo, aunque el mismo no se refiera al objeto sobre el que se contrata, sino a algo extrínseco (por ejemplo, compra de un caballo en la errónea creencia de que ha muerto el suyo); pero exige que ese carácter determinante del motivo erróneo sea conocido por el otro contratante<sup>16</sup>.

La evolución del Derecho francés nos ofrece otro ejemplo. En dicha evolución se percibe un serio intento de superar, mediante el principio de buena fe, las consecuencias de la idea subjetiva y unilateral del error, a la que podría conducir el art. 1110 del CC. Y para ello ha tenido por inexcusable el error, «cuando, por falta del que demanda la anulación, la otra parte había ignorado la importancia decisiva, para aquélla, de la cualidad ausente»<sup>17</sup>.

El otro modo de evitar la sorpresa es, sólo tomar en cuenta el error que se refiere a hechos o circunstancias que normalmente sean tomadas en cuenta en el tráfico. Éste es el criterio seguido en el § 119 II BGB<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> PUFENDORF: *De iure naturae et gentium libri octo* (Frankfurt 1744), p. 285. Además, sólo permite rescindir el contrato, *re integra*, es decir, cuando todavía no se ha producido el cumplimiento total o parcial del contrato.

<sup>17</sup> GHESTIN, *Traité de Droit civil: Les obligations. Le contrat: formation*, 2 ed., (Paris 1988), p. 435.

<sup>18</sup> Bajo la influencia de Savigny, el BGB excluye la relevancia del error en los motivos; sólo admite, en principio, el error en la declaración. Pero, excepcionalmente, asimila a un «error sobre el contenido de la declaración», «el error sobre aquellas cualidades de la persona o de la cosa que en el tráfico son consideradas esenciales» (§ 119 II BGB). Por ejemplo: en el tráfico, es esencial a un cuadro su autenticidad, pero no, el haber pertenecido a un antepasado del comprador. En un contrato de obra, consistente en el encargo de la pintura de un retrato, puede ser esencial la identidad del autor.

2. *Los requisitos del error en los PECL*

Los PECL, como acabamos de ver, permiten que cualquier motivo esencial para un contratante pueda ser relevante en el error, siempre que su carácter determinante sea cognoscible para el otro contratante. Pero no basta con este requisito. Los PECL refuerzan la protección del interés de la confianza exigiendo que el error haya sido provocado por el otro contratante, sea para él cognoscible, o sea común<sup>19</sup>.

## a) El error provocado

El error es imputable al otro contratante cuando ha sido provocado por información inexacta suministrada por él (*«the mistake was caused by information given by the other party»*).

Provocar el error no implica, necesariamente, dolo (*innocent misrepresentation, fraudulent misrepresentation*). Comete dolo el contratante que suministra al otro información inexacta, durante la etapa precontractual, consciente de la inexactitud, con propósito de engañar [art. 4:107 (2) PECL]. Pero puede ocurrir que tal comunicación de información se produzca sin consciencia de la inexactitud de la misma, e incluso teniendo buenas razones para pensar en su veracidad (por ejemplo, existe un informe técnico que avala la corrección de la información suministrada). En este caso, si la información transmitida produce error esencial en el otro contratante, tal error, por ser provocado, es relevante.

Cuando el error ha sido provocado por la otra parte, pierde justificación la protección del interés de la confianza de esa parte<sup>20</sup>, y, en cambio, la adquiere, proteger la confianza generada en el contratante que ha sido inducido a error. Esto significa que cada contratante, aunque actúe sin propósito de

<sup>19</sup> (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.

<sup>20</sup> KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübingen 1996), p. 284.

engañar, debe asumir el riesgo de la inexactitud de la información que suministra<sup>21</sup>.

En los ordenamientos europeos, el requisito de que el error sea provocado por la otra parte contratante es propio de sistemas que adoptan un criterio restrictivo en la protección del error. Así, por ejemplo, el Código civil austriaco (ABGB) exige que el error sea esencial, pero además que reúna algún otro requisito, entre los que se halla el de haber sido provocado por el otro contratante (*«durch den anderen veranlass war»*, §871 ABGB); de modo parecido ocurre en el CC holandés<sup>22</sup>. Y en el derecho inglés relevancia del error provocado engarza con la figura de la *misrepresentation*<sup>23</sup>.

En el derecho español, el TS, al apreciar la excusabilidad del error, toma en cuenta no sólo la conducta del contratante que lo padece sino también la del otro contratante. La confianza infundida por el otro contratante ha llegado a ser un criterio determinante de la estimación del error<sup>24</sup>.

## b) Conocimiento del error por el otro contratante

La segunda razón por la que un error que determina a contratar puede ser relevante se refiere al conocimiento o cognoscibilidad del mismo por el otro contratante, siendo contrario a la buena fe dejar que permanezca en error la parte que lo

<sup>21</sup> Además, conforme a los PECL, aunque el error provocado no sea esencial, y no determine, por tanto, la anulabilidad del contrato, el contratante que lo padece tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios: «A party who 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 who gave the information had reason to believe that the information was correct» (art. 4:106 PECL).

<sup>22</sup> «If the error is imputable to information given by the other party, unless the other party could assume that the contract would have been entered into even without this information» (art. 6:229, l. a NBW).

<sup>23</sup> Sobre la *misrepresentation*: ATIVAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, (1995), pp. 257 ss.; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübingen 1996), pp. 285-286.

<sup>24</sup> Sobre ello, MORALES MORENO, *El error en los contratos* (1988), pp. 221 ss.

padece<sup>25</sup>. En los PECL la cognoscibilidad resulta del carácter manifiesto del error y no de un deber especial de indagar («ought to have known of the mistake» en los PECL).

Esta regla tiene arraigo en diferentes ordenamientos europeos. Está recogida, por ejemplo, en el Código civil austriaco<sup>26</sup> y el italiano<sup>27</sup>, entre otros<sup>28</sup>. Significa que cada contratante tiene la obligación de deshacer el error del otro, en la medida en que lo conoce o le es cognoscible, para lo cual ha de transmitirle la información de que dispone; pero con ciertos límites.

La existencia de límites al deber de informar está admitida en el CC holandés<sup>29</sup>, aunque no concrete el criterio de determinación. Los PECL sí lo concretan: se remiten a la buena fe para establecer los límites: «contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error» [art. 4:103 (1) (a) (ii)].

El error cognoscible nos sitúa también ante el problema de la delimitación entre el error y el dolo. De este problema tratamos más adelante.

### c) Error común

El tercer caso en que los PECL dan relevancia al error de un contratante es aquel en el que el error es común («the other party made the same mistake») [art. 4:103 (1) (a) (iii)].

<sup>25</sup> «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» [art. 4:103 (1) (a) (ii) PECL].

<sup>26</sup> § 871 I ABGB: la cognoscibilidad significa que el error, en esas circunstancias, debía ser patente al otro contratante («aus den Umständen offenbar auffallen musste»).

<sup>27</sup> «Exige que el error, además de esencial, sea reconocible para el otro contratante» (art. 1428 CC ital.). Es reconocible, «cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del contrato o a la cualidad de los contratantes, una persona de normal diligencia hubiera podido descubrirlo» (art. 1431 CC ital.).

<sup>28</sup> Referencia a otros códigos en, KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübinga 1996), pp. 286, 287, nota 78.

<sup>29</sup> En el CC holandés, una de las causas de anulabilidad del contrato por error es ésta: «Si la otra parte, en vista de lo que ella sabía o debía saber a propósito del error, hubiera debido informar a la parte que ha cometido el error» (art. 6:228.1.b. NBW).

Los PECL no definen qué es el error común, pero esta figura es conocida en los ordenamientos europeos. El error común suele contraponerse al error unilateral. Con un ejemplo se advierte la diferencia. Si el comprador de una mesa antigua la adquiere porque cree, equivocadamente, que perteneció a un antepasado suyo, su error es unilateral. En cambio es común, si esa cualidad de la cosa que le determina a contratar ha sido asumida por el otro contratante, y se ha incorporado al contrato, como cualidad necesaria en la cosa vendida.

El derecho inglés, que es bastante restrictivo para admitir la invalidez de un contrato por error<sup>30</sup>, llega a reconocerla si el error es común y suficientemente fundamental (*common mistake*)<sup>31</sup>. Este carácter fundamental comienza refiriéndose a la existencia del objeto sobre el que se contrata<sup>32</sup>, teniendo bastante que ver con lo que en los derechos continentales supone la imposibilidad inicial<sup>33</sup>. Más tarde se extiende a las cualidades de la cosa e incluso a otras circunstancias<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Una presunción de omnisciencia conduce a rechazar la doctrina del error [cf. COLLINS, Hugh, *The Law of Contract* (1993), p. 130].

<sup>31</sup> ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), pp. 219 ss.

<sup>32</sup> Así ocurre en el famoso caso del derecho inglés *Couturier v. Hastie* [*Couturier v. Hastie* (1865) 5 HLC 673] en el que se vende la carga de cereal de un determinado buque, que navega hacia Inglaterra, cuando dicha carga ha sido ya vendida por el capitán del barco, en ruta, en un puerto. La Cámara de los Lores sostuvo en este caso que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de la mercancía; y de ahí se extrae también, aunque no resulta directamente de la sentencia, que el vendedor tampoco hubiera tenido que indemnizar al comprador los daños derivados de la falta de entrega. El contrato se tiene por nulo. Esta misma regla está recogida en s. 6 Sale of Goods Act 1979: «Where 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».

<sup>33</sup> El CC francés (art. 1601) y el español (art. 1460 I), en la compraventa, establecen un régimen de ineficacia automática del contrato en los casos en los que la cosa se haya perdido completamente en el momento de la celebración del contrato. En estos mismos códigos también se puede considerar que el contrato es nulo por falta de objeto, elemento esencial del contrato (así arts. 1261, 1300 CC español). Antes de la reforma del 2001 el BGB (306) y con él el CC suizo art. 20 OR, así como § 787 ABGB. En los PECL la imposibilidad inicial no determina nulidad: «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 contract relates» (art. 4:102). Vid. Reforma BGB.

<sup>34</sup> ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), pp. 222.

En los derechos continentales también se utiliza el concepto de error común, para reconocerle relevancia. Así, según el Código suizo de las obligaciones, hay error común (y, por tanto; esencial), «cuando el error se refiere a hechos que la lealtad comercial permitía a quien invoca el error considerar como elementos necesarios del contrato» (art. 24.4 OR)<sup>35</sup>. Y, conforme al CC holandés, existe error común, «si la otra parte, al celebrar el contrato, se ha fundado en la misma creencia inexacta que la parte que ha cometido el error»<sup>36</sup>.

El BGB no utiliza el concepto de error común, pero la jurisprudencia del BGH llenó esa laguna aplicando la doctrina de la caída de la base del negocio cuando las partes, en el momento de la celebración del contrato, han padecido error común acerca de circunstancias esenciales<sup>37</sup>. La base del negocio está hoy regulada en el § 313 BGB, tras la reforma de la Ley para la modernización del derecho de obligaciones.

En el derecho español, la jurisprudencia del TS considera que el error común es esencial conforme al art. 1266 CC. Y con la jurisprudencia, la más autorizada doctrina<sup>38</sup>. El TS exige que recaiga «sobre lo que es base, materia y motivo, a un mismo tiempo, para celebrar el contrato» (SSTS 8 marzo 1929, 17 julio 2000)<sup>39</sup>, sobre lo que es el «fin perseguido conjunta-

<sup>35</sup> El Tribunal federal suizo exige «una falsa representación que, necesariamente, para ambas partes, de modo consciente o inconsciente y en base a consideraciones objetivas, ha constituido un presupuesto imprescindible para la celebración del contrato», KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tubinga 1996), p. 288.

<sup>36</sup> «If the other party in entering into the contract has based himself on the same incorrect assumption as the party in error, unless the other party, even if there had been a correct assessment of the facts, would not have had to understand that the party in error would therefore be prevented from entering into the contract» (art. 6:228 I. c NBW).

<sup>37</sup> KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tubinga 1996), p. 288.

<sup>38</sup> CASTRO, *Negocio jurídico*, § 140.

<sup>39</sup> «es de significar que para apreciar el vicio en el consentimiento no se han tomado en cuenta los móviles subjetivos de las entidades compradoras sino lo que constituye la base del negocio, cualidades esenciales de la cosa, y que están en íntima conexión con la función económica-social del contrato» (STS 17 julio 2000).

mente por las partes» (STS 14 mayo 1968), sobre lo que constituye la «finalidad del negocio» (STS 9 abril 1980)<sup>40</sup>.

Concluamos nuestra referencia al error común con dos observaciones. Primera: cuando el error común se refiera a cualidades que debe reunir la cosa objeto del contrato, pueden concurrir error e incumplimiento<sup>41</sup>. Segunda: si bien el error común constituye, en principio, causa de invalidez del contrato, puede dejar de serlo si corresponde a la parte que padece el error soportar el riesgo del mismo<sup>42</sup>. Así lo reconocen los PECL.

### 3. Causas de exclusión de la relevancia del error

Como ya hemos señalado, los PECL enumeran dos causas de exclusión de la relevancia del error: (a) una resulta de la inexcusabilidad del error, (b) otra de los criterios de distribución del riesgo de error [art. 4:103 (2) PECL].

#### a) Inexcusabilidad del error

El error de un contratante, aunque reúna los requisitos necesarios para anular el contrato, no puede hacerse valer si en las circunstancias en las que el mismo se produjo era inexcusable —«in the circumstances its mistake was inexcusable» [art. 4:103 (2) (a) PECL]—. Es inexcusable el error cuando se debe a la propia negligencia del contratante que lo padece, que no ha puesto los medios que debiera haber puesto para obtener la información que le permitiera salir del error.

En el conflicto de intereses existente entre quien padece error al contratar y pretende desvincularse del contrato, y el otro contratante, que confió en la validez del contrato, la inexcusabilidad del error justifica que no se proteja el interés del

<sup>40</sup> Sobre ello MORALES MORENO, *El error en los contratos* (1988), pp. 197 ss.

<sup>41</sup> Siempre que se entienda por incumplimiento la no realización del contrato y no la no ejecución de deberes de prestación. Sobre esta diferencia: MORALES MORENO, *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (Madrid, Civitas, 1997).

<sup>42</sup> MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC* (1983)...; ATIVAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), 219 ss.; COLLINS, Hugh, *The Law of Contract* (1993), pp. 128 ss.; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tubinga 1996), pp. 289 ss.

error sino el interés de la confianza. Sin embargo, el tratamiento del error inexcusable no es coincidente en la historia, ni tampoco lo es hoy en el derecho comparado europeo. Dentro de Europa hay ordenamientos en los que un error inexcusable no permite anular el contrato; la protección del interés de la confianza se canaliza en ellos, impidiendo impugnar el contrato por error. Hay otros ordenamientos en los cuales la inexcusabilidad del error no impide anular el contrato, pero en los que la protección del interés de la confianza también está presente y se canaliza por medio de la indemnización de los daños que pueda producir al otro contratante la anulación del contrato por error. Entre los primeros se sitúan el derecho francés y el español, entre los segundos, el derecho alemán y el suizo.

Un ejemplo elocuente de esta segunda vía de protección del interés de la confianza lo encontramos en GROCIO y sus seguidores. Fieles a los postulados del voluntarismo, extienden la relevancia del error más allá de los límites en los que se había movido el *ius commune*: el error, aunque sea inexcusable, vicia el consentimiento. Pero buscan otro camino para proteger el interés de la confianza: la indemnización del daño que la declaración de nulidad del contrato provoca a la otra parte<sup>43</sup>. Una idea parecida recoge JHERING en su doctrina de la *culpa in contrahendo*, que ha de influir en los Códigos alemán y suizo<sup>44</sup>.

El § 122 BGB no excluye la anulabilidad del contrato fundada en error, por el hecho de que el error sea inexcusable; pero obliga, en todo caso, a indemnizar el daño que la anulación causa al otro contratante, al haber confiado en la validez de la declaración de voluntad. La indemnización se refiere al interés negativo, cuya cuantía no puede exceder de la que corresponda al interés positivo. La indemnización sólo se excluye si el contratante dañado (el otro contratante) conocía, o debía haber conocido, la causa de nulidad, es decir el error.

<sup>43</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, VI; PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. VI, § 6 [cf. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 613].

<sup>44</sup> KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (1998), p. 58, n. 32.

Como puede observarse, la responsabilidad no se basa en la culpa del contratante que invoca el error, es un medio de satisfacer el interés de la confianza; o mejor, de encontrar un equilibrio en el reparto del riesgo del error<sup>45</sup>.

El Código suizo de las obligaciones (art. 26 I CO) coincide con el BGB en admitir la anulación del contrato aunque el error sea inexcusable; pero sólo impone la obligación de indemnizar el daño del interés de la confianza, cuando el error es culposo (inexcusable). Es verdad que la jurisprudencia, al exigir un alto nivel de diligencia para evitar el error, aproxima el funcionamiento del sistema suizo al alemán. Otra particularidad del derecho suizo es, permitir al juez conceder la indemnización del interés positivo<sup>46</sup>.

El Código civil francés no exige que el error sea excusable; sin embargo, tal requisito se ha impuesto, fundamentalmente a través de la doctrina<sup>47</sup>. En la evolución de la doctrina se pueden diferenciar dos etapas. En un primer momento, quizá por influencia del BGB, se obliga a quien obtiene la nulidad del contrato por error inexcusable, a indemnizar el daño provocado al otro contratante<sup>48</sup>. Los tribunales son reacios a esta solución<sup>49</sup>. Más tarde, la excusabilidad se convierte en un requisito del error<sup>50</sup>. Como recuerda GHESTIN, la noción de error inexcusable, durante mucho tiempo casi ignorada por la práctica judicial, sólo se ha impuesto verdaderamente a partir del año 1956<sup>51</sup>.

En el derecho español, recuerda la STS de 4 de enero de 1982, la excusabilidad es un elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del CC<sup>52</sup>. La inexcusabilidad se aprecia,

<sup>45</sup> KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (1998), p. 59, n. 33.

<sup>46</sup> KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (1998), p. 59, n. 34.

<sup>47</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos* (1988), pp. 69 ss.

<sup>48</sup> GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel* (Paris 1971), n. 113.

<sup>49</sup> GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel* (Paris 1971), n. 114.

<sup>50</sup> GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel* (Paris 1971), pp. 169 ss.

<sup>51</sup> GHESTIN, *Traité de Droit civil: Les obligations. Le contrat: formation*, 2 ed. (Paris 1988), pp. 429 ss.

<sup>52</sup> Sobre la excusabilidad del error en derecho español, MORALES MORENO, *El error en los contratos* (1988), pp. 217 ss.

valorando las «circunstancias de toda índole, no sólo del que ha padecido el error, sino también del otro contratante»<sup>53</sup>.

Los PECL siguen la orientación de los ordenamientos europeos que impiden la anulación del contrato por error cuando éste es inexcusable. No definen qué es la inexcusabilidad, pero es trasladable a ellos la idea de error debido a la propia culpa. Mas la conducta de la víctima del error ha de valorarse tomando en cuenta la conducta del otro contratante y lo que a éste le sea exigible conforme a la buena fe. Lo cual es especialmente importante en los casos en los que el error ha sido provocado por el otro contratante o en los que éste lo conoció o debió conocerlo y no hizo lo que debía haber hecho para desvanecerlo. Estos casos, precisamente, son en los PECL supuestos de relevancia del error [art. 4:103 (1) (a)].

#### b) Atribución del riesgo

Una segunda causa de exclusión de la relevancia del error resulta de aplicar los criterios de distribución de ese riesgo que puedan operar en el contrato. «*However a party may not avoid the contract if: (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it*» [art. 4:103 (2) (b)]. Una regla parecida se encuentra en los UNIDROIT Principles<sup>54</sup> y en el Código civil holandés<sup>55</sup>.

Una regla así es 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: unos generales, susceptibles de ser tipificados, y otros más propios del caso concreto. Los primeros quedan reflejados en las causas de admisibilidad del error, los segundos pueden ser utilizados gracias al precepto que consideramos.

<sup>53</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos* (1988), pp. 221 ss.

<sup>54</sup> Excluyen la anulación del contrato por error, si «*the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party*» [art. 3.5 (2) (b) UNIDROIT Principles].

<sup>55</sup> «The annulment cannot be based on... an error for which, given the nature of the contract, common opinion or the circumstances, of the case, the party in error should remain accountable» (art. 6:228 NBW).

El riesgo del error puede quedar atribuido al contratante que lo padece, en virtud de los pactos de los contratantes; también, de acuerdo con los usos del tráfico<sup>56</sup>. Y aún es posible tomar en cuenta otros criterios, como la condición del contratante que padece el error (perito, obligado a informarse). A parecido resultado se llega también, entendiendo que el error del profesional es inexcusable.

#### C. EL ERROR EN LA DECLARACIÓN

Los PECL, como sabemos, equiparan el régimen jurídico del error en la declaración al del error vicio (*fundamental mistake*). Así resulta del artículo 4:104<sup>57</sup>.

Situándonos en ellos, el error en la declaración nos plantea dos problemas: Primero.— ¿En qué medida, las reglas de interpretación de los PECL ofrecen solución al error en la declaración, haciendo innecesario aplicar la regla específica del mismo (art. 4:104)? Segundo.— ¿Cómo pueden ser trasladados los criterios del error vicio al error en la declaración? Es decir, ¿qué supone, en un error en la declaración, el conocimiento, por el otro contratante, del carácter determinante del mismo, o que el error sea común, o provenga de información inexacta suministrada por la otra parte, o que sea conocido o cognoscible por ésta?

##### 1. Error e interpretación

Para impugnar un contrato por error es necesario que el contrato exista<sup>58</sup>. La existencia del contrato, en caso de error, depende del método que se utilice en la interpretación.

<sup>56</sup> En el derecho español encontramos un ejemplo en la STS de 9 octubre 1981, referente a un error común consistente en la falta de autenticidad de una obra de arte vendida por un comerciante a otro comerciante. El TS no admite la anulabilidad por error, que pretende el comprador. Aplica un uso del comercio según el cual, no le corresponde al vendedor de buena fe asumir en este caso el riesgo de falta de autenticidad de la obra de arte vendida.

<sup>57</sup> Inaccuracy in Communication: «An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person who made or sent the statement and Article 4:103 applies».

<sup>58</sup> Cf. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübingen 1996), p. 265.

Podemos contraponer dos métodos de interpretación, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, propio del Derecho romano<sup>59</sup>, seguido por POTHIER, e inspirador del CC francés y español, considera que voluntad y declaración son una unidad inescindible<sup>60</sup>. Por ello atribuye a la declaración el sentido correspondiente a la voluntad del declarante (probada por otros medios distintos de la propia declaración). El segundo, el método objetivo, separa voluntad y declaración y atribuye sentido a lo declarado, conforme a su significado típico, en el medio en que se produce la declaración<sup>61</sup>.

Cuando se utiliza el método subjetivo de interpretación, no es necesario dotar al contratante que padece error en la declaración de una acción específica de impugnación del contrato, por error. La interpretación desvela el error, establece la verdadera voluntad del contratante, y, probablemente, desvela la falta de consentimiento contractual. Por el contrario, cuando se utiliza el método objetivo de interpretación, el contrato se perfecciona sobre la coincidencia de declaraciones, objetivamente interpretadas, y tiene sentido que el contratante que ha padecido error en la declaración pueda disponer de un mecanismo de impugnación del mismo, la acción de anulación por error.

Los PECL contienen, en el art. 5:101<sup>62</sup>, tres reglas generales de interpretación, que permiten resolver algunos casos de

<sup>59</sup> KASER, *Das römische Privatrecht I* (Munich 1971), pp. 234 ss.

<sup>60</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª ed. (1992), p. 626.

<sup>61</sup> En la literatura jurídica predomina el criterio subjetivo de interpretación hasta finales del siglo XIX. En el BGB se mezcla el criterio subjetivo (§ 133) con el objetivo (§ 157); también en el ABGB (§ 914). Cf. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tubinga 1996), 164, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª ed. (1992), p. 621.

<sup>62</sup> Article 5:101: *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.

error en la declaración. La primera regla no nos plantea especiales problemas: cuando la voluntad común de los contratantes no aparece cuestionada, el contrato se basa en ella, con independencia del sentido que puedan tener los términos empleados (*falsa demonstratio non nocet*). La segunda regla impone interpretar el contrato conforme a la voluntad de la parte que padece el error en la declaración, cuando esa voluntad sea cognoscible para la otra parte. Esta regla permite resolver el problema del error, modelando el contrato conforme a la voluntad de la parte que lo padece; es decir, utiliza un método de protección distinto de la anulación. La tercera regla, oportuna en los casos en los que no sean aplicables ni la primera, ni la segunda, ordena interpretar el contrato según criterios objetivos: conforme al sentido que personas razonables, de la misma condición que las partes, hubieran dado a la declaración, en las mismas circunstancias. Ese sentido puede no coincidir con la voluntad de alguna de las partes. En tal caso, estamos en presencia de un error en la declaración, al que se aplica el régimen de anulabilidad del art. 4:104 PECL.

## 2. Régimen del error en la declaración: aplicación de las reglas del «fundamental mistake»

La aplicación de las reglas del error vicio (*fundamental mistake*) al error en la declaración (art. 4:104) permite establecer un principio: cada contratante debe asumir las consecuencias de su posible error en la declaración, salvo en los casos en los que el mismo adquiera relevancia conforme a los criterios del art. 4:103. Ahí es, precisamente, donde se presentan las dificultades: ¿cómo trasladar al error en la declaración unos criterios pensados para el error vicio? Me voy a detener en ello.

### a) Carácter esencial del error y conocimiento por el otro contratante

El art. 4:103 (1) (b) PECL exige, para que exista *fundamental mistake*, que el error afecte a hechos que sean determinantes o fundamentales, al contratar, para la parte que lo invoca, y que ese carácter fundamental sea conocido, o deba ser conocido, por la otra parte contratante.

Trasladada esta regla al error en la declaración, resulta necesario, (a) que los términos del contrato, fijados conforme al resultado de la interpretación (objetiva), sean, para la parte en error, o absolutamente no queridos (por ej. no quería contratar) o esencialmente diferentes de los queridos por ella. Y (b) que el otro contratante conozca, o haya debido conocer, que es esencial para la parte en error vincularse conforme a lo querido por ella, y no conforme a la interpretación objetiva del contrato. Lo cual no implica un conocimiento de la existencia de error.

Pongamos un ejemplo. El tráfico puede considerar indiferente el color de las esfera de los relojes de una determinada marca y modelo; pero el comprador, un comerciante, puede advertir al vendedor, que, en sus sucesivos pedidos, es fundamental para él, que se le suministren relojes del tipo de esfera que solicite. Si en un pedido incide en error en este punto, el vendedor conoce que ese extremo es para el comprador fundamental.

La importancia de la materia a la que se refiere el error puede resultar cognoscible para el otro contratante, si corresponde a un aspecto que el tráfico valora normalmente como fundamental. Por ejemplo: la falta de voluntad de celebrar el contrato, la identidad del objeto, la cantidad de la mercancía, la cuantía del precio, las cualidades de la cosa consideradas esenciales en el tráfico. A un error en la declaración acerca de estos extremos el otro contratante le puede suponer carácter esencial.

No basta, sin embargo, que el error en la declaración tenga este carácter esencial; para que pueda estimarse hace falta, además, que concurra alguno de los requisitos a los que me refiero a continuación.

#### b) Carácter común del error

La idea de error común es propia del error vicio, y resulta difícilmente trasladable al error en la declaración. El error en la declaración es un error unilateral, que implica un desajuste entre el contrato y la voluntad de un contratante. El error

común supone una falta de adecuación entre lo querido por las partes, en el contrato, y la realidad.

Es dudoso que podamos considerar que sea común un error en la declaración, cuando ambas partes están de acuerdo sobre el carácter fundamental que tiene en el contrato el elemento sobre el que incide el error. Por ejemplo: ambas partes (de modo expreso o implícito) comparten que en el contrato es esencial la correcta identificación del objeto o la cuantía del precio, etc. Esto ensancharía el campo de aplicación del error en la declaración. Daría lugar a que cualquier error de un contratante sobre estos extremos se considerase relevante.

#### c) Error provocado por la información del otro contratante

No es descartable, que el error en la declaración de un contratante sea debido al modo de proceder del otro contratante. Por ejemplo, los formularios que suministra éste son tan confusos que inducen al error en la declaración<sup>63</sup>.

#### d) Conocimiento del error por el otro contratante

El criterio de que el error sea conocido por el otro contratante, ofrece menos dificultad de traslación al error en la declaración, pero en muchos casos va a provocar que el problema del error se resuelva a través de las reglas de interpretación. Recordemos que el contrato debe ser interpretado conforme a la voluntad del contratante en error, cuando la misma le consta al otro contratante [art. 5:101 (2) PECL].

Un caso particular es aquel en el que el otro contratante conoce o puede conocer la existencia de un error en la declaración, pero no la verdadera voluntad de la parte que lo padece. ¿Podemos aplicar a este caso la regla del art. 5:101 (2) PECL, e imponer al otro contratante la verdadera voluntad del contratante en error, aunque no la conozca? Creo que no<sup>64</sup>. Es preferible determinar el contenido del contrato conforme a criterios objetivos de interpretación de la declaración

<sup>63</sup> LANDO, Ole/BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law* (2000), p. 243.

<sup>64</sup> ASÍ, LANDO, Ole/BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law* (2000), p. 243.

y conceder al contratante en error el derecho a anularlo. Tal solución parece más conforme con el art. 5:101 (2) PECL («the other party could not have been unaware of the first party's intention»). Tal solución permite, además, proteger al contratante en error, sin imponer a la otra parte un contrato cuyo contenido ignora en el momento de contratar.

#### IV. El dolo

El dolo está regulado en los PECL como una de las causas de anulación del contrato (art. 4:107)<sup>65</sup>.

(1) *Una parte puede anular un contrato si ha sido movida a celebrarlo por la imagen de la realidad presentada fraudulentamente por la otra parte, a través de palabras o por su conducta, o por un ocultamiento fraudulento de cualquier información que, conforme a la buena fe, hubiera tenido que desvelar.*

(2) *La información o reticencia de una parte es fraudulenta si ha sido realizada con intención de engañar.*

(3) *Para determinar si la buena fe exigía que una parte desvelase determinada información, han de tomarse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo:*

- a. *si la parte tenía especial pericia;*
- b. *el coste, para ella, de la obtención de la información relevante;*
- c. *si la otra parte podía de modo razonable adquirir la información por ella misma, y*

<sup>65</sup> (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) *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.*

d. *la importancia aparente de la información para la otra parte.*

#### A. CARACTERIZACIÓN DEL DOLO

El dolo se caracteriza en los PECL en atención a dos elementos: (a) la conducta fraudulenta de un contratante, y (b) el efecto que la misma provoca, la inducción a contratar del otro contrato.

##### 1. Conducta dolosa

La conducta dolosa consiste, según los PECL, en crear una imagen falsa de la realidad (*fraudulent representation*), con intención de engañar al otro contratante (*A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive*). El dolo es una inducción al error. La intención de engañar es lo que diferencia al dolo del error provocado, regulado en el artículo 4:103 (1) (a) (i) (ii) PECL.

Podemos contraponer un concepto de dolo, entendido como una maquinación que induce al error, el más generalizado y utilizado en los PECL, a otro más amplio que lo considera como una «indebida influencia sobre la voluntad de quien declara»<sup>66</sup>. Este segundo modo de entender el dolo ha permitido en algunos ordenamientos, como el español, suplir algunas insuficiencias en la tipificación de los vicios de la voluntad. Pero en los PECL no es necesario, porque los mismos tipifican como causa de anulación, el provecho excesivo o ventaja desleal (art. 4:109 PECL).

La conducta dolosa puede producirse de modo activo, por palabras o actos (*by words or conduct*), o de modo omisivo, a través del silencio acerca de la información que la buena fe exige descubrir (*fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclose*). Esta posibilidad de que el silencio constituya dolo está reconocida en diferentes ordenamientos continentales euro-

<sup>66</sup> CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), §§ 195, 196.

peos<sup>67</sup>; en cambio, en el derecho inglés no existe «duty of disclosure»<sup>68</sup>, de modo general.

El problema está en determinar qué información debe ser revelada por cada contratante al otro. La dificultad de concretar tal extremo obliga a utilizar el criterio de la buena fe. Los PECL también invocan ese criterio, pero aportan algunos elementos de concreción del mismo: la pericia del contratante que debe suministrar la información, el coste que para él ha supuesto obtenerla, la posibilidad de que el otro contratante obtenga por sí mismo la información ocultada, y la importancia (aparente) que pueda suponer esa información para él.

En términos de análisis económico del derecho se distingue entre *informaciones productivas* e *informaciones distributivas*. Y se afirma, en relación con las primeras, que «el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas».<sup>69</sup> Los PECL permiten ocultar informaciones productivas; pero no de modo absoluto, porque ese criterio de justificación del silencio se ha de ponderar con otros criterios, de acuerdo con la buena fe.

## 2. Carácter determinante del dolo

Los juristas medievales contribuyeron a la doctrina del dolo, elaborando, a partir de un texto del Digesto<sup>70</sup>, una importante distinción entre el *dolus causam dans* y el *dolus inci-*

<sup>67</sup> KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübinga 1996), p. 308. En el derecho español se ha considerado dolo, y no simplemente error, el denominado dolo negativo o reticencia dolosa, a pesar de que el art. 1269 lo caracterice de modo positivo (palabras o maquinaciones insidiosas). Cf. CASTRO, *Negocio jurídico* (1971), § 202; MORALES MORENO, *ADG* (1982), pp. 646, 647. En la jurisprudencia puede verse la STS 26-10-1981, especialmente estudiada por DIEZ-PICAZO en, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I Introducción, Teoría del contrato* (Madrid 1993), p. 174.

<sup>68</sup> KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübinga 1996), p. 310; TREITEL, *The Law of Contract* (1995), pp. 361 ss.

<sup>69</sup> PAZ-ARES, Cándido, «Principio de eficiencia y derecho privado», en: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol. III (Valencia 1995), p. 2891.

<sup>70</sup> Ulp. D. 4, 3, 7 pr.

*dens*. Esta distinción ha pervivido hasta nuestros días<sup>71</sup>. Hoy la encontramos en algunos Códigos: en el español (arts. 1269, 1270), que la toma del CC francés (art. 1116), y en el CC italiano (art. 1140). La distinción influye en el concepto del dolo. Sólo el dolo *causam dans* permite anular el contrato, por ser determinante de la celebración del mismo<sup>72</sup>; el incidental, no permite anular, aunque dé lugar a indemnización de daños. Pero la distinción también ha sido objeto de duras críticas. Se afirma, por ejemplo, que en caso de saneamiento por vicios ocultos, el comprador puede elegir entre la acción redhibitoria y la estimatoria, sin tener que probar que para él fuera determinante para celebrar el contrato que la cosa careciera de defectos<sup>73</sup>. Los PECL en este punto resultan más flexibles: exigen que el contrato se haya realizado bajo la influencia del dolo, pero no que el dolo sea la causa de la celebración del contrato. Esto permite extender la aplicación del remedio de la anulabilidad, en caso dolo.

## B. DOLO DE TERCERO

En la mayoría de los Códigos europeos sólo el dolo que proviene del otro contratante permite anular el contrato; no el dolo de tercero<sup>74</sup>. Los PECL, al definir el dolo, igualmente exigen que el dolo provenga del otro contratante (*by the other party's fraudulent representation*). Pero la regla tiene algunas excepciones.

Según el art. 4:111 PECL, que regula cuándo son imputables a un contratante los actos de tercero, el dolo de tercero permite utilizar los remedios previstos para el dolo del otro contratante cuando quien actúa dolosamente es un tercero de cuyos actos responde un contratante, o que con el asenti-

<sup>71</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1ª ed. (1992), p. 670 ss.

<sup>72</sup> Así lo destaca el CC francés («sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté»), el español («es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»), el italiano («senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato»).

<sup>73</sup> Sobre ello, KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübinga 1996), p. 301.

<sup>74</sup> Con algunas excepciones, v. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübinga 1996), pp. 312 ss.

miento de la parte participa en la celebración del contrato (*a third person for whose acts a party is responsible, or who with a party's assent is involved in the making of a contract*). También es relevante el dolo de tercero, si la parte a la que se va a imputar el dolo tiene conocimiento de la actuación dolosa del mismo (*if the party knew or ought to have known of the relevant facts*), o si la anulación del contrato no le causa un perjuicio a dicha parte, por no haber realizado aún actos de acuerdo con el contrato (*or at the time of avoidance it has not acted in reliance on the contract*).

### C. LA RELACIÓN ENTRE DOLO Y ERROR

Los PECL consideran al dolo como un error provocado maliciosamente por el otro contratante. Esto abre una cuestión: ¿en qué se diferencia el dolo del error? A primera vista puede parecer fácil la contestación: el dolo requiere intención maliciosa, el error no. Sin embargo, la separación entre dolo y error no es siempre clara.

En los PECL no se puede afirmar que el dolo se distinga del error, por ensanchar el ámbito material de errores relevantes, ya que ese ámbito puede llegar a ser bastante amplio en ellos, pues admiten que pueda ser relevante cualquier error que determine la voluntad de un contratante [art. 4:103 (1) (b)]. Es fácil construir la distinción entre dolo y error, cuando el error ha sido provocado por la información suministrada por el otro contratante, ya que la información se puede transmitir sin intención de engañar, en la creencia de que es exacta [art. 4:103 (a) (i)]. Pero resulta más difícil distinguir entre el dolo y el error, cuando el error es conocido o cognoscible por el otro contratante, y, obligándole la buena fe a desvelar su existencia, se calla y permite que la otra parte permanezca en error [art. 4:103 (a) (ii)]. El supuesto de dolo negativo va a coincidir, a menudo, con el del error conocido por el otro contratante.

Otro elemento de diferenciación entre dolo y error, en algunos ordenamientos, es el relativo a la indemnización: el dolo da lugar a ella, el error no. Ese elemento no es trasladable a los PECL, porque la indemnización es exigible en los

casos de error que más se aproximan al dolo: en aquellos en que el otro contratante conoció o pudo conocer el error (*that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud...*) [art. 4:117 (1)].

### V. Las amenazas

Los PECL, junto al error y al dolo, incluyen en las causas de anulación del contrato a las amenazas (*threats*) (art. 4:108) y a la obtención de un beneficio excesivo o ventaja desleal de la situación en que se encuentra el otro contratante (art. 4:109).

Bajo nombres diferentes, la celebración de un contrato bajo amenaza constituye causa de anulabilidad del mismo en los ordenamientos europeos continentales. Los derechos continentales, además, separan la amenaza del aprovechamiento de una situación de necesidad, separación que es extraña al derecho anglo-americano<sup>75</sup>.

En los PECL el art. 4:108 PECL regula el supuesto de la amenaza en estos términos:

«Una parte puede anular un contrato cuando ha sido inducida a celebrarlo por la amenaza inminente y grave, proveniente de la otra parte, de un acto.

(a) que en sí mismo es ilegítimo, o

(b) que es ilegítimo emplearlo como medio para conseguir la celebración del contrato,

a menos que en las circunstancias del caso aquella parte haya tenido otra alternativa razonable».<sup>76</sup>

Hay dos modos de hacer presión sobre el otro contratante: uno consiste en la violencia física absoluta, que le priva totalmente de libertad; éste es el caso de quien pone sus hue-

<sup>75</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed. (Tübingen 1996), p. 425.

<sup>76</sup> A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's imminent and serious threat of an act: (a) which is wrongful in itself, or (b) which it is wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract, unless in the circumstances the first party had a reasonable alternative.

llas bajo un contrato porque otro le agarra la mano y le fuerza a hacerlo<sup>77</sup>. Fuera de este caso, no muy frecuente, que determina la nulidad del contrato, la presión sobre el otro contratante va a ejercerse normalmente mediante amenazas (intimidación en el CC español). Las amenazas significan la advertencia de un mal futuro (físico, económico, moral), que tendrá que soportar el sujeto si no celebra el contrato. Por medio de ellas se ejerce una presión psicológica para conseguir la celebración de un contrato. El contrato es el modo de evitar que se produzca ese mal. El contratante que padece la amenaza recibe protección, por la vía de considerar al contrato anulable.

Hay que reconocer que todos los contratos son hechos bajo algún tipo de presión, y más en una sociedad competitiva; pero no toda presión es inadmisibles desde el punto de vista jurídico<sup>78</sup>. El problema que plantea al Derecho la utilización de amenazas en la contratación no es un mero problema psicológico, si la voluntad estuvo o no influida por ellas, sino estrictamente jurídico. Hay que determinar cuándo es legítimo y cuándo ilegítimo el uso de la presión psicológica.

Conforme al art. 4:108 PECL, para que una amenaza constituya vicio del consentimiento hace falta: (1) que la misma provenga de la otra parte contratante, lo cual no significa, tal como hemos visto en el dolo, que la amenaza de tercero no pueda serle imputable al contratante (art. 4:111 PECL); (2) que el mal con el que se amenaza sea inminente y grave, y no provenga del curso de los acontecimientos, sino de un acto del contratante que amenaza, o que él mismo controla; (3) que dicho acto sea, además, un acto antijurídico, bien porque en sí mismo lo sea (producir la muerte o lesiones), bien porque sea ilícito utilizarlo para obtener el consentimiento contractual (ej. denunciar un delito); (4) que la amenaza haya ejercido influencia en el contratante que la padece, moviéndole a celebrar el contrato (*when it has been led to conclude it*), aunque no haya sido la única razón de la celebración

<sup>77</sup> LANDO, Ole/BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law* (2000), p. 257.

<sup>78</sup> ATIVAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), pp. 266 ss.

del mismo<sup>79</sup>; y (5) que el sujeto que padece la amenaza carezca de otra alternativa para evitar el mal al que la misma se refiere.

En la sociedad actual adquiere especial relevancia la presión económica<sup>80</sup>; por ejemplo, la que se produce al amenazar al contratante con la privación, en el futuro, del suministro de determinados bienes o servicios, si no pasa por celebrar un contrato o aceptar las transformaciones que impone el contratante suministrador. Tal amenaza será indiferente si tiene lugar en una situación en que no exista monopolio, porque el contratante afectado puede encontrar una alternativa razonable en el mercado. Será relevante, por el contrario, si se produce en una situación de monopolio, porque el contratante no dispone de esa posibilidad. En tal situación el contratante que amenaza de ese modo utiliza injustamente su situación monopolística para determinar la decisión del otro.

Las situaciones de monopolio pueden existir a pequeña escala: pensemos en las situaciones de salvamento en la que una parte puede decidir la suerte de la otra, o en la situación que crea una relación contractual previa que vincula a las partes (monopolio bilateral) que atribuye un poder coercitivo a una de ellas, porque la otra carece de la posibilidad de negociar en el mercado otra alternativa. Esta idea, presente en el derecho inglés, ha sido recogida en los PECL, al excluir la existencia de una amenaza capaz de viciar la voluntad contractual, cuando la parte que la soporta tiene una alternativa razonable para evitar el mal anunciado.

## VI. Provecho excesivo o ventaja desleal

Hay casos en los que no se ejerce presión psicológica sobre el contratante, y por tanto no existe propiamente amenaza, pero en los que un contratante se aprovecha, de modo ilícito, de la situación en que se encuentra el otro contratante, para así celebrar un contrato ventajoso. Para atender a estos

<sup>79</sup> LANDO, Ole/BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law* (2000), p. 258.

<sup>80</sup> ATIVAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), pp. 269 ss.

casos los PECL tipifican otra causa de anulabilidad del contrato en el art. 4:109 PECL<sup>81</sup>.

(1) *Una parte puede anular el contrato si, al tiempo de la conclusión del mismo:*

(a) *se hallaba en estado de dependencia con respecto a la otra parte o en una relación de confianza con ella, en situación de carencia de medios materiales o de necesidad urgente, de despreocupación, ignorancia, falta de experiencia o ineptitud para las negociaciones, y*

(b) *la otra parte conoció o debió conocer tal situación y, dadas las circunstancias y finalidad del contrato, obtuvo ventaja de ella con gran deslealtad, o un beneficio excesivo.*

La aplicación de esta causa de anulabilidad exige dos requisitos: (a) que el contratante que la invoca se halle en alguna de las situaciones en las que resulta probable la actuación bajo indebida influencia, y que tal circunstancia le conste al otro contratante. Además, (b) que exista una ventaja o provecho ilícitos en el contrato celebrado para el otro contratante.

Las situaciones en las que resulta probable una indebida influencia son de diverso tipo: unas resultan de la relación existente entre los contratantes, de dependencia o de confianza; otras de la situación económica de carencia de medios o de necesidad; otras, por fin, de la debilidad del contratante.

Esta causa de anulabilidad, en alguna medida, recuerda a la *undue influence* del derecho inglés, que incluso se presume cuando existe una relación de confianza, que genera dependencia de una parte contratante con respecto a la otra. La presunción no se destruye, demostrando, simplemente, que no ha existido influencia indebida, sino probando que el contrato celebrado no ha generado desventaja en la parte bajo influencia; o que esta parte, al celebrarlo, lo ha entendido y

<sup>81</sup> Article 4:109: Excessive Benefit or Unfair Advantage. (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.

querido (es decir, ha tenido intención de celebrarlo); o que ha contado con el asesoramiento de persona adecuada, que ha actuado de modo independiente, sin conexión con la otra parte<sup>82</sup>.

En esta causa de anulabilidad los PECL facilitan la corrección de los efectos lesivos del contrato, evitando así la anulación del contrato<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract* (1995), pp. 273 ss.

<sup>83</sup> Art. 4:109 PECL «(...) (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.

A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it».