



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho.**

El error, el dolo y la fuerza en la compraventa del Derecho Romano Clásico

Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales

Profesor guía: Fidel Reyes Castillo

Co- Autores: Cristián Donoso Christie
Fabiola Torres Peralta

AGOSTO 2006

SUMARIO

1.- Introducción	5
2.- El Consensualismo y la interpretación subjetiva en la compraventa	7
3.- La Compraventa como contrato de buena fe	11
4.- El Error en la compraventa	19
4.1.- El error como elemento de interpretación de la compraventa.....	20
4.2.- El error obstativo o impropio en la compraventa	23
4.2.1.- El error obstativo como anormalidad del objeto de la compraventa.....	25
4.2.2.- Clases de error obstativo en la compraventa y sus efectos particulares...	25
4.2.2.1.- Error <i>in corpore</i>	25
4.2.2.1.1.- Error en la identidad de la cosa vendida	25
4.2.2.1.2.- Error en el precio de la venta	26
4.2.2.1.3.- Error en una cosa accesorio	27
4.2.2.1.4.- Error <i>in quantitate</i>	28
4.2.2.3.- Error <i>in nomine</i>	29
4.2.2.4.- Error en la identidad de la declaración.....	30
4.2.3.- Comentarios sobre los efectos del error obstativo en la compraventa.....	31
4.3.- El error propio en la compraventa.....	32
4.3.1.- El error propio como anormalidad de la causa de la compraventa en su aspecto subjetivo	33

4.3.2.- Clases de error propio en la compraventa y sus efectos particulares.....	37
4.3.2.1.- Error en los presupuestos necesarios de la compraventa.....	37
4.3.2.2.- Error en las cualidades esenciales de la persona.....	40
4.3.2.3.- Error en las cualidades esenciales de la cosa (<i>Error in substantia</i>)	41
4.3.2.3.1.- La opinión de Juliano	46
4.3.2.3.2.- La opinión de Ulpiano	48
4.3.2.3.3.- La opinión de Paulo	53
4.3.2.4.- <i>Error in qualitate</i>	56
4.3.3.- Comentarios sobre los efectos del error propio en la compraventa	57
4.4.- Discrepancia sobre el contenido del negocio	59
4.4.1.- Error in negotio	59

5.- El Dolo

5.1.- El concepto de dolo	66
5.2.- El dolo como anormalidad de la causa de la compraventa en su aspecto subjetivo	68
5.3.- Clases de dolo en la compraventa	69
5.3.1.- Dolo bueno y el dolo malo	69
5.3.2.- Dolo por omisión	71
5.3.3.- Dolo que sirve de causa al contrato (<i>dolus causam dans</i>)	72
5.3.4.- Dolo incidental (<i>dolus incidens</i>)	72
5.4.- Efectos del dolo respecto de la validez de la compraventa a que afecta.....	73

6.- La Fuerza.

6.1.- El concepto de vis o violencia 77

6.2.- Clases de fuerza 77

6.2.1.- La vis absoluta o corpori illata. 78

6.2.2.- La fuerza moral. El concepto de metus. 80

6.2.2.1.- El miedo no constituye un vicio del consentimiento en la compraventa romana 80

6.2.2.2.- Requisitos de la intimidación que permiten al afectado por ésta solicitar protección jurídica 82

6.2.2.3.- Medios de protección otorgados por el pretor contra la intimidación..... 87

6.3.- Efectos del metus en los contratos de Buena fe. Situación de la compraventa romana..... 93

7.- Conclusiones 97

8.- Bibliografía 105

1.- Introducción

*“Los contratos consensuales constituyen una obra notable de la jurisprudencia clásica
y son un noble engendro de la fides Romana”*

Fritz Schulz
Derecho Romano Clásico

“El acuerdo es la fuente y el fundamento de toda la dinámica contractual”

Ourial y Malafose
Derecho Romano Francés Histórico

Al igual que en el derecho moderno, en el derecho romano clásico las normas sobre la compraventa descansaban sobre dos principios fundamentales: la libertad y la voluntad, pues reconocían que el hombre era libre para vincularse con otros o no hacerlo, y que la decisión de obligarse con otro debía reportar las ventajas o los daños que fueran consecuencia de las determinaciones que la propia voluntad adoptara.

Ambos principios fueron recogidos por el derecho romano clásico mediante la protección procesal otorgada a las partes contratantes frente a las diversas circunstancias que podían interferir en el normal desenvolvimiento de la voluntad, las que, denominadas en su género como vicios de la voluntad, podían reducirse a el error y al dolo, atendiendo a que la comprensión del acto jurídico podía estar viciada por un error espontáneo o provocado por el dolo. El miedo, por su parte, no fue considerado por los romanos propiamente como un vicio del consentimiento. Sin embargo, la fuerza que lo producía era sancionada como una conducta ilícita que afectaba el orden social.

Esta protección procesal de la libertad y la voluntad de las partes contratantes apareció por primera vez en el derecho romano en su etapa clásica, mediante el procedimiento de los *iudicia bonae fidei* y la consagración del consensualismo, ambos de la mano del

pretor peregrino. Cuando el pretor acoge en su edicto la compraventa del comercio internacional, surgida de la convención de las partes contratantes (*conventio*) y basada en la buena fe recíproca (*fidem praestare*), dirige el reconocimiento jurídico de los mismos al ámbito de su tutela jurisdiccional y, con ello, a la esfera del proceso.

Planteada así la cuestión del error, del dolo y del miedo en la compraventa, la jurisprudencia romana realizó un estudio a fondo de los mismos, hasta el punto de que las líneas generales del tratamiento de ellos en el derecho moderno son, prácticamente, las romanas.

En el presente trabajo ofreceremos una descripción sistemática de los resultados de esta labor jurisprudencial. Previamente, y para situarnos en el momento en que se hicieron necesarias estas disquisiciones romanas en torno al error, la fuerza y al dolo, comenzaremos con una relación de los orígenes de la compraventa como contrato consensual y de buena fe. Luego revisaremos el tratamiento otorgado al error y al dolo enfatizando que soluciones se aplicaban en caso de presentarse en un contrato de compraventa. Hacia el final de este trabajo analizaremos el tratamiento jurídico que dieron los romanos al miedo en la compraventa, tratamiento que, a diferencia del derecho moderno, no consideró a esta anomalía propiamente como un atentado a la libertad de contratar, y en consecuencia, como un vicio del consentimiento.

Para la realización de este estudio se compilaron las pocas monografías sobre los vicios del consentimiento en el derecho romano disponibles en las bibliotecas de Derecho de Santiago y Valparaíso, y se revisaron los textos generales de derecho romano de los autores de mayor prestigio. Integrando los diversos enfoques y distintas posiciones en las discusiones más fundamentales, se esbozó un primer sistema expositivo, que fue modificado en varias ocasiones a medida que se avanzaba en el estudio, a objeto de otorgar mayor claridad al desarrollo de los contenidos. Durante la preparación se consultaron directamente las fuentes de Derecho Romano, principalmente el Digesto de Justiniano, en la traducción de Alvaro D'Ors, procurando hacer de sus fragmentos el eje de este trabajo.

Aunque este estudio no pretende originalidad, sino más bien una exposición ordenada y tan exhaustiva como lo permitan los contenidos de los materiales en que se basa, hemos querido hacer un aporte en torno a la discusión que sostienen los romanistas sobre la naturaleza del error en la sustancia, ofreciendo al efecto una nueva hipótesis, que en nuestra opinión resulta más acorde con la letra del *Corpus Iuris Civile*, particularmente del Digesto.

2.- El consensualismo y la interpretación subjetiva en la compraventa

Para el Derecho romano clásico, la compraventa era un contrato consensual, sinalagmático perfecto y de buena fe, por la cual una persona, llamada vendedor (*venditor*), se obligaba a que otra, llamada comprador (*emptor*), tuviera una cosa (*merx*) mediante la entrega de cierta cantidad de dinero, llamada precio (*pretium*). En efecto, la condición previa natural del intercambio que implicaba la compraventa del derecho romano clásico era la conformidad de las partes sobre la cosa y el precio, esto es, el consentimiento (*consensus*). Esta natural condición previa no tuvo siempre en el derecho romano el mismo reconocimiento legal, pues en su etapa antigua este no atribuyó valor propio al consentimiento, sino que consideró únicamente sus efectos: el cambio mismo o entrega de la cosa y el precio (principio de la venta al contado). Esto se puede decir especialmente de la compraventa formal antigua, la *mancipatio*, cuya fórmula versaba únicamente sobre la entrega de la cosa al comprador y del precio al vendedor, no aludiendo al consentimiento de las partes que precede al acto formal mismo. Lo mismo ocurría en la compraventa sin formalidades, usual junto a la *mancipatio*, para las *res nec mancipi*, en la cual el acto jurídicamente relevante era la entrega de la cosa y el pago simultáneo del precio. En este estadio evolutivo, el contrato de compraventa romano no era en esencia más que el negocio causal de la adquisición real, y no una fuente de las obligaciones.

Pero pronto se evoluciona en un sentido más idealista, dejando atrás la venta al contado del derecho antiguo: la *mancipatio* se convierte paulatinamente en un negocio

abstracto de enajenación, en el cual el acto del pago conserva un carácter puramente simbólico, mientras que el pago real se efectuaba con independencia y sin formalidades. Por otra parte, tanto en la compraventa mancipatoria como en la que se efectuaba por la entrega simple de la cosa *nec mancipi*, fue posible el aplazamiento del pago. Llegado este momento de la evolución, la idea de la compraventa al contado no podía servir para explicar las relaciones jurídicas que se constituían entre las partes, y hubieron de tomarse en consideración los acuerdos de las partes, antecedentes del intercambio, y atribuirse a ellos los efectos del contrato. Por este motivo, y antes de finalizar el período republicano, se reconoció el consentimiento sobre la cosa y el precio como fuente de las respectivas obligaciones de las partes. De este modo la compraventa quedó separada conceptualmente del negocio real de adquisición, y se convirtió en un contrato consensual productor de obligaciones. Fue entonces cuando adquirió relevancia para la compraventa la noción de negocio jurídico, como la corporificación de la voluntad de las partes dirigida a la consecución de un resultado jurídico: la obligación recíproca de entregar la cosa y pagar el precio.

De inmediato surge el problema de que la voluntad no siempre es expresada en forma perfecta y completa, en muchos casos existen dudas sobre cuál es la verdadera intención de las partes: el negocio jurídico necesitaba ser interpretado. La interpretación, según que tenga por objeto exclusivamente la declaración o la voluntad existente tras ella, expresada con mayor o menor perfección, se llama típica u objetiva o individual o subjetiva respectivamente. El progreso en este punto consiste en el paso de la interpretación típica a la individual, y así ocurrió en Roma. En el derecho romano antiguo dominaba la interpretación objetiva. Los negocios jurídicos eran, en términos generales, actos formales, y para cada uno de ellos existía una fórmula exacta determinada por una larga tradición. Hasta fines de la República no se abre paso a la interpretación subjetiva. Causas de este progreso, con el que se le da cabida, fueron la desaparición del antiguo formalismo de los negocios jurídicos y la intensificación de las relaciones comerciales con el extranjero, con su derivado, el *ius gentium*, que da nacimiento a nuevos tipos de negocios, más espirituales, menos formalistas y que requerían una mayor atención de la voluntad de las partes. A esto hay que agregar la

influencia de la retórica griega. En la técnica oratoria de Grecia, construida con todo detalle, cuando se trataba de determinar la cuestión litigiosa, alcanzó un extraordinario relieve el problema acerca de si un negocio jurídico había de ser interpretado según su tenor literal, o atendiendo al pensamiento de la parte. Los juristas romanos, una vez que la técnica retórica había arraigado en Roma, se encontraron ante el antagonismo entre la letra y el espíritu, y se debatieron entre la interpretación literal y la libre o espiritual. Resumen de esta controversia fue la famosa causa Curiana, sobre una cuestión hereditaria que se presentó en el año 93 antes de Cristo ante el tribunal de los centumviri. Las dos opiniones a que dio origen, fueron, de una parte, la del más célebre orador de su época, L. Licinio Craso, que salió victorioso defendiendo en litigio la tesis de la libre interpretación del testamento según la voluntad del testador, y de otra parte la del gran jurista Q. Mucio-Scévola, defensor, en vano, de la interpretación literal.

Durante todo el tiempo siguiente el problema no cesó de estar presente en las obras de los juristas, y casi todos se inclinan paulatinamente a dar mayor realce a la intención del declarante, a sus circunstancias personales y a las especiales de cada caso. Sin embargo, esto no quiere decir que cuando la declaración era tan concluyente que no dejase lugar a dudas se hubiera de prescindir de ella y acudir al descubrimiento de la intención. Por el contrario, la teoría dominante en el derecho clásico sólo recomendaba investigar la voluntad de la parte cuando el sentido objetivo de la declaración fuese ambiguo y dejase margen a dudas. Téngase en cuenta, además, que los antiguos negocios formalistas del derecho civil, existían todavía en la época clásica, y a estos no les era aplicable los métodos libres de interpretación. Por ejemplo, el testamento formal no desaparece hasta las nuevas corrientes de la época de Constantino. Se puede afirmar en definitiva que la época clásica no se distingue por un predominio absoluto de la voluntad en la interpretación, sino que, mas bien, cabe decir que los juristas clásicos siguieron aferrados a la interpretación objetiva, por lo demás perfectamente construida y completada en gran parte por un sano criterio espiritualista, cuando la equidad lo exigía y la estructura del ordenamiento jurídico clásico lo permitía. Fue en la etapa postclásica cuando, por cima de esta práctica de compensación, se viene resueltamente al criterio de la voluntad individual (del *animus*), en la interpretación.

El problema de la interpretación adquiere un carácter especial cuando afecta a los negocios jurídicos que nacen por el concurso de la voluntad concordante de dos partes, como es el caso de la compraventa. En la compraventa, en efecto, no sólo es precisa una interpretación de las dos declaraciones de los contratantes, sino que además es necesaria la determinación de la congruencia de ellas. Cuando existe ésta, es cuando se da el acuerdo de las voluntades o consentimiento (*consensus*), y el convenio entre las partes. Pero cuando la interpretación demuestra que no hay conformidad entre las declaraciones (*dissensus*), entonces no se ha producido un contrato plenamente válido.

En esta materia los romanos no siguieron normas distintas de las generales de la interpretación. Mientras que en los primeros tiempos se desarrollaron dentro de la interpretación objetiva, ateniéndose simplemente a la congruencia de las declaraciones, sin tener en cuenta el aspecto de voluntad; en el derecho clásico, por el contrario, se permitió, dentro de ciertos límites, que la parte alegara haber malentendido la declaración de la otra. De este modo, al final de la época republicana, la noción de vicios de la voluntad penetra en el campo jurídico, estableciéndose la suerte que debía correr la compraventa afectada por falta o afectación de voluntad. La inclusión de la ponderación de estas circunstancias no implicó que el derecho clásico llegara a construir principios generales, sino que se limitó a resolver los casos en particular sin lograr conseguir conceptos acabados ni superar el criterio antiguo objetivo. El derecho postclásico ofrece, finalmente, tendencias más generales y doctrinales; se inclina a la interpretación subjetiva, y consecuentemente, a tener en cuenta los vicios de la voluntad.

3.- La compraventa como contrato de buena fe

La compraventa es un contrato de buena fe y esta característica tiene importantes implicancias en el tratamiento jurídico que recibe. Para entenderlas a cabalidad es necesario revisar someramente la génesis y el desarrollo del concepto de buena fe.

La noción de *fides*, previa al concepto de *bona fides*, surgió en el ámbito de las relaciones comerciales entre extranjeros y entre comerciantes romanos con extranjeros. La relación de intercambio inherente al comercio iba aparejada de la confianza mutua que existía o debía existir entre quienes eran partes de estas tratativas comerciales. Es imposible pensar en el desarrollo del comercio si los comerciantes faltasen constantemente a la palabra empeñada. Así, la *fides* o fidelidad se fue incorporando como regla de facto y pasó a ser reconocida como un elemento que debía estar presente en las relaciones humanas y comerciales, y fue reconocido su carácter vital en el desenvolvimiento de una sociedad civilizada en pleno desarrollo. Con el incremento del tráfico de comercio internacional, la idea de *fides* cobro aún más relevancia pues fue recogida por el pretor peregrino. Recordemos que estos vínculos no estaban protegidos por las *actio legis* y requerían del amparo jurídico del *iuris gentium*.

Con mucha visión, los romanos entendieron que la *fides* era un elemento enriquecedor para cualquier relación jurídica, por lo que la noción de rectitud en el actuar pasó entonces a desarrollarse como un concepto jurídico relevante que se incluyó en las nuevas instituciones jurídicas de Roma. A medida que se iban dejando de lado las formas solemnes, se creaban nuevos contratos más simplificados como los reales y los consensuales, en los que se aplicó con gran fuerza el principio de la *fides*. De ser un concepto utilizado en las convenciones típicas de derecho internacional pasó entonces a extenderse a las obligaciones *consenso contractae* o contratos consensuales, celebrados en Roma cada vez con mayor frecuencia.

El filósofo Cicerón se refirió a la *fides* señalando:

*Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur.*¹

Y vuelve a recalcar en otra de sus obras:

*Audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat quod dictum est, appellatam fidem.*²

Así como la idea de *fides* o lealtad entre las partes fue penetrando paulatinamente en las relaciones jurídicas del mundo romano, también el concepto de *fides* fue desarrollándose y adquiriendo nuevos matices según el área de la vida jurídica en que era aplicado.

Surgieron entonces diversas interpretaciones sobre este término y según Lombardi fue en este contexto en que se crea la acepción *fides bona*, más específica, aplicable especialmente en los contratos de buena fe y a los *iudicia bonae fidei* derivados de estos. Cicerón también se refiere en este sentido a la *fides bona*, vinculándola con las formulas empleadas en los juicios de buena fe:

*Iudiis in quibus additur ex fide bona.*³

*Quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.*⁴

Para Lombardi la *bona fides* es un criterio típico, supraindividual, que permite superar los contrastes entre las diversas acepciones de *fides*; es producto de una creación procesal de la experiencia jurídica romana cuyas características más relevantes son su

¹ "Me parece que se cumple la autentica etimología de fides cuando se hace lo que se dice." (CICERÓN, *Sobre la República*, Ed. Gredos, Madrid, 1984, 4.7.21)

² "Osemos sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que fides se ha llamado así porque se hace lo que se dice." (CICERÓN, *Los Oficios*, Editorial Porrúa, México, D. F., 1978, 1.7.23)

³ CICERÓN, ob. cit., 3.61.

⁴ "Todo lo que era preciso que le diera e hiciera de acuerdo con la buena fe" (CICERÓN, ob. cit., 3.66)

naturaleza unitaria, jurídica y procesal.⁵ Por su parte, Faustino Gutiérrez Alviz la define como: “concepto moral y psicológico expresivo de la conducta recta, justa u honesta en la conciencia del sujeto del derecho, productora de importantes consecuencias en el orden jurídico. En la esfera del derecho de obligaciones supone el cumplimiento de las prestaciones estipuladas. En el orden procesal permite al juez, al indagar su existencia, apartarse de la letra del contrato”.⁶ Esta definición pone énfasis en lo que, consideramos, es el sustrato del concepto de la buena fe. La *fide bona* es entendida como una regla moral de conducta que exige no sólo el cumplimiento de la palabra empeñada, sino también una rectitud en el actuar y cuya presencia, necesaria en las relaciones jurídicas, debe ser constatada por el juez. En relación a la labor del juez ante el contrato de buena fe, Vittorio Scialoja plantea que: “el juez, con su propia conciencia, que forma parte de la conciencia popular en que se funda la regla de la buena fe, interviene algo también en la determinación de su alcance: está llamado a ver cual sea la regla de derecho fijada por la conciencia de los hombres de bien, participa en la constitución, o en la delimitación al menos, de esa regla jurídica; aprecia por tanto las circunstancias todas que puedan proponérsele y define libremente que influencia puedan tener en la modificación de las conclusiones a que debe llegar en el juicio”.⁷

Para ahondar aún más en su significado es necesario comparar la buena fe con su concepto opuesto, la mala fe, y así entender su real sentido jurídico que se manifiesta en el proceso. Respecto de esta última Scialoja señala que: “lo opuesto a la buena fe es el dolo; en un sentido lato de esta palabra el dolo coincide con la mala fe; por consiguiente si en un juicio de derecho estricto se introduce un juicio sobre la existencia o no del dolo en aquella determinada relación, se hace que el juez deba juzgar en sustancia de aquella relación como si fuera una relación de buena fe, puesto que ver si

⁵ LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, pag.179. Citado en ROSAS, *Las Acciones de Buena Fe en el Derecho Romano Clásico*. Memoria para optar al grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, 1997, página 44.

⁶ GUTIÉRREZ- ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, Reus S.A., 4ª edición, Madrid, 1995, página 347 y siguientes.

⁷ SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJE, 1954, página 276

no ha habido dolo significa ver si ha habido buena fe, es una forma negativa del mismo concepto”.⁸

En cuanto la mala fe se equipara al dolo, es claro que se opone a la buena fe cualquier tipo de maquinación fraudulenta o artificiosa conducente a engaño, y las conductas maliciosas contrarias al uso de las gentes honradas. En efecto, el Digesto señala que dentro de los *iudicia bonae fidei*, la conducta contraria a la buena fe es asimilada en sus efectos al dolo:

*In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.*⁹

En síntesis, la buena fe se constituye como una norma de conducta que exigía rectitud y corrección en el actuar a las partes de un contrato de buena fe, y su cumplimiento debía ser constatado por el magistrado. Si bien no era propiamente la fuente de la obligación, sí pasó a considerarse un punto de referencia obligado para el magistrado, quien se remitía a este principio para interpretar tanto las cláusulas del contrato como la intención de las partes al celebrar los contratos de buena fe. Actuar con *bonae fides* en materia contractual obliga a las partes no sólo al cumplimiento literal de los compromisos asumidos, sino también a cumplir con los especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.

En su etapa clásica, el derecho romano se caracterizó por ampliar la protección procesal a relaciones jurídicas diversas a las reconocidas por el *ius civile* y por tener un estrecho contacto con la realidad, esto gracias a la aplicación de un sistema procesal más flexible como fue el procedimiento formulario. Este se basaba principalmente en las amplias potestades del pretor, que le permitían crear nuevas acciones o extender el sentido y alcance de las que ya existían, a través del mecanismo de la fórmula.

⁸ SCIALOJA, ob. cit., página 285.

⁹ “En los contratos, cuando hay dolo y la prestación es de buena fe, el heredero está obligado solidariamente” (D.50.17.152.3)

Además el magistrado jurisdiccional también estaba dotado de amplias facultades para conocer y fallar los casos y de otra parte se reconocía una gran importancia a la labor de los jurisprudentes que emitían opinión sobre los distintos casos presentados a su conocimiento¹⁰. La enunciación del derecho en el edicto del pretor se adscribía a un sistema abierto de soluciones jurídicas que se exponían en forma asistemática y se desarrollaban considerando criterios empíricos e históricos. Esto, sumado a la necesidad de resguardar y regular los contratos ajenos a los de *stricti iuris*, crea un contexto adecuado para que nazcan las acciones de buena fe.

Este es entonces el marco jurídico en el que se desenvuelve la compraventa, pues es un contrato de buena fe amparado por acciones de buena fe. Así lo señalaba Justiniano en su catálogo de acciones de buena fe:

*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.*¹¹

¹⁰ Se discute sobre el valor de las respuestas dadas por los jurisconsultos autorizados, para algunos tenían carácter obligatorio (KRÜGER, ARANGIO RUIZ) y para otro sector doctrinario (KUNKEL en *Historia del Derecho Romano*), si bien no desconocen su autoridad, no eran vinculantes para el juez. Augusto incorporó dos innovaciones referidas a los jurisconsultos: (1) Otorgó a los jurisconsultos más destacados el *ius publicum respondendi ex auctoritate principis*, que consistía en el derecho de responder en materia jurídica como si lo hiciera el príncipe mismo, esto es, con la autoridad que de él emanaba, y (2) Creó el *concilium principis* que era un cuerpo de juristas que asesoraba al emperador en materia de derecho y que en la práctica solucionaba casos particulares. Sin embargo esto no permite establecer que la opinión de los jurisconsultos fuese de carácter obligatoria para los jueces ya que ni el mismo Augusto tenía la facultad de imponerles a estos su opinión. Bajo el reinado de Adriano la situación fue más precisa, pues existe un texto de Gayo de ese período que señala: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi; idque rescripto diui Hadriani significatur.* (Que este príncipe dispuso que los jurisconsultos que gozaban de *ius publicum* coincidían en una sentencia, esta opinión alcanza fuerza de ley, más si disienten esta permitido al juez seguir la opinión que quiera.)

¹¹ “Más unas acciones son de buena fe y otras de derecho estricto. De buena fe son estas: la de compra, de venta, de arrendamiento, de gestión de negocios, de mandato, de depósito, de sociedad, de tutela, de comodato, de prenda, de partición de herencia, de división de bienes comunes, de praescripta verbis, la que se da por lo estimado, la que compete por la permuta y la partición de herencia” (JUSTINIANO, *Institutas de Justiniano*, Libro IV, Título 6, párrafo 14)

Todas las demás acciones serían por exclusión de derecho estricto.

Que fuese un contrato de buena fe significa que; las obligaciones que genera las impone la buena fe y no vienen determinadas por la ley ni exclusivamente por lo pactado por los contratantes (por esto son interpretados según la equidad y la buena fe), que está protegida por las acciones de buena fe o *ex fide bona*, y el ejercicio de éstas da lugar a los *iudicia bonae fidei*.

Además el pretor posee amplias facultades para interpretar este tipo de contratos, se le permitía aplicar discrecionalmente su criterio, basado eso si en la equidad y la buena fe para resolver las controversias, a diferencia de lo ocurrido con los contratos de derecho estricto, en que se encontraba limitado a lo expresamente convenido o señalado por las partes o por la formula.

Esta amplitud en las potestades del pretor fue posible ya que, como se mencionó, el derecho romano clásico estaba concebido principalmente como un sistema de acciones, en que destacaba su gran capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias y permitía la solución de los variados conflictos de índole jurídica que iban surgiendo.

Se podría señalar que este sistema se retroalimentaba con las necesidades que imponía la compleja y variada realidad. La amplitud de potestades del pretor y del juez eran necesarias para resolver eficazmente los *iudicia bonae fidei*. Como se señaló anteriormente, los contratos de buena fe engendran obligaciones cuyo contenido no está determinado en forma precisa. Esto es así, aún cuando lo que se pida sea la dación de un objeto o de una cantidad determinada, ya que siempre se exigía la mención y prueba de la causa, es decir, del cumplimiento de la obligación recíproca, lo que debe quedar expresado en una *demonstratio*. Esto significa que la prestación versa sobre un *incertum: quidquid dare facere est fide bona*.¹²

¹² ARANGUI, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 3ª ed. Italiana. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965. págs. 333-334

Esta incerteza en un primer momento fue recogida en la formula: *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*. Con posterioridad se creó una formula especial para los *iudicia bonae fidei* que también contiene una *intentio in ius concepta incerta*:

Quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ¹³

Esto implica que sólo se determina el contenido de las obligaciones al momento de la revisión del contrato por el juez, quien debía atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dentro de la labor del juez se incluía revisar todas las relaciones de derecho a que el acto pudiera dar lugar y esto lo hacía ejerciendo amplias facultades.

Gayo se refiere a las amplias facultades del juez al decir:

*In bona fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.*¹⁴

También se refiere a la discrecionalidad con que cuenta el juez para dirimir el conflicto a propósito de las acciones arbitrarias:

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisficiat (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat), condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur: in rem..., in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item quum id, quod certo loco promissum est, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In

¹³ “Todo aquello que Numerium Negidium deba dar o hacer a favor de Aulo Agerio según la buena fe”.

¹⁴ “Más en las acciones de buena fe se entiende que se atribuye al juez la libre facultad para estimar, según lo bueno y lo equitativo, cuanto deba restituirse al actor.” (GAYO, *Instituta de Gayo*, libro VI, título VI, párrafo 30)

*his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo, secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*¹⁵

De acuerdo a lo expuesto acerca del tratamiento que recibían los contratos de buena fe por parte del pretor y del juez, queremos resaltar que por la esencia de este tipo de actos ambas autoridades debían considerar si se habían celebrado a causa de error, dolo o *metus* y también que las consecuencias que producen estos vicios o conductas ilícitas en la compraventa, son distintas a las que estos vicios provocan cuando se presentan en los contratos *stricto iuris* o en otros hechos de relevancia jurídica. Esto se plasma en que reciben distinto tratamiento jurídico, como revisaremos a lo largo de este trabajo, sobre todo en materia de dolo y metus pues el error contaba con una regulación bastante más desarrollada a propósito del contrato de compraventa.

4.- El error en la compraventa

Que la compraventa sea una convención, significa que es preciso que las declaraciones de las partes contratantes sean congruentes:

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam

¹⁵ “Además de esto, a ciertas acciones las llamamos arbitrarias, esto es, dependientes del arbitrio del juez, en virtud de las que debe ser condenado aquel contra quien se reclama, a no ser que al arbitrio del juez satisfaga al actor <por ejemplo, restituya la cosa o la exhiba, o pague o entregue por causa noxal un esclavo> Pero entre estas acciones las hay tanto reales como personales; personales como aquellas en que se reclama por lo que se hizo por causa de miedo o de dolo malo, y también cuando se pide lo que se prometió en sitio determinado: también la acción *ad exhibendum* depende del arbitrio del juez. En todas estas acciones, pues y en las demás semejantes, se permite al juez estimar, según lo bueno y lo equitativo, conforme a la naturaleza de cada asunto de que se ha tratado, como deba satisfacerse al actor.” (GAYO, *Instituta de Gayo*, Libro IV, título VI, párrafo 31.)

*obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*¹⁶

Diversas causas pueden incidir en que los ánimos no se junten en un mismo lugar. Las partes pueden haber creído que sus ánimos se conformaban cuando en realidad se hallaban disconformes. La causa general es, naturalmente, el error:

*Non videntur qui errant consentire*¹⁷

Bajo el supuesto de que en la celebración de la compraventa las dos declaraciones de voluntad no sean conformes la una con la otra por causa del error, el Digesto se manifiesta por la invalidez del contrato:

*In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit.*¹⁸

La falta de consentimiento, o de que los ánimos no se junten en un mismo lugar, alcanzó una especial relevancia respecto de la compraventa, motivando la preocupación de los juristas romanos especialmente por el análisis del *dissensus* que produce el error en la voluntad de las partes contratadas involucradas.

¹⁶ “La palabra convención es general, perteneciendo a todas aquellas cosas, sobre que por causa de contraer, o transigir algún negocio, consienten y se conforman aquellos que lo tratan entre sí; porque así como se dice que convienen y juntan los que de diversos lugares vienen a uno, así también se dice que se convienen los que de diversos movimientos del ánimo consienten y se conforman en uno, esto es, se conforman en un mismo parecer.” (D.2.14.1.3)

¹⁷ “Los que yerran, no parece que consienten.” (D.50.17.116.2)

¹⁸ “Al tiempo que se contraen todos los contratos, ya sea de buena fe o no, si intervino algún error, v.g. si no fue conforme la voluntad del que compra o del que toma en arrendamiento con la del que contrae con ellos, no es válido el contrato.” (D.44.7.57)

4.1.- El error como elemento de interpretación de la compraventa

Stoifi define el error como: “la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias.”¹⁹

El sistema de interpretación formal del derecho antiguo no podía, por su naturaleza, tener en cuenta el error. Sólo el derecho clásico estaba en condiciones de considerar como vicioso el negocio concluido con error y plantearse el problema acerca de su validez.

Según los romanistas Paul Jörs y W. Kunkel²⁰, los romanos: “vieron el problema del error desde un punto de vista completamente distinto del corriente entre nosotros, que seguimos la dogmática del derecho común. Para nosotros, la cuestión de los efectos del error queda fuera de la interpretación. Actualmente, sólo después que, mediante la interpretación, se ha puesto en claro el contenido de la declaración de voluntad objetiva y definitivamente, se formula el problema acerca de si este contenido se halla en pugna (involuntaria) con la voluntad negocial del declarante, o si la voluntad, aun conforme con la declaración, se basa en motivaciones defectuosas. Para los romanos, por el contrario, el error era, sobre todo, un problema de interpretación, que no formulaban así: ¿produce el error, como consecuencia, la invalidez del negocio?; sino de esta manera: ¿Puede ser tenido en cuenta el error por una amplia interpretación del

¹⁹ La ignorancia es el desconocimiento total de la realidad. Representa una pasividad del espíritu, al revés del error, que implica un estado activo, pues el que lo padece afirma algo, aunque en desacuerdo con la realidad. La ignorancia sólo se desenvuelve en el campo de la cognición y es precisamente el total desconocimiento de la realidad. El error, en cambio, se produce no sólo en la zona cognoscitiva, sino también en otras que no son de mero pensamiento: por ejemplo, hay un error de cognición si creo que un vaso de bronce es de oro; pero hay también error si habiendo vendido de acuerdo con mi intención el esclavo Estico, y sabiendo que a él se ha referido el contrato, entrego por distracción el esclavo Pánfilo. En este caso el error no se genera en el conocimiento, sino que se produce en la ejecución material del acto. A pesar de la diversidad conceptual, dentro del derecho romano el error y la ignorancia se equiparan porque producen los mismos efectos; ambos vocablos se utilizan indistintamente.

²⁰ JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Traducción de la 2º ed. Alemana, Barcelona, 1937.

negocio?; o así: ¿expresa quizá la declaración errónea, aunque sea imperfectamente, la verdadera voluntad del declarante, o es insuperable la oposición entre lo querido y lo declarado? Puesta así la cuestión, es comprensible que incluso en los casos especiales en que la jurisprudencia en materia de derecho hereditario, sobre todo del tribunal imperial, tomaba en cuenta el error en los motivos, se tendiera, no a declarar la invalidez de la disposición *mortis causa* errónea, sino a procurar rectificarla según la voluntad presunta verdadera. Consecuencia también de este criterio es la confusión del error con el disenso en el derecho contractual romano. Aclara, por último, esta concepción, el que la distinción moderna que se hace del error, en error en la motivación y en la declaración fuera vista, todo lo más, indirectamente por los romanos. Entre ellos ocupaba el primer plano de la teoría, la división del error según su objeto: si el error afectaba simplemente al nombre de la persona o de la cosa, era llamado error *in nomine*, y si a su identidad, error *in corpore*. Consideró también el caso del error acerca de la substancia de la cosa, no sobre la identidad (error *in materia* o *in substantia*). De todas estas clases de error, sólo uno llevaba en el derecho clásico a la nulidad, el error *in corpore*, pues impedía la perfección de los negocios, tanto si eran formales como simples. El mero error de nombre no invalidaba el negocio, por lo menos cuando éste era simple, con tal que las partes estuvieran de acuerdo sobre el corpus, o de que lo querido, cuando el negocio era unilateral, fuera claramente determinable. El error en la substancia era, fundamentalmente, irrelevante en el derecho clásico; pero en un caso se discutió sobre sus efectos: en el contrato de compraventa concluido por personas que tenían una falsa idea de la naturaleza del objeto. Juliano, y de acuerdo con él Ulpiano, lo resolvió declarando nulo el negocio. Marcelo, por el contrario, creía que era eficaz. Los postclásicos desfiguraron las soluciones clásicas, derivando el problema hacia el del error unilateral sobre la substancia, y con este motivo hicieron una serie de especulaciones poco felices acerca de la relevancia del error sobre la sustancia". A través del análisis de las fuentes de derecho romano veremos la aplicación que se hace de estas distintas especies de error dentro del contrato de compraventa.

Antes de adentrarnos en el estudio de las distintas clases de error, es necesario recoger una distinción fundamental que nos ofrecen las fuentes romanas, y que, aun

cuando ha llegado a reputarse bizantina, jugó un papel decisivo en la época clásica. Nos referimos a la distinción entre error de derecho (*error iuris*) y error de hecho (*error facti*).

Hay ignorancia o error de derecho cuando se desconoce la existencia o el contenido de una norma jurídica, o cuando se interpreta su significado de modo distinto al verdadero; y también cuando se aplica una norma jurídica a un hecho o una relación que no regula, o, inversamente, cuando se califica jurídicamente un hecho o una relación de manera distinta a la que conviene. Para puntualizar los efectos de esta ignorancia, los romanos tomaron como patrón el conocimiento que de las cosas tiene el hombre medio y determinaron que la ignorancia de derecho en que éste no incurría perjudicará al que en ella incurra. Exceptuaron sin embargo de esta regla a algunas personas que, por sus especiales circunstancias, no se hallaban tan rígidamente sometidas a este deber de conocer, como los menores de 25 años, las mujeres, los soldados y los aldeanos; precisando no obstante que tales personas sólo podían invocar ignorancia del derecho cuando trataran de evitar un daño, no cuando pretendieran conseguir una ventaja²¹.

Diversamente, existe ignorancia de hecho, cuando versa sobre la existencia o modo de ser de un hecho concreto que constituye la base del supuesto de hecho contenido en la norma jurídica. Este error o ignorancia, no perjudica, en principio, al que la haya sufrido, a menos que se deba a una negligencia tan extremada que le sea imputable, por haber faltado al deber normal de conocer.

4.2.- El error obstativo o impropio en la compraventa

La voluntad es de la esencia de la compraventa, pero es preciso que se exteriorice para que sea considerada por el derecho. La manifestación de voluntad está integrada por dos componentes: voluntad interna y voluntad externa o declarada; una y otra deben estar reunidas en una unidad actual, “de tal modo que la segunda no sea más que la

²¹ Para una visión más extensa del Error de Derecho: BECERRA, *La Teoría del Error en el Derecho Romano*, memoria de prueba, Universidad de Chile, páginas 26 a 31.

prolongación sensible, perceptible y percibida de la primera, y ésta la base sobre que descansa aquélla”²².

Generalmente, la voluntad y la declaración coinciden; pero hay casos en que se produce divergencia: se manifiesta una voluntad diferente de la real, ya consciente, ya inconscientemente.

Cuando hay discordancia entre la voluntad interna y la declaración surge el problema de determinar qué debe tomar en cuenta el derecho, si la voluntad interna o real o la externa declarada. La moderna doctrina formula la teoría clásica o de la voluntad real y la teoría de la declaración.

La teoría clásica o de la voluntad real, sostiene que debe estarse al querer interno, porque lo que la ley protege es la voluntad efectiva; la declaración, ante el derecho objetivo, tiene un mero valor instrumental, es un simple signo o señal exterior que sirve de medio para dar a conocer la voluntad interna. Por tanto, si ésta no se encuentra íntegramente contenida en la declaración, el acto debe declararse nulo.

Cronológicamente, es posterior la teoría contraria, la de la declaración. A su tenor, debe ampararse, en caso de divergencia, la voluntad declarada. No hay razón para conceder preponderancia a la voluntad interna, que es sólo una parte del negocio jurídico, una fase pasajera en su formación, sólo el hecho sensible tiene existencia social y jurídica, porque los hombres, en la vida de relación, se vinculan no por pensamientos recónditos, que escapan a una comprobación segura, sino por la palabra o signos externos. En consecuencia, habiendo pugna entre la voluntad interna y la declaración, debe prevalecer ésta, en la cual se fundan los derechos y las expectativas; de lo contrario, caerían por tierra los principios de seguridad y buena fe que deben presidir las relaciones jurídicas.

²² AGUILAR HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos. La voluntad jurídica en la doctrina y el Código Civil*. Buenos Aires, 1924, página 127.

En la compraventa, como en todo negocio jurídico, cabe la anomalía de que el que emita una declaración de voluntad, crea de buena fe que declara una cosa, mientras en realidad declara otra diferente a la realmente querida. Estamos pues en presencia de un error, que es llamado por la doctrina error obstativo o error impropio, que se define como un error en la emisión de la declaración de voluntad, como una falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad y su declaración.

4.2.1.- El error obstativo como anomalía del objeto de la compraventa

Para el Derecho romano, el error obstativo constituye una anomalía en el contrato de compraventa porque afecta a uno de sus elementos esenciales: su objeto, entendiendo éste como el precepto que contiene la regulación que hacen las partes de sus intereses, en orden a la función económica social típica de este contrato, consistente en dos prestaciones: la del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio, conductas que las partes se comprometen a observar y que representan la ley del negocio.

4.2.2.- Clases de error obstativo en la compraventa y sus efectos particulares

Las clases de error obstativo que recogen las fuentes de Derecho romano son el error *in corpore*, el error en el nombre, y el error en la identidad de la declaración. Cabe, por último, la posibilidad de un error obstativo en la sustancia de la cosa, pero de él nos referiremos en otro acápite, ya que en realidad afecta a la determinación causal, e implica un error propio o error en los motivos que hicieron nacer la voluntad negocial.

4.2.2.1.- Error *in corpore*

En los casos de error *in corpore*, esto es, cuando el vendedor piensa en una cosa concreta y el comprador en otra distinta, según la opinión de los juristas, no había

consenso y, por tanto, no podía haber compraventa. Respecto a esta especie de error cabe distinguir las siguientes variantes:

4.2.2.1.1.- Error en la identidad de la cosa vendida

Esta clase de error esencial importa un *dissensus* en torno a la identidad de la cosa vendida, como cuando el vendedor entiende que la venta recae sobre el fundo Semproniano y el comprador, sobre el fundo Corneliano. En este sentido, Ulpiano señala:

*Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.*²³

Distinguiendo el *error in corpore* del *error in nomine*, Ulpiano agrega en el primer párrafo del mismo fragmento:

*Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio, nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*²⁴

4.2.2.1.2.- Error en el precio de la venta (*error in pretio*)

El error también puede recaer en el precio de la venta, como cuando el vendedor entiende vender el fundo Corneliano por un determinado precio y el comprador entiende comprarlo en una cantidad menor. Este *error in pretio* constituye una especie de *error in*

²³ “Si yo creo que compro el fundo Corneliano y tú crees que me has vendido el Semproniano, como disintimos en el objeto, la compra es nula. Lo mismo ocurre si yo creía venderte el esclavo Estico, y tú que te vendía el esclavo Pánfilo, que estaba ausente, pues cuando se disiente en el objeto, es evidente que la compra es nula.” (D.18.1.9)

²⁴ “Claro que, si disintiésemos en el nombre, pero constase el objeto, no hay duda que vale la compraventa; nada influye el error en la denominación cuando hay acuerdo en el objeto” (D.18.1.9.1)

corpore y es igualmente esencial. A este respecto, nuevamente es Ulpiano quién nos señala:

*In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est.*²⁵

Sin embargo, creemos que el *error in pretio* no producirá la nulidad del contrato en el evento de que, habiendo consenso sobre la cosa, el comprador crea haber convenido un precio superior, pues aquí entra en juego el principio que atiende a la voluntad de las partes según la posición que ocupen en el contrato. Se distingue entre la voluntad de ser deudor y la de ser acreedor: la primera implica la voluntad de responder del contenido de la deuda, mientras que la segunda supone la confianza del acreedor en que el deudor cumplirá su obligación. Naturalmente, la deuda surge hasta el límite de tal confianza, por lo cual si el acreedor confía sólo en cinco y el deudor entendió obligarse hasta diez, a pesar de la disconformidad en este punto, nace la obligación por dichos cinco, porque se respeta la confianza del acreedor y porque si el deudor entendió obligarse por más, con mayor razón querrá obligarse por menos.²⁶ Estos principios fluyen del Digesto:

*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.*²⁷

²⁵ “Es manifiesto que en las compras y en las ventas debe interceder el consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, ya en el precio ya en otra cosa, la compra es imperfecta” (D.18.1.9)

²⁶ En los contratos unilaterales la solución no es la misma, pues recibe aplicación el adagio que estima comprendido en lo mayor la cantidad menor (*quod magis est, minus in se continet*), y por tanto, existe consentimiento en la suma más pequeña y no en la más grande. Dice Ulpiano: “Si estipulé diez y tú respondieses prometiéndome veinte, se contrae obligación sólo en los diez; por el contrario, si estipulando veinte me prometiste sólo diez, la obligación sólo se contrae por diez; pues aunque se debe concordar en la cantidad, también es cierto que en los veinte están comprometidos los diez” (D.45.1.1.4)

²⁷ “Si te arrendara un fundo en diez mil sestercios y tú crees que has tomado el arriendo en cinco mil, el contrato es nulo; pero si yo entendiese que lo arrendaba en menos y tú que lo tomabas en más, ciertamente el arriendo no será en más que lo que yo pensé” (D.19.2.52)

4.2.2.1.3.- Error en una cosa accesoria

Habiendo acuerdo sobre la cosa principal, el error que recae en la identidad de los accesorios de la cosa vendida no invalida el contrato de compraventa, cualquiera sea el valor de lo accesorio en relación a lo principal. Este es el criterio de Paulo, con cita de Labeón, que recoge el Digesto:

Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit cum de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat: sed Labeo ait eum stichum deberi quem venditor intellexerit., nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur.²⁸

El fundamento de la solución ha dado margen a discusiones; pero predomina el criterio que justifica la decisión por la naturaleza genérica de la cosa debida: la determinación de ésta debe quedar a cargo del deudor y como éste, en el texto, es el vendedor, le corresponde a él decidir cuál de los Esticos entregará.²⁹

4.2.2.1.4- Error in quantitate

El error in quantitate, referido a un objeto, nunca es esencial. Por tanto, no afecta la validez de la compraventa.

²⁸ “Cuando en la compra de un fundo se dijo que se añadía el esclavo Estico y no se entiende cuál entre varios de éstos se agregó, porque el comprador pensaba en uno y el vendedor en otro, no obstante consta que es válida la venta del fundo. Dice Labeón que se debe aquel esclavo Estico en que pensaba el vendedor, y no importa la cuantía de la cosa accesoria, ya signifique ésta mas que la principal, ya menos, pues con frecuencia compramos algunas cosas a causa de las accesorias, como cuando se compra una casa debido a los mármoles, estatuas y pinturas de la misma” (D.18.1.34)

²⁹ MOLITOR, *Les obligations en Droit Romain*, París, 1851, página 142; SCIALOJA, *Negocios Jurídicos*, traducción de la 4ª edición italiana, 1942, página 236; BECERRA, *La Teoría del Error en el Derecho Romano*, Santiago de Chile, página 35.

El error in quantitate está especialmente referido al error en la cabida de los fundos vendidos. Esta especie de error no anula la venta, como afirmamos anteriormente, y si la medida es inferior a la indicada en la compraventa, el precio deberá disminuirse en proporción a lo que falta.

A este respecto, Paulo señala:

*Si modus agri minor inveniatur pro numero iugerum auctor obligatus est, quia, ubi modus minor invenitur, non potest aestimari bonitas loci qui non exstat. sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius, ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur: ideoque his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio.*³⁰

Si la situación se presenta a la inversa, esto es, si el vendedor promete por error más de lo que pretende el comprador, la compraventa será válida hasta el límite de la cantidad menor.

4.2.2.2.- Error in nomine.

Si sólo se yerra en el nombre de la cosa vendida y comprada, existiendo pleno acuerdo entre el vendedor y comprador acerca del precio y cosa vendida, *corpus* y *sustantia*, no se afecta la validez del contrato, si consta su identidad. En este sentido, Ulpiano nos señala:

*Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*³¹

³⁰ “Si la medida de un campo resultase menor, el vendedor queda obligado por el número de yugadas, pues, cuando la medida resulta menor, no puede estimarse la calidad del lugar que no existe. Pero no solo puede demandarse contra el vendedor, si la medida de todo el campo es menor, sino también si alguna parte de aquél resultase menor; por ejemplo, si se dijo que había tantas yugadas de viña o de olivos, y resultan menos; en estos casos, por consiguiente, se hará la estimación en relación a la calidad del terreno” (D.19.1.4.1)

³¹ “Claro que, si disintiésemos en el nombre, pero constase el objeto, no hay duda que vale la compraventa; nada influye el error en la denominación cuando hay acuerdo en el objeto” (D.18.1.9.1)

En este mismo sentido, el Digesto señala:

*Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus: sed si in corpore erravit, non debebitur. quod si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.*³²

Esta diferencia de tratamiento entre el error en el nombre de las personas y en el de las cosas, se ha tratado de explicar por la influencia de la filosofía estoica, que consideraba el nombre de los hombres como algo accidental y el de las cosas como algo inherente a su naturaleza misma, que afectaba a su esencia. Por eso los jurisconsultos romanos no habrían concedido trascendencia al error en el nombre de la persona; pero sí al que recaía en el de las cosas, que traía aparejada la nulidad de la declaración de voluntad. Así, el error sobre la identidad de la persona solo anulaba el contrato si la referida persona fuera esencial para la celebración del negocio mismo, la compraventa romana.

4.2.2.3.- Error en la identidad de la declaración

Finalmente, dentro de las clases de error impropio u obstativo se encuentra el caso del error sobre la identidad de la declaración en su totalidad, que se produce cuando la declaración se hace constar en un documento, y se incurre en el error de cambiar la declaración realmente emitida, sustituyéndola por otra distinta. En tal supuesto, el negocio es nulo:

³² “Si alguno erró en el nombre del fundo, y señaló el Corneliano por el Semproniano, se deberá éste; pero si se erró en el cuerpo, no se deberá, como si alguno queriendo legar un vestido, dijo una alhaja, creyendo que bajo el nombre alhaja se comprendía el vestido: dice Pomponio que no se debe el vestido. De manera que si se yerra en el nombre de las personas (caso del fundo de Cornelio por el de Sempronio), el acto vale; pero si se yerra en el nombre de la cosa (caso del vestido por la alhaja), el acto es ineficaz, porque los nombres de las cosas son mutables, y los de los hombres, variables” (D.30.1.4)

*si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constituisse procul dubio est. * diocl. et maxim. aa. et cc. victori. * <a 294 d. xiii k. ian. cc. cons.>³³*

En este caso la solución encuentra razón suficiente en las circunstancias mismas: el haber mandado redactar un documento, que justifica la negligencia de no leer el que es presentado y la confianza que inspira al que firma el que trae el documento.

4.2.3.- Comentarios sobre los efectos del error obstativo en la compraventa

El error obstativo implica, según señalamos, una divergencia entre la voluntad y su declaración, o mas precisamente, según lo entendía el Derecho romano clásico, una divergencia entre el valor y el sentido que el sujeto da a la declaración que emite, y el valor y sentido que tal declaración tiene objetivamente considerada. Tal como revisamos, en el Derecho romano para establecer los efectos que podía producir tal divergencia en el contrato de compraventa, era preciso establecer previamente cual era el significado que debía darse objetivamente al acto, pues sólo así era posible puntualizar si el sujeto había apreciado o valorado exactamente su significación. Ello implicaba un problema de interpretación del negocio jurídico. Una vez establecida la valoración objetiva del acto, la divergencia en que podría haber incurrido la parte en esa valoración producía efectos muy limitados, por cuanto el destinatario de la declaración debía ser protegido por el ordenamiento jurídico al dar a aquella declaración el valor que objetivamente tenía.

Tal divergencia podía presentar dos supuestos. El primero, que ambas partes hayan incurrido en error obstativo, es decir, que se trate de un error bilateral, a causa de que

³³ “Si aquel con quien hablas te persuade para que suscribas un documento de compraventa escrito para ti que habías mandado redactar uno de arrendamiento y lo firmas sin releerlo, por confiar en quien te lo presentaba, ninguno de los dos contratos se entiende celebrado, por faltar el consentimiento en uno y en otro.” (JUSTINIANO, obra citada, libro IV, título 5, ley 22.)

cada una de las partes ha atribuido a su declaración un valor y sentido distinto del que objetivamente tiene. Los efectos de este error variaban según las distintas posibilidades que podían ofrecerse, y que fueron señaladas en los párrafos anteriores. En términos generales cuando el error era bilateral se hacía imposible la identificación del objeto sobre el que versaba la compraventa, ésta era nula para el derecho clásico. El segundo supuesto es el del error unilateral, es decir, el que tiene lugar cuando sólo una de las partes ha atribuido a su declaración un valor y sentido distinto del que objetivamente tiene. En el derecho clásico si este error no es fácilmente reconocible por la otra parte, el negocio es válido, pues ella no debe soportar las consecuencias de la negligencia o ignorancia en que incurrió la otra. Si ese error es conocible, no anula el negocio, porque la parte que debió conocer el error, y no lo hizo saber a la otra, ha de soportar las consecuencias de esta omisión.

4.3.- El error propio en la compraventa

El error propio entraña una anomalía enteramente distinta del error en la declaración ya señalado (error obstativo o impropio). En efecto, el error propio afecta a los motivos que han impulsado a una persona a realizar la compraventa, es decir, es un error que recae sobre aquéllas circunstancias de hecho o de derecho cuyo falso conocimiento ha servido de base para la formación de la voluntad; en cambio, el error obstativo o impropio, según señalamos, es un error en la declaración de voluntad, que se ha formado normalmente después de una exacta apreciación de las circunstancias que en el caso concurren, pero se ha expresado inadecuadamente. De modo diverso, el error propio repercute en la voluntad misma, en el proceso de su gestación, aun cuando esta voluntad, viciada en su origen, se haya expresado adecuadamente. Por ello, en el error impropio existe una voluntad aparente (lo externamente manifestado), mientras que en el error propio, en cambio, la voluntad real y la aparente coinciden, pero debajo de la voluntad real existe una voluntad presunta: la que hubiera nacido si el agente no se hubiera equivocado al apreciar las circunstancias.

Consecuencia de todo esto es que, en cuanto a su relevancia, los objetos sobre que recaen los errores propio e impropio son también distintos, este, según ya expusimos, puede recaer sobre el nombre (de la cosa o la persona), sobre la identidad de una u otra, o sobre la declaración de voluntad tomada en su integridad, es decir, sobre las distintas modalidades externas de la declaración de voluntad; el error propio, en cambio, para tener relevancia, ha de recaer en una circunstancia que constituya un presupuesto o un elemento esencial del negocio que sea capaz de viciar la voluntad.

4.3.1.- El error propio como anomalía de la causa de la compraventa en su aspecto subjetivo

La causa de la compraventa puede definirse en dos aspectos distintos: el objetivo y el subjetivo. Objetivamente, la causa es la función económico social típica del contrato. Subjetivamente, la causa es el último y más genérico motivo que persiguen las partes al contratar, y coincide por tanto con la función económico social propia de la compraventa.³⁴

³⁴ Para el antiguo derecho romano la causa era el conjunto de las formalidades que le daban eficacia jurídica a los contratos llamados formales o solemnes. Atendíase, en ellos, exclusivamente, al cumplimiento estricto de la forma o elementos sacramentales de que los revestía el derecho civil para su validez, de donde resultaba que era bastante que tal requisito apareciese cumplido para que el contrato tuviera causa, sin atender para nada, a la intención de los contratantes. Este concepto primitivo cambió con el transcurso de los tiempos, cuando a su vez la base formalista de los contratos del *ius civilis*, se cambió por el consentimiento, que era la del *ius gentium*. Y fue así como la *causa civilis*, que en la forma primitiva del *nexum*, en la *stipulatio*, y en la *litterarum obligatio*, consistía solamente en una formalidad extrínseca y sacramental, sin entrar de modo alguno el acuerdo de voluntad de los contratantes, pasó a materializarse en los contratos llamados reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), con la entrega de la cosa, objeto del contrato, y a intelectualizarse, por último, en los contratos innominados, primero, y en los consensuales después, sin llegar hasta los *nuda pacta*, para constituir, en definitiva, el núcleo de la teoría jurídica de la causa, que, en el fondo, no era sino lo que las partes habían tenido en mira al contratar, capaz por sí sola para justificar el por qué debía tener el contrato consecuencias jurídicas. De aquí la diferencia entre el simple motivo que explica la sola adquisición de la cosa, objeto del contrato, y el motivo que explica el por qué se obliga el deudor en derecho al cumplimiento de una obligación. De aquí también la diferencia entre el objeto y la causa, o lo que es lo mismo entre el *quid debetur* y el *cur debetur*. En la compraventa, por ejemplo, el objeto del contrato era la cosa que el vendedor vendía y que el comprador adquiría. En ese mismo contrato la causa era diferente, y consistía: para el comprador, en pagar el precio estipulado, precisamente porque a cambio de él recibía del vendedor la cosa comprada, y viceversa. De modo que en los contratos bilaterales, las obligaciones de los contratantes les servían recíprocamente de causa. Este mismo concepto de la causa, que de formalista y técnico que fue en los primeros tiempos de Roma, pasó a ser filosófico y abstracto en el derecho clásico, nos conduce a explicarnos las consecuencias jurídicas que se derivaban de ambos conceptos en el derecho romano. Bastaba que en la estipulación, por ejemplo, no fuera concordante la respuesta del deudor con la pregunta del acreedor, para que, sin más examen, llegase el Juez a la conclusión de que el contrato no

Existen diversas anomalías que pueden afectar a la causa de la compraventa, tanto en su aspecto objetivo como en su aspecto subjetivo.

Afectan a la causa de la compraventa en su aspecto objetivo aquellos supuestos en los que existe una divergencia consciente entre la función económica social típica del negocio (causa objetiva) y el fin práctico perseguido por las partes (causa subjetiva). Exteriormente, la compraventa aparece dotada de su causa típica, pero esta apariencia externa se halla en contradicción con el fin que mediante ella persiguen las partes. Los dos supuestos en que se presenta esta anomalía son la compraventa celebrada con el fin de simular y de imitar un negocio de naturaleza diversa.³⁵

En su aspecto subjetivo, la causa en la compraventa es, como ya se indicó, el último y más genérico motivo que las partes persiguen al contratar, y coincide por tanto con la función económica social que es propia de este negocio. Ello exige que las partes quieran realmente el fin específico del negocio, con voluntad consiente y libre. En consecuencia, constituirán vicios de la compraventa aquellas circunstancias que

tenía existencia legal, por faltarle la causa. Podía suceder que la intención de los contratantes fuera la misma sin discrepancia alguna. Esta circunstancia no se tomaba en cuenta, el contrato carecía de causa, y era jurídicamente nulo, de acuerdo con el rigorismo del derecho civil. En el derecho clásico no era así: el consentimiento de los contratantes era el elemento que predominaba, como signo que era de la voluntad y de la intención de los contratantes, y para que ese consentimiento surtiera efectos legales, considerado desde el punto de vista de la causa, lo que se requería era, simplemente, que tuviera un fin lícito, porque si no lo tenía, el contrato era tenido por nulo. (SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*, editorial José Espasa, traducción de Juan de Dios Ríos Trías, Barcelona, página 20 y siguientes; RODRÍGUEZ, *Elementos de Derecho Romano*, tomo II, editorial lit. y tip. del Comercio, Caracas, 1928, página 232 y siguientes; OURIAL y MALAFOSE, *Derecho Romano Francés Histórico*, tomo I, editorial Bosch, traducción de Manuel Fairén, Barcelona, 1960, página 287 y siguientes)

³⁵ La simulación es “la declaración de un continente de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo” (FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1931, páginas 59 y siguientes). La simulación puede ser absoluta, cuando no se quiere en realidad concluir negocio alguno, y relativa, cuando no se quiere el que aparentemente se realiza (llamado negocio simulado u ostensible), pero sí otro de contenido diverso (negocio disimulado u oculto): por ejemplo, se finge una compraventa a vil precio para disfrazar una donación. La compraventa que se realiza públicamente es, en este caso, el negocio ostensible o simulado, y la donación, el disimulado u oculto. Por su parte, el negocio imitado representa casos de aplicación de formas jurídicas o actos jurídicos formales (como la *in iure cessio*) a supuestos distintos de aquellos para que fueron creados. Los efectos de tales actos son queridos en el negocio imitado, lo que no ocurre en los simulados (JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, traducción de la 2ª ed. Alemana, Barcelona, 1937, página 152, nota 5).

influyan decisivamente en la formación de esa voluntad, haciéndola nacer, cuando hubiera sido deseable que no hubieran ejercido influjo alguno. Así, constituyen vicios de esta clase el error, es decir, un falso conocimiento de una situación de hecho o de derecho, ya que si hubiera conocido exactamente esta situación no hubiese concertado el negocio; el dolo y el miedo, que determinan a querer el negocio no dejando a la voluntad que opere libremente.

Para el antiguo derecho romano la causa era el conjunto de las formalidades que le daban eficacia jurídica a los contratos llamados formales o solemnes. Atendíase, en ellos, exclusivamente, al cumplimiento estricto de la forma o elementos sacramentales de que los revestía el derecho civil para su validez, de donde resultaba que era bastante que tal requisito apareciese cumplido para que el contrato tuviera causa, sin atender para nada, a la intención de los contratantes.

Este concepto primitivo cambió con el transcurso de los tiempos, cuando a su vez la base formalista de los contratos del *ius civilis*, se cambió por el consentimiento, que era la del *ius gentium*. Y fue así como la *causa civilis*, que en la forma primitiva del *nexum*, en la *stipulatio*, y en la *litterarum obligatio*, consistía solamente en una formalidad extrínseca y sacramental, sin entrar de modo alguno el acuerdo de voluntad de los contratantes, pasó a materializarse en los contratos llamados reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), con la entrega de la cosa, objeto del contrato, y a intelectualizarse, por último, en los contratos innominados, primero, y en los consensuales después, sin llegar hasta los *nuda pacta*, para constituir, en definitiva, el núcleo de la teoría jurídica de la causa, que, en el fondo, no era sino lo que las partes habían tenido en mira al contratar, capaz por sí sola para justificar el por qué debía tener el contrato consecuencias jurídicas. De aquí la diferencia entre el simple motivo que explica la sola adquisición de la cosa, objeto del contrato, y el motivo que explica el por qué se obliga el deudor en derecho al cumplimiento de una obligación. De aquí también la diferencia entre el objeto y la causa, o lo que es lo mismo entre el *quid debetur* y el *cur debetur*. En la compraventa, por ejemplo, el objeto del contrato era la cosa que el vendedor vendía y que el comprador adquiriría. En ese mismo contrato la causa era diferente, y

consistía: para el comprador, en pagar el precio estipulado, precisamente porque a cambio de él recibía del vendedor la cosa comprada, y viceversa. De modo que en los contratos bilaterales, las obligaciones de los contratantes les servían recíprocamente de causa. Este mismo concepto de la causa, que de formalista y técnico que fue en los primeros tiempos de Roma, pasó a ser filosófico y abstracto en el derecho clásico, nos conduce a explicarnos las consecuencias jurídicas que se derivaban de ambos conceptos en el derecho romano. Bastaba que en la estipulación, por ejemplo, no fuera concordante la respuesta del deudor con la pregunta del acreedor, para que, sin más examen, llegase el Juez a la conclusión de que el contrato no tenía existencia legal, por faltarle la causa. Podía suceder que la intención de los contratantes fuera la misma sin discrepancia alguna. Esta circunstancia no se tomaba en cuenta, el contrato carecía de causa, y era jurídicamente nulo, de acuerdo con el rigorismo del derecho civil. En el derecho clásico no era así: el consentimiento de los contratantes era el elemento que predominaba, como signo que era de la voluntad y de la intención de los contratantes, y para que ese consentimiento surtiera efectos legales, considerado desde el punto de vista de la causa, lo que se requería era, simplemente, que tuviera un fin lícito, porque si no lo tenía, el contrato era tenido por nulo.

4.3.2.- Clases de error propio en la compraventa y sus efectos particulares

Las clases de error propio que recogen las fuentes de Derecho romano son el error en los presupuestos necesarios de la compraventa, consistentes en la capacidad jurídica de obrar de las partes, la idoneidad del objeto y la legitimación de las partes para el celebrar la compraventa como negocio concreto; el error en las cualidades esenciales de la persona y de la cosa, y el error en las cualidades accidentales.

4.3.2.1.- Error en los presupuestos necesarios de la compraventa

La libertad de que gozan las partes, en virtud de la autonomía privada, permite que las partes en un contrato de compraventa integren el contenido del negocio de la forma mas conveniente a sus intereses, regulándolos como juzguen necesario para la consecución de la función económico social que persiguen. El Derecho objetivo acepta esta regulación privada acordada por las partes, y le otorga sanción jurídica, pero exige para ello que se den ciertos presupuestos, sin los cuales, ni otorga tal sanción, ni propiamente puede decirse que existe compraventa. Estos presupuestos son (1) la capacidad jurídica de obrar de las partes, (2) la idoneidad del objeto y (3) la legitimación de las partes para el celebrar la compraventa como negocio concreto.

El error sobre los presupuestos del negocio puede consistir:

(1) En creer que existe tal presupuesto, cuando en realidad no existe. En este caso, el negocio es nulo, pero no tanto por el influjo del error, como por faltar el presupuesto necesario del negocio:

*Si rem meam mihi ignorantem vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium neum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.*³⁶

(2) En creer, inversamente, que no existe el presupuesto, cuando existe en realidad. Ello constituye un error de hecho, y para puntualizar sus efectos es necesario preguntarse ¿éste error tiene fuerza bastante para dejar subsistente la voluntad de realizar el negocio, o la excluye? los romanos contestaron a esta cuestión distinguiendo las diferentes clases de negocios.

³⁶ “Si tú me hubieses vendido una cosa mía, ignorándolo yo, y con mi autorización la entregases a un tercero, Pomponio no cree que se transmita mi propiedad, porque no fue esta mi intención sino que, como si fuera tuya, la propiedad pasase al tercero; por ello, también si me quieres donar una cosa de mi propiedad y con mi autorización la entregas a un tercero, habrá de decirse lo mismo”. (D.18.1.15.2)

Cuando se trata de negocios que sirven de causa a otro negocio adquisitivo, la creencia de que falta un presupuesto necesario que en realidad existe, se estima que no excluye la voluntad de realizar el negocio causal, y este es válido y produce íntegramente sus efectos causales. Así, el que compra una cosa a un vendedor creyendo que éste no es propietario de ella, siéndolo en realidad, realiza un acto válido, ya que el contrato de compraventa es un negocio que persigue, no la adquisición de la propiedad, sino la posesión pacífica y permanente de una cosa, con la posibilidad de usucapirla a ella inherente, por ello, la creencia errónea de que el vendedor no es el dueño de la cosa comprada no excluye la voluntad de concertar el contrato de compraventa:

*Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*³⁷

*Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit. idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. est est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset.*³⁸

³⁷ “Cuando se ignora que el vendedor era propietario de la cosa, vale más la realidad que lo que se piensa, y por ello, aunque se crea comprar de uno que no es propietario, sin embargo, si el propietario le entrega la cosa, él se hace propietario.” (D.22.6.9.4)

³⁸ “Si la compra se ha hecho bajo condición, no puede el comprador usucapir mientras esté pendiente la condición; y si piensa que se ha cumplido la condición que todavía no se ha cumplido, se asemeja al que piensa que ha comprado; viceversa, si se cumplió y no lo sabe, cabe decir que sí puede usucapir, conforme a la opinión de Sabino, el cual atiende más a la realidad que a lo que se piensa. Pero hay alguna diferencia: pues, si el comprador cree que es ajena una cosa que es del vendedor, tiene ya conciencia de ser comprador, pero cuando piensa que no se ha cumplido todavía la condición no piensa haber comprado nada. Y más claramente puede preguntarse si no cesa la usucapición cuando el difunto había comprado algo y se hace la entrega a un heredero que no sabe que el difunto lo había comprado, sino que se cree que se le hace la tradición por otra causa.” (D.41.4.2.2)

De igual manera, si el vendedor cree que vende una cosa ajena, pero realiza la entrega en tiempo en que el propietario ha ratificado la venta, el comprador adquiere mediante la traditio la propiedad de la cosa comprada:

*Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum hebet, traditionis tempus inspiciendum remque meam fieri.*³⁹

Constituye el principio fundamental sobre el que se asienta esta solución, el de que hay que atender más a la realidad de las cosas que a la opinión que las partes tengan sobre ella;

*Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit. idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset.*⁴⁰

³⁹ “Consta que si me vendes una cosa ajena teniendo yo conocimiento de que lo es, pero me la entregas en el momento en que el propietario ha ratificado aquella venta, debe atenderse al momento de la tradición, y la cosa se hace mía” (D.41.3.44.1)

⁴⁰ “Si la compra se ha hecho bajo condición, no puede el comprador usucapir mientras esté pendiente la condición; y si piensa que se ha cumplido la condición que todavía no se ha cumplido, se asemeja al que piensa que ha comprado; viceversa, si se cumplió y no lo sabe, cabe decir que sí puede usucapir, conforme a la opinión de Sabino, el cual atiende más a la realidad que a lo que piensa. Pero hay alguna diferencia: pues, si el comprador cree que es ajena una cosa que es del vendedor, tiene ya conciencia de ser comprador, pero cuando piensa que no se ha cumplido todavía la condición no piensa haber comprado nada. Y más claramente puede preguntarse si no cesa la usucapición cuando el difunto había comprado algo y se hace la entrega a un heredero que no sabe que el difunto lo había comprado, sino que se cree que se le hace la tradición por otra causa” (D.41.4.2.2)

*Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*⁴¹

4.3.2.2.- Error en las cualidades esenciales de la persona

Por lo que respecta a las cualidades esenciales y características de la persona, se considera especialmente el caso en que, después de haber sido identificada, es sustituida dolosamente por otra al concluir el negocio. En este supuesto, el negocio es nulo. En cambio, en los casos en que no sea esencial la cualidad de la persona para su identificación, el error sobre su cualidad se considera irrelevante:

*Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore abibitur a priore emptione. idem et de servo alieno: aliter atque si servo suo vel filio, quem in potestate habet, vel dominio rei per errorem id addixerit, quia non est emptio his casibus. quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se hebebit et erit hic similis egenti.*⁴²

4.3.2.3.- Error en las cualidades esenciales de la cosa (Error in Sstantia)

Para los juristas romanos el error en las cualidades de la cosa, en principio, no impedía el consenso entre el vendedor y el comprador en cuanto a la cosa vendida y comprada, estimándose que la atención de las partes sobre tales cualidades era un motivo interno irrelevante para el consentimiento.

⁴¹ “Cuando se ignora que el vendedor era propietario de la cosa, vale más la realidad que lo que se piensa, y por ello, aunque se crea comprar de uno que no es propietario, sin embargo, si el propietario le entrega la cosa, él se hace propietario” (D.22.6.9.4)

⁴² “Si un pupilo, sin autorización del tutor, hubiese comprado por mayor precio, si el vendedor lo consiente, se deshará la anterior compra. Lo mismo si se adjudicase a favor de un esclavo ajeno; pero no si se hubiese adjudicado por error a un esclavo o a un hijo que se tiene en potestad, o al dueño de la cosa, porque en estos casos no hay compra. Pero si se hubiese hecho la adjudicación a un esclavo ajeno, al cual se juzgaba libre, será al contrario, se equipará al insolvente.” (D.18.2.14.3)

Lo anterior tenía su excepción cuando el error sobre las cualidades esenciales de la cosa implicaba, por su trascendencia, una falsa identificación de ella.

No es fácil, sin embargo, precisar cuándo el error sobre las cualidades esenciales de la cosa implica, por su trascendencia, una falsa identificación.

A partir de Ulpiano, los romanos no dieron a la voz sustancia un contenido puramente formal, sino más bien funcional y final, mirando sobre todo al destino económico social de la cosa y sentando el criterio de que no había error sobre la sustancia cuando los defectos de ésta no fueran de tal entidad que impidieran seguir llamando a la cosa por su nombre.⁴³

Así, no existe error sobre la sustancia si se compra oro bajo, en lugar de oro fino (Ulpiano, D.18.1.14), o vino agriado en lugar de vino en buenas condiciones (Ulpiano, D.18.1.9.2), o vestidos usados en lugar de nuevos (Marciano, D.18.1.45), e, incluso, según Paulo, cuando se compran mesas de madera común, creyendo que son de madera de cedro (D.19.1.21.2); pero en estos casos existe un derecho a indemnización de los perjuicios derivados del menor valor de la cosa comprada (Marciano, D.18.1.45).

⁴³ Diversos criterios existen para determinar qué debe entenderse por cualidades sustanciales. (1) La opinión más antigua y simple dice que son cualidades sustanciales las que se refieren a la materia de que se compone el objeto, a la composición química de éste; todas las demás serían simples cualidades. Así, si en vez de oro el objeto es de otro metal, el error sería sustancial; pero si se trata de una mera cualidad de la cosa, como si el caballo es negro en lugar de blanco como se creía, el error es simplemente *in qualitate*. (2) Según otra teoría objetiva, pero ya en otro sentido, y que es la de Savigny, cualidades sustanciales son aquellas que, de acuerdo con las ideas dominantes en la vida práctica hacen que una cosa pertenezca a una categoría de objetos más bien que a otra. Dice Savigny: "El error acerca de una cualidad de la cosa es esencial (sustancial) desde que, según las ideas admitidas en las relaciones de la vida real, la cualidad falsamente supuesta coloca la cosa en otra clase de objetos que aquella de que formaba parte. Por esto la diferencia de la materia no es una condición necesaria ni suficiente siempre, y la expresión "error in sustantia" es desde este momento una designación impropia" (SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo II, traducción al castellano, Madrid, 1879, página 336). (3) una teoría subjetiva afirma que son cualidades sustanciales las que como tales han sido consideradas por las partes, aunque en realidad no lo sean. (4) Finalmente, la teoría ecléctica, que reúne todos los criterios anteriores y algunos con cierta modificación, establece que serían cualidades sustanciales las que forman la naturaleza misma de la cosa, como es la materia, o aquellas que, según el concepto de la vida práctica, hacen que la cosa pertenezca a una determinada categoría de objetos; pero también serían sustanciales las cualidades que tienen una importancia tan sólo subjetiva para él que cree en el error, cuando han sido queridas como tales, y ese querer es conocido o ha podido ser conocido por la otra. (BECERRA, *La Teoría del Error en el Derecho Romano*, Memoria de prueba, Universidad de Chile, páginas 35 y 36,

En cambio, se estima que hay error en la sustancia cuando se compra cobre en lugar de oro, plomo en vez de plata, vinagre en lugar de vino (Ulpiano, D.18.1.9.2); una esclava, en lugar de un esclavo (Ulpiano, D.18.1.11.1).

Los romanistas Paul Jörs y W. Kunkel señalan que para el derecho clásico sólo el *error in corpore* obstaba a la validez de la compraventa, siendo irrelevante para este efecto el error en las cualidades de la cosa, incluso cuando revestían el carácter de sustancial. Será a partir del jurista Salvio Juliano, en opinión de Fritz Schulz, cuando comenzará a prevalecer la doctrina de que si ambas partes incurrieran en error sobre una cualidad esencial de la cosa vendida, el contrato era nulo.

En efecto, Juliano esboza por primera vez la respuesta de la nulidad de la compraventa a la cuestión del error sobre la materia de la cosa vendida o *error in materia*, como cuando se vendía una mesa creyendo las partes que era de plata maciza, siendo en realidad sólo plateada.

Combatida sin éxito por Marcelo, partidario de la vieja doctrina, que tenía únicamente en cuenta el *error in corpore*, la solución de Juliano fue extendida definitivamente por Paulo y Ulpiano.

La cuestión mas importante que planteaba la doctrina esbozada por Juliano era, sin duda, la de determinar qué cualidades eran esenciales y qué otras no. El alto grado de incerteza y la confusión sobre las normas referentes a la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos, que implicaban la solución casuística de Juliano, sin duda hubieran hecho prevalecer la posición disidente de Marcelo si no hubiese mediado el genio de Ulpiano, quién subordinó el problema del *error in materia* al del *error in sustantia*. Valiéndose del concepto de *sustantia* (en griego *oysía*), Ulpiano esbozó un patrón de solución abstracto al problema de la esencialidad de las cualidades de la cosa, cuya aplicación se ampliaba desde la materia de la cosa hacia todas sus cualidades, acotando al mismo tiempo los espacios abiertos a la casuística.

En efecto, la doctrina del *error in materia* sostenida por Juliano es abordada por Ulpiano desde el punto de vista del error sobre las cualidades sustanciales de la cosa, entendiendo éstas como las que hacen que la cosa pertenezca a una categoría de cosas más que a otras, atendidas las ideas dominantes en la vida práctica. Cuando las cualidades de la cosa son de tal modo características, el error sobre ellas implica una falsa identificación de la cosa. En este evento la compraventa es nula porque en realidad se está ante un caso paralelo al del error obstativo.

Este tratamiento fue adoptado especialmente en los contratos de buena fe, como la compraventa, pues en los de derecho estricto el error en la sustancia no anulaba el negocio, siempre que hubiera consentimiento respecto de la identidad de la cosa.

Tampoco a todos los contratos de buena fe se aplicó el mismo criterio, pues Ulpiano sostiene que el contrato de prenda es válido aun cuando haya error sobre la sustancia de la cosa, quizá porque en este caso el perjuicio resultante del menor valor de la cosa recae sobre la persona que únicamente obtiene ventajas del negocio, y que, por ello, tiene siempre interés en su validez:

Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui debet, praeter stellionatum quem fecit. ⁴⁴

Por su parte el jurista Paulo, que se desempeñó junto a Ulpiano en los cargos de asesor de Papiniano en la época de Severo y Caracalla, y de Prefecto del Pretorio en la época de Alejandro Severo, incorpora a la doctrina del error in substantia formulada por Ulpiano el principio que establece que la nulidad de la compraventa por error in substantia tendrá lugar sólo en el evento de que la concurrencia de tal error impida superar la oposición

⁴⁴ “En cambio, si al pignorar un objeto de bronce declaró que era de oro y como tal lo hubiera pignorado, hay que ver si quedó obligado en prenda el objeto de bronce y si se considera pignorado porque hubo consentimiento respecto al objeto, que es lo más probable: pero el pignorante quedará obligado por la acción pigneraticia contraria, aparte del estelionato que cometió.” (D.13.7.1.1.2)

entre lo querido y lo declarado por las partes mediante una amplia interpretación del negocio, atendiendo a la voluntad de las partes en razón de la posición que ocupan en el contrato. Bajo este supuesto, en múltiples casos la compraventa valía aunque el error in substantia existiese. Como ya señalamos a propósito del error in negotio, la idea de que quién quiere lo más quiere lo menos, en relación con la posición respectiva de las partes en la compraventa, guió a los jurisconsultos romanos para dar a cada caso la solución que evitaba el daño injusto. Los romanos distinguieron entre la voluntad de ser deudor y la de ser acreedor: la primera implicaba la voluntad de responder del contenido de la deuda, mientras que la segunda suponía la confianza del acreedor en que el deudor cumpliría con su obligación. Si Cayo se obligaba como vendedor a entregar una cosa que cree es de bronce, cuando realmente es de oro, el error in substantia será esencial y no valdrá el contrato. En cambio, si Marco compra un objeto en la creencia que es de estaño, cuando realmente es de plata, y como tal lo tiene el vendedor, la compra valdrá, porque se respeta la confianza del acreedor y porque si el deudor entendió obligarse por más, con mayor razón querrá obligarse por menos.

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia romana distinguió, para los efectos del error en la cualidad de la cosa, entre errores bilaterales (en que incurren ambas partes), y unilaterales (sólo cuando una de ellas yerra); en los primeros, el error invalida el negocio, en los segundos no, pero engendra una acción para el resarcimiento de daños:

*Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nimine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*⁴⁵

⁴⁵ “Escribe Labeón, post., que si alguno hubiese comprado vestidos usados por nuevos, Trebatio opinaba que debía indemnizarse el interés al comprador, si hubiera comprado sin saber que eran vestidos usados. Esta opinión la aprueba también Pomponio y concuerda también con ella Juliano, el cual dice que, si el vendedor ciertamente ignoraba, está obligado a indemnizar el interés, pero si lo sabía, lo está además

*Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.*⁴⁶

*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.*⁴⁷

A continuación analizaremos la opinión de los juristas romanos recogidas por el Digesto, intentando establecer la teoría trasunta a las soluciones de Juliano, Paulo y Ulpiano.

4.3.2.3.1.- La opinión de Juliano

Salvio Juliano formula el primer antecedente de la doctrina del *error in substantia*, al definirse por la nulidad de la compraventa por *error in materia*, en el caso de una mesa chapeada de plata que se vende como si fuera de plata maciza. Su posición en este sentido es recogida por el Digesto:

*Mesam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.*⁴⁸

En el fragmento, la expresión "imprudencia" fue incorporada para dejar en claro que no se trataba de dolo. Esta norma de interpretación del consenso, que establece que el error en la materia que recae sobre una mesa que se vende como de plata maciza

por el perjuicio causado; del mismo modo que si hubiese vendido un vaso de oropel por oro, ignorándolo, estará obligado a dar el oro que vendió." (D.18.1.45)

⁴⁶ "Si resulta estéril aquella esclava de la cual se vende el parto, o mayor de cincuenta años, y el comprador lo hubiese ignorado, el vendedor quedará obligado por la acción de compra." (D.19.1.21)

⁴⁷ "Aunque hemos dicho más arriba que, cuando estamos de acuerdo respecto al objeto, pero disintimos acerca de la calidad, vale la compraventa, no obstante, debe obligarse el vendedor en la medida de lo que interese no sufrir el engaño, aunque lo ignorase el vendedor; por ejemplo, si uno comprase mesas como de madera de cedro y no lo son." (D.19.11.21.2)

⁴⁸ "Me vendiste por imprudencia una mesa chapeada de plata como si fuera de plata maciza, ignorándolo yo; la compra es nula, y se reclamará por la condición la cantidad pagada como precio." (D.18.1.41.1)

cuando es enchapada vulnera el consenso cuando ambas partes padecen el error, será extendida por los juristas post-clásicos, negando la existencia del consentimiento incluso cuando solamente una de las partes, el vendedor o el comprador, padecía error sobre una cualidad esencial de la cosa. Este derecho referente al error in substancia, ha ejercitado notable influencia en el Derecho continental europeo, contribuyendo a la confusión que reina sobre la responsabilidad del vendedor por vicios.

Sin embargo, el Digesto contiene otra opinión del mismo Juliano, recogida por Marciano, en oposición insalvable con lo antes dicho:

*...si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nimine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*⁴⁹

La antinomia es manifiesta y todos los intentos para conciliar los fragmentos 41 y 45 son vanos. Así, por ejemplo, Averani⁵⁰ dice que debe suponerse, en el fragmento 45, que el vendedor tenía dos vasos, uno de oro y otro de oropel, el cual habría sido considerado como también de oro; que uno de esos vasos habría sido vendido sin designación de especie y que, en fin, el vaso de oropel habría sido entregado. En esta hipótesis, afirma Averani, la lógico es que la venta sea válida, pues las dos partes han tenido en vista un vaso de oro, “*in genere*”, y sólo el vaso de oro puede ser entregado por el vendedor. La explicación sería satisfactoria si el texto hablara de dos vasos, pero sólo alude a uno. Molitor⁵¹ soluciona el problema expresando que en el caso cuestionado el error no recae sobre cualidades sustanciales, atendido que el oropel es una especie de oro y, por tanto, habría error sobre una cualidad accidental (la de que el vaso tenga más o menos oro). Agrega que las palabras “*ut aurum quod vendidit praestet*” significarían que el vendedor está obligado a hacer una reducción del precio

⁴⁹ “...si el vendedor ciertamente ignoraba, está obligado a indemnizar el interés, pero que si lo sabía, lo está además por el perjuicio causado; del mismo modo que si hubiese vendido un vaso de oropel por oro, ignorándolo, estará obligado a dar el oro que vendió.” (D.18.1.45)

⁵⁰ Citado por MOLITOR, *Les obligation en Droit Romain*, París, 1851, página 144, número 102; y por SCIALOJA, *Negocios Jurídicos*, traducción de la 4ª edición italiana, Sevilla, 1942, página 249.

⁵¹ MOLITOR, Obra citada, página 144, número 102.

en razón del oro que el vaso debía contener. Otros, como Scialoja⁵², proponen eliminar del texto la palabra *vas* (vaso) y entonces aparecería que se vendió oropel por oro y habría que entregar lo realmente vendido; de esta manera el texto no pugnaría con la teoría del error substancial. En todo caso, por contener el segundo fragmento sólo una opinión indirecta de Juliano, es que creemos que su pensar queda más fielmente recogido en el primer fragmento.

4.3.2.3.2.- La opinión de Ulpiano

Para Ulpiano, el error en la cualidad impide el consentimiento cuando la cualidad reviste el carácter de sustancial. Incorporando el concepto de sustancia a la cuestión del error en la materia, Ulpiano establece un criterio abstracto de solución que, como categoría del entendimiento, posee la virtud de alcanzar un grado de certeza y un ámbito de aplicabilidad que supera ampliamente el casuismo subyacente a la doctrina de Juliano.

Los antecedentes de este criterio de solución se encuentran documentados en las fuentes de filosofía clásica que abordan el concepto de *sustantia* (en griego *οὐσία*), concepto del que Ulpiano, como veremos mas adelante, hace expresa referencia en su fragmento capital sobre esta especie de error (D.18.1.9.2).

La sustancia tuvo para el mundo antiguo el significado de “estructura necesaria”. Según este significado, sustancia es “lo que es necesariamente aquello que es”. Esta determinación fue señalada por los romanos con la expresión “*quod quid erat esse*”, expresión que significa, literalmente, aquello que el ser era, donde el imperfecto “era” indica la continuidad o estabilidad del ser mismo. En este sentido, la sustancia es lo que se expresa en la definición de la cosa. La metafísica aristotélica, cuyo punto cardinal es el concepto de sustancia, afirma que la definición de la cosa concierne a la sustancia de la misma, es decir, es la que declara la sustancia de la cosa. A este respecto, Aristóteles señala:

⁵² SCIALOJA, obra citada, página 251.

“No hay definición cuando hay un término que se refiere a cualquier cosa; en este caso todas las palabras serían definiciones, porque las palabras indican algo y también ‘Ilíada’ sería una definición. Pero hay definición solamente cuando el término significa algo primario, lo que ocurre cuando se habla de cosas que no pueden ser predicados de otras cosas”⁵³

Esta es la definición constituida por el género próximo y por la diferencia específica, entendiéndose por género próximo el predicado esencial común a cosas que difieren de especie (por ejemplo, el predicado animal, común a todas las especies animales) y por diferencia todo lo que distingue una especie de otra.

La verdadera definición de una cosa no implica ni expresa nada más que la naturaleza de la cosa definida. En definitiva, por sustancia se entiende toda respuesta a la pregunta ¿qué es? que enuncia lo que la cosa no puede dejar de ser. Las siguientes expresiones, por ejemplo: “¿qué es oro? Un metal altamente maleable”, “¿qué es una pulsera? Un cerco para llevar en las muñecas”, “¿qué es esclavo? Un individuo que por estar bajo el dominio de otro carece de libertad”, expresan la sustancia de las cosas a que se hace referencia en las respectivas preguntas.

El concepto de sustancia es recogido por Ulpiano para determinar el error en la materia que reviste el carácter de esencial, invalidando el contrato de compraventa, formulando una teoría que es expresada en los siguientes términos, mencionando la posición de Marcelo, quien con justicia se oponía a la doctrina del error in materia en los términos planteados por Juliano: ούσία

Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem

⁵³ ARISTÓTELES, *La Metafísica*, VII, 4, 1030a, 6. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1997.

*esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ούσία est, si modo vinum acuit. Ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*⁵⁴

Aún existiendo consenso sobre la identidad de la cosa vendida, Ulpiano establece que no hay venta al concurrir error sobre la sustancia de la cosa. Explicando que ha de entenderse por sustancia, Ulpiano señala, a modo de ejemplo, que la sustancia de un metal que se vende como oro es la composición química propia del oro, puesto que la estructura necesaria de lo que se designa como oro es justamente la naturaleza química de ese metal. Llevando mas lejos esta determinación, Ulpiano discurre sobre el caso del vino, por tratarse de una materia susceptible de mudar sus características químicas manteniendo su *corpus*. La respuesta es la misma: la cualidad sustancial del vino que se vende como tal es justamente la de ser vino y no vinagre. En efecto, el vino es por definición un licor alcohólico que procede de la fermentación del zumo de uva y que posee determinadas características, que dentro de un rango de variación química, obedece a un mismo género, un género que excluye al vinagre. Siguiendo este principio, Ulpiano se pronuncia sobre el caso del vino que, al momento de celebrarse la compraventa, responde a la definición de vino, pero que posteriormente se convierte en vinagre. La venta es válida por no existir oposición entre la sustancia de lo vendido y lo comprado al momento de su celebración. En definitiva, Ulpiano distingue la venta de vinagre con la de vino avinagrado. Aplicando y complementando este razonamiento, Ulpiano establece en otro fragmento:

Quid tamen dicemus si in materia et qualitate ambo errarent? Ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? Ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex

⁵⁴ “De ahí que se pregunte si hay compraventa cuando no se yerra en el objeto mismo, sino en la sustancia; por ejemplo, si se vendiese vinagre en lugar de vino, bronce por oro, o plomo por plata u otro objeto que parezca de plata. Marcelo 6 dig. escribió que hay compraventa porque se consintió en el objeto, aunque se haya errado en la materia. Estoy de acuerdo en el caso del vino, pues la substancia (en griego, ούσία) es la misma, si el vino se agrió; por lo demás, si el vino no se agrió, sino que fue vinagre desde un principio, a modo de salsa de aderezo, parece que se ha vendido una cosa por otra; en los demás casos, toda vez que hay error en la materia, creo que no hay venta.” (D.18.1.9.2)

*arte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.*⁵⁵

En este fragmento Ulpiano reafirma lo señalado en el fragmento anterior, distinguiendo ahora entre la materia que forma parte de la sustancia de la cosa vendida y la que no forma parte de ella. En la primera hipótesis, la sustancia es el oro en su peculiar naturaleza química; en la segunda, la sustancia es la pulsera, entendiendo ésta como un cerco de metal o de otra materia que se lleva en las muñecas por adorno. De este modo, Ulpiano precisa el principio antes expuesto en el sentido de que el error en la materia, cuando ésta no constituye ni forma parte de la sustancia de la cosa que se vende, no invalida la compraventa.

Este fragmento deja de manifiesto que los supuestos de la nulidad por error en la materia son diversos en Juliano y Ulpiano. En efecto, si bien la teoría de Ulpiano se enmarca de manera general dentro de la doctrina de la nulidad por error en la materia, ella se encuentra en abierta oposición con la respuesta dada por Juliano al caso concreto de la mesa enchapada en plata que se vende como de plata maciza, que en sus supuestos se corresponde en todo con el caso de la pulsera que se vende como de oro, siendo en realidad de bronce en su mayor parte. Mucho más explícita es en este sentido la opinión de Paulo, que revisaremos más adelante.

Extendiendo esta teoría a otros casos concretos, Ulpiano se refiere al error in substantia en la venta de esclavos:

Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materialium? In corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensit, qui non vidit? (1) Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam

⁵⁵ “Pero, ¿qué cabe decir si ambos errasen en la materia y la calidad, por ejemplo, si yo creo vender oro y tú comprarlo, cuando en realidad es bronce?, ¿o si unos coherederos vendiesen a un heredero, a elevado precio, una pulsera que se tenía por oro, y se descubriese que era de bronce en su mayor parte? Pues hay que admitir que ha habido venta por que tuvo algo de oro; porque, si una cosa es simplemente dorada, pero yo la tengo por oro, vale la venta; no, en cambio, si se vendiese bronce por oro.” (D.18.1.14)

*mulier, emptio valebit. In sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.*⁵⁶

En este fragmento Ulpiano afirma que no existe consentimiento en el objeto de la compraventa cuando a mediado error en la materia, debido a una imposibilidad material o a la falta de preparación para determinar la composición material de la cosa. Sin embargo, esta imposibilidad implicará un disenso sobre la cosa que se compra sólo en el evento de que ella se refiera a una cualidad que revista el carácter de sustancial. En efecto, la imposibilidad material de saber si realmente es virgen la esclava que se compra no obstará al consentimiento sobre la cosa en el caso de que tal cualidad no se dé en la realidad, puesto que el error recaerá sobre una cualidad que no es sustancial. La sustancia de “esclava” es la que recoge su definición, esto es, una mujer que por estar bajo el dominio de otro carece de libertad. El evento de la venta de una persona sujeta a esta definición obsta todo error en la sustancia. En efecto, el hecho de que la mujer no sea virgen no pugna con la necesidad del ser “esclava”. Por el contrario, el error en el sexo implica la ausencia de uno de los elementos necesarios de la definición: mal podría denominarse “esclava” a un individuo de sexo masculino.

Estos fragmentos dejan igualmente de manifiesto la divergencia de opiniones de Juliano y Ulpiano sobre este punto. La imposibilidad material de saber si una mesa es de plata maciza no obstará el consentimiento por error in materia, pues tanto la mesa de plata maciza como la enchapada en ese metal se reconocen en la designación “la mesa de plata”.

⁵⁶ “Por otra parte, ¿qué cabe decir si el comprador fue un ciego o si se equivocó en la materia o era imperito en el discernimiento de materias? ¿diremos que ha consentido en el objeto? ¿de qué modo consintió el que no vio? (1) Pero si yo creyese que compraba una esclava doncella siendo ya ésta una mujer, la compra valdrá, pues no hubo equivocación en el sexo. Por lo demás, si yo vendiese una esclava mujer y tú creíste que comprabas un esclavo niño, como hay error en el sexo, es nula la compra y nula la venta.” (D.18.1.11).

4.3.2.3.3.- La opinión de Paulo

Bajo el supuesto que esboza Paulo, el Digesto se manifiesta por la validez de la compraventa por error en la materia en el caso de que esta exista, pero sea de menor calidad de la que se tuvo presente. A contrario sensu, y conforme con la opinión de Ulpiano, la compraventa no valdrá en el evento de faltar la materia designada:

*Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet.*⁵⁷

En este caso, Paulo considera que la oposición entre lo querido y lo declarado por el comprador respecto de la calidad de la materia resulta irrelevante cuando las partes han consentido plenamente en la sustancia de la cosa vendida. En efecto, aunque la materia resulte de menor calidad, su sustancia es la misma.

En este mismo sentido, Paulo estima válida la venta de una mesa que se vende como si fuera de cedro, siendo en realidad de otra especie de madera:

*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.*⁵⁸

Este es uno de los textos que ha sido más analizado por los romanistas. Las discusiones principales giran alrededor de su redacción y de la diferencia de criterio que contiene con respecto al fragmento de Juliano relativo al caso de la mesa enchapada en plata que se vende como de plata maciza.

⁵⁷ “De otro modo, si efectivamente hubiera sido oro pero peor de lo que el comprador estimaba, pues entonces valdrá la compra.” (D.18.1.10)

⁵⁸ “Aunque hemos dicho más arriba que, cuando estamos de acuerdo respecto al objeto, pero disintimos acerca de la calidad, vale la compraventa, no obstante, debe obligarse el vendedor en la medida de lo que interese no sufrir el engaño, aunque lo ignorase el vendedor; por ejemplo, si uno comprase mesas como de madera de cedro y no lo son.” (D.19.11.21.2)

Para hacer coincidir el texto de Paulo con el de Juliano se ha pretendido intercalar en el primero, entre las palabras *emtionen* y *esse*, un *non*. En esta forma Paulo diría: “*aun cuando la compraventa no es válida, el vendedor está obligado...*” Y así se encuentra en los manuscritos de la escuela de Bolonia; pero otros más reputados aún no contienen la adición, ni el Florentino ni la edición griega de las Pandectas.⁵⁹ Se encuentra raro o ilógico que Paulo diga que el comprador tiene derecho a indemnización a pesar de la validez del contrato.

A nosotros no nos parece extraña la redacción en examen. Pensamos simplemente que Paulo quiso poner en evidencia que el mantenimiento del contrato no se oponía a la indemnización que el vendedor debía prestar al comprador por la diferente calidad de las especies. Tenemos la pretensión que en Savigny latía esta misma idea, pues dice que, a su juicio, el texto puede significar: “aun cuando el contrato sea válido no se sigue de ello que el comprador deba satisfacerse con la mesa, negándosele la indemnización en dinero”⁶⁰. Por otro lado, desde nuestra posición no nos explicamos el afán de alterar el pensamiento de Paulo, si se considera que en el fragmento cuestionado manifiesta el mismo criterio que en otros pasajes, como en el fragmento en que declara válido el contrato a pesar de que se dio cobre por oro. De manera que por poner de acuerdo a Paulo y Juliano se pretende poner en contradicción consigo mismo al primero.

Por último, Scialoja dice que la diferencia de criterio puede explicarse “concibiendo la sustancia de un modo riguroso, ya que la madera que constituye la materia de la mesa chapeada de plata no es reducible a ese metal, en tanto que la madera de cedro, aun cuando preciosa, es madera y, por ende, es posible siempre reconocer en la designación “madera de cedro”, la mesa de madera”⁶¹. Según Savigny, cuando hay error acerca de la especie de madera, “no cambia la naturaleza de la mercancía, sobre todo, cuando por medio del pulimento se ha imitado bastante bien la materia preciosa para que presentase una mejor apariencia. Y este caso –agrega- es muy diferente al de los metales preciosos, porque las diferentes especies de madera son trabajadas por los

⁵⁹ BECERRA, obra citada, página 39

⁶⁰ SAVIGNY, obra citada, tomo II, página 340

⁶¹ SCIALOJA, obra citada, página 252

mismos obreros, y una vez destruída la forma del mueble, los pedazos no tienen de ordinario ningún valor, cualquiera que sea la clase de su madera”⁶².

El fundamento de este fragmento de Paulo, en nuestra opinión, puede hallarse también en la existencia de negligencia crasa o excesiva despreocupación en el que compra una mesa creyendo que es de cedro, cuando en realidad no lo es.

Al respecto el Digesto señala que la ignorancia no debe perjudicar a quien la padece sólo cuando no puede objetarse en él una negligencia extremada:

*Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda: scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur.*⁶³

*Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia oblicatur: quid enim si omnes in civitate sciunt, quod ille solus ignorant? et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, quid cum eam rem ut, diligenter inquirendo notam habere possit.*⁶⁴

4.3.2.4.- Error in qualitate

Las características de la cosa comprada que no integran la substancia, constituyen meras cualidades. El error que no recae sobre cualidades esenciales y constantes de la cosa -*substantia rei*-, sino que en una simple cualidad, identificada ya en su *genus* como error in qualitate, no destruye la validez del negocio. En determinados casos, el

⁶² SAVIGNY, obra citada, tomo II, página 339

⁶³ “No debe tolerarse la ignorancia supina del que ignora un hecho, como tampoco se debe exigir una investigación escrupulosa: el conocimiento debe estimarse de modo que ni se facilite la negligencia crasa o excesiva despreocupación, ni se exija una curiosidad de delator.” (D.22.6.6)

⁶⁴ “La ignorancia de hecho, sin embargo, únicamente deja de perjudicar cuando no pueda objetarse una negligencia extremada, pues ¿qué diremos si todo el mundo en la ciudad lo sabe y sólo uno lo ignora? Justamente define Labeón que el conocimiento no debe ser ni el de una persona muy cuidadosa ni el de una muy descuidada, sino el de aquel que tiene cuidado de enterarse preguntando con diligencia.” (D.22.6.9.2)

vendedor deberá responder de los vicios y defectos que el comprador ignorase, pero el contrato será válido.

Dice Marciano, con cita de Labeón, Trebacio, Pomponio y Juliano:

*Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nimine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*⁶⁵

Como dice Molitor⁶⁶, si los vestidos usados han sido vendidos como nuevos y el vendedor engañó al comprador, debe indemnizarle todos los daños e intereses, comprendiendo la pérdida efectiva y el lucro cesante o ganancia omitida, pero si el mismo vendedor estaba engañado, el comprador sólo tiene derecho a una reducción del precio.

*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.*⁶⁷

⁶⁵ Escribe Labeón, post., que si alguno hubiese comprado vestidos usados por nuevos, Trebacio opinaba que debía indemnizarse el interés al comprador, si hubiera comprado sin saber que eran vestidos usados. Esta opinión la aprueba también Pomponio y concuerda también con ella Juliano, el cual dice que, si el vendedor ciertamente ignoraba, está obligado a indemnizar el interés, pero si lo sabía, lo está además por el perjuicio causado; del mismo modo que si hubiese vendido un vaso de oropel por oro, ignorándolo, estará obligado a dar el oro que vendió." (D.18.1.45)

⁶⁶ MOLITOR, obra citada, página 145, número 104

⁶⁷ "Aunque hemos dicho más arriba que, cuando estamos de acuerdo respecto al objeto, pero disentimos acerca de la calidad, vale la compraventa, no obstante, debe obligarse el vendedor en la medida de lo que interese no sufrir el engaño, aunque lo ignorase el vendedor; por ejemplo, si uno comprase mesas como de madera de cedro y no lo son." (D.19.11.21.2)

4.3.3.- Comentarios sobre los efectos del error propio en la compraventa

En términos generales, puede decirse que el Derecho objetivo atribuye una mayor importancia al error impropio que al error propio, porque el error impropio supone una falta de coincidencia entre la voluntad real y su declaración, de tal modo que, externamente, se ha declarado lo que, en verdad, no se quería; mientras que, en el error propio, se ha declarado exactamente lo que se quería, y la seguridad del tráfico exige que el negocio jurídico no se halle en el riesgo de ver paralizados sus efectos a causa de que una de las partes, por una falta de diligencia sólo a ella imputable, alegue que ha incurrido en error al apreciar las circunstancias que sirvieron de base a su decisión de concluir el negocio, ocasionando así, un perjuicio injusto a la otra parte.

En el Derecho romano, el problema en los efectos del error se hallaba íntimamente ligado con el de la interpretación del negocio jurídico, y así, en lugar de plantearse el tema directo de si el error producía o no la invalidez del negocio, se cuestionaba sobre si era o no posible precisar, mediante una labor interpretativa, cual era la verdadera voluntad de la parte. Por ello, la distinción entre error propio e impropio que hemos señalado, sólo fue entrevista de un modo indirecto.

En el Derecho antiguo, el error propio no afecta la validez del negocio, sea éste de la clase que fuere, debido al principio de formalismo externo que impera en ésta época.

En la época clásica se estima asimismo, en principio, que el error propio es inoperante, por entender que, una vez que ambas partes se han resuelto a concluir el negocio, no le es lícito a una de ellas sustraerse a las obligaciones que conscientemente ha asumido al concertarlo.

La rigidez de este principio general sufrió, como hemos apreciado, varias atenuaciones en la práctica, con arreglo a un minucioso examen del caso concreto, que hace muy difícil la formulación de reglas de solución.

Tales atenuaciones, en efecto, obedecieron sobre todo a dos causas. Por un lado, a apreciar que ciertos casos de error propio ofrecían tanta trascendencia, que podían ser equiparados a errores impropios, es decir, a errores sobre la declaración. Por otra parte, a estimar que en determinadas clases de negocios, atendida su especial naturaleza, el error propio tenía importancia decisiva en la valoración de la voluntad manifestada por el declarante.

En la primera dirección señalada se presentan muchos casos posibles de error. De entre ellos destacamos los ya analizados; error sobre los presupuestos necesarios del negocio, y el error que recae sobre cualidades esenciales de la persona o de la cosa.

4.4.- Discrepancia sobre el contenido del negocio

También puede suceder que la declaración emitida por una de las partes, y dirigida a la otra, sea interpretada y valorada por ésta en un sentido distinto a aquel con el que el autor de la declaración la emitió. En este supuesto existe un disenso, es decir, una discordancia, un desacuerdo entre las dos partes, inconsciente e inadvertido por ellas, sobre el sentido en que debe entenderse el contenido del negocio. Estos errores que producen el disenso, no son propiamente errores obstativos ni propios, sino errores en la gestación de la voluntad; pero las causas que pueden originarlos son las mismas que originan el error obstativo.

4.4.1.- Error *in negotio*

Esta especie de error genera un *dissensus* total entre la voluntad del comprador y del vendedor. Aquí la discordancia recae sobre el hecho mismo de celebrar el contrato de compraventa y significa que en verdad nada se ha actuado, como cuando sólo una de las partes entiende celebrar una compraventa y la otra arrendamiento: *nullum actum est*.

Esta idea se encuentra fijada en la opinión de Ulpiano, quien expresa:

*In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est.*⁶⁸

Estimamos, a partir del análisis sistemático de las fuentes de derecho romano, que en este fragmento Ulpiano sostiene que el error in negotio produce la invalidez de la compraventa porque su concurrencia impide superar la oposición entre lo querido y lo declarado por las partes mediante una amplia interpretación del negocio.⁶⁹

⁶⁸ “Es manifiesto que en las compras y en las ventas debe interceder el consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, ya en el precio ya en otra cosa, la compra es imperfecta.” (D.18.1.9)

⁶⁹ En este punto resulta útil, en mérito de la claridad, hacer un paralelo entre las formas de abordar el *error in negotio* en el derecho romano y en el derecho privado actual. Nuestra legislación civil recoge el problema del error en la especie del contrato que se celebra en el artículo 1453 del Código del ramo, señalando: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación...”. Esta norma sanciona lo que la doctrina moderna denomina “error obstativo, obstáculo o impediante”, o simplemente “error esencial”, como prefieren denominarlo los autores nacionales. El error esencial no es considerado, por la doctrina dominante, propiamente como un vicio del consentimiento, puesto que éste ni siquiera ha llegado a formarse, y “mal puede estar viciado lo que no existe”, contraponiéndose de esta forma al “error vicio”, que supone que se formó el consentimiento, pero que surgió como consecuencia de una errada representación de la realidad. En lo que respecta a la sanción, nuestra doctrina se encuentra dividida entre la inexistencia por falta de voluntad, la nulidad absoluta y la nulidad relativa, fundándose esta última en el hecho de que el artículo 1453, al reglamentar el *error in negotio*, dice que “vicia el consentimiento”, concepto que reitera el artículo 1454. Si bien estas tres posiciones coinciden con la de Ulpiano en el sentido de considerar imperfecta la compraventa celebrada con la concurrencia de *error in negotio*, el punto de vista desde el cual abordan el problema es completamente diverso. Para los autores modernos, la cuestión del error in negotio se enmarca dentro de la teoría de los actos jurídicos, piedra angular del derecho privado, y particularmente dentro sus requisitos de existencia y de validez, planteando unos que esta especie de error implicaría la ausencia de voluntad, elemento esencial para la existencia jurídica del acto, y otros, que aún concurriendo el elemento voluntad, éste se encontraría afecto a un vicio que expone al acto jurídico a su invalidez. Siguiendo este enfoque, en aplicación del artículo 1453 del Código Civil habría que primeramente determinar el contenido objetivo de la declaración, para luego formular el problema acerca de si ese contenido se halla o no en pugna con la voluntad negocial de los declarantes. Constatando de este modo el error en el negocio, el acto, según vimos, se entendería inexistente, nulo o anulable, por ausencia o defecto de uno de sus elementos esenciales, es decir, de los necesarios y suficientes para la constitución de un acto jurídico. Por el contrario, para los juristas romanos, completamente ajenos a una teoría del acto jurídico en los términos en que hoy la conocemos, el error in negotio se ubicaba al nivel de los elementos para la interpretación del negocio privado. Desde esta perspectiva, luego de determinar el contenido objetivo de la declaración, los juristas romanos se planteaban el problema acerca de si ese contenido recogía de algún modo un consensus de las partes, en el sentido de que las voluntades declaradas se unían y marchaban en algún sentido por un camino común. Constatado el error in negotio, el acto se entendía inválido si la concurrencia de éste obstaba todo consentimiento respecto de las consecuencias del contrato celebrado. En estas circunstancias, los juristas romanos equiparaban el error in negotio con el disenso. Tal es el caso del error in negotio en la compraventa. Por el contrario, los efectos de un negocio celebrado con error en su identidad podían resultar eficaces en caso de darse por establecido el consenso respecto de ellos, mediante una interpretación amplia del contrato. En efecto, pese a la oposición entre lo querido y lo

Consideramos que el célebre jurista aborda el problema del error desde el punto de vista de la interpretación del negocio, a partir de la preponderancia que tuvo este enfoque en la opinión de los juristas romanos.

Ejemplo de ello es la opinión sostenida por Juliano para el evento de que las partes incurrieran en *error in negotio* estando de acuerdo en la transferencia de la propiedad:

“Cuando convenimos ciertamente respecto a la cosa que se entrega, pero disentimos en cuanto a las causas, no advierto por qué sea ineficaz la entrega; por ejemplo, si yo creyera que estaba obligado en virtud de un testamento a entregarte un fundo, y tu estimases que te debía en virtud de estipulación, porque también si yo te entregase por vía de donación dinero contante, y tu lo recibieras como acreditado, es sabido que pasa a ti la propiedad y que no es impedimento que hayamos disentido respecto a la causa de dar y recibir”

En este caso Juliano ha tenido en cuenta el error *in negotio* interpretando el negocio de manera amplia. La oposición entre lo querido y lo declarado resulta superable desde el momento en que las partes, obligadas mutuamente sólo en lo que han consentido, la transferencia de la cosa, no han resultado perjudicadas por el error en la declaración del acto celebrado.

El principio ocupado para salvar la falsa inteligencia de la declaración de la otra parte respecto del negocio celebrado es, según creemos, el que atiende a la voluntad de las partes en razón de la posición que ocupan en el contrato.

expresado, el consentimiento, aunque imperfectamente, se interpretaba presente, siempre en la medida de que el interés de las partes contratantes se encontrara a salvo. Semejante criterio, imposible de alcanzar dentro de la dogmática civil moderna, deja de manifiesto que para los romanos la distinción entre lo querido y lo declarado resultaba intrascendente. En efecto, la voluntad viciada de error en la identidad del acto celebrado resultaba relevante en tanto viciara el consentimiento declarado, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema de derecho privado, en donde el error es considerado en su dimensión subjetiva, en oposición a la voluntad declarada, siendo más propiamente un vicio del conocimiento que del consentimiento.

Los romanos distinguieron entre la voluntad de ser deudor y la de ser acreedor: la primera implicaba la voluntad de responder del contenido de la deuda, mientras que la segunda suponía la confianza del acreedor de que el deudor cumpliría con su obligación.

A partir de este enfoque, la deuda surgía hasta el límite de tal confianza, por lo cual, si el acreedor confiaba sólo en cinco, y el deudor entendió obligarse hasta diez, a pesar de la disconformidad en este punto, nace la obligación por dichos cinco, porque se respeta la confianza del acreedor y porque si el deudor entendió obligarse por más, con mayor razón querrá obligarse por menos.

Este principio queda de manifiesto en el siguiente fragmento del Digesto, referido al *error in pretio*:

*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.*⁷⁰

En este mismo sentido, quién ha recibido una cosa en donación, creyendo que se le entregaba en préstamo, no estará obligado a más de lo que juzgó el donante. Estando a salvo el interés de ambas partes, la transferencia será considerada válida, pese al error sobre el acto celebrado.

La posición sostenida por Juliano respecto a los efectos del *error in negotio* en la transferencia de la propiedad no fue compartida del todo por Ulpiano, quien señaló, citando a Juliano:

⁷⁰ “Si te arrendara un fundo en diez mil sestercios y tú crees que has tomado el arriendo en cinco mil, el contrato es nulo; pero si yo entendiese que lo arrendaba en menos y tú que lo tomabas en más, ciertamente el arriendo no será en más que lo que yo pensé.” (D.19.2.52)

*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*⁷¹

Acota Ulpiano a continuación, en el párrafo 1 del mismo fragmento:

*Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni <sine doli exceptione> locus erit.*⁷²

En la primera parte de este fragmento estamos sin duda en presencia de un error en cuanto a la naturaleza del negocio que las partes celebran, puesto que una persona ha entregado a otra una cantidad con el ánimo de donársela, entendiéndola que lo recibe que le ha sido dada en préstamo de consumo.

En este caso, Ulpiano entiende que no hay donación ni préstamo. Sin embargo, la transferencia por causa de donación se verifica si quien recibe la cosa, la consume. Así, ante la condición de quien entregó la cosa para recuperarla, el que la recibió puede oponer la excepción de dolo para rechazarla, en el entendido de que la acción misma está viciada de dolo, pues el demandante se está valiendo de un error del demandado para obtener un provecho. A este respecto, el Digesto señala en otra parte:

⁷¹ “Si yo te hubiera dado dinero como para donártelo, y tu lo recibieras como en mutuo, escribe Juliano, que no hay donación; pero se ha de ver si haya mutuo. Y opino que tampoco hay mutuo, y que es más cierto que el dinero no se hace del que lo recibe, porque lo recibió en otra inteligencia. Por lo que, si lo hubiere consumido aunque esté obligado por la condición, podrá, sin embargo, usar la excepción de dolo, porque el dinero se consumió conforme a la voluntad del que lo da.” (D.12.1.18)

⁷² “Si yo te hubiere dado como depositándolo, y tu lo recibieras como en mutuo, ni hay depósito ni mutuo. Lo mismo es también si hubieras dado el dinero como en mutuo, y yo lo recibí como en comodato para mostrarlo; pero en uno y otro caso, consumido el dinero, habrá lugar a la condición sin la excepción de dolo.” (D.12.1.18.1)

*Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter nitia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*⁷³

Pese a la divergencia de opiniones entre Juliano y Ulpiano respecto de las consecuencias del error in negotio en los efectos del acto celebrado, no cabe duda que ambas recogen idénticos principios y enfoques.

Trasladando éstos al contrato que nos ocupa, hemos de concluir que la ineficacia atribuida por Ulpiano a la compraventa celebrada con error in negotio se funda en la imposibilidad de superar -aún mediante una interpretación amplia del negocio- la oposición entre lo querido y lo declarado por las partes, en razón de la naturaleza de las contraprestaciones debidas: la cosa y el precio.

En efecto, aplicando el principio que atiende a la voluntad de las partes según su posición en el contrato, resulta prácticamente imposible salvar en la compraventa el disenso en la identidad del negocio celebrado en un contrato de compraventa.

La voluntad del comprador, caracterizada por su posición en la compraventa, implica la intención de responder por el contenido de la deuda, esto es, el precio, al mismo tiempo que la confianza de obtener la cosa como contrapartida.

La obligación por el precio surge hasta el límite de tal confianza. De este modo, si el comprador confía en la entrega de la cosa al momento de que el vendedor entiende obligarse por algo distinto, la obligación por el precio queda sin valor.

⁷³ “Ha de entenderse que, por regla general, la excepción de dolo tiene su origen en todas las excepciones que resultan del hecho, pues comete dolo el que pide aquello que por alguna excepción no se le debe pagar como quiera que, aunque al principio no se cometió dolo, incurre en él al pedir, a menos que proceda con tal ignorancia que carezca de dolo.” (D.44.4.2.5)

Lo mismo podemos decir respecto del vendedor. Su voluntad de entregar la cosa supone su confianza de que el comprador le pagará el precio.

De este modo, en la compraventa, el disenso por *error in negotio* resultaba insalvable en todas las hipótesis, en razón de la naturaleza de las prestaciones implicadas.

5.- El Dolo en la Compraventa

Otra de las anormalidades que puede afectar a la compraventa en relación a su causa, considerada en su aspecto subjetivo, es el dolo.

El dolo, en general, corresponde a toda maquinación que consiste en ocultar o hacer aparecer diferente la realidad, ello para producir engaño en otra persona. En otras palabras el dolo implica el error sufrido por un sujeto a consecuencia de maniobras deliberadas de otro sujeto. El primer concepto ve el dolo de un lado activo y el segundo desde uno pasivo.

La primera definición de dolo que se halla en las fuentes, es puesta por Cicerón en boca de Aquilio Galo (pretor en el año 66 a. C. y creador de la acción de dolo), exponiendo que cuando se le preguntaba lo que éste significaba, respondía que existía dolo cuando se simulaba una cosa y se hacía otra distinta (Cicerón, *De natur deor*, 3, 30, 74). Aún cuando Cicerón alabó esta definición⁷⁴, a los jurisconsultos posteriores les pareció insuficiente.

Servio la amplía puntualizando que la simulación, para que constituya dolo malo, ha de suponer una cierta maquinación para engañar a otra persona. Por su parte, Labeón, da una mayor relevancia a este elemento intencional, haciendo además notar que puede lograrse engañar a una persona sin necesidad de acudir a la simulación, y que puede darse simulación sin dolo, proponiendo, por último, la siguiente definición recogida por el Digesto:

⁷⁴ "... mi amigo Aquilio, cuando le preguntaban ¿qué era dolo malo? respondía: dar a entender una cosa y hacer otra. Admirable respuesta y digna de un sabio en definir" (CICERÓN, *Los Oficios*, Libro III, capítulo XIV, página 81. Editorial Porrúa, México, D. F., 1978, página 81)

“causa esse videbitur, iudicium dabo.” Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, quiper ellusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omunem calliditatem fallaciam machinationem ad circumvienendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.⁷⁵

Lo que hace Ulpiano es distinguir el dolo malo, diferenciándolo de aquella maquinación intentada contra un ladrón o un enemigo, llamado dolo bueno.

Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronenve quis machinetur.⁷⁶

Florentino, por su parte, aclara que el dolo no sólo puede consistir en una maniobra positiva, sino también en una omisión:

Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat.⁷⁷

⁷⁵ “Servio definió así el dolo malo: `cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra. Sin embargo, Labeón dice que también sin simulación puede obrarse de manera que se engañe a alguien, así como también puede hacerse una cosa y simularse otra sin dolo malo, como hacen los que con esta clase de simulación cuidan y defienden sus propios intereses o los ajenos; por lo cual, Labeón definió el dolo malo como toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle. La definición de Labeón es la cierta.” (D.4.3.1.2)

⁷⁶ “Pero no se contentó el pretor con decir `dolo´ sino que añadió `malo´ porque los antiguos mencionaban también dolo bueno, y daban este nombre a la astucia, sobre todo cuando alguien maquinaba algo contra el enemigo o contra el ladrón.” (D.4.3.1.3)

⁷⁷ “El vendedor debe responder de no haber en él dolo malo, que no consiste solamente en hablar oscuramente con ánimo de engañar, sino también en disimular con insidiosa oscuridad.” (D.18.1.43.2)

5.1.- El dolo como anormalidad de la causa de la compraventa en su aspecto subjetivo

La causa de la compraventa puede definirse desde dos aspectos distintos: el objetivo y el subjetivo. Objetivamente, la causa es la función económico social típica del contrato. Subjetivamente, la causa es el último y más genérico motivo que persiguen las partes al contratar, y coincide por tanto con la función económico social propia de la compraventa.

Existen diversas anormalidades que pueden afectar a la causa de la compraventa, tanto en su aspecto objetivo como en su aspecto subjetivo.

Afectan a la causa de la compraventa en su aspecto objetivo aquellos supuestos en los que existe una divergencia consciente entre la función económica social típica del negocio (causa objetiva) y el fin práctico perseguido por las partes (causa subjetiva). Exteriormente, la compraventa aparece dotada de su causa típica, pero esta apariencia externa se halla en contradicción con el fin que mediante ella persiguen las partes. Los dos supuestos en que se presenta esta anormalidad son la compraventa celebrada con el fin de simular y de imitar un negocio de naturaleza diversa.

En su aspecto subjetivo, la causa en la compraventa es, como ya se indicó, el último y más genérico motivo que las partes persiguen al contratar, y coincide por tanto con la función económica social que es propia de este negocio. Ello exige que las partes quieran realmente el fin específico del negocio, con voluntad consiente y libre. En consecuencia, constituirán vicios de la compraventa aquéllas circunstancias que influyan decisivamente en la formación de esa voluntad, haciéndola nacer, cuando hubiera sido deseable que no hubieran ejercido influjo alguno. Así, constituyen vicios de esta clase; el error, es decir, un falso conocimiento de una situación de hecho o de derecho, ya que si se hubiera conocido exactamente esta situación no se hubiese

concertado el negocio; el dolo y para algunos el miedo, que determinan a querer el negocio no dejando a la voluntad operar libremente.

5.2.- Clases de dolo en la compraventa

El Derecho romano clásico distinguió entre dolo bueno y malo, por acción y por omisión, el que servía de causa al contrato y el incidental. A continuación revisaremos cada una de estas distinciones.

5.2.1.- Dolo bueno y el dolo malo

Aún cuando los romanos distinguían entre el dolo bueno y el dolo malo, únicamente sancionaban a éste último.

Consideraban al dolo bueno como las astucias o afirmaciones inexactas que no eran reprobables, sea porque ellas han tenido por objeto engañar a un ladrón o a un enemigo, sea porque ellas forman parte de los procedimientos corrientes reconocidos por el uso como legítimos para inducir a otra persona a contratar, y no presentan un carácter fraudulento. Respecto a esto último, el ejemplo típico es el del comerciante que intenta hacer creer a su cliente que la mercadería es de un valor superior al real. Se considera tan lógico, que de no darse el engaño, pareciera que el comerciante menosprecia lo que intenta vender. Únicamente por una cuestión práctica es que el derecho permite estas nimias inmoralidades, siempre y cuando no ocasione perjuicio alguno.

El texto romano básico que alude al dolo malo, en contraposición del dolo bueno, se indica en un comentario de Ulpiano al Edicto, señalando que en éste:

*Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*⁷⁸

El uso del concepto *malum* no significa que los romanos redundaran sus palabras, pues la razón de su inserto en la fórmula tiene un carácter histórico. El vocablo *dolo* fue empleado en un comienzo tanto para designar la malicia o intención de realizar un acto delictuoso, como para referirse a la astucia como destreza intelectual legítima que toda persona pone en defensa de sus derechos. De esta manera, el pretor, para evitar toda ambigüedad acerca del sentido exacto del *dolo*, uso el término *dolus malus* en oposición al *dolus bonus*.

Este último concepto, *dolus bonus*, se mantuvo en los negocios jurídicos en que se empleaba de manera legítima la destreza intelectual, la astucia, mientras que se denominó *dolus malus* al engaño delictuoso o fraudulento. Dice Florentino:

*Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam: at si dixerit hominem litteratum vel artificem, praestare debet. Nam hoc ipso pluris vendit. (1) Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit, veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur: nam de cetera parte corporis potius stipulatus videtur quam de eo, in quo se ipse decipiebat. (2) Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat.*⁷⁹

⁷⁸ “No se contentó el pretor con decir ‘dolo’ sino que añadió ‘malo’ porque los antiguos mencionaban también *dolo* bueno, y daban este nombre a la astucia, sobre todo cuando alguien maquinaba algo contra el enemigo o contra el ladrón.” (D.4.3.1.3)

⁷⁹ “Lo que se dice con ocasión de venta para recomendar la mercancía, si es cualidad manifiesta, no obliga al vendedor; como, por ejemplo, si se dice que el esclavo es hermoso o la casa bien edificada; pero si se dice que el esclavo es instruido o conoce algún oficio, entonces debe responder, pues lo vende en más por eso mismo. (1) También, ciertas promesas del vendedor no le obligan si la cosa está tan a la vista que no puede haber ignorancia por parte del comprador; por ejemplo, si alguien compra un esclavo que ha perdido los ojos y hace una estipulación acerca de su buen estado físico, se considera que se estipuló respecto a la parte restante del cuerpo y no respecto a ello en que él mismo se equivocó. (2) el

5.2.2.- Dolo por omisión

En la compraventa, el dolo no sólo puede ser positivo, o sea, consistente en maniobras dirigidas a persuadir engañosamente a alguien, sino que también puede ser negativo o de omisión.

El dolo negativo existe cuando se disimula una cosa para engañar o conducir a error a una de las partes con el fin de inducirla a celebrar el contrato de compraventa. El silencio es doloso cuando se debe hacer presente a la otra parte cualquier circunstancia que pueda influir en ella, y ello no se hace.

El dolo por omisión en la compraventa es contemplado en varios fragmentos del Digesto:

*Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat.*⁸⁰

*Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem.*⁸¹

*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.*⁸²

vendedor debe responder de no haber en él dolo malo, que no consiste solamente en hablar oscuramente con ánimo de engañar, sino también en disimular con insidiosa oscuridad.” (D.18.1.43)

⁸⁰ “El vendedor debe responder de no haber en él dolo malo, que no consiste solamente en hablar oscuramente con ánimo de engañar, sino también en disimular con insidiosa oscuridad.” (D.18.1.43.2)

⁸¹ “Si alguno, al vender un predio ocultase los límites del mismo, de tal modo que de haberlos conocido el comprador no lo hubiera comprado, queda obligado el vendedor.” (D.18.1.35.8)

⁸² “Si alguno creyese que compraba una esclava doncella habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción de compra para resolver la compraventa, de modo que restituido el precio, se devuelva la mujer.” (D.19.1.11.5)

5.2.3.- Dolo que sirve de causa al contrato (*dolus causam dans*)

Se entiende por *dolus causam dans*, el dolo decisivo en la celebración del contrato de compraventa, es decir, a aquel que ha sido la causa determinante del contrato, de tal modo que si no hubiese existido, no habría existido manifestación de voluntad. A esta clase de dolo se le concedían efectos bastantes para producir una acción de rescisión. El Digesto recoge esta clase de dolo en la opinión de Ulpiano:

*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.*⁸³

5.2.4.- Dolo incidental (*dolus incidens*)

Se define el *dolus incidens* como aquel que ha impulsado a la víctima a aceptar el contrato de compraventa en condiciones más desventajosas. Por ende, con o sin este dolo se habría celebrado la compraventa, pero de no haber concurrido, la víctima habría obtenido condiciones más ventajosas. A diferencia *del dolus causam dans*, el *dolus incidens* únicamente permitía reclamar daños y perjuicios.

En este sentido, Ulpiano sostiene:

⁸³ “Si alguno creyese que compraba una esclava doncella habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción de compra para resolver la compraventa, de modo que restituido el precio, se devuelva la mujer.” (D.19.1.11.5)

*Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.*⁸⁴

5.3.- Efectos del dolo respecto de la validez de la compraventa a que afecta

Si una compraventa puede ser invalidada por causa del error, entonces la teoría del dolo no tendría interés. Esta adquiere importancia cuando el error, considerado en sí mismo, no produce efectos jurídicos algunos. El dolo es considerado como causal de invalidez de la compraventa, cuando el error esta basado en la maquinación dolosa realizada y en cuanto esta haya sido el motivo determinante de una de las partes a terminar el contrato. Así, por ejemplo, el error en los motivos generalmente no invalida el negocio jurídico, pero si lo invalida si el error en el motivo determinante de una de las partes, fue producido por dolo de la otra.

Consecuencia de ello, es que el dolo producirá los efectos que correspondan al error que por su causa se origina; de tal manera que cabría estudiar el dolo dentro de la teoría del error, distinguiendo el error espontáneo del error provocado por dolo.

Ahora bien; como quiera que el dolo posee en sí mismo un carácter de acto ilícito y recusable, esta consideración, unida a la falta de cuidado y diligencia que generalmente supone en su víctima, dota a los efectos del dolo de cierta autonomía y sustancialidad, de tal modo que no coinciden exactamente tales efectos con los que se atribuyen al error producido espontáneamente.

Así, en el Derecho romano antiguo, el dolo no afectaba a la validez del negocio; ya no sólo por el formalismo típico de esta época, sino también porque (en contra de lo que

⁸⁴ “Si el vendedor hubiese logrado dolosamente que la cosa se vendiese en más; a saber, si mintió acerca de las habilidades del esclavo o respecto al peculio del mismo, le queda obligado por la acción de compra, para responder ante el comprador en lo que éste pagó de más por tener determinado peculio o determinadas habilidades.” (D.19.1.13.4)

sucede con el *metus*), en último término, la víctima no ha usado de la diligencia obligada para evitar el engaño. En consecuencia, pues, el negocio concertado con dolo era válido. Tan sólo era posible prevenirse contra los efectos del dolo insertando en la *stipulatio* (negocio de derecho estricto) una cláusula mediante la cual el deudor se comprometía a no actuar con dolo en momento alguno del negocio (*clausula doli*), a esta se refiere Paulo en los siguientes terminos:

Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. ⁸⁵

Pero fue el Derecho pretorio el que, partiendo de la ilicitud jurídica que entraña el acto doloso, arbitró determinados medios procesales para proteger a la persona engañada, de los perjuicios económicos que el dolo pudiere proporcionarle. Estos remedios procesales fueron la *actio doli*, la *exceptio doli* y la *restitutio in integrum propter dolum*.

La *actio doli* tiende a procurar a la víctima del engaño una reparación pecuniaria del daño sufrido. Es una acción subsidiaria, es decir, que sólo puede acudirse a ella cuando no haya otra acción para ejercitar contra el que haya producido el dolo y el pretor sólo la concede después que, mediante un análisis de los hechos, comprueba su pertinencia (*ex iusta causa*.) En el derecho clásico es anual, aun cuando, pasado el año, puede interponerse una *actio in factum*, tan solo por la cuantía del enriquecimiento. Ha de dirigirse siempre contra el autor del dolo (ya haya sido el otro contratante, ya un tercero), poseyendo por tanto el carácter de acción personal. Sólo a partir del imperio, fue posible dirigirla contra los herederos del que causó el dolo, limitándose entonces a la cuantía del enriquecimiento. En su aplicación normal, la acción es al simple, es decir, tiende a obtener exactamente el importe del daño patrimonial sufrido (*cuanti ea res est*), tiene carácter noxal, e infamante, y se duda si su fórmula contenía o no cláusula arbitraria.

⁸⁵ “Si en la *stipulatio* se inserta una cláusula por la que te comprometes a actuar sin dolo en momento alguno del negocio, se aplicara la cláusula de dolo malo si me hubieras engañado a conciencia.” (D.45.1.22.)

Cuando el dolo se produzca en un negocio jurídico bilateral por una de las partes contratantes, y el autor del engaño exija el cumplimiento del negocio concertado, la víctima del dolo puede oponer a su demanda la *exceptio doli*.

Restitutio in integrum propter dolum: Algunos autores estiman que la víctima del engaño podría utilizar también una *restitutio in integrum* basada en el dolo sufrido. Ello sucedería especialmente en los casos en que se hubiera producido la extinción de una acción, a causa de una sentencia pronunciada en un litigio en que una de las partes hubiera actuado dolosamente frente a la otra. Desde luego, los dos únicos casos en los que las fuentes hablan de *restitutio in integrum propter dolum*, se refieren al dolo cometido en actos procesales o relacionados con el proceso.

Estos tres remedios pretorios no entrañan la consecuencia de que el negocio realizado por dolo sea nulo, por el contrario, descansan en el criterio de que tal negocio es válido, a pesar de haberse realizado por dolo; pero proporcionan al perjudicado la posibilidad de evitar los daños patrimoniales que el negocio pueda producirle.

Sin embargo, con el nacimiento de los *iudicia bonae fidei*, los contratos de esta categoría eran susceptibles de recibir un tratamiento distinto. En ellos se consideraba implícita la *exceptio doli*. Además el juez, al apreciar todas las circunstancias que en el caso concurren, habrá de tener en cuenta si ha existido, o no, dolo y en caso de apreciar su concurrencia podía llegar hasta privar de efectos el contrato de compraventa.

En el derecho justiniano, erigida la voluntad como base fundamental del concepto de contrato, se estudia el dolo como uno de los vicios de la manifestación de voluntad, estimando que el error producido como consecuencia del dolo, es causa de invalidez del negocio a que afecta, aún cuando solo recaiga sobre los motivos internos que determinaron al engañado a concertar el negocio. Especialmente se considera si el dolo que ha determinado la conclusión de un contrato (el llamado *dolus causam dans contractu*), produce la nulidad en los *contratos de buena fe*; y ello porque tales contratos

se entienden *concertados bajo la condición tácita de que sea verdad lo que ha impulsado a estipularlos*. Si el dolo afecta a un contrato del derecho estricto, el negocio es anulable.

6.- La Fuerza

6.1.- El concepto de Vis o Violencia:

Angél Cristóbal Montes señala que frente a la declaración de voluntad libremente emitida, encontramos la declaración de voluntad formulada en virtud de un acto de fuerza, material o moral, ejercido sobre una de las partes contratantes, ya sea por su contraparte o por un tercero que obra por cuenta de ella.

Sobre el origen de la fuerza, se señala que puede provenir de la parte o de un tercero. Sobre esta materia se pronuncia Ulpiano al comentar a Pedio:

*Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.*⁸⁶

6.2.- Clases de Fuerza:

Ya en la antigüedad se habrían distinguido dos tipos de fuerza; la violencia física, llamada también vis absoluta o corpori illata y la violencia moral o vis compulsiva.

No es claro el momento en que se hace esta diferenciación tan nítida. Al parecer fue obra de los comentaristas.⁸⁷ Sí existe un antecedente de esta en los dichos de Ulpiano:

Olim ita edicebatur "quod vi metusve causa": vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa

⁸⁶ "También escribe Pedio, 8 <ed>, que la resolución del juez respecto a la restitución de la cosa debe ser en el sentido de que disponga que la restituya el que causó la violencia, aunque la cosa haya pasado a otro, y aquel a cuyo poder fue, aunque la intimidación haya sido causada por otro, porque la intimidación causada por uno no debe convertirse en premio para el otro." (D.4.2.14.5)

⁸⁷ PAUL OURIAL y MALAFOSE, *Derecho Romano Francés Histórico*, tomo I, editorial Bosch, traducción de Manuel Fairén, Barcelona, 1960, página 259.

*mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*⁸⁸

6.2.1.- La vis absoluta o corpori illata:

Hay corpori illata cuando se fuerza materialmente a un sujeto para que celebre un acto o contrato. Supone el ejercicio de una fuerza física directa sobre una persona para originar en ella un consentimiento aparente, que no existe, tras el cual está la voluntad de quien ejerce la fuerza.

Cuando el contrato se ha concluido bajo violencia física, no puede hablarse de que exista voluntad del sujeto violentado. La víctima de la vis absoluta es un instrumento de quien lo fuerza y su actuación es meramente mecánica. Algunos ejemplos que grafican esta situación son; conducir forzosamente a uno de los contratantes al lugar en donde se va a celebrar el contrato, mover la cabeza de uno de los contratantes para aparentar su acuerdo con el contrato o forzar la mano de quien escribe. (Así el que por fuerza viera su mano guiada por la de otro para firmar al pie de un documento, no se entiende que tenga voluntad viciada sino que carece por completo de toda voluntad)⁸⁹

La vis absoluta como medio para obtener la celebración de un contrato no fue materia de un estudio profundo por parte de los romanos. Una de las explicaciones dadas es que no tendría relevancia práctica porque en Roma la mayoría de los contratos son solemnes y se realizaban ante la presencia de la autoridad, por lo que era difícil imaginar que estos se perfeccionaran a causa de la violencia física.⁹⁰

En todo caso, de presentarse esta hipótesis, ante lo evidente de la falta de voluntad del forzado, se cree por la mayoría de la doctrina romanista, que la solución entregada por

⁸⁸ Antiguamente, el edicto contenía la expresión “lo que por violencia o por intimidación”, porque se hacía mención de la violencia con referencia a la coacción de la voluntad (la intimidación es la claudicación de la mente a causa de un peligro inminente o futuro). Pero después se suprimió la mención de la violencia, porque lo que se hace por violencia irresistible parece que se hace también por intimidación.” (D.4.2.1.)

⁸⁹ PAUL OURIAL Y MALAFOSE, obra cit., pág. 259.

⁹⁰ En este sentido FRANCISCO JORQUERA F., obra cit., página 86.

el derecho romano era sancionar el contrato celebrado bajo estas circunstancias con nulidad de pleno derecho.

Si bien no se ha encontrado un texto que se refiera específicamente a este caso, esta postura tiene asidero en el tratamiento que recibieron el error *in corpore* y el error *in negotio*, en ambos casos los contratos afectados por estas especies de error eran sancionados con nulidad de pleno derecho por no existir en ellos consentimiento.⁹¹ En el caso de la violencia física correspondería aplicar el mismo criterio por concurrir idéntica circunstancia.

Existen textos de jurisconsultos romanos que refiriéndose a situaciones ajenas a la celebración de un contrato, en las que una persona es víctima de la violencia física, que denotan un tratamiento de ésta acorde con lo señalado anteriormente, en el sentido de que el afectado por la vis absoluta se eximiría del cumplimiento de una obligación y el acto en virtud del cual estaba obligado dejaría de tener efecto para él:

*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persecuendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*⁹²

Desde otro ángulo la vis absoluta también era sancionada como delito público por la Lex Julia de vi publica et privata de Augusto por su carácter de ilícito penal.⁹³

⁹¹ MONTES, Ángel Cristóbal. *Curso de Derecho Romano*, Facultad de Derecho, Universidad de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 179.

⁹² “Si aquella cosa que debía entregar por compra, me hubiese sido arrebatada por la violencia, aunque yo hubiera debido custodiarla, no obstante es más adecuado, que no deba yo al comprador más que las acciones para perseguir la cosa, pues la custodia frente a la fuerza de poco sirve; pero aquellas acciones deberé cedértelas a tu arbitrio y riesgo, de modo que te corresponda toda ventaja o gasto”.(D.19.1.31)

⁹³ D.48.6.5.

Respecto de su tratamiento en la compraventa, la parte afectada por la *vis absoluta* siempre podría reclamarla ante el pretor y el juez pues es una conducta que per se claramente se opone a la buena fe.

6.2.2.- La fuerza moral. El concepto de metus.

Ursicino Álvarez define el miedo como: “un estado psicológico derivado de la amenaza de un mal próximo”.⁹⁴

La violencia que produce la intimidación es denominada por los autores como *vis compulsiva*, para diferenciarla de la *vis absoluta*, que consiste en la violencia física directa.⁹⁵

6.2.2.1- El miedo no constituye un vicio del consentimiento en la compraventa romana.

En la compraventa romana, el que actúa por miedo se ve forzado a decidirse entre sufrir el daño con que se le amenaza, o celebrar el contrato. Al optar por esto, lo está haciendo por un acto de voluntad, aunque esta no sea libre.⁹⁶ En efecto, la voluntad, aun coaccionada, no deja de ser voluntad: *voluntas etiam coacta, tamen voluntas est*. Esta regla se desprende del principio que formula Paulo a propósito de aquél que ha adido una herencia impulsado por el miedo:

*Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*⁹⁷

⁹⁴ ÁLVAREZ, *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, página 70.

⁹⁵ Estas denominaciones, que distinguen ambas clases de violencia, serían obra de los Comentaristas. ÁLVAREZ, ob. cit., página 70.

⁹⁶ A diferencia de lo que ocurre con la *vis absoluta*, que suprime la voluntad.

⁹⁷ “Si acepté una herencia coaccionado por la intimidación, opino que me hago heredero, porque aunque, si hubiese sido libre <de aceptar>, no hubiese querido hacerlo, sin embargo, aunque coaccionado, quise,

Consecuencia de la aplicación general de este principio es que en Derecho clásico y para el *ius Civile*, en principio, los contratos concluidos por intimidación eran perfectamente válidos, tanto si se trataba de actos formales, como de no formales. El Derecho pretorio mantiene el mismo criterio de validez, pero ofrece al perjudicado determinados medios de protección, gracias a los cuales puede obtener una reparación del daño sufrido o la rescisión del contrato.⁹⁸ La concesión de tales medios descansa en que el Pretor estima la violencia moral como acto ilícito reprobable, contrario a las buenas costumbres y digno de sanción. A principios del siglo I a. C el pretor creó el delito de metus y el de dolus para reprimir los atentados contra el orden público; *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.*⁹⁹

*Ait praetor: " quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. "*¹⁰⁰

6.2.2.2.- Requisitos de la intimidación que permiten al afectado por ésta solicitar protección jurídica:

Para que sea posible alegar por el violentado el uso de la fuerza en su contra y utilizar los medios pretorios de protección contra la intimidación –medios que detallaremos más adelante–, es preciso que en esta concurren los siguientes requisitos:¹⁰¹

pero el pretor debe concederme el remedio de la restitución, para que se me dé la facultad de abstenerme.”(D.4.2.21.5)

⁹⁸ En una posición contraria, Francisco Jorquera señala que los romanos si sancionaron la fuerza moral como un vicio del consentimiento. En JORQUERA, *Derecho Romano*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1953, página 86 y siguientes. En esta misma posición se encuentra Mario Oderigo, quien clasifica a la violencia dentro de los vicios del consentimiento. En ODERIGO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1967, página 264. El romanista venezolano José Santiago Rodríguez afirma categóricamente que en el Derecho Romano se consideraba que “toda amenaza anulaba el consentimiento”. En RODRÍGUEZ, *Elementos de Derecho Romano*, tomo II, Editorial Litografía y Tipografía del Comercio, Venezuela, 1928, página 223. Refiriéndose al error, el dolo y la violencia, Ourial y Malafose señalan: “Igual que en el Derecho Romano que en el moderno, se conocen estos tres vicios del consentimiento”. En OURLAL y MALAFOSE, ob. cit., página 223.

⁹⁹ “Con este edicto el pretor vino a defender contra los astutos y dolosos que con cualquier malicia causaban perjuicio a otros, para que ni a aquellos les sea lucrativa su maldad, ni a estos perjudicial su ingenuidad.” (D.4.3)

¹⁰⁰ “Dice el pretor: No considerare válido lo que se haya hecho por intimidación” (D.4.2.1)

1.- Que la intimidación sea seria y efectiva, no meramente presumible:

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit pomponius hoc edicto locum esse.¹⁰²

2.- Que la intimidación sea de tal entidad que pueda producir temor y miedo en un hombre dotado de una entereza normal:

Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo¹⁰³ cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.¹⁰⁴

¹⁰¹ Estos requisitos los hemos tomado de la enumeración de ÁLVAREZ (ob. citada, página 72). Jorquera señala que para los romanos la *vis compulsiva* debía reunir sólo tres requisitos para viciar el consentimiento, que establecían diciendo: “*atrox, presens, contra bonos mores*”. La fuerza es *atrox* cuando es de tal naturaleza que infunde en una persona el justo temor de verse expuesta ella o sus parientes cercanos a un mal irreparable y grave; *presens* cuando se ejercita en el momento en que se celebra el contrato; y *contra bonos mores*, cuando se trata de una fuerza ilegítima e injusta. (JORQUERA, ob. cit., página 87)

¹⁰² “Pero debemos entender por intimidación el miedo presente, no la sospecha del que puede venir; y así lo escribe Pomponio, 28 <ed.> porque dice que se ha de entender por intimidación la ya sufrida, es decir, si alguien atemorizó. Trata, por lo demás, de si tendrá aplicación cuando yo abandonase mi fundo por haber oído que alguien venía con armas. Refiere Pomponio que Labeón estimaba que no tendría aplicación el edicto, y que no se aplica el interdicto «de donde por la violencia», porque no parece que fue expulsado por la violencia, pues no esperé a ser expulsado sino que me adelanté a huir; es distinto si me marche después de haber entrado hombres armados, porque entonces sí se aplica el interdicto. El mismo Pomponio dice que si edificas en suelo mío mediante la violencia de una cuadrilla reunida, también tiene aplicación el interdicto «por lo que con violencia o a ocultas», y también este edicto, en razón de que tolero que lo hagas por la intimidación. Si te hubiese entregado la posesión por medio de tu violencia, dice Pomponio que también se aplica este edicto.” (D.4.2.9.pr.)

¹⁰³ José Santiago Rodríguez traduce *homo constantissimus* como “hombre de espíritu fuerte”. En RODRÍGUEZ, ob. cit., página 223.

¹⁰⁴ “Diremos que este edicto se refiere, no al miedo de un hombre pusilánime, sino al que tiene con motivo suficiente un hombre muy sereno” (D.4.2.6)

*Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.*¹⁰⁵

Las fuentes señalan como casos típicos de estos males temidos el de temor a la muerte y a sufrir daños o tormentos en el cuerpo (*timor mortis vel cruciatus corporis*). Los textos que señalan como típicos tales males son muy numerosos, induciendo a Castello a estimar que en el Edicto del Pretor en que se concedieron los remedios reparables, debieron haber figurado las palabras *timor mortis vel cruciatus corporis*. En este sentido se manifiesta Ulpiano en estos fragmentos:

*Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi romani magistratus vel provinciae praeses, pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.*¹⁰⁶

Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. quamquam non omnem adulterum liceat

¹⁰⁵ “Por ello, si sorprendido alguien en hurto, adulterio u otro delito, dio algo o se obligó acertadamente, escribe Pomponio, 28 <ed.>, que está comprendido en este edicto, pues temía la muerte o la prisión. Aunque no sea lícito matar a todo adúltero, o al ladrón, a no ser que se defienda con armas, podían ser muertos aunque fuera sin derecho, y por ello se considera justo su miedo. Y si alguien hubiese dado alguna cosa con la finalidad de que no le delatase el que lo hubiese sorprendido, parece que debe protegersele por este edicto, porque, si hubiese sido delatado, habría sufrido lo que hemos dicho” (D.4.2.7.1)

¹⁰⁶ “Entendemos por violencia la muy grave y que se hace contra las buenas costumbres, no la que el magistrado justamente ejercita, es decir, por derecho y en razón del cargo que ejerce. Por lo demás, escribe Pomponio que si un magistrado del pueblo romano o un gobernador de la provincia actuase injustamente, tiene aplicación este edicto; por ejemplo, añade, si hubiese sacado dinero a alguien por la amenaza de la muerte o de los azotes” (D.4.2.3.1)

*occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.*¹⁰⁷

Lo mismo se infiere del decir de Paulo:

*Isti quidem et in legem iuliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt. praetor tamen etiam ut restituant intervenire debet: nam et gestum est malo more, et praetor non respicit, an adulter sit qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato.*¹⁰⁸

*Quod si dederit ne stuprum patiat vir seu mulier, hoc edictum locum habet, cum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet.*¹⁰⁹

En otros textos, como en estos fragmentos de Paulo, se habla de *timor stupri*:

*Quod si dederit ne stuprum patiat vir seu mulier, hoc edictum locum habet, cum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet.*¹¹⁰

*Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest in se quis veritus sit an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.*¹¹¹

¹⁰⁷ “Por ello, si sorprendido alguien en hurto, adulterio u otro delito, dio algo o se obligó acertadamente escribe Pomponio, 28 <ed.>, que está comprendido en este edicto, pues temía la muerte o la prisión. Aunque no sea lícito matar a todo adúltero, o al ladrón, a no ser que se defienda con armas, podían ser muertos aunque fuera sin derecho, y por ello se considera justo su miedo. Y si alguien hubiese dado alguna cosa con la finalidad de que no le delatase el que lo hubiese sorprendido, parece que debe protegérsele por este edicto, porque, si hubiese sido delatado, habría sufrido lo que hemos dicho” (D.4.2.7.1)

¹⁰⁸ “Incurren también en la Ley Julia <sobre la violencia> los que cobraron algo por no descubrir un estupro. Sin embargo, el Pretor debe intervenir para que restituyan lo que recibieron, porque se obró inmoralmemente, y el pretor no mira si es adúltero el que pagó, sino tan sólo que se cobró mediante coacción por el temor de la <pena de> muerte.” (D.4.2.8.pr.)

¹⁰⁹ “Si un hombre o una mujer hubiesen dado algo para no sufrir estupro, se aplica este edicto, porque para los hombres honestos este temor debe ser mayor que el de la muerte.” (D.4.2.8.2)

¹¹⁰ D.4.2.8.2. Ver nota 109.

¹¹¹ “Esto que hemos dicho que está previsto en este edicto, lo mismo da que uno lo haya temido en su persona o en la de sus hijos, ya que por el amor a los hijos los padres pueden atemorizarse aún más.” (D.4.2.8.3)

También de *timor servitutis*, como en éste del mismo jurista:

*Ego puto etiam servitutis timorem similibusque admittendum.*¹¹²

El Digesto también se refiere al *timor vinculorum*, en la doctrina de Ulpiano:

*Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.*¹¹³

3.- Que el daño o mal con que se amenaza sea ilícito o ilegítimo, ya que si se trata del ejercicio de un poder jurídico, la intimidación no es recusable, tal como señala Ulpiano, testimoniando la opinión de Juliano:

*Iulianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in iuliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse.*¹¹⁴

Según el mismo Ulpiano, tampoco constituye intimidación el ejercicio legítimo de los poderes de un magistrado:

¹¹² “Opino que también se debe admitir el temor a la esclavitud u otras semejantes” (D.4.2.4)

¹¹³ “Por ello, si sorprendido alguien en hurto, adulterio u otro delito, dio algo o se obligó acertadamente, escribe Pomponio, 28 <ed.>, que está comprendido en este edicto, pues temía la muerte o la prisión. Aunque no sea lícito matar a todo adúltero, o al ladrón, a no ser que se defiendan con armas, podían ser muertos aunque fuera sin derecho, y por ello se considera justo su miedo. Y si alguien hubiese dado alguna cosa con la finalidad de que no le delatase el que lo hubiese sorprendido, parece que debe protegerse por este edicto, porque, si hubiese sido delatado, habría sufrido lo que hemos dicho.” (D.4.2.7.1)

¹¹⁴ “Dice Juliano que el que coaccionó a su deudor para que le pagase no está obligado en virtud de este edicto, por la propia naturaleza de la acción a causa de intimidación, que exige que se haya causado daño, aunque no puede negarse que el acreedor había incurrido en lo que dispone la ley Julia sobre la violencia, y que perdió su derecho de crédito.” (D.4.2.12.2)

*Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi romani magistratus vel provinciae praeses, pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.*¹¹⁵

4.- Que el mal con que se amenaza, como señala este fragmento de Ulpiano, sea mayor que el daño que pueda producirse al realizar el negocio:

*Metum accipiendum labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.*¹¹⁶

5.- Que la conclusión del negocio se halle en conexión causal con la amenaza, y venga determinada por ella. Ulpiano señala:

*Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit pomponius hoc edicto locum esse.*¹¹⁷

6.2.2.3.- Medios de protección otorgados por el pretor contra la intimidación:

Dados estos supuestos, el Edicto del Pretor concede los siguientes medios para paliar los efectos del miedo:

¹¹⁵ “Entendemos por violencia la muy grave y que se hace contra las buenas costumbres, no la que el magistrado justamente ejercita, es decir, por derecho y en razón del cargo que ejerce. Por lo demás, escribe Pomponio que si un magistrado del pueblo romano o un gobernador de la provincia actuase injustamente, tiene aplicación este edicto; por ejemplo, añade, si hubiese sacado dinero a alguien por la amenaza de la muerte o de los azotes” (D.4.2.3.1)

¹¹⁶ “Afirma Labeón que por miedo se ha de entender no un temor cualquiera, sino el de un mal mayor.” (D.4.2.5)

¹¹⁷ “El mismo Pomponio dice que si edificas en suelo mediante la violencia de una cuadrilla reunida, también tiene aplicación el interdicto <<por lo que con la violencia o a ocultas>>, y también este edicto, en razón de que tolero que lo hagas por la intimidación. Si te hubiese entregado la posesión por medio de tu violencia, dice Pomponio que también se aplica este edicto.” (D.4. 2. 9)

1.- La *Actio quod metus causa*: Es una acción penal creada probablemente hacia el siglo I a. C., por un pretor Octavio. Para que esta acción se concediera era necesario, en Derecho clásico, que hubiera sido cumplida la prestación a que se hubiera obligado la persona amenazada, y el que se aprovechó de tal prestación se niegue a restituir su contenido; asimismo, es indispensable que la acción se ejercite precisamente contra la persona que realizó la intimidación, ya que se trata de una acción penal. Su finalidad es conseguir una reparación pecuniaria que se extiende al cuádruplo del valor del objeto entregado, si se ejerce dentro de un año a partir de la fecha en que la coacción se produjo; si la acción se ejerce después de este plazo, sólo se tiene derecho a exigir exactamente el valor de la cosa (al simple). Ulpiano nos indica que el Pretor, impulsado por un espíritu de clemencia otorga, no obstante, al reo la facultad de eximirse de la pena si restituye lo recibido; es decir, que dota a la acción del carácter de “arbitraria”:

*Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.*¹¹⁸

Si el que cometió la intimidación hubiese muerto, no era posible, según se ha dicho, ejercer la acción contra su heredero; pero como nos señala Ulpiano, el Pretor concede al perjudicado una *Actio in factum* que le permite exigir del heredero la cuantía del enriquecimiento con que se hubiere beneficiado:

Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. in heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim

¹¹⁸ “Si alguien <obligado por este edicto> no restituyera, el pretor promete contra él una acción por el cuádruplo: se cuadruplicará, por tanto, todo lo que debió restituirse. Con bastante clemencia actuó el pretor para con el demandado dándole la facultad de restituir, si quiere evitarse la pena. Pero, después de un año, el pretor promete la acción por lo debido, aunque no siempre, sino previa cognición de causa.” (D.4.2.14.1)

*poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.*¹¹⁹

Complementando a Ulpiano, Gayo nos dice:

*Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere.*¹²⁰

En el derecho justiniano, desvirtuado el carácter de acción penal, típico de la época clásica, que cualifica a la *Actio quod metus causa*, y atenuadas las diferencias que la separan de la *in integrum restitutio propter metum*, se configura la *Actio metus* como una *Actio in rem scripta*, que puede, por tanto, dirigirse contra cualquier tercero en cuyo poder se halle la cosa cuya posesión se perdiera a causa del miedo. Al respecto nos dice el mismo Ulpiano:

*Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coarctat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non immerito iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.*¹²¹

¹¹⁹ “Esta acción se concede al heredero y a los demás sucesores, porque es reipersecutoria. Mas no sin razón se concede contra el heredero y contra los demás sucesores en la medida de lo que adquirió; pues aunque la pena no pase al heredero, si embargo lo que adquirió torpemente o por medio de delito no debe redundar en beneficio del heredero, como también se decidió por rescripto.” (D.4.2.16.2)

¹²⁰ “La promesa que hace el procónsul de dar acción contra el heredero por cuanto hubiese llegado a su poder, debe entenderse que se refiere a que debe darse la acción a perpetuidad.” (D.4.2.19)

¹²¹ “Siendo ésta una acción referida a la cosa, que no persigue <sólo> a la persona que ejerce violencia, y que se dá contra todos para conseguir la restitución de lo que se hizo a causa de intimidación, no sin razón crítica Marcelo a Juliano cuando escribe que si un fiador ejerce violencia para que se le libere mediante aceptilación, no se ha de restituir la acción contra el deudor sino que el fiador debe ser condenado por el cuádruplo, a no ser que restituya la acción contra el deudor, pero es más cierto lo que observa Marcelo: que también procede esta acción contra el deudor principal, por tratarse de una acción referida a la cosa.” (D.4.2.9.8)

In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret. nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.¹²²

2.- La *in integrum restitutio propter deum*, es el segundo medio tutelar que el pretor concede al que ha sido perjudicado por un acto de intimidación. Frente a la *Actio quod metus causa*, que sólo persigue una reparación del daño sufrido, la *in integrum restitutio*, facilita al perjudicado un medio para lograr la rescisión pretoria del negocio válido por Derecho civil que haya sido concluido por miedo; y gracias a ella se logran borrar los efectos de tal negocio, como si nunca se hubiera concluido, reponiendo la situación jurídica a su estado anterior. Para conseguir esta finalidad se complementa la *restitutio in integrum* con otras acciones auxiliares. Así, cuando el acto realizado por coacción haya consistido en un traspaso de propiedad, la víctima puede lograr rescatar la cosa, incluso de manos de un tercero, merced a una *Actio rescisoria*, dibujada a espejo de la *Actio reivindicatoria*, que le proporciona, al adquirir de nuevo su posesión, no la antigua propiedad quiritaria (puesto que la transmisión sigue siendo válida con arreglo al Derecho civil), sino una propiedad pretoria. En este sentido se pronuncia Ulpiano:

Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit, poterit autem quis dominum ad quem res pervenerit convenire: qui conventus sive rem sive secundum

¹²² “En esta acción no se discute si fue el demandado u otra persona quién causó la intimidación, pues basta probar que uno sufrió intimidación o violencia y que a causa de ello el demandado, aunque no tenga culpa, obtuvo sin embargo una ganancia, pues como la intimidación presupone ignorancia es justo que nadie esté obligado a designar quién le causó la intimidación, o la violencia; por ello el demandante está obligado tan sólo a probar que la intimidación fue la causa de que cancelase por aceptación la deuda de alguien, de que le entregase algo o de hacer alguna otra cosa. Y a nadie debe parecer injusto que por el acto de uno resulte condenada al cuádruplo otra persona, ya que la acción por el cuádruplo no se concede inmediatamente, sino tan sólo cuando no se restituye la cosa.” (D.4.2.14.3)

quod iam dictum est quadruplum praestiterit, proderit et servis. si vero noxali conventus maluerit noxae dedere, nihilo minus ipse poterit conveniri, si ad eum res pervenit. ¹²³

Cuando el acto coaccionado haya consistido en cualquier otro negocio de disposición (por ejemplo, el perdón de una deuda, o la repudiación de una herencia), el pretor concede a instancia de parte, una *Actio utilis* para que la víctima pueda hacer valer la situación en que se halla después de haber operado la *restitutio in integrum*, así Gayo se pronuncia:

Illud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fideiussores acceptilatione liberati sunt, etiam adversus fideiussores agi posse, ut se reponant in obligationem. si metu a te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim, arbitrato iudicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua persona redintegretur obligatio, sed ut fideiussores quoque vel eosdem vel alios non minus idoneos adhibeas: praeterea ut et pignora quae dederas in eandem causam restituas. ¹²⁴

También en este sentido Ulpiano señala:

Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione. ¹²⁵

Paulo en el mismo sentido expone al referirse a quien repudia una herencia por coacción:

¹²³ “pero si son esclavos los que hubiesen coaccionado, se dara ciertamente en nombre de ellos la acción noxal, pero se podrá demandar también al dueño de ellos que haya obtenido provecho <por la coacción>; una vez demandado este, ya sea que restituya la cosa ya pague el cuadrueño, según lo que antes dijimos, favorecerá con ello a los esclavos también <y no habrá acción noxal>, pero si es demandado el dueño por la acción noxal y hubiese preferido entregar los esclavos por el daño, podrá no obstante ser demandado el dueño <con la acción por intimidación>, si es algo llegó a su poder.” (D.4.2.16.1.)

¹²⁴ “Es cierto que, si los fiadores quedan librados por aceptilación porque el deudor principal intimidó, podrá demandarse también a los fiadores, para que se repongan en la obligación. (1) Si me hubieses coaccionado con intimidación para que te cancelase por aceptilación una deuda estipulatoria, entra en la sentencia del juez, ante quien se demanda en virtud de este edicto, no sólo se integre en tu persona la obligación, sino que proporciones también los mismos fiadores u otros no menos idóneos; además deberás restituir las mismas prendas que habías dado.” (D.4.2.10 pr. y 1.)

¹²⁵ “Pues se concede al que lo desea tanto la acción real como la personal, una vez rescindida la aceptilación u otro medio de liberación.” (D.4.2.9.4)

Si coactus hereditatem repudiam, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. ¹²⁶

3.- La *exceptio metus* es el tercer medio de protección que otorga el pretor a quien ha sido dañado por celebrar un contrato con intimidación. Se aplica especialmente en el supuesto de que la prestación no haya sido aún ejecutada por la víctima (*negotio imperfectum*). En tal caso, cuando la víctima sea demandada, puede oponer a la acción que contra ella se ejercita la *exceptio metus*.

Esto es lo que señala Ulpiano:

Sed quod praetor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. et pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. sed ex facto scio, cum campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.

127

¹²⁶ “Si coaccionado repudí una herencia, el pretor me auxilia por dos medios: o dándome como si fuera heredero las acciones útiles, o concediéndome la acción a causa de intimidación, de suerte que tenga la acción que yo hubiese elegido.”

¹²⁷ “Pero veamos como debe entenderse lo que dice el pretor de que él no lo considera <<válido>>. Y ciertamente puede darse que el negocio no se haya llevado a efecto, aunque haya intervenido intimidación, por ejemplo, cuando la estipulación no fue seguida del pago efectivo; o que se llevase a efecto el negocio, por ejemplo, si después de la estipulación se paga efectivamente, o si por intimidación se canceló una deuda por aceptiliación o aconteciese algo semejante que viniese a realizar el negocio. Y escribe Pomponio que en los negocios totalmente realizados compete tanto la excepción a veces como la acción, pero en los no realizados sólo la excepción. De hecho, sé que cuando los Campanos

A consecuencia de la concesión de estos tres remedios pretorios, que fueron otorgándose de un modo paulatino, el Pretor adopta frente a los negocios concluidos por miedo una postura que se concreta en la frase: *quod metus causa gestum erit ratum non habebit*; y ello significa que el pretor niega su tutela jurídica a los contratos concluidos con miedo. Paulo se pronuncia en este sentido al decir:

*Quod metus causa gestum erit, nullo tempore praetor ratum habebit.*¹²⁸

No por eso puede decirse que existe propiamente una invalidez pretoria; sino más bien que el contrato, aún siendo válido, encontrará en la práctica obstáculos decisivos para lograr plena eficacia gracias a que la parte lesionada dispone de medios para conseguir su rescisión y la reparación del daño sufrido; basándose para ello, en que se ha producido un *acto ilícito* (la intimidación) a consecuencia del cual se ha visto lesionado en sus derechos.

Durante los siglos IV y V, parece dominar el criterio de que los contratos concluidos por miedo son nulos¹²⁹. Por otra parte, en el período postclásico, la *in integrum restitutio propter metum*, se funde con la *actio quod metus causa*. En el Derecho justiniano, según la opinión más aceptable, se vuelve de cierto modo al tratamiento clásico, estimándose que los contratos son válidos, pero anulables, tomando la *actio quod metus causa* el carácter de *actio in rem scripta*, según antes se apuntó.

arrancaron a uno por violencia el documento de una pública promesa, nuestro emperador (Caracala) dispuso por rescripto que podía solicitar del pretor la restitución total, y el pretor, siendo yo asesor suyo, decidió por providencia que si quería reclamar contra los Campanos tenía la acción propuesta <en el edicto>, y si prefería oponer una excepción, no le faltaba la excepción contra los que le demandaron. De esta constitución se desprende que, haya sido o no realizado el negocio, se da no sólo la acción, sino también la excepción.” (D.4.2.9.3)

¹²⁸ “Lo que se hubiese hecho por intimidación, nunca lo tendrá por válido el pretor.”(D.4.2.21.1)

¹²⁹ En este sentido se pronuncian SCHULZ (Z.S.S, 43, Pág.173), y SANFILIPPO (*Il metus nei negozi giuridici*, 1934) que considera que los negocios del *ius civile*, sean o no formales, siempre serán válidos, no así los del derecho pretorio cuando son pactos nudos o manumisiones pretorias.

6.3.- Efectos del metus en los contratos de buena fe. Situación de la compraventa romana:

Sin embargo, tanto en la compraventa como en los demás contratos de Buena fe la solución adoptada era distinta. En estos se prescindía de la aplicación de los remedios pretorios mencionados, pues el contratante que había sido víctima del metus contaba con medios de protección propios de los contratos de *bonae fidae*. Por las características especiales que presentaban estos y principalmente por que en ellos se exigía a las partes un correcto actuar, era claro que cualquier manifestación de alguno de los contratantes que denostara una falta de rectitud sería corregida o sancionada por el juez. Se entendía que no era parte de un correcto actuar el intimidar, coaccionar o violentar a la contraparte para obtener que esta celebrase un contrato. Por esto cuando el demandado¹³⁰ pretende haber sido víctima de la violencia, el juez debe tenerlo en cuenta y si este justifica su alegación puede absolverle o moderar su

¹³⁰ En los textos de los jurisconsultos se hace especial referencia a las excepciones y a la situación en que se encuentra el demandado, pues generalmente quien fue coaccionado para celebrar un contrato, posteriormente será demandado por parte del propio coaccionador o de un tercero para que cumpla con la obligación pactada. Esto resulta sin perjuicio de que se hayan presentado otras hipótesis en que el coaccionado sea quien demande ante el juez para obtener la invalidación del contrato, es decir, no importa que lugar ocupe dentro del contrato la víctima de la violencia, ella siempre podrá reclamarla. Este principio es aceptado por Ulpiano que señala: *In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit...* (En esta acción no se discute si fue el demandado u otra persona quien causo la intimidación, pues basta probar que uno sufrió intimidación o violencia y que a causa de ello el demandado, aunque no tenga culpa, obtuvo sin embargo una ganancia, pues como la intimidación presupone ignorancia, es justo que nadie esté obligado a designar quien le causo la intimidación, o la violencia.) (D.4.2.14.3)

Y también señala: *Metus causa exceptionem cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est " si in ea re nihil metus causa factum est", ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.* (Casio no había propuesto una excepción de intimidación porque se contentaba con la excepción de dolo, que es de aplicación general, pero pareció más práctico poder oponer también una excepción por la intimidación. Se diferencia algo, efectivamente, de la excepción de dolo, porque ésta se refiere a la persona del que cometió el dolo, en tanto la excepción de intimidación esta redactada en forma objetiva: <<a no ser que en este asunto se haya producido alguna intimidación>> de modo que no hay que indagar si fue el demandante quien intimidó, sino, en general, si hubo en este asunto alguna intimidación por parte de quien sea, no sólo del demandante. Además aunque no se opone la excepción por el dolo del vendedor, sin embargo, se observa en la práctica que, en el caso de intimidación, pueda oponerse la excepción, no sólo por el dolo del vendedor, sino por el de cualquier otra que haya intervenido.) (D.44.4.4.33)

conducta. El juez puede ir incluso más allá y declarar inválido el contrato de compraventa de oficio, si este se había concluido con dolo o intimidación pues el magistrado decide conforme a la equidad y al principio de la *bonae fidei*.

Los autores P. Jörs y W. Kunkel¹³¹ sostienen que en los *bonae fidei* negocia ni siquiera era necesaria la interposición de la *exceptio metus* o de la *restitutio in integrum* para conseguir este efecto. Siguiendo a Von Lúbtow señalan que los remedios pretorios recibían aplicación subsidiaria, cada vez que el contrato no se hubiese concluido con intimidación o engaño.

Algunos jurisconsultos también expresaron esta idea, afirmando que la excepción de dolo es inherente a las acciones de buena fe; *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis* y que esta *comprende las conductas de fuerza moral*.¹³²

En el sentido de que la excepción de dolo puede comprender conductas de fuerza moral encontramos una referencia de Ulpiano los dichos de Casio:

Metus causa exceptionem cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. ¹³³

Además, en los *iudiciis* de *bonae fidei*, si las partes querían presentar excepciones no era necesario que las introdujeran en la formula y podían alegarlas directamente *apud iudicem*, o sea, las circunstancias que pudiesen hacerse valer como excepciones se expondrán inmediatamente ante el juez como elementos que pueden influir en el juicio.

Esto es consecuencia directa de la causalidad recíproca propia de los contratos consensuales bilaterales, por cuanto una excepción tiene, generalmente, la finalidad de

¹³¹ P. JÖRS y W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, página 155.

¹³² En este mismo sentido Ángel Cristóbal Montes señala que en las acciones de buena fe, y siendo el dolo justamente la antítesis de la buena fe, no es necesario insertar excepción alguna toda vez que el juez reconocerá, presentado el caso, que según la buena fe el demandado no está obligado a nada.

¹³³ "Casio no había propuesto una excepción de intimidación porque se contentaba con la excepción de dolo, que es de aplicación general, pero pareció más práctico poder oponer también una excepción por la intimidación." (D.44.4.33)

demostrar insuficiencia de causa, y en estos contratos se considera que cualquier imperfección de la obligación contraria afecta a su causa y en consecuencia a la exigibilidad del cumplimiento de la demanda. Cuando la intentio contenía en su formula la expresión *ex fide bona* indicaba con esto que dejaba al juez un amplio margen para apreciar de una manera equitativa las obligaciones resultantes, pues resolverá según su buena fe.

Como señala Arangio-Ruiz, mientras en las acciones de derecho estricto el juez se limitaba a examinar si la obligación prevista por el derecho civil existe o no en el caso concreto, “el juez de una acción de buena fe se halla encargado de deducir por sí mismo las obligaciones que resultan de una situación dada. La formula de las acciones permitía una gran cantidad de posibilidades al momento de determinar la valoración y los límites de los derechos.”¹³⁴ Por esto el contenido de los derechos subjetivos, cuya tutela judicial descansara en una acción de buena fe, estuvo basado en la propia dinámica del proceso y no en una formulación dogmática previa. El *iudex* cumplía entonces una misión fundamental al revisar los contratos de buena fe, ya tanto a la hora de valorar la pretensión del actor como a la de dictar sentencia.

Así entonces, en los contratos de esta categoría, como es el de compraventa, no existía un tratamiento único en los casos en que este se hubiese celebrado debido a la amenaza efectuada a la víctima. La solución dependía de la decisión del juez, quien estaba dotado con las más amplias facultades para fallar, por supuesto entre estas se encontraba la posibilidad de dejar sin efecto el contrato, por haberse celebrado en oposición a la buena fe.

¹³⁴ ROSAS CHUAQUI, J. *Las acciones de buena fe en el Derecho Romano Clásico*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, página 48, Universidad de Chile, 1997.

7.- Conclusiones

Si bien prácticamente nunca, ni en Roma ni en el derecho de alguna otra antigua civilización, el contrato surgió como institución del mero convenio de los interesados en celebrarlo, también es cierto que el acuerdo es la fuente y el fundamento de toda la dinámica contractual. Es un hecho que el pacto es una institución jurídica natural de eficacia indudable e irreprimible; por más que las titularidades espontáneas de un pueblo primitivo sean predominantemente de signo real, por más que la obligación surja tarde y sujeta a los solemnes formalismos de la contratación primitiva, más allá y al lado de toda esa cantidad de requisitos formales, existe un hecho psicológico y sociológico del que no cabe prescindir: las partes recurren al pacto, al acuerdo, al convenio, como cauce meta jurídico para regular sus relaciones recíprocas, sean jurídicas o no; si bien hay que esperar que el derecho llegue a avanzados estadios de su evolución secular para que surja la obligación consensual, ello no impide que el pacto existiera siempre y que en todo momento tuviera una eficacia ajena al derecho de la que sería erróneo prescindir. Teniendo presente este aserto continuamos con nuestros comentarios.

Durante las primeras fases del desarrollo jurídico romano, la contratación se encuentra encuadrada dentro de límites estrictamente formales. Para que surgieran obligaciones entre las partes de un contrato se precisaba recurrir a una de las escasas variedades contractuales existentes y dar cumplimiento a todas y cada una de las solemnidades y formalismos establecidos para la misma. Del simple acuerdo de voluntades no surgían obligaciones civilmente exigibles.

Esta situación, que era capaz de satisfacer las necesidades negociales de un pueblo patriarcal y sencillo como lo fue el romano de los primeros siglos, tenía que resultar notoriamente insuficiente cuando la primitiva economía agrícola y pecuaria fue abatida para dar paso a una economía mercantil, especulativa, y de un desarrollo negocial extraordinario. Roma, transformada en centro de contratación mundial, hervidero de comerciantes llegados desde los más apartados rincones del mundo antiguo, con un fabuloso desarrollo urbano, con una actividad industrial, bancaria y monetaria en plena

marea ascendente, tenía que adecuar sus precarios y lentos medios jurídicos a las necesidades de la nueva época. Artífice de esta adaptación fue el pretor. Su acción fue el conducto por el que la equidad, las instituciones extranjeras, y los nuevos remedios exigidos por la cambiante realidad socio-económica tomaron acomodo y adquirieron carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico romano.

A modo de resumen de lo expuesto en esta memoria, podemos decir que en la época clásica, la decadencia del formalismo, que tenía la ventaja de proteger a las partes contra toda presión y toda sorpresa, obliga a los juristas a preocuparse de las dificultades que pudieran oponerse a la libertad de los contratantes. Con la multiplicación y la complicación de los actos jurídicos, también se hace más laboriosa la actividad de estos. Su consentimiento debe ser expresado libremente y con pleno conocimiento de causa.

Así, en el Derecho Romano Clásico, la voluntad de las partes paso a constituirse como un elemento imprescindible de los actos jurídicos, además de adquirir una relevancia tal que permite crear una nueva categoría de contratos que se perfeccionan por el solo acuerdo de voluntades, los contratos consensuales. En efecto, para que estos se formen válidamente, es preciso que se presente una comunidad de sentimientos (*cum sentire*) entre las partes contratantes. No existía esta concurrencia si la voluntad de los contratantes no era consiente o si su consentimiento estaba viciado por error, dolo o afectado por la fuerza.

Se consideraba en este ordenamiento jurídico que la libertad de expresión podía estar afectada por la violencia. En el caso de error, será la comprensión del acto jurídico lo que estará falseado, por causas a veces espontáneas y a veces provocadas por el dolo.

Igual que en el derecho moderno, en el derecho romano se conocieron estos tres vicios del consentimiento, pero el dolo y la violencia son sancionados como delitos. Fue el pretor el que, a principios del siglo I a.C. creó los delitos de dolo y de *metus* (temor derivado de la violencia) para reprimirlos como atentados al orden público.

Respecto del dolo, con su habitual realismo, el magistrado romano solo sanciona el *dolus malus*; es decir, no reprime más que los manejos desleales destinados a arrancar de una persona el consentimiento que ésta no habría dado si no hubieran mediado estas maquinaciones. Sigue siendo lícito el *dolus bonus* que es la habilidad de que puede hacerse uso en los negocios.

En cuanto a la fuerza, el pretor protege a quienes han celebrado el acto o contrato forzados por apremios físicos, o con amenazas o apremios morales. Cuidadoso de asegurar la libertad de expresión de la voluntad, el magistrado quiere también impedir que un exceso en su protección pueda atentar a la estabilidad de las transacciones. Al igual que se admite en los negocios el empleo de cierta astucia, no se sanciona cualquier fuerza o amenaza, por ello no se puede tener en cuenta el temor irracional de un contratante. El pretor no protege al que se ha mostrado pusilánime frente a las amenazas y a las violencias que tenían por objeto obligarle a contratar.

Acorde con los nuevos tiempos, el sistema procesal también se adapta y destaca por su flexibilidad. Las acciones de *dolus* y de *metus* son arbitrarias, es decir, la condena solo se ejecuta en defecto del cumplimiento de lo que se debe; por otra parte si la amenaza queda sin efecto, el contrato puede ser anulado, y además existen sanciones que recaen sobre los autores del dolo o de la violencia. La *restitutio in integrum* permite borrar las consecuencias del contrato si la víctima ha llegado a ejecutarlo; en caso contrario contará con una *exceptio* para oponerse a la demanda de ejecución.

También es relevante destacar que por el carácter delictual que poseen tanto el dolo como el *metus*, en caso de que se sancionen con nulidad, esta tendrá las características de la nulidad absoluta y por esto para que el pacto recobre vigencia se requiere la conclusión de un nuevo negocio entre la víctima y el delincuente, a diferencia del derecho moderno que admite la confirmación tácita, cuando el contrato esté afectado por dolo o fuerza la sanción a aplicar es la nulidad relativa. Desde otra perspectiva, el dolo y la violencia son delitos que no tienen la misma gravedad, pues

afectan de distinta manera al orden público, el dolo, por su carácter insidioso, es menos peligroso para éste que la violencia. Síguese de ahí una diferencia en la sanción que también se aprecia en el campo contractual. Así es como la excepción de *metus* puede ser invocada frente a aquel que se aprovechó de la violencia, incluso si esta procedió de un tercero. El dolo, por el contrario, para que sea directo debe derivarse de la misma contraparte, y esta circunstancia es la que permite invocar la nulidad del acto, sea que quien se aproveche de este sea la contraparte dolosa o un tercero.

Finalmente, en términos generales, por más que la violencia sea grave, nunca supondrá la nulidad del convenio en el que ella haya sido decisiva.

Más, es necesario tener presente que eso era efectivo respecto de la generalidad de los negocios pero en los contratos de buena fe como la compraventa, podía otorgarse otro tratamiento pues la decisión del caso se sustentaba en el criterio e interpretación que hacia el pretor.

El error, por su parte, es una creencia contraria a la realidad que recae sobre la ley, su interpretación, o en los elementos esenciales del contrato o las circunstancias que lo rodean. Cuando excluye toda voluntad es fuente de nulidad. Sin embargo, su carácter espontáneo hace de él un factor de inestabilidad contractual y por tanto se hace necesario limitar sus efectos. En congruencia con la actitud adoptada respecto del dolo y el *metus*, los juristas romanos no tienen en cuenta los errores menos relevantes o derivados de la negligencia. Un hombre de negocios avezado es, para ellos, el único que merece protección; por ello no se estima digno de amparo al afectado por error de derecho cuando no cumple con el parámetro exigido al hombre medio, salvo si este error fue determinante para la conclusión del contrato y se cumplen determinadas circunstancias personales respecto del afectado.

Respecto del error de hecho, este vicia el consentimiento, pero se requiere para ello que se trate de un *iustus error*; que además debe ser grave.

A principios de la época clásica se admite el error sobre la naturaleza del contrato, o sea, sobre la especie de acto o contrato que las partes celebran (*error in negotio*), un ejemplo de este lo encontramos cuando una parte cree que ha realizado un depósito y la otra un préstamo; también se reconoce, pero de manera extraordinaria el error sobre la persona (*error in persona*), pues en general no se tiene en cuenta la identidad de esta o la falta de alguna de sus cualidades al celebrar un contrato, excepto en los *intuitu personae*. Se tiene igualmente en cuenta el error que recae sobre el objeto (*error in corpore*) cuando este objeto fue determinante para la voluntad de contratar. Respecto del error in materia *vel substantia* no era relevante ni siquiera en los contratos de buena fe, salvo cuando alguna de las partes tenía una falsa idea de aquello de que estaba hecha la cosa y esto incidía sobre la naturaleza del objeto. Así vemos como la seguridad de las transacciones prevalece sobre las consideraciones de equidad.

Nos queda por revisar el modo de proceder de los juristas romanos frente a los casos en que se concluía el contrato, en especial el de compraventa, por un vicio de la voluntad o por la fuerza.¹³⁵

La jurisprudencia romana es fundamentalmente casuista. Esto significa que el punto de partida de los juristas romanos es siempre el caso concreto. Por ello ha afirmado Schulz que para los romanos del período clásico “el principio era el caso”. A partir del caso concreto y su solución, los jurisconsultos romanos fueron construyendo un sistema que hoy llamamos abierto, ya que no se ciñe a una ley escrita, rígida y previamente establecida sino que se basa en soluciones entregadas a situaciones similares, de este modo fueron forjando y plasmando las instituciones jurídicas, entendiendo que el derecho debía estar al servicio de la realidad.

Para conocer la técnica jurídica de los clásicos podemos acudir a los escritos de los juristas que se conservan en distintos cuerpos legales de la época, especialmente en el Digesto de Justiniano, en estos se distinguen las diversas maneras de proceder de unos y otros.

¹³⁵ Sobre el valor atribuido a la labor de los jurisconsultos en el periodo clásico ver nota 10, página 15.

En el Digesto observamos una técnica común entre los jurisconsultos, consistente en la disección del caso, de tal manera, que tomando como base las circunstancias relevantes en el planteamiento del problema, y revisándolas una a una, se alcanzaban las diversas soluciones jurídicas.

¿Cómo obtenían los juristas las buscadas soluciones? Apoyándose en la justa razón, expresada en los postulados del derecho natural y en los convencionalismos de su época.

Con el paso del tiempo, el conjunto de soluciones se fue acumulando, permitiendo a los juristas acudir a los denominados “casos guías”. Se trataba de aplicar las soluciones ya encontradas a casos semejantes. De este modo, a través de relaciones lógicas de identidad y analogías, se estructura todo el sistema jurídico romano. Así se respondía a las necesidades nuevas que la vida presentaba, sin alterar el orden y el sistema. De este modo se revisaban también los casos en que se presentaban las afectaciones a la voluntad que nos preocupan.

El caso, como punto de partida, generaba una actio que permitía al titular del derecho obrar en justicia; ya que sin actio, no se concibe el derecho subjetivo.

Toda persona que celebrara un contrato de compraventa poseía las acciones que emanaban de este, las que tenían el carácter de buena fe. Esto implicaba que el jurista debía considerar como punto de partida de su análisis si existía o no un justo proceder en las partes contratantes. Luego debía revisar si se presentaba la conducta que era reclamada por alguna de estas. Si era así, debía sancionar el dolo, la fuerza o el error pero de acuerdo a parámetros de equidad y buena fe lo que le entregaba un amplio margen para aplicar la decisión que le pareciera más justa.

Relacionando el derecho clásico romano con la actual teoría general del acto jurídico, podemos señalar que esta es una construcción de los juristas modernos que integran

con ella una de las materias que constituyen la parte general del Derecho Civil y que se caracteriza por formular hipótesis de aplicación general en las que deben subsumirse los casos de la vida real para merecer protección. En contraste, los jurisconsultos romanos, con su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los actos jurídicos, sino que fueron estudiando, en los casos concretos que la realidad les ofrecía, cuales situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones, y en cuales circunstancias debía ser reconocida a determinada persona una facultad de actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada.

A través de este estudio pudimos constatar también que en las hipótesis en que el contrato de compraventa era afectado por el error, los jurisconsultos se veían obligados a ser bastante específicos al pronunciarse sobre la solución en el caso concreto. Explicaban claramente sobre que recaía el error o en que consistía este, así llegaron a distinguir entre varios tipos de errores, y las clasificaciones que realizaron se conservan aún en el derecho actual. También atribuían a éstos distintos efectos dentro del contrato de compraventa, según revisamos a lo largo de estas páginas.

Esto se diferencia del tratamiento entregado a los casos de dolo o en los que se ejercía fuerza sobre uno de los contratantes. Si bien estas conductas admitieron clasificaciones, estas eran bastantes más generales que las creadas a partir del error y consideramos que es por las características propias de estos “vicios” que, en materia civil, se pueden definir con un concepto amplio que engloba variadas situaciones de diverso tipo pero que tienen elementos comunes que las convierten en hipótesis de fuerza o dolo.

Los jurisconsultos consideraban que los comportamientos y maquinaciones en que se denotaba la mala fe de una de las partes, y gracias a las cuales se obtenía la celebración de la compraventa, eran dolosos. Si el negocio se había obtenido por la aplicación de un apremio físico o psíquico aplicado a la contraparte, se consideraba que esta era afectada por el delito de violencia. La violencia sería una forma especial de

comportamiento doloso pero con mayores caracteres de gravedad pues en sus dos tipos supone un atentado al orden social.

Por las razones ya explicadas nos referimos en forma más profunda al error, y en materia de dolo y fuerza las explicaciones son más breves. Es necesario tener en vista al analizarlos, el acápite referido a la compraventa como contrato de buena fe.

Así concluimos la revisión del error, la fuerza y el dolo en la compraventa romana admirándonos por el espíritu visionario y la solidez de los conceptos elaborados por estos artífices del derecho que fueron los jurisconsultos romanos.

6. Bibliografía

ABARCA. *El Error de Hecho y de Derecho en el Derecho Romano*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1986.

AGUIAR Henoch. *Hechos y actos jurídicos. La voluntad jurídica en la doctrina y el Código Civil*. Buenos Aires, 1924.

ALESSANDRI, Arturo y otros. *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

ÁLVAREZ Suárez, Urcisino. *El negocio Jurídico en Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 3^o ed. Italiana. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.

ARIAS Ramos, José. *Derecho Romano*, Vol.I. Madrid, 1940.

ARISTÓTELES, *La Metafísica*. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1997.

AVILA Martel, Alamiro. *Organización Judicial y el Procedimiento Civil Romano*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1957.

BECERRA, Osvaldo. *La Teoría del Error en el Derecho Romano*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago.

BERNAL Y LEDESMA. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*, Tomo I. Universidad Autónoma de México, 1981.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1953.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 8^o ed. Italiana. Madrid. 1929.

CAMUS, E. F. *Curso de Derecho Romano, Doctrina del Negocio Jurídico*. Universidad de la Habana, 1943.

CASTRESANA, Amelia. *Fides, Bona fides: Un concepto para la creación del Derecho*. Tecnos, 1991.

CICERÓN, *Los Oficios*. Editorial Porrúa, México, D. F., 1978.

CICERÓN, *Sobre la República*. Ed. Gredos, Madrid, 1984.

CRISTÓBAL-MONTES, Angel. *Curso de Derecho Romano*. Facultad de Derecho, Universidad de Venezuela, Caracas, 1964.

CUENCA, *Proceso Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

CUELLO, *Error como Vicio del Consentimiento en el Derecho Romano*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1997.

D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. 9 ed. Pamplona, 1997.

FARIAS Pichón, Luis. *Los contratos de buena fe y la responsabilidad del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones en el Derecho Romano*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1998.

FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, 1931.

GAYO. *Instituciones Jurídicas*. Traducción de Francisco Samper. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

GUZMAN Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Tomo 1, ed. Jurídica de Chile, 1996.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. Ed ARIEL, Barcelona, 1993.

JORQUERA F. Francisco. *Derecho Romano*, Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, 1953.

JÖRS, Paul - KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Traducción de la 2º ed. Alemana, Barcelona, 1937.

JUSTINIANO, *Digesto*. Traducción de Alvaro D'Ors. Editorial Aranzadi, 1968.

JUSTINIANO, *Código*. Traducción de Krueger y Osenbruggen, Barcelona, 1898.

JUSTINIANO, *Instituciones*. Traducción de Krueger y Osenbruggen, Barcelona, 1898.

KASER, Max. *Derecho Privado Romano*. Traducción Santa Cruz, Madrid 1968.

LEÓN, Avelino. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.

MOLITOR, J.P. *Les obligations en Droit Romain*. París, 1851.

NICHOLAS, Barry. *Introducción al Derecho Romano*. Traducción de Miguel Ángel Palacios Martínez, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1987.

ODERIGO, Mario. *Sinopsis de Derecho Romano*. Ed. de Palma, Buenos Aires, 1967.

OURIAL y MALAFOSE, *Derecho Romano Francés Histórico*, tomo I. Editorial Bosch, traducción de Manuel Fairén, Barcelona, 1960.

RODRÍGUEZ, Luis. *Elementos de Derecho Romano*, tomo II. Editorial lit. y tip. del Comercio, Caracas, 1928.

RODRÍGUEZ Y CASTRO, *El Dolo y el Miedo como Vicios en el Derecho Romano*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1997.

ROSAS Chuaqui, Jaime. *Las acciones de buena fe en el Derecho Romano Clásico*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1997.

ROSSIMASELLA, *La Lex Aquilia*. Ed. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1951.

SAVIGNY. *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo II. Traducción al castellano bde J. Mesia y M. Poley, Madrid, 1879.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, Editorial Bosh, Barcelona, 1960.

SCIALOJA, Vittorio. *Negocios Jurídicos*. Traducción de la 4^o edición italiana, 1942.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires, EJE, 1954.

SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Espasa Calpe, traducción de Juan de Dios Ríos Trías, Barcelona, 1927.

VIAL, Victor. *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991.