

El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado*

HOLGER FLEISCHER**

Sumario: I. Tema. II. Error bilateral sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida. 1. Ejemplos. a. *Cour de Cassation* (2003): el cuadro Poussin. b. *Hoge Raad* (1959): el cáliz Kantharos. c. *Reichsgericht* (1929): los jarrones Ming. 2. Régimen jurídico del derecho de impugnación por error. 3. Desarrollo de una posición diversa: a. Riesgo negocial inherente a la naturaleza del objeto del contrato. aa. Werner FLUME (1991): teoría de la atribución corriente de autoría de la obra. bb. Rodolfo SACCO (1949): teoría del '*stato della critica*'. cc. Conclusión provisoria. b. Riesgo negocial relativo al modo de

* Agradezco a CATALINA SALGADO RAMÍREZ de la Universidad Externado de Colombia la traducción de este artículo en lengua castellana. Título original: *Zum Verkäuferirrtum über werthöbende Eigenschaften im Spiegel der Rechtsvergleichung*. En: *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, R. ZIMMERMANN (ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 35-58.

** Nació en Alemania en 1965. Ganador del Premio Leibniz de la Sociedad Alemana de Investigación (2008) y director en el Max-Planck-Institut de Derecho Comparado e Internacional privado de Hamburgo (desde 2009). Realizó sus estudios de derecho y economía en la Universidad de Köln (1992), de maestría en derecho en la Universidad de Michigan, Ann Arbor (1993), y Diplom-Kaufmann en la Universidad de Köln (1994). Su tesis postdoctoral (1999) que posteriormente fue publicada (2001) bajo el título de *Información asimétrica en el Derecho de los Contratos: estudio comparativo e interdisciplinario sobre los límites y alcance de los deberes de información atinentes a la celebración del contrato*, fue elegida como uno de los mejores "libros jurídicos del año". Ha sido profesor ordinario en la Universidad de Göttingen (cátedra de derecho comercial, derecho económico y derecho comparado). Profesor ordinario en la Universidad de Bonn y Director del Instituto de Derecho Tributario y del Instituto de Derecho Comercial y Económico. Correo electrónico: [fleischer@jura.uni-bonn.de].

Fecha de recepción 30 de mayo de 2010. Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2010.

celebración del contrato. c. Atribución del riesgo negocial al vendedor en caso de error sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa. aa. Derecho comparado. bb. Análisis económico del derecho. cc. Una perspectiva conceptual. dd. Ética del derecho. ee. Historia del derecho. ff. Sistemática del derecho. gg. Dogmática del derecho. hh. Una perspectiva jurisprudencial. III Error unilateral sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa objeto de venta. 1. Ejemplos: a. *Court of Appeal of California* (1924): yacimiento petrolífero. b. *Federal Court of Appeals, Second Circuit* (1968): yacimientos de cobre y cinc. 2. Régimen jurídico del derecho de impugnación por error. a. Su relación con los deberes precontractuales de información. b. ¿Moderación mediante la concesión al comprador del resarcimiento de las expensas fundada en una gestión de negocios? 3. Recursos jurídicos adicionales del vendedor. a. '*Verkürzung über die Hälfte*' y '*lésion*' (Lesión enorme). b. *Unconscionability* y *Wucher* (usura). 4. ¿Analogía con el hallazgo de tesoro?

Resumen: El presente artículo trata de los casos en los cuales el vendedor yerra sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida: vende, por ejemplo, una pintura hecha por la mano de un gran pintor que erróneamente consideraba carente de valor; o vende un terreno sin saber que en el subsuelo había ricos yacimientos. Partiendo de decisiones guía de Francia, Alemania, Italia, Holanda y Estados Unidos, el artículo busca soluciones apropiadas para esos casos y para ello se vale de una metodología plural de investigación que analiza los fallos desde las ópticas del derecho comparado, de la ética del derecho, de la historia del derecho, del análisis económico y de la dogmática del derecho.

Palabras clave: Error vicio del consentimiento, error en el objeto, nulidad del contrato, atribución del riesgo.

I. TEMA

"Prudente espera es mejor / que cometer un error"¹. Atrapado en verso, este adagio popular se refleja también en la práctica de tribunales tanto nacionales como extranjeros y toma forma en un grupo de casos que hasta el momento no ha encontrado su lugar estable en la dogmática del derecho civil: el error del vendedor acerca de las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida. Sus peculiaridades pueden ilustrarse más fácilmente exponiendo tres decisiones referidas a un error común a las partes, un error bilateral (II). Los casos complementarios de un error unilateral son objeto de estudio en una segunda parte (III).

1 Sería el equivalente en castellano del refrán alemán "*Es irrt der Mensch, solange er strebt*", en sentido literal "yerra la persona por su afán".

II. ERROR BILATERAL SOBRE CUALIDADES QUE AUMENTAN EL VALOR DE LA COSA VENDIDA

1. Ejemplos

a) *Cour de Cassation (2003): el cuadro Poussin*²

De este primer ejemplo se ocupó la Corte de Casación francesa en el año 2003. La primera edición del Derecho Europeo de los Contratos de HEINZ KÖTZ³ ya hacía referencia a un conocido caso Poussin de las décadas de los años 70 y 80, que además fue seleccionado dentro de los *grands arrêts* de la jurisprudencia civil francesa⁴; puedo asegurar que este nuevo caso POUSSIN se abrirá también su espacio en la segunda edición del libro de KÖTZ. Esta vez se trata de una pintura puesta en venta, que en el catálogo de la subasta se encontraba registrada como "Escuela de Nicolás Poussin. El vuelo hacia Egipto. Óleo sobre lienzo", que finalmente se vendió en 1985 por la suma de 1,6 millones de francos. Nueve años más tarde, debido a un estudio publicado sobre POUSSIN, la vendedora sospechó que el cuadro proviniese de la misma mano del pintor. Un dictamen pericial confirmó la sospecha y avaluó el cuadro entre 45 y 60 millones de francos y acto seguido, la vendedora solicitó el anulamiento del contrato.

b) *Hoge Raad (1959): el cáliz Kantharos*⁵

El segundo ejemplo, proveniente de Holanda, se menciona también en el libro de KÖTZ⁶: el demandante le había vendido al demandado por 125 florines, un cáliz de plata que había heredado, estando ambos en la suposición de que el cáliz careciera de valor histórico. Luego de difíciles y largos estudios posteriores y con el apoyo de un profesor de arqueología amigo del adquirente, salió a la luz que el objeto en examen era un Kantharos del siglo II d. C. de incalculable valor. Al conocerse la información, el vendedor demandó la devolución del cáliz.

2 Cass. Civ. 1.^a, 17 de septiembre de 2003, *Bull. Civ.* 1, n.º 183 = Pal. 2004, 1049, con comentario de S. CREVEL = *Contrats-Concurrence-Consommation* 2004, n.º 2 con comentario de L. LEVENEUR.

3 Cfr. H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. 1, Tübingen, Mohr, 1996, p. 274, nt. 36.

4 Cfr. H. CAPITANT, F. TERRÉ y Y. LEQUETTE. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10.^a ed., París, Dalloz, 1994 n.º 85-86, pp. 354-374.

5 Hoge Raad. 19 de junio de 1959, *Nederlandse Jurisprudentie* 1960, 59 con comentario de H. VAN DEN BERGH

6 H. KÖTZ. *Ob. cit.*, nt. 3, pp. 274 ss. con nt. 36.

c) *Reichsgericht (1929): los jarrones Ming*⁷

Nuestra lista de casos se completa con un tercer ejemplo, un antiguo fallo memorable del *Reichsgericht* (la Corte Suprema del Reino Alemán): el demandante había vendido dos jarrones chinos por el precio de 390 marcos que posteriormente fueron vendidos en Holanda por el nuevo propietario por 15.000 florines. Allí mismo, en una subasta, los adquirió el *Kensington-Museum* de Londres por la suma de 200.000 marcos como jarrones originales de la dinastía Ming. Cuando el vendedor se enteró de ello, impugnó el contrato.

2. Régimen jurídico del derecho de impugnación del contrato por error

¿Cómo son decididos nuestros casos guía en cada una de sus naciones de origen? ¿Es concedido al vendedor correspondiente un derecho a la anulación del contrato por error?⁸ En Alemania los estudiantes de derecho aprenden que el *Reichsgericht* consideró la verdadera proveniencia de un objeto artístico o cultural como una característica esencial del tráfico (*verkehrs wesentliche Eigenschaft*) con base en el § 119 (2) BGB⁹ y que el *Bundesgerichtshof* (la Corte Federal de Justicia) adhirió a la misma solución en un fallo más reciente (1988)¹⁰. La doctrina por su parte ha compartido tal línea de pensamiento jurisprudencial de manera casi unánime¹¹. Por lo tanto, hoy por hoy, el derecho del vendedor a anular el contrato por error atinente a cualidades que aumentan el valor de la cosa se encuentra aparentemente reconocido como objeto de protección en la teoría alemana del negocio jurídico¹².

7 RGZ 124, 115.

8 Un análisis comparativo particularizado sobre el error del vendedor sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida puede encontrarse en H. FLEISCHER. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, Beck, 2000, p. 614 y s. (Austria), pp. 662 y ss. (Suiza), pp. 719 y ss. (Francia), pp. 787 y ss. (Italia), pp. 847 y ss. (Inglaterra), pp. 907 y ss. (Estados Unidos); Cfr. también los reportes nacionales en R. SEFTON-GREEN (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, Case 1 *Anatol v. Bob*, pp. 88 y ss., Case 2 *Celimene v. Damien*, pp. 131 ss.

9 Cfr. RGZ 124, 115, 120 *Ming-Vasen*

10 Cfr. *BGH NJW* (Neue Juristische Wochenschrift) 1988, pp. 2597, 2598 y s. Leibl/Duveneck.

11 Cfr. H. WENDTLAND, en H. G. BAMBERGER y H. ROTH. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 2.^a ed., Munich, Beck, 2007, § 119 margen 44; A. FEUERBORN, en B. DAUNER-LIEB y T. HEIDEL et al. (eds.). *Anwaltkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, Bonn, Detuscher Anwaltverein, 2005, § 119 margen 75; E. A. KRAMER, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 5.^a ed., Munich, Beck, 2001, § 119 margen 132; K. LARENZ y M. WOLF. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., Munich, Beck, 2004, § 36 margen 51; H. HEINRICHS, en O. PALANDT. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 69.^a ed., Munich, Beck, 2009, § 119 margen 27; W. HEFERMEHL, en H. SOERGEL. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1999, § 119 margen 55; R. SINGER, en J. V. STAUDINGER. *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13.^a ed., Berlín, Sellier de Gruyter, 2004, § 119 margen 93.

12 Un balance se encuentra en H. KÖHLER y J. FRITZSCHE. *Anfechtung des Verkäufers wegen Eigenschaftsirrtums*, *BGH NJW* 1988, 2597, *Juristische Schulung –JuS–*, 1990, pp. 16, 19. "Indiscuti-

Apoyada en una concepción subjetiva del error¹³, también la jurisprudencia francesa ha sostenido en una larga serie de pronunciamientos que representaciones falsas sobre la autoría de una pintura vendida constituyen un error sustancial de conformidad con el artículo 1110 del Code Civil¹⁴. En la doctrina sin embargo se encuentra una variada resistencia a tal posición, abanderada por la vieja generación de JEAN CARBONIER¹⁵ y continuada en las recientes lecciones de MURIEL FABRE-MANGNAN¹⁶. Por último, el *Hoge Raad* holandés negó abiertamente una impugnación por error en el caso del cáliz Kantharos de 1959¹⁷ y en los grandes comentarios puede leerse que tal decisión, bajo el imperio del nuevo artículo 6:228 del Código Civil holandés de 1992, incluso hoy día podría ser sostenida¹⁸.

3. Desarrollo de una posición diversa

Si este panorama de derecho comparado siembra la duda con respecto a lo que en el ámbito alemán se da por sentado —y tal vez esta pérdida de certidumbre es el fruto precioso del derecho comparado—, entonces, con más ahínco, debe excavarse

blemente el vendedor puede demandar con base en el §119 cuando la cosa tiene cualidades más valiosas de lo que se pensaba". Cfr. también E. WIESER. "Weshalb berechtigt der Eigenschaftsirrtum zur Anfechtung?", en H. HALBLITZ y M. WOLLENSCHLÄGER. *Festschrift für Günter Küchenhoff*, vol. I, Berlín, Duncker & Humblot, 1972, p. 409, que toma como punto de partida una exposición de casos con miras a tratar la clasificación dogmática del §119(2).

- 13 Cfr., por ejemplo, J. FLOUR, J.-L. AUBERT y E. SAVAUX. *Les obligations – L'acte juridique*, 11.ª ed., París, Colin, 2004, margen 197; P. MALAURIE y L. AYNÈS. *Les obligations*, vol. II, *Contrats, Quasi-Contrats*, 11.ª ed., París, Cujas, 2001, margen 105; F. TERRÉ, P. SIMLER y Y. LEQUETTE. *Les obligations*, 9.ª ed., París, Dalloz, 2005, márgenes 215-127.
- 14 Del mismo cuerpo colegiado que decidió el caso Poussin, cfr. también *Cass. Civ.* 1.ª 22.2.1978, 601 con comentario de PH. MALINVAUD; *Cass. Civ.* 1.ª 13.12.1983 con comentario de J.-L. AUBERT. Más recientes: *Cass. Civ.* 1.ª 5.2.2002, *Bull. Civ.* I, n.º 56-Daniel Spoerri; *CA Paris*, 7.5.2001, D. 2001 IR 1852 = *Gaz. Pal.* 2001, 1208-Van Gogh. Doctrina francesa que está de acuerdo con tal posición: FLOUR, AUBERT y SAVAUX. *Ob. cit.*, nt. 13, margen 199; J. GHESTIN. *la formation du contrat*, 3.ª ed., París, LGDJ, 1993, margen 331; TERRÉ, SIMMLER y LEQUETTE. *Ob. cit.*, nt. 13, margen 218. Bajo el punto de vista de la pemia "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus"; en el caso concreto sin embargo consideran un error inexcusable como posible.
- 15 Cfr. J. CARBONIER. *Les obligations*, 22.ª ed., París, PUF, 2000, n.º 48 y 50. También MALAURIE y AYNÈS. *Ob. cit.*, nt. 13, márgenes 107-109; además J. CHATELAIN y F. CHATELAIN. *Oeuvres d'art et objets de collection en droit français*, París, Berger Levrault, 1990, pp. 167 y ss.; Cfr. también B. RUDDEN. "Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91, 95, 98, 103.
- 16 Cfr. M. FABRE-MANGNAN. *De l'obligation d'information dans les contrats*, París, LGDJ, 1992, margen 193 y ss.; también O. TOURNAFOND. D. 1991 Som. 161.
- 17 Cfr. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1960, p. 59; detalladamente sobre el particular la recopilación de W. M. J. BEKKERS y A. A. H. M. GOMMERS (eds.). *De Kantharos: Over recht en onrecht in de rechtspleging*, Deventer, Kluwer, 1998.
- 18 Cfr. A. S. HARTKAMP, en *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Verbintenissenrecht, Aigemene leer der overeenkomsten*, vol. 4-2, 11.ª ed., Deventer, Kluwer, 2001, margen 195; J. HIJMA (ed.), en *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Bijzondere overeenkomsten, Koop en ruil*, vol. 5-1, 6.ª ed., Zwolle, Tjeenk Willink, 2001, margen 246; P. CLAUSING. *Weekblad voor Privaatrecht* 6357, 1999, p. 385 y s.

más a fondo. Debido a que los juristas prefieren las innovaciones paulatinas a las radicales¹⁹, quisiera desarrollar mi propio punto de vista en tres pasos.

a. Riesgo negocial inherente a la naturaleza del objeto del contrato

Una primera limitación a la impugnación por error podría obedecer a la naturaleza del objeto en la venta.

aa. WERNER FLUME (1949): teoría de la atribución corriente de autoría de la obra

Tal limitación encuentra un reconocido intercesor en la persona de WERNER FLUME, quien en un reciente artículo indagó sobre los diversos recursos jurídicos que cabrían en caso de venta de objetos de arte²⁰. En su opinión, una impugnación por error del vendedor con base en el §119 (2) BGB queda excluida, si al tiempo de la venta la obra era atribuida a un autor de menor relevancia o a ninguno en particular y sólo un *descubrimiento posterior* pone en evidencia que la pintura puede entenderse realizada por otro autor²¹.

Según FLUME en un caso tal, la ganancia por el posterior descubrimiento corresponde a quien pertenezca la cosa al momento del descubrimiento; y como fundamento tendría que pensarse en una acuñación peculiar del *casum sentit dominus*²².

bb. RODOLFO SACCO (1949): teoría del 'stato della critica'

FLUME pasó por alto que ya 40 años atrás RODOLFO SACCO había desarrollado para el caso del comercio de arte una teoría en el mismo sentido: la teoría del 'stato della critica'²³.

19 Al respecto H. FLEISCHER. "Legal Transplants in European Company Law - The Case of Fiduciary Duties", *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 278, 293; en ocasiones doctrinantes agudos las justifican con la estructura incentivadora de la academia. Cfr. M. TUSHNET. "Everything Old is New Again: Early Reflections on the 'New Chicago School'", *Wisconsin Law Review*, 1998, pp. 579, 581: "Ambitious younger scholars, of whom there is rarely an undersupply, have obvious incentives to discover some novel approach. In general, however, the legal academy's reward structure requires that novel approaches be one that the younger scholars' elders can appreciate as continuing a tradition with which the elders are associated".

20 W. FLUME. "Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks", *Juristen Zeitung*, 1991, p. 633.

21 Cfr. W. FLUME, *JZ*, 1991, p. 633; de acuerdo recientemente Ch. KRAMPE. "Eichen am Wasser - der Ruisdael-Fall", *RGZ* pp. 135, 339, *JuS*, 2005, pp. 773, 778; el punto de vista de un riesgo negocial en caso de atribución dudosa de autoría es afirmado también por H. SCHACK. *Kunst und Recht*, 2.ª ed., Köln, Heymanns, 2009, márgenes 418 y 412.

22 Cfr. W. FLUME, *JZ*, 1991, pp. 633, 634.

23 Cfr. R. SACCO, en *Rivista di diritto commerciale* II, 1949, p. 192. Ahora en F. VASSALI (ed.). *Trattato di diritto civile: il contratto*, 1975, 313.; También R. SACCO en P. Resigno (ed.) *Trattato di diritto privato: Volontà, intento, vizi del consenso*, 1982, p. 152.

Según su opinión, en el marco del artículo 1429 del *Codice Civile* solo son consideradas las falsas representaciones relativas al Estado concomitante a la investigación histórica del arte: "il fatto giudizialmente accertabile è solo lo stato della critica; l'errore rilevante è quello che cade sullo stato della critica"²⁴.

Cuando se compra una pintura que es atribuida por la generalidad a un pintor desconocido y con posterioridad viene a conocerse la autoría, ello conlleva una transformación del objeto de la venta y el valor acrecido corresponde exclusivamente al nuevo propietario²⁵. Viejas decisiones de la *Corte di appello di Firenze* (Corte de Apelación de Florencia), de los años 1905²⁶ y 1910²⁷, adoptan una posición similar y catalogan el contrato de compraventa de una pintura como "contratto aleatorio". El momento del alea en la enajenación de obras de arte tampoco es ajeno a la *Corte di Cassazione* (Corte de Casación), que ya en vigencia del antiguo código civil había tenido oportunidad de pronunciarse en contra de la impugnación²⁸.

Justo después de la entrada en vigor del nuevo Código, el *Tribunale di Milano* (Tribunal de Milán) continuó con esta fundamentación y, en caso de incertidumbre objetiva acerca de la autenticidad de una obra de arte, rechazó la impugnación por error²⁹. La rigurosidad exigida por un análisis de derecho comparado implica agregar que la *Corte di Cassazione* en un reciente fallo no ha entendido de esta forma la teoría del "stato della critica"³⁰.

24 Cfr. R. SACCO y G. DE NOVA. *Il contratto*, vol. 1, Turín, UTET, 1993, p. 404.

25 *Ibid.* "Le scoperte successive sono accrescimenti, diminuzioni, trasformazioni delle cose, e incidono sul patrimonio del proprietario".

26 Cfr. A. Firenze, 18 de julio de 1905, *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, Turín, 1905, 1, 2, p. 577.

27 Cfr. A. Firenze, 15 de octubre de 1910, Filangeri, 1910, p. 459, ésta en el caso inverso de la venta de una obra vendida como original que luego resultó ser falsa.

28 Cfr. Cass., 18 de marzo de 1938, *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, Turín, 1938, 1, p. 632: "L'errore sostanziale presuppone un'obiettiva certezza della sostanza della cosa, e la determinazione di un autore di un'opera d'arte antica resta sempre nel campo delle ipotesi non controllabili. Se è venduto un quadro come attribuito a un celebre pittore antico e risulti invece la paternità di autore ignoto, non può eccepirsi l'errore in substantia, purché però l'opera sia contraddistinta dagli attribuiti di un vero prodotto artistico".

29 Cfr. Trib. Milano, 31.7.1947, *Il Foro Italiano* 1948, I, 679 "Nel caso di incertezza oggettiva sulla paternità di un'opera d'arte l'errore su di essa non produce annullamento".

30 Cfr. Cass., 3.7.1993, n. 7299, *Foro Italiano*, 1994, I, 1, pp. 410, 422y ss.: "Questa teoria non é condivisa però da questa Corte che ha più volte precisato come la rilevanza della effettiva paternità dell'opera non possa essere astrattamente negata ma debba essere, volta per volta, stabilita in base al contenuto del contratto ed a seconda che tale paternità sia stata espressamente o anche solo implicitamente (ma inequivocabilmente) indicata, assumendo la funzione di elemento decisivo di identificazione dell'oggetto (sent. n. 639 del 1974; sent. n. 2737 del 1960) o di una sua qualità essenziale (sent. n. 1923 del 1969) o sia stata, invece, solo supposta dall'una o dall'altra parte, assumendo il carattere di elemento incidente sul processo di formazione della volontà negoziale".

cc. Conclusión provisoria

Estos agudos intentos por construir una interpretación que tome en consideración las particularidades del objeto de la venta y las vicisitudes del mundo de la crítica del arte me parecen convincentes³¹. Sin embargo en Alemania todavía están a la espera de ser acogidos por parte de la jurisprudencia de los altos tribunales. El *Bundesgerichtshof* se refirió recientemente en un caso a la sentencia de los jarrones de la dinastía Ming³² proferida por el *Reichsgericht*, cuyo razonamiento ha seguido y consolidado: se vendió un óleo atribuido a FRANK DUVENECK y con posterioridad el propietario lo hizo analizar por un conservador quien lo catalogó como una pintura de WILHELM LEIBL. Cuando el vendedor en una exposición se dio cuenta del hecho, impugnó el contrato y solicitó la devolución del cuadro. La VIII Sala Civil del *Bundesgerichtshof* acogió las pretensiones³³. En primer lugar, la sentencia sostiene que las prestaciones de garantía de los antiguos §§ 459 y siguientes del BGB (*Gewährleistungsrechte*) no se contraponen a una impugnación de la compraventa por parte del vendedor³⁴; y paso seguido expone, sin tomar en consideración las peculiaridades del error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida y sin ahondar en los argumentos aquí expuestos, que la autoría de una pintura tiene que ser considerada como una calidad esencial del tráfico (*verkehrs wesentliche Eigenschaft*)³⁵.

b. Riesgo negocial inherente al modo de celebración del contrato

Una segunda restricción de la impugnación por error es la que se refiere no ya a la naturaleza del objeto del contrato sino al modo de celebración del contrato. De allí puede resultar que haya lugar a una típica transacción *tel quel*, es decir, 'tal cual', en la que ambas partes, conscientes del riesgo de un error sobre cualidades esenciales de

31 También lo considera así K. SIEHR. "Ist ein Caracci ein schlechter Poussin? Zum Irrtum beim Kauf von Kunstwerken", en E. ADERHOLD, K. LIPSTEIN, C. SCHÜCKING y R. STÜRNER (eds.). *Festschrift für Hans Hanisch*, Köln, Heymanns, 1994, pp. 247, 254: "En definitiva puede ser sostenida la opinión de que en caso de venta de obras de arte antiguas, la atribución de la autoría es tan incierta e insegura, que se trataría de un negocio jurídico aleatorio: la cosa es vendida tal cual sin garantía y por ello cada parte asume el riesgo de haber pagado mucho o haber vendido por poco". (trad. libre). En la página 254 nt. 20 SIEHR cree que es posible la consideración de un riesgo inherente al contrato en el caso de los jarrones de la dinastía Ming del que se ocupó el *Reichsgericht*.

32 Cfr. *supra* II.1.c.

33 Cfr. BGH NJW, 1988, p. 2597. Con comentario de H. HONSELL en JZ, 1989, p. 41. Con comentario de H. SCHULZ en JA (*Juristische Arbeitsblätter*) (1989) 40. Con comentario de V. EMMERICH en JuS (1989), 59. Y una discusión pormenorizada sobre el fallo por KÖHLER/FRITZSCHE, en JuS (1990), 16.

34 BGH NJW 1988, 2597, 2598.

35 BGH NJW 1988, 2597, 2599.

la cosa vendida según el tráfico, decidan celebrar el contrato³⁶. Por ello no puede hablarse de error cuando el vendedor venda en un mercado de las pulgas un atado de cuadernos de música en el que se encuentren anotaciones valiosas de MOZART. En cuanto al resultado práctico, así resolvió, en modo adecuado, el *Amtsgericht Coburg* (Juzgado municipal de Coburg) en el año 1993³⁷, pero sin adentrarse por completo en la entera problemática jurídica. El § 154 del *Restatement (second) of Contracts* americano³⁸, habla en casos similares de '*conscious ignorance*' del vendedor³⁹.

c. Atribución del riesgo negocial al vendedor en caso de error sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa

¿Es posible hacer una generalización, en modo prudente, de los resultados particulares analizados hasta el momento? ¿El error del vendedor sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa es o puede por regla general ser irrelevante? ¿Constituye una categoría de error, sola y delimitable, como la consideran JEAN CARBONIER bajo el nombre de "*erreur sur la propre prestation*"⁴⁰ y RODOLFO SACCO como "*errore (del vendedor) su elementi della sua stessa prestazione*"⁴¹

Quisiera abordar el estudio de estas cuestiones a partir del estilo de investigación de metodología plural que durante tantos años ha cultivado en modo ejemplar Hein Kötz. Con él se evidenciará cuáles consideraciones esenciales hablan a favor de una limitación de la impugnación del vendedor.

36 En modo general STAUDINGER y SINGER. Ob. cit., nt. 11, § 119 BGB márgenes 12 y 93.

37 Cfr. AG Coburg, 1993, pp. 938, 939; de acuerdo SCHACK. Ob. cit., nt. 21; M. J. SCHERMEIER, en M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT y R. ZIMMERMANN (eds.). *Historischkritischer Kommentar zum BGB*, vol. 1, Tübingen Mohr Siebeck, 2003, §§ 116-124 margen 80; STAUDINGER y SINGER. Ob. cit., nt. 11, §119 BGB margen 93; en sentido contrario PALADANT y HEINRICHS. Ob. cit., nt. 11, §119 margen 27; hace distinciones H. HONSELL. "*Arglistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*", en *Festschrift für Peter Gauch*, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 101, 117 y ss.

38 El § 154 *Restatement of Contracts 2nd*, 1981 dice: "When a Party Bears the Risk of a Mistake. A party bears the risk of a mistake when (a) the risk is allocated to him by agreement of the parties, or (b) he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or (c) the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so".

39 § 154 *Restatement of Contracts 2nd*, nt. 37, *Comment c*: "Conscious ignorance. Even though the mistaken party did not agree to bear the risk, he may have been aware when he made the contract that his knowledge with respect to the facts to which the mistake relates was limited. If he was not only so aware that his knowledge was limited but undertook to perform in the face of that awareness, he bears the risk of the mistake. It is sometimes said in such a situation that, in a sense, there was not mistake but '*conscious ignorance*'".

40 CARBONNIER. Ob. cit., nt. 15, margen 48; en modo similar MALAURIE y AYNES. Ob. cit., nt. 13, margen 107: "*erreur sur la prestation fournie*".

41 SACCO y DE NOVA. Ob. cit., nt. 24, p. 382 junto con su nota 17 que hace referencia a la discusión francesa.

aa. Derecho comparado

Una restricción de ese tipo puede ser respaldada en modo amplio desde el punto de vista de derecho comparado. Ya se habló del ejemplo holandés⁴², y también en el derecho inglés de los contratos se encuentra un sólido soporte. Un ejemplo ideado por Lord ATKIN en el célebre fallo *Bell v. Lever Brothers* del año 1932 vale aún hoy día como punto de referencia obligado: "A buys a picture from B, both A and B believe it to be the work of an old master, and a high price is paid. It turns out to be a modern copy. A has no remedy in the absence of misrepresentation or warranty"⁴³. La doctrina considera que en el caso inverso, esto es, de error bilateral sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa no puede valer cosa distinta⁴⁴.

Un panorama similar resulta de una revisión de los diferentes proyectos de armonización de derecho de los contratos que ha elaborado en los últimos tiempos el gremio de los comparatistas. Los principios de los contratos comerciales internacionales UNIDROIT (2004) colocan la impugnación por error artículo 3.5(b)(2) dentro de límites estrechísimos y niegan una pretensión del vendedor en un caso hipotético tomado como ejemplo, que corresponde en gran medida al ya ilustrado caso Poussin⁴⁵.

En sentido análogo pueden ser indicados los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la denominada comisión Lando, que se ocupan del error de hecho y de derecho en el artículo 4:103⁴⁶.

bb. Análisis económico del derecho

Una limitación a la posibilidad de impugnación por error desde la perspectiva del análisis económico del derecho es sugerida principalmente en vista de que una prolongada facultad de impugnación en cabeza del vendedor (en Alemania diez años y con anterioridad treinta años, de acuerdo con el §121 [2] BGB) no incentiva al comprador a indagar sobre el origen del objeto en venta. De este modo defiende HEIN KÖTZ la solución del caso *Kanthalos*, anotando que el comprador del cáliz se vería privado de toda motivación a emplear los esfuerzos necesarios para aclarar la procedencia del cáliz, si tuviera que devolverlo al vendedor en el caso en que tales

42 Cfr. *supra* II.1.b y II.2.

43 AC 161, 221, 1932.

44 Cfr. J. CARTWRIGHT, en SEFTON-GREEN. Ob. cit., nt. 8, pp. 94, 96.

45 Cfr. artículo 3.5 de los principios UNIDROIT 2004, ilustración dos: "A sells to B a picture attributed to the relatively unknown painter C at a fair price for such paintings. It is subsequently discovered that the work was painted by the famous artist D. A cannot avoid its contract with B on the ground of its mistake, since the fact that the picture was only attributed to C implied the risk that it might have been painted by a more famous artist".

46 Cfr. sobre todo la observación 7 al artículo 4:103 ("Casos en que una de las partes soporta el riesgo") en el que es tratado el caso *Fragonard* francés.

esfuerzos arrojaran un resultado positivo⁴⁷. Este razonamiento ha sido plasmado en modo similar en casos antes mencionados, que en varias ocasiones han debido tratar la jurisprudencia francesa⁴⁸ e italiana⁴⁹.

cc. Una perspectiva conceptual

Desde un punto de vista conceptual, debe tenerse presente la idea que apoya la legitimación de la admisibilidad de una impugnación por error en la noción de justicia en el intercambio (*Austauschgerechtigkeit*). Así por ejemplo, se aduce en defensa de un derecho de anulación con base en el §119 (2) BGB para los casos que tratamos como ejemplo, que el vendedor solamente soporta el riesgo de vender una cosa por muy bajo precio, pero no el de vender una cosa muy valiosa habiéndola considerado como de menor valor⁵⁰.

Una interpretación en tal sentido sitúa la posibilidad de impugnar con base en el §119 (2) BGB en las inmediaciones del principio de la equivalencia material, en favor del cual pueden encontrarse partidarios en la literatura sobre el error tanto nacional⁵¹ como extranjera⁵².

El talón de Aquiles de la idea de equivalencia en materia de error se evidencia rápidamente: no es posible armonizarlo sin más con la decisión legislativa de no implementar un control sobre la justa proporción del precio⁵³ basado en el modelo de la *laesio enormis* posclásica⁵⁴. Incluso si fuera posible una armonización en el sentido

47 Cfr. KÖTZ. Ob. cit., nt. 3, p. 275 con la nota 36; en general sobre cuestiones de "bienestar" en la teoría del error, cfr. P. MANKOWSKI. *Beseitigungsrechte*, Tübingen Mohr Siebeck, 2003, pp. 380 y ss., y la bibliografía allí citada.

48 Para Francia, *supra* nt. 4.

49 Cfr. A. Roma, 23 de noviembre de 1948, *Il foro italiano* 1949, I, p. 987 con comentario de P. GUERRA: El cuadro de Carpaccio; A. Roma 15 de mayo de 1957, *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, Torino, 1958, I, p. 306 con comentario de B. CORMIO: El cuadro de Caravaggio.

50 Cfr. S. LORENZ. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, Munich, Beck, 1997, p. 313.

51 Cfr. particularmente R. SINGER. *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, Munich, Beck, 1995, p. 227, según el cual, el equilibrio entre prestación y contraprestación se encuentra alterado ostensiblemente de manera típica en caso de un error sobre una las cualidades y por ello la decisión sobre la validez del negocio jurídico se deja en manos de la persona en error; opina similarmente E. A. KRAMER. *Der Irrtum beim Vertragsschluß: Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Zurich, Schulthess, 1998, margen 3.

52 Cfr., por ejemplo, el subtítulo en GHESTIN. Ob. cit., nt. 14, margen 513: "L'article 1110 est un instrument de la justice contractuelle".

53 Consideraciones en este sentido se encuentran ya en O. LENEL. *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) p. 123, 1925, pp. 161, 192: "Este estado de las cosas es evidente para la opinión pública y precisamente por ello se explica que los tribunales no sean disturbados con las pretensiones de impugnación por parte de los vendedores. Cuando una legislación ha desechado la posibilidad de impugnar por lesión enorme, como sucede con la mayor parte de las legislaciones modernas, sería bastante inconsecuente que en cambio sí la admitiera indirectamente con base en una impugnación por error in substantia. Ello vale fundamentalmente para la legislación alemana". En favor de una conclusión inversa para el §138 (2) BGB, cfr. HONSELL. Ob. cit., nt. 37, pp. 101, 119.

54 Al respecto cfr. las motivaciones al proyecto de un Código Civil para el reino alemán: Mo-

que el § 138 (2) BGB tratara solamente de errores de valoración de la contraprestación relativos a sus cualidades, mientras que el § 119 (2) BGB del error sobre factores sobre los cuales se determina el valor, poco se ganaría en nuestra discusión, porque la proporción entre prestación y contraprestación hace siempre referencia al tiempo de celebración del contrato⁵⁵. Las circunstancias que influyen en el valor, que justo después salen a la luz, continúan sin ser tomadas en consideración.

dd. Ética del derecho

Desde el punto de vista de la ética del derecho una limitación a la impugnación por error en caso de descubrimientos posteriores puede apoyarse no solamente en la paremia "*casum sentit Dominus*" citada por FLUME, sino también acudiendo a la escuela de la *Modern Austrian Economics*.

ISRAEL KIZNER, en particular, exponente líder de la Escuela Austriaca de la Economía Nacional, desarrolló en sus escritos una ambiciosa teoría de la justicia del mercado compuesta por elementos tanto económicos como éticos. Considera los descubrimientos posteriores a la celebración del contrato como "nuevos valores" en el sentido de una ética del descubridor-propietario (*Finder-Besitzer-Ethik*), que el anterior propietario nunca poseyó⁵⁶. Bajo esta óptica, el descubrimiento de una cualidad que aumente el valor de la cosa vendida se considera como un elemento que hasta el momento ha carecido de propietario, el cual, desde el instante del descubrimiento, pertenece a su descubridor (o en el lenguaje de KIZNER, al empresario perspicaz).

ee. Historia del Derecho

¿La limitación a la impugnación por error hasta aquí examinada refleja las posiciones tradicionales sobre el error en la cualidad, desarrolladas históricamente?⁵⁷. Una

tive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. 2, Berlín, Guttentag, 1888, p. 322.

55 Ya precisamente C. F. VON GLÜCK. *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. 17, Erlangen Palm, 1815, § 1058, pp. 56 y s., para quien siempre en el caso de los contratos se mira al tiempo del negocio y posteriores descubrimientos constituirían un *donum fortunae*.

56 En detalle L. M. KIRZNER. *Unternehmer und Marktdynamik*, Munich, Philosophia, 1988, pp. 238 y ss.; ÍD. *The Meaning of Market Process: Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, Londres, Routledge, 1992, pp. 221 y s.

57 La independencia de la moderna dogmática del Derecho civil frente a las fuentes clásicas ha sido subrayada recientemente por Ch. KRAMPE, *JuS*, 2005, pp. 773, 779: "Las prescripciones de los códigos civiles europeos sobre el error en la cualidad se basan en las fuentes del derecho romano sobre el *error in substantia* en su interpretación moderna. Cómo hayan tratado los juristas romanos el problema del *aliud pro alio venisse videtur*, solo puede ser aclarado por medio de una exégesis de los casos particulares por ellos discutidos. La moderna dogmática de derecho civil es independiente de ello".

respuesta adecuada a este interrogante mejor se encomienda a otras manos⁵⁸. Sin embargo, pueden encontrarse evidencias – por ejemplo en el *Law of Obligations* de R. ZIMMERMANN– de que los juristas clásicos se ocupaban exclusivamente del *error in substantia* de frente a una responsabilidad por garantía insuficiente; un error del vendedor estaba fuera de esta perspectiva⁵⁹.

Por otra parte, en un reciente escrito JAN DIRK HARKE, apoyándose en la doctrina naturalista de santo TOMÁS, niega también un derecho de impugnación del vendedor, en el marco del §119 (2) BGB, a menos que éste se hubiera asegurado con una *condicio* contra el riesgo de una falsa representación⁶⁰.

En todo caso SAVIGNY modificó esta visión tradicional y dejó abierta la posibilidad de impugnación por error también en los casos de falsas representaciones del vendedor⁶¹. Su argumento central, sin embargo, no obedece a una valoración histórica sino sistemática: como en el caso de una falsa representación sobre una cualidad de la cosa vendida el comprador no se encuentra vinculado, en el caso contrario tampoco puede permanecer vinculado el vendedor⁶².

ff. Sistemática del derecho

Desde el punto de vista jurídico sistemático, este argumento savigniano de la *simetría* que acaba de exponerse ha perdido en la actualidad en gran medida su vigor

- 58 Ampliamente los recientes escritos de habilitación de J. D. HARKE. "Si error aliquis intervenit" - *Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005; así como para los periodos posteriores M. J. SCHERMAIER. *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Viena, Böhlau, 2000.
- 59 R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the-Civilian Tradition*, Ciudad del Cabo, Juta, 1990, p. 594 con nota 43: "I share the widely opinion that the Roman lawyers considered *error in substantia* only from the point of view of the insufficiency of the prevailing system of remedies for breach warranty and that the doctrine was developed –in typically casuistic fashion– to fill an unsatisfactory gap in the protection of the purchaser". De modo similar R. FEENSTRA. "The Dutch Kantharos case and the History of error in Substantia", *Talane Law Review* 48, 1974, pp. 846, 854; A. BECHMANN. *Der Kauf nach gemeinem Recht, Teil I, Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen Deichert, 1876, § 904, p. 652.
- 60 Cfr. J. D. HARKE. *Irrtum über wesentliche Eigenschaften Dogmatische und dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 32 y ss., y 89 ss.; al respecto las recensiones de K. LUIG, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht –ZEuP–*, 122, 2005, p. 508; y M. J. SCHERMAIER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung) –ZSS–*, 122, 2005, p. 458. J. D. HARKE considera en la p. 138 el caso Leibl/Duveneck del BGH (cfr. nuestro texto en las nts. 33-35) como decidido en modo incorrecto: el vendedor tendría que haber confirmado el verdadero estado de la cosa vendida o haberse asegurado contractualmente contra el riesgo de una falsa representación.
- 61 Cfr. F. C. VON SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, Berlín, Veit, 1840, §137, p. 298.
- 62 F. C. SAVIGNY. *System*, cit., nt. 61, §137, p. 298. "Viceversa, cuando el vendedor ha retenido como dorado el que en realidad es un vaso de oro, y vende estando bajo este error, entonces, de acuerdo con la misma regla, que en tal posición vendría en protección del comprador, también el vendedor tiene que ser considerado como no vinculado. Entonces es indiferente en este caso, que el comprador se encontrara o no en el mismo error" (trad. libre).

intelectual. Más aún, en el derecho vigente se evidencia una marcada *asimetría* en la protección legal⁶³: de acuerdo con el § 121 (2) BGB, el plazo de impugnación del contrato para el vendedor es de diez años, mientras que el derecho de garantía del comprador de acuerdo con el §438 (1) (3) es de tan sólo dos años. Tal desequilibrio también se presenta en otro sentido: si el comprador especula que el objeto comprado, en una prueba posterior podría revelarse más valioso, entonces él carga con el riesgo de una falla en la especulación: la impugnación por error no se le concede⁶⁴. Pero si el comprador tuvo buen olfato y se comprueban sus sospechas, entonces en cambio podría el vendedor, por medio de la impugnación, volver a quedarse con el objeto. Más todavía, para la opinión dominante la "*Wertchance*" (oportunidad de valor) atribuida al vendedor por un descubrimiento posterior durante un lapso de tiempo de los diez años subsiguientes a la celebración del contrato es una distribución unilateral del riesgo bastante particular en el derecho de contratos.

Finalmente, el derecho de impugnación del vendedor da lugar, en caso de cadenas de contratos, a resultados arbitrarios que van diametralmente en contra del principio de justicia transaccional de la opinión dominante⁶⁵. Particularmente digno de mención es un caso analizado por la Corte de Casación francesa del año 1991, en el cual una pintura que había sido vendida más de una vez, luego de varios decenios resultó ser una valiosísima obra maestra de FRAGONARD: la demanda de nulidad del propietario y vendedor originario en contra del adquirente intermedio, fundada en un error sustancial con base en el artículo 1110 del Código Civil, fue denegada por prescripción. La del propietario intermedio fue fallada en contra del último propietario⁶⁶, con la curiosa consecuencia de que al propietario intermedio vino a parar el disfrute del aumento del valor de la pintura que él mismo con anterioridad adquirió por debajo del precio y a cuyo aumento de valor no contribuyó para nada⁶⁷.

Pero independientemente de ello, el argumento savigniano flaquea ante otras objeciones⁶⁸: por una parte, el vendedor está en la posición de procurarse con más

63 Del mismo modo es crítico al respecto H. HONSELL. "Das Anfechtungsrecht des Verkäufers bei einem Irrtum über die Urheberchaft eines Gemaldes", *JZ*, 1989, p. 44 ("Schönheitsfehler"); sobre una configuración similar del riesgo de vendedor y comprador en la venta de objetos de arte cfr. SIEHR. *Ob. cit.*, nt. 31, p. 253: "debería también haber aquí una *par conditio creditorum*"; en un mismo sentido además KRAMPE, *JuS*, 2005, pp. 773, 778; SCHACK. *Ob. cit.*, nt. 21, margen 419.

64 L. ENNECCERUS y H. C. NIPPERDEY. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.ª ed., Tübingen Mohr, 1960, § 168, p. 1043; LARENZ y WOLF. *Ob. cit.*, nt. 11 § 36 margen 53; PALANDT y HEINRICHS. *Ob. cit.*, nt. 11, § 119 BGB, margen 9; en este sentido, sobre el error en el comercio de pinturas, ya J. KOHLER. "Über den Willen im Privatrecht", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts –JherJb–*, 28, 1889, pp. 166, 256 y ss.

65 De ello puede encontrarse evidencia en las nts. 50 y 52.

66 Cfr. *Cass. Civ.* 1.ª, 25 de mayo de 1992, *Bull. Civ.* 1, n.º 165.

67 Totalmente en contra FABRE-MAGNAN. *Ob. cit.*, nt. 16, margen 215: "parfaitment arbitraire" y "moralment injuste et économiquement absurde".

68 Desde un punto de vista económico, en contra de un argumento de simetría y en favor de un

facilidad conocimiento sobre las cualidades de la cosa vendida porque es él quien la tiene en sus manos. Por otra, un tratamiento desigual de vendedor y comprador encuentra su justificación en la diferencia que existe entre la falta de un aumento patrimonial (enriquecimiento) y el padecimiento de una pérdida patrimonial (empobrecimiento), contraste que puede fundamentarse tanto desde la ciencia económica como desde la psicología.

Económicamente, en favor de tal diferenciación es muy dicente la ley de la disminución de la utilidad marginal de GOSSEN, según la cual, una ganancia que escapa al vendedor conlleva una menor disminución de la utilidad que la de una pérdida patrimonial del comprador en caso de la adquisición de una cosa defectuosa. Documentos empíricos de la investigación sobre la economía del comportamiento ponen en evidencia tal divergencia, que suele designarse como 'the endowment effect'⁶⁹.

gg. Dogmática del derecho

Desde el punto de vista de la dogmática del derecho, puede encontrarse una limitación al derecho de impugnación del vendedor en la figura de la "ignorancia consciente" (*bewusste Unkenntnis*): quien omite revisar diligentemente con antelación la cosa que ofrece en venta, a pesar de contar con que puede haber una diferencia positiva en el valor (*Positivabweichung*), no puede ampararse luego en una impugnación por error: él, por su negligencia, asume el riesgo de una falla de apreciación. Así lo representa en un ejemplo FLUME, en el que un vendedor ofrece un libro antiguo en una canasta de libros que con posterioridad resulta ser una valiosísima primera edición⁷⁰. Una variante moderna la ofrece el caso ya mencionado de la venta del atado de cuadernos entre los que se encontró uno con anotaciones de MOZART⁷¹.

Cierto, esta posición se agota en aquellos casos donde una revisión anterior a la venta esté fuera del alcance del vendedor. Pero incluso en estos casos, yo negaría un derecho de impugnación del vendedor. En mi opinión ello puede fundamentarse en una *regla general de distribución del riesgo* ligada al conocimiento del vendedor y a la posibilidad de precaverse valoradas en *abstracto*⁷², esto es, sin tomar en consideración lo "reconocible" en *concreto*.

tratamiento diferenciado de ambos casos con diversos fundamentos, cfr. S. SHAVELL. "Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale", *Rand Journal of Economics* 25, 1994, p. 20; F. PARISI. *European Journal of Law and Economics* 1, 1994, p. 213.

69 Cfr. D. KAHNEMANN, J. L. KNETSCH y R. H. THALER. "The endowment effect, loss aversion, and status quo bias", *Journal of Economic Perspectives* 5, 1991, p. 193; ÍD. "Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem", *Journal of Political Economy* 98, 1990, p. 1325.

70 Cfr. W. FLUME. *Eigenschaftsirrthum und Kauf*, Münster, Regensburg, 1948, p. 91 y ss.

71 Cfr. nt. 37.

72 Un derecho de impugnación del vendedor es negado completamente por O. LENEL, AcP 123, 1925, pp. 161, 191 y s.: "En mi opinión al enajenante *nunca* debe serle garantizado un derecho de impugnación fundado en un error *in substantia*. Su posición es completamente diferente a la posición del comprador. La falta de una cualidad falsamente representada puede

En muchos contratos hay circunstancias cuyo esclarecimiento no es posible en un principio y cuyo posterior conocimiento revela un contrato desventajoso para el vendedor. En esto radica el momento *aleatorio* ínsito a *todo* contrato de intercambio y que ha sido elaborado en manera particularmente atenta por la doctrina anglosajona: GUENTHER TREITEL, refiriendo la posición del derecho inglés, dice que quien participe en el tráfico negocial asume el riesgo en la compraventa de que la prestación efectuada resulte enseguida más valiosa que la contraprestación⁷³; y en modo similar se pronuncia para el derecho estadounidense SAMUEL WILLISTON en su *Treatise on the Law of Contracts*⁷⁴. Similarmente, aunque con una formulación más restringida, dispone el artículo 4:103 (2) de los principios de derecho europeo de los contratos que una parte no pueda impugnar el contrato cuando ella ha corrido con el riesgo del error o si de acuerdo con las circunstancias debe ser asumido por ella. En modo análogo aparece formulado en el artículo 3.5 (2) de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que ilustran con un ejemplo que coincide ampliamente con el ya descrito caso Poussin⁷⁵.

La idea de la distribución del riesgo puede fundamentarse en modo aún más sencillo, cuando el caso de error bilateral se analiza, como lo hace parte importante de la doctrina, no a la luz del §119 (2) BGB sino como supuesto de aplicación de la teoría de la base negocial (*Geschäftsgrundlage*)⁷⁶: el §313 (1) BGB se refiere explícitamente a una 'distribución legal o contractual del riesgo' (*vertragliche oder gesetzliche*

hacer para el comprador la compra carente de todo sentido. En cambio para el vendedor siempre se trata de que como consecuencia de un error él ha recibido un precio menor al que de otro modo habría podido exigir. ¿Qué diferencia hay en que el vendedor se haya equivocado en el material de que la cosa vendida está hecha, en la autoría de una pintura o solo en el valor de ambos y como consecuencia de ello haya pedido muy poco? ¿O que en el fundo vendido se encuentren riquezas en el subsuelo que eran ignorados por el vendedor o si él no sabía que en las cercanías estaba proyectado el trazo de una línea ferroviaria, cuya puesta en ejecución aumentaría 10 veces el valor del terreno?" (trad. libre).

- 73 Cfr. G. H. TREITEL. *An Outline of the Law of Contracts*, 5.ª ed., Londres, Butterworths, 1995, pp. 160 y ss.: "The general rule is justified by the argument that, in the absence of active misrepresentation, each party takes the risk that the subject-matter may turn out to be worse, or better, than he had supposed".
- 74 Cfr. S. WILLISTON. *A Treatise in the Law of Contracts*, vol. XII, 3.ª ed., Mount Kisco, Baker, Voorhis, 1970, § 148, p. 326: "Such decisions can be defended only by the argument that it is the general understanding of the market place and, therefore, of buyer and seller that they take their chances of such advantages".
- 75 Cfr. UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*, 2004, *Comment, Illustration 2*.
- 76 Sobre el ejemplo del caso Leib/Duveneck cfr. H. RÖSLER. "Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage", *JuS*, 2005, pp. 120, 122 y ss.; en general, de la manualística cfr. R. BORK. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2.ª ed., Tübingen Mohr Siebeck, 2006, margen 44; LARENZ y WOLF. *Ob. cit.*, nt. 11, § 38 margen 5; en favor de la aplicación del § 119 (2) BGB en cambio D. MEDICUS. *Bürgerliches Recht*, 21.ª ed., Köln, Heymanns, 2007, margen 162; H. HÜBNER. *Allgemeiner Teil des BGB*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1996, margen 806 y ss. De acuerdo con los motivos del gobierno federal (*Bundesregierung*) al proyecto de ley sobre la modernización del derecho de obligaciones, como reproducidos en C. W. CANARIS. *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, Munich, Beck, 2002, p. 746; el § 313 (2) BGB debe comprender los casos de error común en los motivos (*die Fälle des gemeinschaftlichen Motivirrtums*).

Risikoverteilung), que en el caso concreto puede oponerse a una adaptación o a una resolución del contrato.

hh. Una perspectiva jurisprudencial

Para terminar, debe ponerse de presente que en Alemania la limitación del error esencial relevante que aquí se ha sostenido no carece de antecedentes jurisprudenciales. El *Reichsgericht* ya se había pronunciado sobre el tema en una sentencia, no tan conocida, del año 1912⁷⁷: en noviembre de 1889 en una mina de greda cerca de Halberstadt se encontraron unos huesos que, como luego se determinó, resultaron ser restos de Plesiosaurio. El propietario de la mina se los regaló al boticario del lugar, quien junto con el departamento de ciencia natural de la ciudad se ocupó de hacer una reconstrucción del esqueleto que luego fue expuesto en el museo municipal. Cuando el dueño de la mina un domingo lo vio expuesto, impugnó la donación que había hecho al boticario, perdiendo luego en las tres instancias. El *Reichsgericht* sostuvo tajantemente que las circunstancias determinantes para la valoración de una cosa no constituyen cualidades de la misma⁷⁸. Sobre la alegación del demandante, según la cual la valoración científica calificaba equivocadamente la cosa en cuestión como de poco valor, no tomó posición alguna el tribunal debido a vicios de forma, pero se evidencia en la parte motiva de la sentencia un claro descontento frente a la opinión del demandante, quien nunca habría podido reconocer por su cuenta el valor real de los huesos⁷⁹. Quien va más allá en la búsqueda encuentra incluso un caso exactamente igual pero decidido en modo contrario a los casos expuestos aquí con anterioridad: en 1909 el *Oberlandesgericht München* (la Corte de Apelación de Munich) casualmente pronunció en un fallo que trataba sobre la autoría de una ilustración de LUCAS CRANACH "el Viejo": "en el mercado del arte y de las antigüedades se presenta cotidianamente que un comerciante descubre donde otro un objeto de muchísimo valor y bajo silencio de esta circunstancia igualmente lo adquiere por muchos marcos, para después, vendiéndolo, exigir y recibir cientos. Nadie ve en ello algo injusto y el vendedor no sería escuchado de ninguna manera fundando su pretensión en los §§119 o 138 BGB"⁸⁰.

77 RGJW 1912, p. 525.

78 Ídem.

79 Al respecto también T. MAYER-MALY. "Bemerkungen zum Irrtum über den Wert", en *Festschrift für Mario M. Pedrazzani*, Berna, Stämpfli, 1990, pp. 343, 346, quien aprueba la sentencia con la observación de que quien dona tiene que contar con que el objeto pueda tener un mayor valor al que él pensaba.

80 OLG München (Corte de Apelación de Munich). *Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*—SeuffA— 65, 1910, n.º 90, p. 181.

III. ERROR UNILATERAL SOBRE CUALIDADES QUE AUMENTAN EL VALOR DE LA COSA VENDIDA

1. Ejemplos

Los ejemplos sobre el error unilateral sobre cualidades que aumentan el valor de la cosa resultan ser menos puntuales y nos conducen del mundo de la antigua Europa al de Estados Unidos.

a) *Court of Appeal of California (1924): yacimiento petrolífero*⁸¹

El cuarto ejemplo trata de la venta de un terreno bajo el cual, como suponía el comprador y no intuía el vendedor, se encontraron yacimientos de petróleo. El vendedor solicitó la resolución del contrato a causa de un *unilateral mistake*

b) *Federal Court of Appeals, Second Circuit (1968): yacimientos de cobre y zinc*⁸²

En el quinto ejemplo, caso que causó alboroto en el mundo del derecho del mercado de capitales, una sociedad petrolera en el marco de su actividad de exploración había hecho fotografías aéreas costosísimas de una extensión de más de 15.000 millas cuadradas en el oriente canadiense, en las que se hacía evidente que era rica en cobre y zinc, por lo que la sociedad procedió a adquirir el terreno, pero sin poner de presente al propietario tales circunstancias. También aquí se planteó el interrogante sobre la posibilidad jurídica de una impugnación por error.

2. Régimen jurídico del derecho de impugnación por error

a) *Su relación con los deberes precontractuales de información*

La solución a tan discutidos casos internacionales requiere en primer lugar una revisión de los supuestos del error y del deber de información. Fuera de la impugnación por error, vienen así mismo en consideración una anulación del contrato bajo los puntos de vista del dolo por omisión (*Täuschung durch Unterlassen*) o de la teoría de la *culpa in contrahendo*⁸³. En mi opinión, el Código Civil en el que mejor se encuentran dispuestos y coordinados tales remedios es el de Holanda de 1992: de acuerdo con el artículo 6:218 (b) BW una parte puede impugnar el contrato a causa de error, cuando la otra parte, con base en lo que sabía o habría debido saber,

81 Cfr. *Teteman vs. Epstein*, 66 Cal. App. 745=226 p. 966 (Cal. App. 1924)

82 *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d 833 (2d Cir. 1968), cert. denied 394 U.S. 976, 1969.

83 Sobre estas relaciones, a menudo pasadas por alto cfr. FLEISCHER. Ob. cit., nt. 8, pp. 378 y ss.

tenía la obligación de ponerle de presente su error. De manera similar se formula en el artículo 3.5 (1) (a) de los principios UNIDROIT⁸⁴ y en el artículo 4:103 (1) (a) de los Principios *Lando*⁸⁵.

Estas disposiciones nos conducen al campo de los deberes precontractuales de información, sobre los cuales aquí no puede hacerse sino una breve referencia⁸⁶. El *Hoge Raad* holandés había señalado en el caso *Kantharos* que si el comprador del cáliz hubiera estado en conocimiento sobre la verdadera procedencia del cáliz, muy seguramente habría estado obligado a iluminar a la contraparte⁸⁷. De conformidad con ello, la doctrina holandesa admite actualmente en caso de un error unilateral la impugnación del vendedor⁸⁸. Los tribunales ingleses y americanos por su parte deciden exactamente lo contrario. Así, la *California Court of Appeal* en nuestro ejemplo n.º 4 rechazó la impugnación por error con estas palabras: "If the mere ignorance as to the true value of property by one who sells it [...] were a ground to set aside a deal, no transaction would be final until the validity thereof had been determined by a suit to quiet title"⁸⁹. ALLAN FARNSWORTH en la nueva edición de su *Manual sobre derecho de contratos* subraya expresamente que esta aspiración de seguridad jurídica tenga una particular repercusión en el derecho inmobiliario⁹⁰. Independientemente de ello es evidente que ordenamientos jurídicos que acogen en su núcleo el principio del *caveat-emptor*, reclaman para el vendedor en error, igualmente a *fortiori*, un *caveat venditor*.

Casos alemanes semejantes sobre hallazgos en el suelo aún no se conocen. En 1949 LEO RAAPE se mostró desfavorable a la concesión de una impugnación por error del vendedor fundada en el §119 (2) BGB en un artículo en el AcP: "¡Todo lo que puede haber bajo el suelo! Quien vende asume el riesgo de entregar tesoros de los

84 Cfr. artículo 3.5 (Relevant mistake) "(1)A party may only avoid the contract for mistake of, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error".

85 Artículo 4:103 (Error esencial de hecho o de derecho) "Una parte puede anular el contrato por error de hecho o acerca del derecho vigente al momento de su celebración si: (a) [...] (ii) la otra parte conocía o habría tenido que tener conocimiento del error y, en manera contraria a la buena fe y a la corrección, haya dejado que la parte en error permaneciera en él...".

86 Detalladamente KÖTZ. Ob. cit., nt. 3, pp. 302 y ss; sobre mi posición al respecto cfr. FLEISCHER. Ob. cit., nt. 8, pp. 281 y ss.; más recientemente HONSELL. Ob. cit., nt. 37.

87 Cfr. *Nederlandse Juresprudentie* 1960, p. 59; además M. HESSELINK, en SEFTON-GREEN (ed.). Ob. cit., nt. 8, pp. 112, 113 con la nota 113.

88 Más en detalle HESSELINK. Ob. cit., nt. 8, pp. 150, 151 y ss.

89 Cfr. *Tetenman v. Epstein*, 66 Cal. App. 745, 751 = 226 pp. 966, 969 (Cal. App. 1924).

90 Cfr. A. FARNSWORTH. *Contracts*, 4.ª ed., Nueva York, Aspen, 2004, § 9.3, p. 612: "However, it is thought more reasonable for the landowner to bear the risk of the mistake as to the presence of minerals than to pass this risk on to the purchaser; particularly in view of the policy favouring the finality of real estate transactions".

cuales no se percató. ¿No desea tal cosa? Bueno, entonces tiene que ser precavido⁹¹. En este orden de ideas se encuentra en el AcP un viejo artículo de OTTO LENEL del año 1925⁹² y en uno más reciente de 1986 MICHAEL ADAMS se declara contrario a un derecho de impugnación del vendedor por error en las cualidades, cuando la ventaja de información de una de las partes sea el resultado de una búsqueda costosa al efecto o de la adquisición de conocimiento científico⁹³.

Ahora bien, tomando como punto de referencia la jurisprudencia de las altas cortes, como los mencionados fallos de los jarrones Ming y del Leibl/Duveneck, es muy posible que los tribunales en Alemania, en los casos de hallazgos en el suelo, también tomen partido por el vendedor que no conocía la presencia de tales hallazgos. Me parece del todo inapropiado: del mismo modo que en los casos de descubrimientos *posteriores* quisiera también rechazar un derecho de impugnación del vendedor por falsa representación de las cualidades que aumentan el valor del objeto de venta, en caso de existir de antemano una asimetría de conocimiento entre las partes (*anfängliches Wissensgefälle*).

b) *¿Moderación mediante la concesión al comprador del resarcimiento de las expensas fundada en una gestión de negocios?*

Los casos de error unilateral del vendedor traen consigo otro interrogante: ¿pueden encontrarse soluciones intermedias, que concedan al comprador, mejor informado, una compensación por su indagación y al vendedor una parte de la ganancia?

Los obstáculos para una solución *negociada*⁹⁴ radican en la posición particular de la información en el sistema de los bienes económicos: KENNETH ARROW ya había señalado por primera vez en 1962, que en la determinación del valor de una información, de cuando en cuando se presenta una paradoja en la valoración⁹⁵: una información dada sólo puede ser valorada económicamente si ella es conocida; pero una vez conocida, no existe estímulo alguno para su propietario de pagar una

91 Cfr. L. RAAPE. *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, AcP 150, 1949, pp. 481, 505.

92 O. LENEL, AcP 123, 1925, pp. 161, 192.

93 M. ADAMS. *Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht*, AcP 186, 1986, pp. 453, 471; Cfr. también D. LEENEN. "Die Funktionsbedingungen von Verkehrssystemen in der Dogmatik des Privatrechts", en O. BEHREND, M. DIESELHORST y R. DREIER (eds.). *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Göttingen Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, pp. 108, 118 con la nota 35.

94 Escéptico C. T. WONNELL. "The Structure of a General Theory of Disclosure", *Case Western Reserve Law Review* 41, 1986, pp. 329, 342: "It is difficult to sell the information without divulging it"; optimista E. W. KITCH. "Law and Economics of Rights in Valuable Information", *Journal of Legal Studies* 9, 1980, pp. 683, 707: "There are contractual solutions to the problem. The negotiating parties can enter into a contract specifying the information to be disclosed and what can and cannot be done with it, if no deal is made".

95 Cfr. K. ARROW. "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", en National Bureau of Economic Research (ed.). *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Londres, Oxford University Press, 1962, 609; reproducido en K. ARROW. *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Chicago, Markham, 1971, p. 144.

contraprestación por ella⁹⁶. De ahí que el derecho civil tenga que responder a la pregunta de si es posible afrontar este dilema de información del prisionero⁹⁷ con la concesión legislativa de pretensiones y compensación (*Ausgleichsansprüche*).

En Francia, la *Cour de Cassation* en el caso Fragonard⁹⁸ concedió la petición del comprador de reembolso de los gastos sobre la base de un *enriquecimiento sin causa*⁹⁹. Un tribunal de instancia parisino, en otro caso de pinturas, por ventura abrió las puertas a una solución intermedia: concedió la pretensión al vendedor quien había pedido la anulación del contrato con fundamento en un error, pero dejando al demandado participar en una parte razonable del valor incrementado como retribución de su esfuerzo¹⁰⁰.

La doctrina da mérito al esfuerzo de los jueces por pretender un resultado apropiado, pero pone en duda la solidez de la construcción jurídica¹⁰¹, o en cambio, prefiere fundarla en una gestión de negocios (*gestion d'affaires*)¹⁰².

En Alemania el *Bundesgerichtshof* cerró la posibilidad a una solución similar en su decisión del "cazador de herederos" del año 2000. El principio conductor de la sentencia dice: "Quien de manera profesional como 'cazador de herederos' busca herederos que no sabían de su condición de herederos, siempre que no haya de por medio un acuerdo de honorarios, no tiene contra ellos una pretensión de remuneración (*Vergütungsanspruch*) ni por gestión de negocios ni por enriquecimiento injusto"¹⁰³. En la parte motiva de la sentencia se dice: "Los gastos propios efectuados con miras a la celebración de un contrato, en la medida en que no se haya celebrado contrato alguno, no son objeto de una pretensión de reembolso; cada parte tiene que correr con el riesgo de un fracaso en las negociaciones. Esta distribución del riesgo, que se ajusta a la estructura del derecho contractual y que

96 Cfr. ARROW. Ob. cit., nt. 95, pp. 609, 615: "In the second place, there is a fundamental paradox in the determination of demand for information; its value for the purchaser is not known until he has the information, but then he has in effect acquired it without cost"; en la literatura secundaria E. MACKAY. *Economics of Information*, Boston, Kluwer, 1982, p. 114; O. E. WILLIAMSON. *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, Tübingen Mohr Siebeck, 1990, p. 10.

97 Cfr. el título de un artículo de O. KECK. "The Information Dilemma", *Journal of Conflict Resolution* 31, 1987, p. 139; cfr., además, BIRMINGHAM. "The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma", *William and Mary Law Review* 29, 1988, p. 249.

98 En modo crítico KÖTZ. Ob. cit., nt. 3, p. 275 con nota 36.

99 Cfr. Cass. Civ. 1.^{ère}, 25 de mayo de 1992, *Bull. Civ.* n. 165 = D. 1993 Som. 235 con comentario de O. TOURNAFOND = Contrats - Concurrence - Consommation, 1992, n. 174 con comentario de L. LEVENEUR = Rép. Defrénois 1993, 311 con comentario de J. L. AUBERT.

100 Cfr. TGI Paris, 6 de marzo de 1985 (no publicada); citada en GHESTIN. Ob. cit., nt. 14, margen 641.

101 Crítico al respecto, por ejemplo, S. CREVEL, *Gaz. Pal.* 2004, pp. 1050, 1051; también MALAURIE y AYNES. Ob. cit., nt. 13, margen 109.

102 En este sentido GHESTIN. Ob. cit., nt. 14, margen 641; también J. L. AUBERT, Rép. Défrenois 1993, p. 311; FLOUR, AUBERT y SAVAUX. Ob. cit., nt. 13, margen. 109 con nota 1: "La solution peut être approuvée, mais elle serait mieux fondée sur la gestion d'affaires".

103 Cfr. BGH NJW 2000, p. 72.

además se reconduce al principio de autonomía privada, se quebrantaría concediendo una pretensión de indemnización por los gastos en virtud de una gestión de negocios [...] Por tales motivos el derecho privado tampoco reconoce, en línea de principio, un deber de reembolso por informaciones dadas que no hayan sido requeridas, a menos que estén protegidas por normas especiales (p. ej., el caso del derecho de patentes)¹⁰⁴.

3. Recursos jurídicos adicionales del vendedor

La impugnación por error ciertamente no constituye la única herramienta jurídica del vendedor en los casos de hallazgos en el suelo. Incluso, podría pensarse en lo siguiente:

a) *Verkürzung über die Hälfte* y *lésion* (lesión enorme)

Varios preceptos, como el § 934 del Código Civil austríaco (ABGB) o el artículo 1674 del *Code Civil* conceden al vendedor como mecanismo de reserva, por decirlo en algún modo, el derecho de solicitar la rescisión de un contrato por lesión (*Verkürzung über die Hälfte* o *lésion*). Estas disposiciones nos ponen de presente la estrecha relación material entre error sobre las cualidades, error sobre el valor y lesión enorme¹⁰⁵, la cual en la doctrina extranjera ha sido analizada sobre todo por James GORDLEY en varias publicaciones¹⁰⁶. Peter BYDLINSKI ha señalado sobre el derecho austríaco que la pretensión por lesión enorme del § 935 ABGB parece requerir como presupuesto un error en más de la mitad del valor del objeto y de ahí que se pueda conducir armónicamente al régimen de los vicios de la voluntad¹⁰⁷. Para quien tiene que recurrir al derecho alemán, esta salida de emergencia por el momento se encuentra bloqueada debido a la decisión de no contemplarla en el BGB¹⁰⁸.

b) *Unconscionability* y *Wucher* (usura)

En algunos casos, podrían aducirse en favor del vendedor en error, las reglas contractuales que lo protegen en caso de aprovechamiento de un estado de necesidad (*Zwangslage*). Tal medida la ofrece en cierto sentido la doctrina inglesa del *uncons-*

104 Cfr. BGH NJW 2000, pp. 72, 73.

105 Ya con mucha antelación O. LENEL, AcP 123, 1925, pp. 161, 192.

106 Cfr. J. GORDLEY. "Equality in Exchange", *California Law Review* 69, 1981, p. 1587; a nivel monográfico, íd. *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

107 Cfr. P. BYDLINSKI. "Über listiges Verschweigen beim Vertragschluss", *Juristische Blätter –JBl–*, 1983, pp. 410, 412.

108 Sobre esta elección del BGB cfr. HONSELL. Ob. cit., nt. 37, pp. 101, 119, quien agrega: "Tal vez la abolición de la *laesio enormis* fue algo precipitada. En todo caso, no se ha dicho la última palabra en estos casos".

cionable bargain, cuyo núcleo se encuentra en el fallo *Fry v. Lane* del año 1888¹⁰⁹: "Where a purchase is made from a poor and ignorant man at a considerable undervalue, the vendor having no independent advice, a Court of Equity will set aside the transaction"¹¹⁰. En Alemania en casos excepcionales es posible activar la protección contra el *Wucher* (usura) del § 138 (2) BGB, que para poder operar, fuera de un desequilibrio evidente entre prestación y contraprestación presupone además el aprovechamiento de un estado de necesidad, la inexperiencia, carencia de discernimiento o debilidad evidente de la voluntad.

4. ¿Analogía con el hallazgo del tesoro (*Schatzbe fund*)?

Una última mirada de conjunto nos conduce al régimen del descubrimiento de un tesoro, que se encuentra regulado en modo igual en los artículos 716 del *Code civil*, 932 del *Codice civile* y en el § 984 BGB, y que otorga a ambos, propietario y descubridor, mitad y mitad de lo descubierto¹¹¹, de acuerdo con el modelo de la división de Adriano¹¹². En nuestro contexto, de aquí es posible extraer un argumento consistente en favor de una limitación de la acción del vendedor¹¹³: no es convincente, sin más, que mientras al descubridor de un tesoro respecta la mitad de lo encontrado, el descubridor de un yacimiento de petróleo, quien adquirió a buen precio el correspondiente terreno, como en el quinto ejemplo, luego de una impugnación exitosa del vendedor deba quedar con las manos vacías. A algunos la idea de buscar la solución a los casos de las pinturas y de los yacimientos en el subsuelo, sobre la base de motivos de justicia, en una analogía con el régimen del hallazgo del tesoro¹¹⁴, les resulta atractiva, pero aquí se presenta –como tan fre-

109 Se refiere a este caso J. CARTWRIGHT, en SEFTON-GREEN. Ob. cit., nt. 8, pp. 134, 135.

110 (1888) 40 Ch. D. 312, 322.

111 Sobre el descubrimiento del tesoro en las Instituciones de Justiniano, cfr. T. MAYER-MALY. "Der Schatzfund in Justinians Institutionen", en P. G. STEIN y A. D. E. LEWIS (eds.). *Studies in Justinian's Institutions in memory of J. A. C. Thomas*, Londres, Sweet & Maxwell, 1983, p. 109; así como R. KNÜTEL. "Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen Zu den Grundlagen einzelner Tatbestände originären Eigentumsverwerbs", en R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL y J. P. MEINCKE (eds.). *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 549, 570 y ss.

112 Cfr. I.2.1.39: "Inspirado en la equidad natural, el divino Adriano concedió, al que los hubiere descubierto, los tesoros que alguno hubiere hallado en su suelo: y estableció lo mismo si alguno los hubiere encontrado por caso fortuito en lugar sagrado o religioso. Mas si alguno lo hubiere encontrado en lugar ajeno, no buscándolo, sino fortuitamente, concedió la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del suelo: y en consecuencia ordenó que si alguien lo hubiere encontrado en un lugar del César, fuese la mitad para el descubridor y la otra mitad para el César: y a esto es consiguiente, que si alguno lo hubiere encontrado en un paraje público o fiscal, sea la mitad para él y la otra mitad para el fisco o para la ciudad" (trad. de GARCÍA DEL CORRAL).

113 Al respecto ya FLEISCHER. Ob. cit., nt. 8, pp. 380 y ss.; lo considera ahora también M. J. SCHERMAIER, en SEFTON-GREEN. Ob. cit., nt. 8, pp. 139, 141; una panorámica francesa también en CARBONIER. Ob. cit., nt. 15, margen 50; FABRE-MAGNAN. Ob. cit., nt. 16, márgenes 199 - 202; cfr. también CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE. Ob. cit., nt. 4, p. 368.

114 Cfr., para el derecho francés, S. CREVEL, *Gaz. Pal.* 2004, pp. 1050, 1053: "Précisément, le

cuentemente ocurre en la jurisprudencia—, un conflicto entre fantasía argumentativa y rigor en el método¹¹⁵. Además, al fin y al cabo, la valoración ético-jurídica sobre el tratamiento del discutido caso del hallazgo en el subsuelo y los casos del descubrimiento del tesoro no es pacífica¹¹⁶: algunos ven en el rechazo de un derecho a la anulación a causa de error o dolo una acentuación excesiva de la lógica de mercado; otros consideran una solución intermedia conforme al modelo de repartición de Adriano como la solución que podría proponer cualquier “anciana”¹¹⁷ o vislumbran en la “gracia divina” la solución en el caso concreto¹¹⁸. Y a quien parezca que la solución que se defiende en este escrito es muy severa, tendría que leer, en el evangelio según MATEO, la parábola del reino de los cielos y del tesoro escondido: “El reino de los cielos es como con un tesoro que estaba sepulto en el campo, que un hombre luego de haberlo encontrado vuelve y esconde; y en su felicidad vende todo lo que posee y compra aquél campo”¹¹⁹.

commentateur est enclin à rapprocher mutatis mutandis la situation de l'acquéreur du tableau de celle de l'inventeur d'un trésor. La lettre de l'article 716 du Code civil, qui semble réserver la qualification de 'trésor' aux seules valeurs enterrées dans un fond, ne doit pas dissuader d'opérer cette analogie: ni la jurisprudence, ni la doctrine ne répugnent à la décerner à un mobilier caché dans un autre. Et, interprétation libérale pour interprétation libérale, on ne se choquerait pas non plus que celui qui, sous les apparences d'un tableau anodin, découvre la toile d'un maître soit également traité par le droit comme l'inventeur d'un trésor”; para el derecho italiano cfr. A. MUSY en SEFTON-GREEN. Ob. cit., nt. 8, pp. 147, 150.

115 Una posición similar sostiene SCHERMAIER. Ob. cit., nt. 113, pp. 139, 141 “The device contained in the BGB does not offer such a solution however; to draw an analogy with treasure trove is daring by German standards”.

116 Lo considera HONSELL. Ob. cit., nt. 37, pp. 101, 119: “Naturalmente es una cuestión fundamental si deba protegerse al vendedor en caso de ignorancia de circunstancias que aumentan el valor de la cosa vendida. Quien se atiene al mercado y a un principio de auto-responsabilidad, y se aferre al brocardo *ius vigilantibus scriptum est* muy seguramente no estará de acuerdo. Quien en cambio tenga una visión del derecho marcadamente proteccionista, tal vez lo apruebe”.

117 Cfr. D. NÖRR. “Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund”, *BIDR* 75, 1972, p. 11, quien narra un relato de FILÓSTRATO sobre el viaje de visita de Apolonio de Tiana al rey indoparto Fraotes, modelo del rey filósofo. A éste lo atormentaban dudas sobre cómo decidir el siguiente caso: se había vendido un fundo en el que el comprador justo después había encontrado un tesoro. Vendedor y comprador se disputaban el tesoro: el comprador afirmaba que si él hubiera tenido conocimiento del tesoro, nunca habría vendido; el vendedor, que el tesoro se había hallado en su fundo y su suelo. El rey consideraba que ambos tenían razón, pero él aparecería como muy ingenuo si dividiera el tesoro entre los dos: porque una solución así podía provenir de cualquier anciana.

118 De nuevo el relato de FILÓSTRATO, en NÖRR, (nt. 117) 11: “Apolonio observa que ninguna de las partes sería un filósofo, porque si lo fueran no discutirían por oro: el rey tendría que notar que aunque los Dioses en primer lugar cuidan de los filósofos, también de aquellas personas, que llevan una vida sin mancha, ellos no tolerarían que un hombre sin tacha perdiera tierra y tesoro. Por ello el rey tendría que examinar el curso de la vida de los contrincantes. Y lo que Apolonio suponía, salió a la luz: el enajenante resultó ser un *hybristes* que descuidaba hacer las ofrendas debidas a los dioses de la tierra, mientras que el adquirente uno respetuoso y devoto del cumplimiento de los deberes religiosos. A él entonces debía pertenecer el tesoro, en cierto modo, como regalo de los Dioses.

119 MATEO, 13, 44