

Freddy Escobar Rozas<sup>(\*)(\*\*)(\*\*\*)</sup>

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)<sup>(\*\*\*\*)</sup>

«TODAS LAS PERSONAS ENFRENTAN DE UN MODO U OTRO, GANANDO O PERDIENDO, ESTAS PRESIONES. DEL SIMPLE HECHO DE OBSERVAR LA VIDA MISMA PODEMOS CONCLUIR QUE LA EXISTENCIA DE PRESIONES NO IMPIDE LA TOMA DE DECISIONES POR PARTE DE LAS PERSONAS, NI CONSTITUYE EN GENERAL UNA EXCUSA PARA QUE LOS ACTORES SOCIALES DEJEN DE CUMPLIR SUS COMPROMISOS».

### 1. Introducción

Las personas cometen errores. Y muy seguido. Las condiciones que posibilitan la existencia de equívocos son muy diversas: desde falta de información o capacidad para evaluar las diferentes opciones disponibles hasta interferencias irracionales producidas por manipulaciones en la forma de presentar los datos que han de ser evaluados en el proceso de toma de decisiones.

Desde una perspectiva económica, una promesa efectuada erróneamente no garantiza la existencia de una «reasignación eficiente»

---

(\*) Miembro del Comité Consultivo de **ius et veritas**. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos y Teoría Legal en la misma universidad. Master en Derecho por Harvard Law School.

(\*\*) A Matías, con la esperanza de poder ofrecerle, algún día, un mundo más libre y más justo.

(\*\*\*) Los profesores Stephen J. Morse (University of Pennsylvania) y Richard Nolton (Massachusetts Institute of Technology) me han brindado su valiosa ayuda en la exploración de los aspectos psicológicos y filosóficos del error. Bárbara Castro, Janfer Crovetto, Hugo Forno, Christoph Kern y Mario Reggiardo han tenido la gentileza de revisar los borradores de este trabajo y enriquecerlo con sus agudas observaciones. Mi más sincera gratitud a todos ellos.

(\*\*\*\*) Legal interpretation takes place in a field of pain and death (...) Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody losses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it. Robert Cover

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)



de recursos<sup>(1)</sup>, en tanto que la falla del promitente impide considerar, de manera apriorística, que aquel valora menos que la otra parte el recurso que está transfiriendo (o, inversamente, que valora más que la otra parte el recurso que está adquiriendo). Desde una perspectiva moral, por otro lado, una promesa efectuada erróneamente no ata de manera

«LA ESCUELA TRADICIONAL PARTE DE UNA VISIÓN ONÍRICA DE LAS COSAS, EN LA QUE BRILLA POR SU AUSENCIA UN ELEMENTO CENTRAL DE LA VIDA REAL: LA TOMA DE DECISIONES BAJO PRESIÓN. EN EFECTO, EN LA VIDA REAL TODAS LAS PERSONAS ESTÁN EXPUESTAS A TODO TIPO DE PRESIONES, ALGUNAS EVITABLES OTRAS INEVITABLES, ALGUNAS ACEPTABLES OTRAS INACEPTABLES, ETCÉTERA».

definitiva al promitente, en tanto que todo «compromiso» con los proyectos del promisorio<sup>(2)</sup> admite excusas cuando la condición de fin en sí mismo del primero resulta en juego.

A pesar de que existen razones suficientes para justificar la existencia de una regla legal que permita la anulación de todo contrato

(1) La justificación económica de la promesa no descansa en la confianza que su destinatario tenga en ella, ni en los beneficios o daños que este último puede recibir o sufrir en caso de cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, pues nada garantiza que los factores descritos (confianza, beneficio y daño) estén presentes o que generen un desplazamiento de recursos que hacia los usos alternativos más productivos. Desde una perspectiva liberal (*welfare economics*), la justificación económica de la promesa descansa en el hecho que aquella provoca la circulación de recursos escasos y, por ende, asegura el uso alternativo más eficiente de dichos recursos. En tal sentido: FANSWORTH, Allan. *Contracts*. New York: Aspen Publishers, 2004. pp. 6 y 7.

(2) La justificación moral de la promesa no descansa en la confianza que su destinatario tenga en ella, ni en los beneficios o daños que este último puede recibir o sufrir en caso de cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, pues los factores descritos, esto es, confianza, beneficio y daño, pueden no presentarse. Por lo demás, su relevancia depende de justamente del presupuesto en discusión: ¿es la promesa vinculante? Desde una perspectiva liberal, la justificación moral de la promesa ha de ser hallada en la decisión libre de «comprometerse» a realizar una acción que facilite los proyectos del promisorio y, por tanto, que reconozca a este último como un fin en sí mismo. En tal sentido: FRIED, Charles. *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1981. pp. 11-13.

## Freddy Escobar Rozas

celebrado con error, sobre la base de una serie de consideraciones formales, entre las que sobresale nítidamente la preocupación por la «seguridad jurídica»<sup>(3)</sup>, ciertos ordenamientos, entre los que se encuentra el nuestro<sup>(4)</sup>, limitan notablemente la posibilidad de que el *errans* se libere (a través de la acción de anulación) de la promesa efectuada.

En las líneas que siguen intentaré demostrar que el criterio adoptado por el Código Civil para permitir la anulación de los contratos celebrados con error es económicamente ineficiente y moralmente reprobable. A partir de ello, sugeriré la adopción de un criterio alternativo, el cual, por lo demás, no es extraño al Derecho comparado.

### 2. Causas de las equivocaciones

Las personas se equivocan por muchas razones. He aquí algunas de ellas. En primer lugar, las personas cometen errores porque no tienen información relevante disponible. Como quiera que el acceso a dicha información es generalmente costoso, las personas, dadas sus restricciones dinerarias y temporales, normalmente no invierten lo suficiente para adquirir la información que les permita tomar decisiones racionales y eficientes. Esto ocurre, por ejemplo, cuando X decide comprar un terreno para construir un edificio de diez pisos, creyendo que las normas de zonificación permiten tal cosa, cuando en realidad dichas normas solo permiten construir edificios de hasta cinco pisos. Descubierta la brecha entre la realidad y la representación mental de la misma, X se negará

a cumplir su promesa, consistente en pagar el precio, alegando que no estuvo plenamente consciente de lo que hacía al momento de prometer.

En segundo lugar, las personas cometen errores porque no están preparadas para descifrar la información relevante disponible o, por lo menos, porque no están preparadas para hacer tal cosa en lapsos relativamente cortos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando X, después de un arduo día de trabajo, va a un supermercado con la intención de comprar una crema de belleza que su esposa desea usar. Ante las innumerables filas de cremas y otros artículos de belleza, X decide comprar la crema A, sin entender el significado del término «exfoliante». Una vez entregada la crema a su destinataria, X recibe una extensa y minuciosa explicación acerca del significado de los términos «humectante» y «exfoliante». Al día siguiente, X devolverá el producto a primera hora, alegando que confundió el tipo de crema que deseaba adquirir.

En tercer lugar, las personas cometen errores sistemáticos provocados por «cortocircuitos» de irracionalidad<sup>(5)</sup>. Estos cortocircuitos impiden que incluso en

- 
- (3) «La fórmula del Código italiano es una conquista de la legislación actual desde el punto de vista práctico, ya que tiende a la seguridad jurídica. La seguridad del acto jurídico es un aspecto característico de nuestros días. Una sociedad en la medida de lo posible debe buscar la estabilidad del acto jurídico y es esa la razón que ha tenido el legislador italiano cuando exige que el acto (sic) sea conocible por el otro agente. Con esto, lo que se está buscando es limitar el área de acción de error, de permitir que el acto jurídico en la medida de lo posible se mantenga válido y que solo se declare nulo cuando el error ha sido cognoscible por el otro agente». Son las palabras de Max Arias-Schreiber, uno de los autores del código vigente, en cita efectuada por Guillermo Lohmann. Véase: Autores Varios. *Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 868.
- (4) El Código Civil de 1984 ha recogido sustancialmente la normatividad contenida en el Código Civil italiano de 1942 en materia contractual. Este último cuerpo normativo consagró positivamente la denominada «teoría de la confianza», según la cual el *errans* no puede invalidar el contrato cuando la otra parte no tomó conocimiento (ni pudo hacerlo) de la existencia del error. En nuestro caso, tal teoría ha sido consagrada en el artículo 201 del Código Civil.
- (5) A pesar de que se trata de un tema controversial, es posible afirmar que la racionalidad requiere, cuando menos, la presencia de dos factores: juicio completo y juicio transitivo. El primero supone que el agente puede identificar y valorar, de menos a más, todas las opciones que se le presentan. El segundo supone que el agente es (lógicamente) coherente en su elección y que, por tanto, si prefiere X sobre Y, e Y sobre Z, preferirá X sobre Z. A pesar de la existencia de un

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

operaciones relativamente sencillas las personas opten por las alternativas que el modelo racional sugiere<sup>(6)</sup>. Esto ocurre, por ejemplo, cuando *X* responde de manera contradictoria dos preguntas que describen el mismo problema, solo que

desde perspectivas diferentes<sup>(7)</sup>. Una vez descubierta la contradicción, *X* no reconocerá a ambas preferencias como verdaderas<sup>(8)</sup>.

*mainstream*, es necesario reconocer que las nociones y modos de racionalidad son diversos (racionalidad por reducción, racionalidad por comparación, racionalidad por agregación, etcétera). Dos estudios sumamente interesantes sobre la materia se encuentran en: SEN, Amartya. *Rationality and Freedom*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University, 2002. pp. 10 y siguientes; CALVO, Raúl. *Uso de Normas Jurídicas y Toma de Decisiones*. Barcelona: Gedisa, 2003. pp. 43 y siguientes.

- (6) El modelo neoclásico asume que los sujetos tienen información relevante, tienden a maximizar su utilidad y poseen suficiente capacidad cognitiva para resolver problemas de optimización relativamente sencillos. Los modelos institucional y neo-institucional han demostrado, entre otras cosas, que los sujetos no siempre tienen información relevante. Por otro lado, dos ganadores del premio Nobel de Economía, Herbert Simon (1978) y Daniel Kahneman (2002), han demostrado que los sujetos no actúan racionalmente. El primero, un pionero en el campo de la inteligencia artificial, descubrió, mientras trataba de instruir a una computadora a «razonar» acerca de ciertos problemas, que los sujetos muchas veces no tienden a maximizar sus beneficios sino simplemente a satisfacer, con soluciones imperfectas, sus necesidades. En esta línea, en el mundo convivirían *maximizers* con *satisficers*. El segundo, por su parte, demostró (con la invaluable participación de Amos Tversky) que las personas violan sistemáticamente los postulados básicos del modelo racional (incluso cuando enfrentan problemas sencillos) y, lo que es más importante, que la manera de presentar los mismos hechos o problemas influye de manera decisiva en la toma de decisiones (a pesar de que esto resulta ilógico). Una descripción crítica de los modelos de decisión racional (*self-interest model* y *present-aim model*), así como una propuesta alternativa a los mismos (*adaptive rationality*) se encuentran en: FRANK, Robert. *Departures from Rational Choice: With and Without Regret*. En: *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Francesco Parisi y Vernon Smith (Editores). California: Stanford University Press, 2005. pp. 13 y siguientes.
- (7) Supongamos que el país está preparándose para combatir la epidemia de una inusual enfermedad, que según cálculos científicos matará a 600 personas. El gobierno ha propuesto dos programas alternativos para combatir dicha epidemia. Asumamos que el estimado científico de las consecuencias de dichos programas es como sigue: (i) si el programa *A* es adoptado, 200 personas serán salvadas; y, (ii) si el programa *B* es adoptado, existe 1/3 de probabilidad que 600 personas sean salvadas y 2/3 de probabilidad que nadie se salve. ¿Qué programa escogería usted? Esta fue una pregunta formulada por Amos Tversky y Daniel Kahneman a un grupo de estudiantes de Psicología de Stanford y British Columbia. Los estudiantes de estas universidades contestaron de la siguiente manera: el 72% eligió el programa *A* y el 28% eligió el programa *B*. La misma pregunta fue formulada a otro grupo de estudiantes de esas universidades, solo que con una variante. En este caso se les pidió a los estudiantes asumir que el estimado científico de las consecuencias de los programas preparados por el Estado era el siguiente: (iii) si el programa *C* es adoptado, 400 personas morirán; y, (iv) si el programa *D* es adoptado, existe 1/3 de probabilidad de que nadie muera y 2/3 de probabilidad de que 600 personas mueran. ¿Cuál fue el resultado? El 22% eligió el programa *C* y el 78% eligió el programa *D*. Ahora bien, como se podrá advertir, no existe diferencia alguna entre los programas *A* y *C*, ni entre los programas *B* y *D*. No obstante ello, las preferencias son contradictorias a los dictados de la racionalidad (el programa *A* fue preferido por el 72%, mientras que el *C* por el 22%; a su turno el programa *B* fue preferido por el 28%, mientras que el *D* por el 78%). Este experimento ha sido reproducido en diversos cursos dictados en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, con similares resultados. La exposición completa del experimento y la lectura que las respuestas sugieren se encuentran en: TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. En: *Science*. Volumen CXXI, 1981. pp. 453-458.
- (8) Existe un debate sumamente interesante con relación a cuál debe ser la actitud del Estado frente al problema de los errores sistémicos causados por la conducta irracional. Algunos sostienen que el Estado debe aprobar normas que ayuden a los individuos a superar sus errores sistémicos. Bajo esta óptima, las normas que obligan a los proveedores de bienes y servicios a revelar más y mejor información encontrarían justificación. Otros sostienen en cambio que el Estado debe aprobar normas que impidan a los individuos cometer los errores en cuestión. Bajo esta óptima, las normas que prohíben las apuestas o los juegos en casinos encontrarían justificación. A pesar de que en este trabajo no me es posible explicar con detalle las razones de mi postura, creo que en este caso no hay razón moral o económica alguna que justifique el paternalismo estatal. En efecto, si los únicos afectados con las decisiones irracionales son los agentes que

## Freddy Escobar Rozas

Por supuesto que las causas descritas no son excluyentes. También es posible que los errores se expliquen en simples actos de torpeza, tanto al razonar como al hablar o escribir<sup>(9)</sup>.

### 3. Dimensión psicológica y filosófica de las equivocaciones

Los abogados suelen justificar la invalidez contractual por error, engaño y coacción moral alegando que en todos estos casos la voluntad se encuentra «viciada». Semejante visión ha sido incluso adoptada legislativamente. Para muestra un botón: el Título VIII del Libro Segundo del Código Civil tiene el siguiente encabezado: «vicios de la voluntad».

Desde una perspectiva psicológica y filosófica, sin embargo, la explicación descrita es absurda. En efecto, incluso en el caso extremo, el de la coacción moral, no existe una sola razón que sustente la idea de que el agente coaccionado padece un «vicio» volitivo. Para facilitar la demostración de la validez de esta afirmación, trabajemos con un ejemplo sencillo: imaginemos que X amenaza con dispararle a Y si es que no suscribe un contrato económicamente desventajoso para este último; imaginemos, además, que ante tal situación, Y decide suscribir el contrato en cuestión y, por tanto, sufrir ciertas pérdidas dinerarias.

El sentido común nos dice que un contrato como el descrito no debería ser protegido por el Estado<sup>(10)</sup>. Los sistemas legales suelen seguir, por lo menos en cierta medida, los dictados del sentido común. De hecho en este caso, al amparo de cualquier sistema legal occidental, Y podría demandar la

invalidez del contrato en cuestión. El remedio no está, pues, en discusión. ¿Qué es lo que está en discusión? La justificación del remedio. Veamos qué afirma al respecto la escuela tradicional:

«(...) en el caso de la violencia moral el sujeto obra con su voluntad -y de ahí por qué la manifestación sea atribuible a él, a más de material, también psicológicamente- pero encontrándose en una condición de grave perturbación psíquica por efecto de la amenaza de un mal grave. El 'escoge' estipular el negocio (o estipularlo en determinadas condiciones), pero obra de ese modo para evitar una posible desventura. Entre dos decisiones, ninguna de las cuales corresponde a una formación libre de su querer, opta por aquella que le parece menos perjudicial (...)»<sup>(11)</sup>.

La cita glosada corresponde a un texto escrito por Lina Bigliuzzi Geri, Umberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli. A pesar de que nadie puede dudar de las condiciones y prestigio de estos autores, uno puede preguntarse si aquellos estuvieron realmente conscientes de lo que dejaron sentado por escrito al justificar la invalidez del contrato celebrado bajo violencia moral. En efecto, no es posible entender cómo, en caso de

---

las toman, entonces no es aceptable la prohibición de la realización de las actividades que motivan las decisiones en cuestión. La protección de la libertad individual, del autodeterminismo moral y de la eficiencia del mercado general es más importante que las anomalías producidas por los errores sistémicos. Por consiguiente, la única actitud aceptable es la propugnada por los que consideran que el Estado solo debe colaborar para que sean los propios individuos los que eviten cometer los errores indicados. Véase al respecto: GEORGAKOPOULOS, Nicholas. *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp. 59 y siguientes; POSNER, Eric. *Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law*. En: *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Francesco Parisi y Vernon Smith (Editores). California: Stanford University Press, 2005. pp. 457 y siguientes.

(9) Esto último es lo que ocurre con el denominado «error obstativo».

(10) Es pertinente hacer notar que no toda coacción es reprochable y que existen situaciones en las cuales la coacción es positiva para el coaccionado, al otorgarle alternativas que de otro modo no hubiera tenido. Una magnífica exposición sobre el tema se encuentra en: BAR-GILL, Oren y Omry BEN-SHAHAR. *Credible Coercion*. En: *Texas Law Review*. Número 83, 2004-2005. pp. 717 y siguientes.

(11) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Traducido por Fernando Hinostroza. Tomo I. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p. 848.

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

violencia moral, el agente obra con su voluntad pero al mismo tiempo «escoge» (¿opta intencionalmente o no?) una decisión que no corresponde a una formación libre de su querer. Desde una perspectiva psicológica, la persona actúa voluntariamente o no. Es imposible que una decisión voluntaria no corresponda a una formación libre del querer<sup>(12)</sup>.

Volviendo a nuestro ejemplo, notamos que Y, sujeto coaccionado, actúa de manera totalmente intencional y perfectamente racional, pues escoge conservar la vida, esto es, opta por dejar ir lo menos valioso en las circunstancias dadas: el dinero<sup>(13)</sup>. No existe, por consiguiente, problema volitivo alguno en su caso. Su decisión es informada, consciente e intencional, de modo que no puede ser considerada anómala desde el punto de vista volitivo<sup>(14)</sup>.

La escuela tradicional parte de una visión onírica de las cosas, en la que brilla por su ausencia un elemento central de la vida real: la toma de decisiones bajo presión. En efecto, en la vida real todas las personas están expuestas a todo tipo de presiones, algunas evitables otras inevitables, algunas aceptables otras inaceptables, etcétera. Las presiones provienen de todos lados: de la naturaleza (después del terremoto, muchos pobladores de la zona afectada se verán

forzados a tomar decisiones que de otro modo no hubieran tomado: ¿continuarán habitando la misma zona?, ¿tomarán préstamos para reconstruir sus casas?), del mercado (después de la devaluación del tipo de cambio, muchos exportadores se verán forzados a tomar decisiones que de otro modo no hubieran tomado: ¿seguirán exportando los productos que cosechan?, ¿reducirán personal?), del Estado (después de la reducción de aranceles, muchos empresarios industriales se verán forzados a tomar decisiones que de otro modo no hubieran tomado: ¿seguirán produciendo bienes localmente?, ¿se aliarán con transnacionales para no perder sus cuotas de mercado?), del grupo social (después la crisis del partido político, muchos dirigentes y militantes se verán forzados a tomar decisiones que de otro modo no hubieran tomado: ¿expulsarán a ciertos miembros?, ¿abandonarán el país?), etcétera. Todas las personas enfrentan de un modo u otro, ganando o perdiendo, estas presiones. Del

(12) Probablemente la justificación propuesta por los autores indicados sea una consecuencia más de la idea generalizada de que en el Derecho privado los problemas son meramente «técnicos». Si uno se adhiere a esa idea y parte de la premisa que el elemento volitivo es central en materia contractual, entonces llegará por deducción lógica a negar validez de los contratos en los que ese elemento falte, cualquiera sea el significado legalmente atribuido al mismo. Una interesante explicación de por qué los problemas legales no son meramente «técnicos» se encuentra en: KENNEDY, Duncan. *The Political Stakes in «Merely Technical» Issues of Contract Law*. En: *European Review of Private Law*. Número 7, 2001. pp. 7-28.

(13) Literalmente: MORSE, Stephen J. *The Non-Problem of Free Will in Forensic Psychiatry and Psychology*. En: *Behavioral Sciences & the Law*. Número 25, 2007. p. 207.

(14) A este respecto, son ilustrativas las palabras de MACKIE: «Más difícil es el problema de la coacción y la necesidad, el de la obligación por amenazas y peligros. En el sorprendentemente moderno ejemplo aristotélico, si un tirano tiene en su poder al hijo o a los padres de un hombre y amenaza con torturarlos o matarlos a menos que el hombre haga algo que de otro modo estaría muy poco dispuesto a hacer, y el hombre se aviene a la exigencia, ¿puede decirse que su acción es intencional? La misma cuestión se nos plantea si el capitán de un buque arroja la carga al mar para evitar que la nave zozobre en una tormenta. En cualquiera de estos casos, el agente ha de hacer frente a un cierto número, por lo general par, de alternativas (...) El agente no escoge ni acepta intencionalmente este conjunto de alternativas: simplemente se le imponen. Sin embargo, sí que adopta intencionalmente una alternativa antes que la otra. Sería por tanto cierto decir que el capitán arroja intencionalmente la carga, o que el hombre hace intencionalmente lo que el tirano exige (...) Mi conclusión es que el único tipo de obligación que hace que un acto no sea intencional es la simple compulsión o impedimento físico: eso es lo único que hace que un acto no sea en absoluto un acto del agente en cuestión. Cualquier otra cosa como la coacción, los peligros, la tentación y similares solo conseguirán, a lo sumo, complicar la descripción bajo cuyos parámetros sea más relevante y menos descaminado decir que la acción es intencional». Véase: MACKIE, J. L. *Ética. La invención de lo bueno y de lo malo*. Traducido por Tomás Fernández. Barcelona: Gedisa, 2000. pp. 233-235.

## Freddy Escobar Rozas

simple hecho de observar la vida misma podemos concluir que la existencia de presiones no impide la toma de decisiones por parte de las personas, ni constituye en general una excusa para que los actores sociales dejen de cumplir sus compromisos. Obviamente, las personas no desean estar sometidas a presiones externas, no desean tener que optar entre alternativas que hubieran sido irrelevantes para ellas en caso que dichas presiones no hubiesen surgido<sup>(15)</sup>; pero una vez que esas presiones se presentan, las personas las enfrentan y toman las decisiones que consideran más apropiadas dadas las circunstancias. La idea de no asumir responsabilidad alguna (legal, moral o social) a raíz de las decisiones tomadas por la necesidad de enfrentar presiones externas es, desde una perspectiva sociológica, irreal.

Tomando toda esta consideración, volvamos una vez más a nuestro ejemplo. ¿Qué pasaría si Y decide celebrar el contrato perjudicial, no para evitar su muerte física a manos de X, sino para evitar su muerte comercial a manos de este último? Imaginemos que X e Y compiten en la industria P y que este último tiene mejor tecnología y mayores recursos que el primero. Imaginemos que X desea comprar el negocio de Y, pero a un precio menor que las utilidades esperadas de Y (esto es, que las utilidades que Y ganaría de continuar operando su negocio bajo las condiciones presentes). Imaginemos finalmente que X le hace saber a Y que de no concretarse la compra propuesta, aquel invertirá una cantidad importante de recursos para reducir sustancialmente el tamaño de la participación de este último en el mercado (lo que puede provocar su desaparición en la industria P). En este escenario, ¿qué alternativa tiene Y? O rechaza la oferta y se arriesga a dejar de operar en la industria P, o acepta la oferta y se conforma con recibir un precio menor a las utilidades esperadas.

Ahora bien, ¿en qué se diferencian ambos casos? Obviamente no en los aspectos estructurales de la situación, pues en ambos casos X amenaza a Y, por lo que este último debe tomar una decisión (la «menos perjudicial») que en otras

circunstancias no hubiese tomado. Si hemos de admitir una diferencia entre ambos casos, esa solo puede ser de carácter valorativo. En efecto, mientras que en el primer caso el sentido común nos dice que el ordenamiento debe proteger a Y porque no es «justo» (moralmente inaceptable, económicamente ineficiente, etcétera) que X lo amenace de muerte física, en el segundo caso ese mismo sentido común nos dice que el ordenamiento no debe proteger a Y porque no es «injusto» (moralmente neutro, económicamente eficiente, etcétera) que X lo amenace de muerte comercial. Desde la perspectiva tradicional, sin embargo, en ambos casos existiría un problema volitivo, una voluntad viciada, en tanto que la decisión de Y estaría dirigida a evitar una «desventura mayor» y, por tanto, no correspondería a una «formación libre de su querer».

Es verdad que la escuela tradicional, siguiendo el sentido común, dirá que en el segundo caso la violencia moral no es causa de anulación del contrato debido a que la amenaza no es ilegal<sup>(16)</sup>. Pero es verdad también que, por un mínimo de coherencia lógica, dicha escuela no negará la existencia de un «problema volitivo».

Como indiqué, sin embargo, en ninguno de los casos existe problema volitivo alguno. En ambos casos el sujeto entiende las circunstancias, sopesa las alternativas que existen y decide, esto es, actúa intencionalmente. No obstante ello, nuestra actitud hacia ambos casos es distinta, pues están en juego diferentes valores morales y

(15) Siendo esto cierto, hay que notar que a veces las personas desean reducir su libertad y sus opciones debido a que solo de esa manera pueden maximizar su utilidad (la idea de «tener menos» es «tener más» se explicaría en la tendencia de descontar futuros beneficios y costos, no de manera exponencial -como lo sugiere el modelo racional-, sino de manera hiperbólica). Para una detallada explicación del fenómeno: ELSTER, Jon. *Ulises Desatado. Estudios sobre Racionalidad, Precompromiso y Restricciones*. Traducido por Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 15 y siguientes.

(16) «(...) es necesario que el mal amenazado sea injusto (...) La violencia no es injusta cuando se amenaza hacer valer un derecho (...)». Véase: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Op. cit.*; Tomo I. Volumen II. p. 851.

económicos. Así, estamos de acuerdo que en el primer caso el contrato sea inexigible y que en el segundo caso el contrato sea exigible. La divergencia, entonces, es de carácter valorativo: condenamos una amenaza, pero aceptamos la otra. Empero, desde una perspectiva psicológica y filosófica no existen diferencias entre ambos casos. Por lo tanto, la justificación de las reacciones del ordenamiento ante casos de violencia moral no puede ser hallada en un «vicio volitivo». Tal cosa simplemente no existe.

Lo señalado respecto de la coacción moral es, sin duda, aplicable al caso del error y del engaño. En efecto, desde una perspectiva psicológica y filosófica<sup>(17)</sup>, el *errans* siempre actúa voluntariamente, en tanto que su comportamiento es consecuencia directa de su intención de tomar la mejor opción disponible según su entendimiento o interpretación<sup>(18)</sup>. El hecho que la decisión sea tomada en función de una premisa falsa no implica la existencia de anomalía alguna que afecte la libertad o la voluntad. El sujeto que forma un estado mental *X* y que actúa conforme a dicho estado mental es un sujeto libre que obra voluntariamente. El equívoco, como no puede ser de otra manera, es parte del juego, es parte de la experiencia vital de decidir. Conociendo nuestra limitación cognitiva y nuestra vulnerabilidad emocional, sería extraño representar al error como «algo que interfiere con nuestra libertad y nuestra voluntad». Nos equivocamos precisamente por que somos libres, por que podemos decidir si hacemos esto o aquello (en

función de nuestras propias representaciones o interpretaciones de la realidad), por que, en suma, es natural que ello ocurra como consecuencia del ejercicio del libre albedrío.

Como afirma Holton<sup>(19)</sup>, la elección constituye un «acto de experiencia», esto es, un acto en el que experimentamos el fenómeno de decidir qué es lo que vamos a hacer, dadas las circunstancias del caso. Ese acto requiere que interpretemos las situaciones, que identifiquemos las opciones disponibles y que, en función de nuestras intenciones (que son el resultado de nuestras creencias y deseos), escojamos la opción que nos parezca mejor<sup>(20)</sup>. La manera como vemos las cosas forma parte (junto a nuestras creencias, deseos y emociones) del marco de razones que impulsan nuestras acciones<sup>(21)</sup>. Ahora bien, el hecho que nuestra interpretación de las situaciones sea (desde cierto ángulo) correcta o incorrecta, verdadera o falsa, no determina que nuestra decisión sea voluntaria o involuntaria<sup>(22)</sup>. Como sugiere Hume<sup>(23)</sup>, si la persona actúa conforme a las determinaciones de sus razones, entonces esa persona actúa

(17) El profesor Holton me hace notar, con toda razón, que existe una tendencia filosófica que sostiene que la equivocación elimina toda posibilidad de sostener la existencia de una decisión libre. En esta línea, por ejemplo, Kant afirma que cuando uno acepta una promesa falsa, uno no acepta libremente dicha promesa porque uno no es consciente de la naturaleza de lo que está aceptando. Sin embargo, como el mismo profesor Holton señala, la ignorancia o equivocación es solamente eso: ignorancia o equivocación. El hecho que define la libertad de acción descansa en la intención del sujeto, que siempre tiene como punto de partida su entendimiento correcto o incorrecto acerca de las opciones que puede tomar.

(18) En tal sentido: HOLTON, Richard. *The Act of Choice*. En: *Philosophers's Imprint*. Número 3. Volumen VI, 2006. p. 7.

(19) *Ibid.*; p. 20.

(20) La interpretación requerida, obviamente, es compatible con la condición de ignorancia: si tuviéramos el Libro de la Vida y supiéramos de antemano qué es lo que vamos a hacer, no experimentaríamos el fenómeno de decidir en la forma en que lo hacemos en la vida real. Por consiguiente, la interpretación errada es solo parte del juego de la decisión libre y voluntaria.

(21) SCHICK, Frederic. *Hacer Elecciones. Una reconstrucción de la Teoría de la Decisión*. Traducido por Marcela Zangaro. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 30.

(22) Las personas toman decisiones en función de la forma en la que interpretan las opciones que tienen. En efecto, las interpretaciones particulares que cada uno realiza determinan que las distintas opciones se alejen o se acerquen a los valores subjetivos propios. Tan pronto alguna opción cercana a dichos valores es percibida como la mejor, la decisión es tomada. El papel que la interpretación de las opciones juega en la toma de decisiones es el que explica, por ejemplo, por

## Freddy Escobar Rozas

libremente. El pobre fundamento fáctico de las razones en cuestión no resta voluntariedad a la acción.

Lo indicado en las líneas precedentes me anima concluir que la idea canónica de que el contrato celebrado con error debe ser anulado debido a que en tal caso el *errans* sufre un vicio volitivo<sup>(24)</sup>, es una idea equivocada (por lo que debe ser anulada de nuestra mente).

Sin perjuicio de ello, ha de quedar claro que el hecho de negar la existencia de un problema volitivo en los casos de error, engaño o coacción moral, no implica que debamos aceptar la validez de los contratos celebrados en esas condiciones. Si encontramos buenas razones (nivel valorativo) para negar protección legal a esos contratos, entonces el sistema legal debe declararlos, en alguna forma, inválidos o ineficaces.

### 4. Relevancia de las equivocaciones

¿Por qué las personas celebran contratos? Un abogado afirmarí que las personas celebran contratos porque estos

instrumentos permiten satisfacer la necesidad de «autorregular intereses (disponibles) propios»<sup>(25)</sup>. Un economista, por su parte, afirmarí que las personas celebran contratos porque estos instrumentos permiten satisfacer la necesidad de reasignar los recursos escasos a los usos alternativos más eficientes y, por tanto, la necesidad de obtener un estado de bienestar superior<sup>(26)</sup>. Un filósofo moral, finalmente, afirmarí que las personas celebran contratos porque estos instrumentos permiten satisfacer la necesidad de crear vínculos de respeto y colaboración entre los miembros de una comunidad y, por tanto, la necesidad de tratar a tales miembros como fines en sí mismos<sup>(27)</sup>.

Analícemos un ejemplo para comprobar la veracidad de estos últimos dos enfoques. Imaginemos que yo heredo un terreno en

qué los médicos alemanes que se ofrecieron como voluntarios para trabajar en los campos de concentración aceptaron seleccionar a los presos que debían vivir y a los que debían morir, o por qué Macbeth decidió asesinar al Rey Duncan. Como sabemos, los médicos de la SS no estaban inicialmente de acuerdo con el proceso de las selecciones y se negaban a participar en la toma de decisiones. En lo que respecta a Macbeth, este siempre había odiado la traición. ¿Por qué entonces tanto esos médicos como Macbeth acabaron seleccionando prisioneros y asesinando, respectivamente? La respuesta tiene que ver con la interpretación de las opciones. Los médicos de la SS seguían condenando la mala *praxis*, pero luego de cierto proceso mental llegaron a interpretar que los procesos de selección de los presos era una forma de lograr la purificación de la raza. Por otro lado, Macbeth seguía despreciando la traición, pero luego de un proceso mental llegó a interpretar que el asesinato del Rey Duncan era una forma de mostrar valentía. Como es claro, en ambos casos los valores se mantuvieron intactos, lo que cambió fue la interpretación de la conexión entre las opciones disponibles y los valores subjetivos involucrados. Al inicio esas opciones estaban conectadas con valores que impedían actuar (evitar la mala *praxis*, no actuar cobardemente). Luego, sin embargo, esas opciones pasaron a estar conectadas con valores que impulsaban a actuar (coadyuvar a la purificación de la raza, actuar valientemente). Para un detallado análisis sobre los componentes de la decisión: *Ibid.*; pp. 55 y siguientes.

(23) Citado por *Ibid.*; p. 36.

(24) Esta explicación canónica puede ser hallada en cualquier texto sobre la materia. A modo de ejemplo: «(...) para ser válido y producir, por tanto, sus efectos, el negocio jurídico debe constar no solo de una voluntad y de una manifestación, sino, además, de una voluntad libremente emitida (sic) (...) nosotros hemos iniciado la delimitación conceptual del error estableciendo como premisa que se trata de una divergencia inconsciente entre la voluntad interna o real y la voluntad declarada (sic). Y ya ha quedado precisado que el error es ausencia de conocimiento, y también conocimiento equivocado. Es conveniente precisar, entonces, que el error como vicio solo afecta a la voluntad y no a su manifestación (sic)». Véase: VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. Lima: Cultural Cuzco, 1989. pp. 325 y 329.

(25) En este sentido: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2001. p. 330.

(26) En este sentido: COOTER, Robert. *The Cost of Coase*. En: *Journal of Legal Studies*. Volumen XI, 1982. pp. 17 y siguientes.

(27) En este sentido: MARKOVITS, Daniel. *Contract and Collaboration*. En: *Yale Law Journal*. Número 113, 2004. p. 1445.

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

alguna parte de Cuzco. Como quiera que yo ya no vivo en ese lugar del país, es claro que tendré muy pocos incentivos para explotar directamente el terreno en cuestión. Es muy probable, sin embargo, que existan muchas personas que sí tengan esos incentivos (pensemos en un vecino que desea sembrar maíz o construir un albergue para turistas). Por tanto, si Y está dispuesto a ofrecerme una suma de dinero que para mí sea «atractiva», seguramente celebraremos un contrato, pues para mí será más valioso el dinero que el terreno (con el primer recurso puedo pagar la deuda hipotecaria que mantengo con un banco local), mientras que para Y será más valioso el terreno que el dinero (con el primer recurso puede generar ganancias que superen el retorno que el mercado financiero ofrece por el segundo recurso). Pero no solo ambos estaremos mejor; la sociedad en su conjunto también lo estará. En efecto, al pagar mi deuda hipotecaria facilitaré la realización de nuevos préstamos hipotecarios por parte del banco, compraré cosas que antes no podía comprar, etcétera. Por otro lado, al cosechar maíz u operar el albergue para turistas, Y generará nuevos empleos, dinamizará el comercio de la zona, etcétera. Al final del día, esa pequeña transacción contribuirá a generar riqueza para la sociedad y mayores ingresos (vía impositiva) para el Estado. El contrato, pues, habrá permitido que dos recursos (terreno y dinero), tal vez asignados fortuitamente, sean reasignados racionalmente a usos alternativos más valiosos, generando de este modo una mejora general en la sociedad.

Por otro lado, el contrato habrá permitido también que dos extraños dejen de serlo, se comprometan a colaborar mutuamente para el logro de sus objetivos y, por tanto, se traten recíprocamente como fines en sí mismos.

Habida cuenta que tanto desde la perspectiva económica como desde la perspectiva moral los contratos generan bienestar, es claro que el Estado debe respaldarlos a través del sistema legal. De este modo, el mecanismo de control social que legitima la acción coactiva del Estado estará incentivando a que los agentes reasignen voluntariamente los recursos escasos para generar mayor eficiencia, se comprometan voluntariamente con los objetivos de los demás y dejen de ser extraños o indiferentes.

El nivel de respaldo estatal no tiene que ser, empero, absoluto. En efecto, en ciertas circunstancias la protección contractual absoluta, representada por la ejecución forzada, puede constituir una «sobrepotección» y, por tanto, generar más costos que beneficios. En este sentido, la protección estatal requerida puede perfectamente limitarse a otorgar un remedio indemnizatorio<sup>(28)</sup>.

Bajo ciertas situaciones, sin embargo, el Estado no debe respaldar los contratos celebrados (cuando la transacción es ilícita, por ejemplo). Una de esas situaciones es la que envuelve al error. En efecto, desde un punto de vista económico existen dos razones por las cuales los contratos celebrados con error no deben ser exigibles.

La primera razón tiene que ver con los resultados ineficientes que dichos contratos presumiblemente producirán. En efecto, si yo compro una casa pensando en utilizarla como establecimiento comercial y luego descubro que las normas municipales impiden llevar mis planes a cabo, la transacción celebrada resultará perjudicial para mis intereses y, por tanto, carecerá de justificación económica. Veamos un ejemplo para demostrar esto.

Imaginemos que A es propietario de la casa X y que valora ese recurso en 100. Imaginemos que yo valoro esa casa en 150. Bajo este supuesto, A estará dispuesto a venderme la casa X a cualquier precio por encima de 100, mientras que yo estaré dispuesto a comprarla a cualquier precio por debajo de 150. Si celebramos un contrato y cumplimos nuestras obligaciones, ambos

(28) El debate sobre qué remedio contractual es el más óptimo tiene larga data. Afirmando las bondades de la ejecución forzada: SCHWARTZ, Alan. *The Case for Specific Performance*. En: *The Yale Law Journal*. Número 2. Volumen LXXXIX, 1979. pp. 271-306. Sosteniendo la posición contraria: SHAVELL, Steven. *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*. En: *Texas Law Review*. Número 4. Volumen LXXXIV, 2006. pp. 831-876.

## Freddy Escobar Rozas

estaremos notoriamente mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (A valora más el precio, digamos 110, y yo valoré más la casa X).

¿Por qué valoré la casa X en 150? Básicamente por que para mí esa casa era ideal para el uso alternativo o el objetivo que tengo en mente: operar un restaurante. Ahora bien, ¿qué pasa si descubro que no podré usar la casa X para operar un restaurante? Inmediatamente, le asignaré un valor distinto: 75. Si hubiese sabido de antemano que las normas municipales no permitían operar restaurantes en la zona donde se encuentra ubicada la casa X o, en otras palabras, si no hubiese cometido un error de interpretación de la situación, la transacción nunca se habría llevado a cabo, pues mientras A hubiese estado dispuesto a vender la referida casa a cualquier precio por encima de 100, yo solo hubiese estado dispuesto a comprarla a cualquier precio por debajo de 75.

El descubrimiento del error genera el descubrimiento de la pérdida que la transacción me ocasiona ( $150 - 75 = 75$ ). Consciente de la situación, obviamente intentaré vender la casa X a algún agente del mercado, para retornar de este modo a la situación anterior, que era mejor que la que tengo ahora. Sin embargo, existe un problema: el retorno a la referida situación es, por un lado, incierto (¿quién puede asegurar que lograré reasignar el recurso a 150?); y, por otro lado, costoso (intentar vender una casa es costoso en términos de tiempo y dinero). Se trata, por tanto, de una solución dudosa desde la perspectiva de la eficiencia<sup>(29)</sup>. Si la opción de emplear el mercado (para retornar a la situación más ventajosa) es poco atractiva, podemos entonces pensar en otra: la intervención legal.

La segunda razón tiene que ver con las excesivas precauciones que las personas tomarían para evitar cometer equivocaciones trascendentales en caso que dichas equivocaciones no tuviesen relevancia legal. En efecto, si el

Estado aprueba una norma que niega relevancia legal al error contractual, los agentes, conscientes de que las equivocaciones generan pérdidas, presumiblemente tomarán precauciones para no errar, lo que, en principio, será saludable. Sin embargo, dada la aversión al riesgo que las personas experimentan respecto de las posibles pérdidas<sup>(30)</sup>, aquellas invertirán demasiado en tomar precauciones, frustrando la celebración de acuerdos mutuamente beneficiosos. Veamos un ejemplo para demostrar esto.

A, propietario de la casa X, valora ese recurso en 100. Yo, interesado en adquirir la casa en cuestión, la valoro en 150. Bajo este escenario, la posibilidad de que A y yo celebremos un contrato mutuamente beneficioso es alta, pues ambos tenemos un amplio margen de negociación: cualquier número entre 101 y 149 constituirá un «precio aceptable».

Ahora bien, ¿qué ocurre si el sistema legal establece que el error carece de toda relevancia? Conscientes de que las equivocaciones generan pérdidas, tanto A como yo invertiremos dinero para obtener información acerca de la mayor cantidad de detalles subjetivamente relevantes de la operación (A tratará de averiguar si tengo patrimonio suficiente, si usualmente cumplo con pagar mis deudas, etcétera; mientras que yo trataré de averiguar si la casa X está en buenas condiciones, si no existen vicios ocultos, si no existen terceros con mejores

(29) En este sentido: SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University, 2004. p. 330; KRONMAN, Anthony y Richard POSNER. *The Economics of Contract Law*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1979. p. 114.

(30) En este sentido: TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN. *Op. cit.*; p. 456; POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 57. La tendencia (natural) de las personas de sentir aversión al riesgo cuando se trata de comprar ganancias y pérdidas, fue notada por Adam Smith casi 200 años antes que Kahneman y Tversky formularan la teoría prospectiva del comportamiento humano. Véase: ASHRAF, Nava y otros. *Adam Smith, Behavioral Economist*. En: *Journal of Economic Perspectives*. Número 3. Volumen XIX, 2005. p. 132.

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

derechos, etcétera). En ese esfuerzo, es probable que ambos incurramos en costos duplicados (reputación individual, por ejemplo). Asumamos que los costos individuales de tomar precauciones ascienden a 30. En este escenario, ¿celebraremos el contrato? La respuesta es negativa. En efecto, mientras A solo estará dispuesto a vender la casa X por cualquier precio por encima de 130, yo solo estaré dispuesto a comprar esa casa por cualquier precio por debajo de 120. Los costos de transacción habrán frustrado en este caso la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

Para reducir los costos en cuestión y de ese modo posibilitar la realización de la transacción indicada, es preciso crear incentivos que busquen la revelación de la información que resulta relevante para la generalidad de agentes. Uno de esos incentivos es, qué duda cabe, la negativa legal de otorgar valor a los contratos celebrados con error. En efecto, si los contratos en cuestión carecen de protección legal, entonces las partes interesadas en celebrar transacciones mutuamente beneficiosas revelarán la información que resulte necesaria para evitar equivocaciones (relevantes) y, consecuentemente, situaciones de desprotección legal de las operaciones deseadas<sup>(31)</sup>.

Analicemos ahora el asunto desde un punto de vista moral. Bajo distintas consideraciones<sup>(32)</sup>, es posible sostener que la promesa efectuada voluntariamente debe ser cumplida, a no ser que exista una causa (inmoralidad o imposibilidad del acto prometido) que justifique la ruptura por parte del promitente.

Una perspectiva «conservadora» sostiene que si la promesa consiste en comprometerse a colaborar con el promisorio para que este último logre alcanzar sus fines, el incumplimiento del promitente supondría desconocer dichos fines y, por tanto, actuar en una forma que el promisorio seguramente no compartiría. Por consiguiente, no cumplir con lo prometido implicaría tratar al promisorio, no como un fin en sí mismo, sino como un simple medio, cosa inaceptable a la luz del imperativo categórico kantiano<sup>(33)</sup>. Bajo esta perspectiva, el contrato celebrado con error tendría que ser necesariamente cumplido (a pesar de que genere un resultado económicamente ineficiente)<sup>(34)</sup>.

Una perspectiva «liberal», por su parte, sostiene que si bien la promesa consiste en comprometerse a colaborar con el promisorio para que este último logre alcanzar sus fines, el incumplimiento del promitente no supondría desconocer dichos fines si es que el promisorio recibe los recursos necesarios para estar en la situación en la que hubiese estado en caso de cumplimiento de la promesa<sup>(35)</sup>. Bajo esta otra perspectiva, el contrato celebrado con error no tendría que ser necesariamente cumplido.

(31) En este sentido: SHAVELL, Steven. *Op. cit.*; p. 331.

(32) Estas consideraciones comprenden desde la tenaz defensa de la «Fórmula de la Humanidad» (Kant) hasta la idea de incentivar la práctica social de efectuar promesas (Rawls). Véase: CRASWELL, Richard. *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*. En: *Michigan Law Review*. Número 88, 1989. pp. 489 y siguientes.

(33) En tal sentido: MARKOVITS, Daniel. *Op. cit.*; pp. 1445 y 1446.

(34) En tal sentido: *Ibid.*

(35) «Promising is a human institution -albeit a moral one- in which human beings invoke mutual trust and mutual respect to accomplish the human purposes of one or both of them. To be sure, if the seller (or the law) simply blew the disappointed buyer off by telling him that the gadgeteer valued his production more -as might happen by the Kaldor-Hicks test of efficiency when only potential and not actual compensation justifies a change- then the buyer could rightly complain that his trust has been abused, that he has been used to procure an advantage to others. But if he is in business and he is given US\$ 0.50 to buy the same widgets on the open market, it is no morality but magical thinking to argue that he has some justified ground of complaint». Véase: FRIED, Charles. *The Converge of Contract and Promise*. En: *Harvard Law Review*. Número 3. Volumen CXX, 2007. p. 802. En el mismo sentido: RAZ, Joseph. *Promises in Morality and Law*. En: *Harvard Law Review*. Número 2. Volumen XCV, 1982. pp. 916 y siguientes.

## Freddy Escobar Rozas

Las promesas limitan, qué duda cabe, nuestras opciones, pues una vez que nos comprometemos a colaborar con el promisorio, no podemos simplemente arrepentirnos y a tratar a este último en un modo incompatible con sus proyectos. La limitación de nuestra libertad nos coloca, pues, a disposición del promisorio. Sin embargo, nuestro compromiso con el promisorio no puede ser absoluto. Si el cumplimiento de nuestra promesa nos coloca en una situación de peligro, es claro que no estamos moralmente compelidos a honrar nuestra palabra. Si por la circunstancia de peligro decidimos no cumplir lo prometido, nos tratamos a nosotros mismos como fines y no como objetos. Por otro lado, actuando de esta manera no tratamos al promisorio como objeto, pues este último, compelido por el imperativo categórico, tiene que reconocer que uno de sus fines es preservar la vida de los demás. En este sentido, nuestra abstención es compatible con la condición del promisorio de fin en sí mismo<sup>(36)</sup>.

Siguiendo la línea trazada, pienso que el error es una excusa moral válida, más aun si el promitente compensa al promisorio. En efecto, a pesar de que el error no supone la existencia de problema volitivo alguno, es claro que aquel genera una pérdida al promitente. Evitar esa pérdida sin afectar al promisorio no es algo que vaya en contra del imperativo categórico kantiano, pues el promisorio ha de tener en cuenta que el promitente es también un fin en sí mismo y que, por tanto, debe poder evitar o contrarrestar la pérdida generada por una incorrecta interpretación de las cosas<sup>(37)</sup>. Para entender la racionalidad moral de esta excusa, imaginemos la siguiente situación: en el curso de negociaciones bastante avanzadas, X advierte que Y está cometiendo un error serio. De mantener dicho error y celebrar el contrato, Y sufrirá una pérdida económica grave.

En ese escenario, X se pregunta si está moralmente compelido a advertir a Y acerca del error. Luego de reflexionar, X decide cumplir su obligación moral. Al notar, gracias a la acción de X, que el contrato iba a generarle una pérdida grave, Y decide culminar las negociaciones. Bajo este escenario, ¿tendrá X algún reclamo moral contra Y? La respuesta es clara: no. Ahora bien, ¿qué pasaría si X no advierte el error de Y? ¿Qué pasaría si luego de celebrado el contrato Y logra darse cuenta de su propia equivocación? Bajo este otro escenario, ¿sería inmoral que Y rompa su promesa si es que deja totalmente indemne a X? En absoluto. Si la moral compele a socorrer a Y, aun a costa de la frustración de la transacción deseada y, por ende, del sacrificio de la ganancia esperada, la moral no puede oponerse a que este último se socorra a sí mismo, más aun cuando ofrece respetar dicha ganancia. Por consiguiente, la ruptura de la promesa no puede ser inmoral cuando no daña al promisorio<sup>(38)</sup>.

## 5. Regulación local

El Código Civil establece que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando es esencial, determinante y conocible. El error es esencial cuando recae sobre aspectos de la operación que el legislador considera

(36) Evidentemente, excusas como la descrita no afectan la valiosa práctica social de efectuar promesas; al contrario, la fortalecen, pues, al saber de antemano que la moral no exige sacrificios desproporcionados, las personas no tendrán motivos para mostrar actitudes de aversión a los compromisos morales.

(37) Sin perjuicio de esto, es interesante hacer notar que los filósofos son conscientes de que la ley no necesariamente tiene que seguir los dictados de la moral. En materia contractual, por ejemplo, a pesar de que algunos consideran que la moralidad de la promesa reclama el otorgamiento del remedio de la ejecución forzada ante el incumplimiento de lo prometido, la mayoría admite que, por otro tipo de consideraciones, la ley otorgue como remedio general el indemnizatorio. Para una visión «conservadora»: SHIFFRIN, Seana Valentine. *The Divergence of Contract and Promise*. En: *Harvard Law Review*. Volumen CXX, 2007. pp. 709 y siguientes; MURPHY, Liam. *Contract and Promise*. En: *Harvard Law Review*. Volumen CXX, 2007. pp. 10-18. Para una visión «liberal»: FRIED, Barbara. *What's morality got to do with it?* En: *Harvard Law Review*. Volumen CXX, 2007. pp. 53-61.

(38) En tal sentido: SHAVELL. Steven. *Is Breach of Contract Immoral?* En: *Emory Law Journal*. Número 2. Volumen LVI, 2006. p. 453.

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

vitales (cualidad del objeto del acto, motivo del acto, etcétera)<sup>(39)</sup>. El error es determinante cuando, según la apreciación general, su existencia es la causa que provoca la celebración del acto. Finalmente, el error es conocible cuando, actuando diligentemente, la otra parte puede darse cuenta de la existencia del equívoco<sup>(40)</sup>.

A la luz de lo dispuesto por el código en cuestión; si (i) una parte se equivoca sobre un aspecto vital de la operación; (ii) la equivocación es la causa de la celebración del contrato; y, (iii) pero la otra parte no puede, actuando diligentemente, advertir la existencia del problema, no hay acción de anulación. Esto significa que el contrato celebrado produce todos sus efectos y resulta respaldado por el Estado, a pesar de que no exista garantía alguna de que las partes están resignando los recursos a usos alternativos más eficientes<sup>(41)</sup>.

### 6. Pigou versus Coase

Arthur Cecil Pigou, fundador de la «Economía del Bienestar», contribuyó notablemente a la Economía y al Derecho, al notar, entre otras cosas, que los costos de producción no eran normalmente cubiertos por los agentes privados. Según este economista inglés, por diversas razones los referidos agentes solo cubrían una parte de los costos de producción de los bienes y servicios («costos marginales privados»). La otra parte de esos costos («costos marginales sociales») era cubierta por la sociedad, de modo que esta última terminaba, sin

quererlo, subsidiando las actividades productivas. La existencia de este subsidio determinaba que los productores no incorporaran en el precio el total de los costos de producción. Esto a su turno determinaba que el nivel de demanda superase el punto óptimo (desde una perspectiva de equilibrio) y que, por tanto, la sociedad enfrentara el problema de la sobreproducción.

Para eliminar este problema, Pigou propuso una fórmula sencilla: «internalizar» los costos marginales sociales (o las externalidades negativas). En términos legales, la propuesta de Pigou consistía en obligar a los agentes privados (i) a pagar una indemnización a los terceros que asumían, sin quererlo, los «costos marginales sociales»; o, (ii) a pagar impuestos especiales al Estado cuando la operación de la herramienta indemnizatoria fuese muy costosa (debido, por ejemplo, al alto número de víctimas). Sea por la vía indemnizatoria o por la vía impositiva, los agentes privados terminarían por internalizar, según Pigou, la totalidad de sus costos de producción y por producir dentro de los niveles de equilibrio óptimo<sup>(42)</sup>.

(39) No toda equivocación debe ser legalmente relevante. Si aceptáramos la relevancia legal de cualquier equivocación, las personas tomarían precauciones excesivas y, por tanto, gastarían demasiado para evitar perjuicios que son de poca importancia (error en el cálculo, error de derecho, etcétera). La idea es, pues, encontrar un punto de equilibrio, de modo que las personas tengan incentivos para actuar eficientemente, esto es, para invertir en precauciones solo cuando ello tenga sentido desde una perspectiva costo-beneficio («esperado», dadas las probabilidades del caso).

(40) La exigencia local de que la otra parte actúe diligentemente es curiosa, pues a la parte que se equivoca y genera todo el problema no se le exige cuidado alguno. Muchos ordenamientos imponen el requisito de la excusabilidad del error para impedir que la equivocación (por muy esencial y determinante que sea) provoque la anulación del contrato cuando el *errans* ha estado en condiciones razonables de evitarla. Lamentablemente nuestras normas sobre error omiten incluir esta exigencia. Sin embargo, al amparo del principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 1362 del Código Civil, es perfectamente posible sostener que si el *errans* pudo evitar la equivocación a un costo razonable, la acción de anulación deja de estar disponible.

(41) El código peruano contiene una norma sumamente particular, según la cual «la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes». No se necesita mayor reflexión para notar que dicha norma es inmoral e ineficiente. Para una descripción de la funesta historia del artículo 207 del Código Civil de 1984: ESCOBAR, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual*. En: *Themis*. Número 49, 2004. pp. 154 y siguientes.

(42) Véase: BLAUG, Mark. *Teoría Económica en Retrospectiva*. Traducido por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. pp. 652 y siguientes.

## Freddy Escobar Rozas

Ronald Coase, fundador de la «Nueva Economía Institucional», premio Nobel de Economía (1991) y artífice del surgimiento de la escuela de pensamiento legal más importante de los últimos cien años (el Análisis Económico del Derecho), vio las cosas desde otra perspectiva. En un trabajo fundacional<sup>(43)</sup>, este economista inglés sostuvo que las externalidades negativas no eran causadas por unos agentes en perjuicio de la sociedad. Desde una perspectiva causal, las externalidades en cuestión no eran otra cosa que la consecuencia natural de aceptar la interferencia recíproca de todos los actores sociales. Por tanto, al no existir un solo causante, el problema del costo social no podía ser resuelto imponiendo obligaciones indemnizatorias o impositivas a determinado agente, pues este era tan causante como la «víctima». Para Coase, el problema del costo social debía solucionarse a través del otorgamiento de derechos de propiedad, esto es, de derechos que permitieran excluir y, por tanto, evitar las interferencias recíprocas. La determinación de quién debía ser el titular de tales derechos dependía, según Coase, de comparar los costos y beneficios marginales de cada opción.

¿Cuál es la lección que nos deja la historia del problema del «costo (marginal) social»? Para mí, una bastante obvia: las soluciones legales cambian radicalmente en función de la perspectiva (interpretación) que se tenga respecto del problema. Pigou creyó que el problema del costo social era causado por un agente y sobre la base de ese entendimiento (¿erróneo?) confió en un remedio determinado: imposición de obligaciones indemnizatorias y tributarias. Coase creyó que el problema en cuestión era causado por la interferencia recíproca de los agentes que concurren en el mercado y sobre la base ese entendimiento (¿erróneo?) confió en un remedio totalmente distinto: la asignación de derechos de propiedad.

En el caso del error, las visiones de los civilistas han sido Pigouvianas. En efecto, las teorías elaboradas para justificar la invalidez o la validez del contrato celebrado con error, descansan en la idea de que el problema es «unilateral» (en el sentido de que tiene una sola dimensión). La teoría de la voluntad, por ejemplo, aboga por la invalidez del contrato bajo el argumento de que el error supone la falta de consentimiento del *errans*;

mientras que la teoría de la declaración aboga por la validez del contrato bajo el argumento de que el error representa un problema «interno» del *errans* y, por tanto, irrelevante de cara al valor «seguridad jurídica». Por su parte, la teoría de la responsabilidad aboga por la invalidez del contrato bajo el argumento de que el *errans* debe ser «sancionado» por su negligencia; mientras que la teoría de la confianza aboga por la validez del contrato bajo el argumento de que la parte inocente debe ser «protegida» por su confianza<sup>(44)</sup>.

Ninguna de estas teorías ha tomado en cuenta que el error genera daños a las partes y al mercado, ni que ambos daños son irreparables. En efecto, si el contrato se anula a pedido del *errans*, la otra parte sufre un daño. Si este daño es indemnizado, entonces el *errans* lo internaliza y experimenta el perjuicio. Si el contrato no se anula, entonces el *errans* sufre un daño. Si por alguna razón ese daño es indemnizado, entonces la otra parte lo internaliza y experimenta el perjuicio. Por otro lado, la pérdida experimentada por el *errans* o por la otra parte genera efectos subsecuentes que son nocivos para el mercado. Esos efectos nocivos comprenden desde la subutilización del recurso materia del contrato hasta la necesidad de incurrir en costos de transacción adicionales para colocar dicho recurso en manos que garanticen un uso alternativo más eficiente.

Como se podrá advertir, no hay forma alguna de escapar de la tragedia (económica) creada por el error. Si nos dejamos guiar por las ideas tradicionales, según las cuales el problema del error es unilateral («falta de voluntad», «seguridad», «culpa» y «confianza»), nuestra visión será limitada y, por tal razón, la solución que proponamos jamás logrará un estado de bienestar

(43) *The Problem of the Social Cost*. En: *The Journal of Law and Economics*. Volumen III, 1960. pp. 1 y siguientes.

(44) Para una descripción tradicional del problema del error: PIETROBON, Vittorino. *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*. Traducido por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. pp. 1-45.



superior. En cambio, si asumimos que el error genera un problema que al final del día afecta a todos (a las partes y al mercado), nuestra visión será, cuando menos, completa. Con un poco de esfuerzo y apertura de mente, podremos encontrar una solución más justa.

## **7. Rosita Segunda**

Supongamos que X e Y celebran un contrato de compraventa de una vaca (Rosita Segunda). X, dedicado al negocio de comercialización de ganado, pensaba que Rosita Segunda era infértil. Por esa razón, decidió venderla a US\$ 100 (precio al que normalmente se venden las vacas infértiles de similares características). Y, por su parte, no tenía idea acerca de la fertilidad o infertilidad de Rosita Segunda. El simplemente quería comprar una vaca con fines recreativos: tener más animales en su casa de campo. Al momento de entregar a Rosita Segunda los ayudantes de X se percatan que aquella se encuentra preñada. Ante tal situación, X se arrepiente de haber celebrado el contrato y trata de encontrar argumentos para no desprenderse de Rosita Segunda, dado que una vaca fértil está valorada por el mercado en US\$ 800.

Bajo las reglas del Código Civil peruano, ¿qué podría hacer X? Habida cuenta que su error (esencial y determinante) no fue ni podía ser conocido por Y, es claro que no tendrá a su disposición la acción de anulación. Ahora bien, ¿es aceptable que X se encuentre obligado a entregar a Rosita Segunda por el precio pactado?

El problema que la pregunta planteada encierra se reduce a lo siguiente: ¿debemos permitir que X asuma una pérdida inesperada y que Y obtenga una ganancia inesperada? Si las partes hubiesen contratado teniendo información completa acerca de las características de Rosita Segunda, la diferencia entre el valor de mercado y el precio pactado sería legalmente irrelevante, pues para las partes este último representaría sus preferencias individuales. Como quiera, sin embargo, que la transacción fue realizada sin que una de las partes estuviese consciente de las características del bien, la pregunta planteada cobra sentido.

Si consideramos que por seguridad jurídica o por alguna otra razón el contrato no debe anularse, entonces estaremos permitiendo que Y obtenga algo que nunca buscó: una

«(...) EN EL CASO DE LA VIOLENCIA MORAL EL SUJETO OBRA CON SU VOLUNTAD -Y DE AHÍ POR QUÉ LA MANIFESTACIÓN SEA ATRIBUIBLE A ÉL, A MÁS DE MATERIAL, TAMBIÉN PSICOLÓGICAMENTE- PERO ENCONTRÁNDOSE EN UNA CONDICIÓN DE GRAVE PERTURBACIÓN PSÍQUICA POR EFECTO DE LA AMENAZA DE UN MAL GRAVE. EL 'ESCOGE' ESTIPULAR EL NEGOCIO (O ESTIPULARLO EN DETERMINADAS CONDICIONES), PERO OBRA DE ESE MODO PARA EVITAR UNA POSIBLE DESVENTURA. ENTRE DOS DECISIONES, NINGUNA DE LAS CUALES CORRESPONDE A UNA FORMACIÓN LIBRE DE SU QUERER, OPTA POR AQUELLA QUE LE PARECE MENOS PERJUDICIAL (...)»

ganancia de US\$ 700. En efecto, racionalmente se puede presumir que, una vez enterado de la existencia de la diferencia de precios (de mercado) de vacas fértiles e infértiles, Y venderá a Rosita Segunda (a US\$ 800) y, con parte del precio obtenido, comprará una vaca infértil (a US\$ 100). Reemplazar a Rosita Segunda generará

## Freddy Escobar Rozas

para Y una ganancia inesperada de US\$ 700. Obviamente, X será quien cubra esa ganancia.

Como la situación descrita no parece satisfactoria, es más que seguro que X tratará de impedir que la misma finalmente se produzca. ¿Pero qué podría hacer? Ante la imposibilidad de anular el contrato, X venderá a Rosita Segunda a un tercero de buena fe, procediendo a realizar la entrega respectiva. Ante el incumplimiento doloso, Y seguramente demandará el pago de una indemnización. ¿A cuánto ascenderá la misma? Probablemente a no más de US\$ 50, asumiendo que esa cantidad representaría el mayor costo de encontrar una vaca que cumpla las funciones meramente ornamentales que Y buscaba en Rosita Segunda.

### 8. Rockingham County vs. Luten Bridge Co.

El 7 de enero de 1924, el Condado de Rockingham otorgó a Luten Bridge Co. la buena pro para construir un puente en una zona campestre de North Carolina. El 3 de marzo de ese mismo año, el Condado de Rockingham envió a Luten Bridge Co. una comunicación escrita en la que indicaba (i) que las labores de construcción del puente debían cesar de manera inmediata debido a que carecía de sentido tener un puente en una zona básicamente campestre; y, (ii) que cualquier labor realizada en adelante no sería retribuida. A pesar de haber recibido la comunicación indicada, Luten Bridge Co. decidió continuar la construcción del puente. Ante la negativa del Condado de Rockingham de pagar el total de la retribución pactada en el contrato, Luten Bridge Co. inició un proceso judicial.

La corte reconoció que el Condado de Rockingham no tenía derecho a resolver unilateralmente el contrato y que, por consiguiente, la comunicación enviada a Luten Bridge Co. constituía un incumplimiento contractual. No obstante ello, la corte consideró que esta última compañía no tenía justificación alguna para continuar con la ejecución del contrato si es que ello incrementaba la pérdida del Condado de Rockingham.

El argumento empleado por la corte en cuestión se puede resumir de la siguiente manera: si X se obliga contractualmente a construir una casa para Y, este último no tiene, por supuesto, el derecho

de resolver el contrato sin el consentimiento de X. Pero si antes de que la casa esté construida, Y decide que no la quiere y le notifica tal cosa a X, ¿tiene este último el derecho de incrementar la pérdida de Y? No en justicia. Si se produce una ruptura contractual como la descrita, X tiene derecho a reclamar el pago de los gastos realizados hasta la fecha de la comunicación enviada por Y, más la totalidad de la ganancia que hubiera obtenido en caso que el contrato se hubiese cumplido. X, sin embargo, no tiene derecho a seguir ejecutando el contrato, pues de este modo incurre en más gastos y, por tanto, agrava la responsabilidad que Y debe asumir como consecuencia de su decisión de romper el contrato. La justicia no puede amparar que X agrave, sin beneficio alguno, la pérdida de Y.

La corte resolvió el caso obligando al Condado de Rockingham a pagar una indemnización por incumplimiento contractual. Dicha indemnización, sin embargo, solo cubrió (i) los gastos realizados por Luten Bridge Co. hasta la fecha del repudio del contrato (supongamos 50); y, (ii) el 100% del margen de ganancia de Luten Bridge Co. (supongamos 20). En consecuencia, el Condado de Rockingham redujo su pérdida al no tener que pagar la totalidad de la contraprestación pactada (supongamos 100 = 80 por costos + 20 por margen de ganancia).

### 9. Cambiando las reglas de la anulación

¿Qué tienen en común los casos de Rosita Segunda y Rockingham County vs. Luten Bridge Co.? A pesar de que tanto X como el Condado de Rockingham decidieron incumplir, es claro que ambos se equivocaron. En efecto, X tomó la decisión de vender a Rosita Segunda sobre la base de una interpretación errónea de la realidad: la infertilidad de la susodicha. Por su parte,

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

el Condado de Rockingham tomó la decisión de encargar la construcción de un puente sobre la base de una interpretación errónea de la realidad: los beneficios de su uso iban a ser mayores a su costo de construcción<sup>(45)</sup>.

¿Por qué el Condado de Rockingham prefirió incumplir el contrato en lugar de demandar la anulación por error? Probablemente por que hacer esto último hubiese sido más costoso y complicado, cuando no riesgoso (de hecho, bajo reglas como las nuestras una acción de anulación no habría prosperado debido a que la equivocación no fue conocible).

Como es obvio, los abogados pueden elegir una u otra estrategia para que los casos de sus clientes tengan mayores probabilidades de éxito. En los casos analizados, parece claro que las estrategias de X y del Condado de Rockingham son correctas debido a que el sistema legal responde positivamente a la idea normativa de limitar la responsabilidad de la parte que incumple<sup>(46)</sup>. Tomando en consideración esto último, esto es, que el sistema legal permite reducir las

pérdidas cuando la estrategia elegida es la del incumplimiento<sup>(47)</sup>, uno puede preguntarse por qué no es posible hacer lo mismo a través de la acción de anulación.

Hemos notado que el error siempre genera una pérdida para el *errans* y esa pérdida puede ser mayor o menor en función de si el contrato se ejecuta o no se ejecuta. En esta línea, si garantizamos que la otra parte reciba la ganancia que hubiese obtenido en caso de ejecución, ¿por qué no dejamos que el *errans* anule el contrato cuando tal cosa reduzca su pérdida? En mi opinión, no existe argumento económico o moral que justifique una actitud negativa hacia la posibilidad de que el *errans* reduzca su pérdida mediante la anulación del contrato. Si la otra parte recibe la ganancia que hubiese recibido en caso de ejecución, resulta injusto recarle al

(45) El Condado de Rockingham pudo haber considerado (erróneamente) que los pobladores de la zona iban a utilizar el puente con bastante frecuencia, por lo que la obra sería beneficiosa en términos de agregado social.

(46) La responsabilidad contractual no puede ser ilimitada. Si queremos tener un sistema de mercado que funcione, entonces tenemos que facilitar la celebración de contratos y asegurar la actuación oportuna de remedios apropiados ante los supuestos de incumplimiento. ¿Qué pasaría si decidimos que los contratantes sean responsables por todos los daños que la otra parte sufra como consecuencia del incumplimiento? Por su natural aversión al riesgo de perder, así como por su natural falta de control de la cadena productiva y comercial, los agentes dejarían de celebrar ciertos contratos o, en el mejor de los casos, tratarían de excluir la responsabilidad ilimitada a través de algún pacto. Obviamente, en ambos casos el mercado quedaría afectado, pues tanto la frustración de acuerdos mutuamente beneficiosos como la concreción de dichos acuerdos a grandes costos de negociación reducen las ganancias sociales totales. Cuando el propio mercado demande la asunción de responsabilidad ilimitada, los agentes voluntariamente adoptarán esa fórmula. El razonamiento es diferente si se trata, no de transacciones realizadas en el mercado, sino de accidentes. Nosotros no queremos que se produzcan accidentes y que las personas y sus bienes queden afectados como consecuencia de la actuación imprudente o riesgosa de los agentes. Para lograr que estos últimos tomen las precauciones adecuadas o realicen las actividades riesgosas solo cuando el beneficio sea mayor al costo social total esperado, tenemos que obligarlos a responder, en principio, por todos los daños que ocasionen. Si no hacemos tal cosa, los agentes que no toman precauciones adecuadas o que realizan actividades riesgosas estarían recibiendo un subsidio (debido a que no estarían internalizando la totalidad de sus costos). Esto, evidentemente, generaría, además de una situación inmoral, una situación de ineficiencia (sobreproducción). Pecan de ingenuos, por tanto, quienes piensan que la responsabilidad civil debe ser «unificada» debido a que tanto en materia contractual como en materia extracontractual aquella surge como consecuencia de la violación de un deber («específico» en el primer caso y «genérico» en el segundo). Como resulta obvio, las ideas dogmáticas respecto de la naturaleza jurídica de las cosas no tienen valor alguno para propósitos de política legal. La determinación del alcance de un régimen legal de responsabilidad no puede depender de la idea «mágica» de que en toda circunstancia es posible identificar el binomio «deber-responsabilidad», sino de la idea «impura» de lo que (en términos económicos o morales) resulta mejor para la sociedad en términos de agregado (más contratos, menos accidentes).

(47) En nuestro caso, el deber de mitigar los daños está contemplado en el artículo 1327 del Código Civil.

## Freddy Escobar Rozas

*errans* la posibilidad de liberarse. En un intento por defender el *status quo* se podría sostener que habida cuenta que los costos de transacción son bajos, las partes preferirán resolver el contrato en lugar de ejecutarlo dado que será racional y mutuamente beneficioso reducir la pérdida en lugar de agravarla. En esta línea, no sería necesario modificar las reglas de la anulación dado que las propias partes encontrarán la alternativa más beneficiosa a través de la negociación (mercado). A pesar de que el argumento es atractivo, dos cuestionamientos pueden ser efectuados. Primero, es posible que los costos de transacción sean significativos, de modo que la idea de que las partes negociarán y adoptarán un acuerdo mutuamente beneficioso resulte ilusoria. Segundo, es posible que la otra parte adopte una actitud oportunista y sujete la liberación del *errans* a la división de las «ganancias» (esto es, a la división del beneficio que supone reducir la pérdida). Como quiera que esto último colocaría a la parte inocente en una situación más beneficiosa que la que hubiese tenido en caso de ejecución contractual, no hay razón alguna para legalizar el riesgo del comportamiento oportunista. Por lo expuesto, creo firmemente que para evitar los efectos nocivos del error, las reglas de anulación adoptadas por el Código Civil deben ser modificadas.

A continuación, resumo las líneas básicas de una regulación más justa:

- a) El *errans* debe poder anular el contrato al margen de si la otra parte se percató o no del error (o de si pudo hacerlo o no actuando diligentemente).
- b) Si la otra parte se percató del error (o si pudo hacerlo actuando diligentemente), entonces el *errans* no debe pagar indemnización alguna a dicha parte. Por el contrario, el *errans*

debe poder exigir a la otra parte el pago de una indemnización que lo coloque en la situación que hubiese tenido en caso de no celebración del contrato (*reliance*). El fundamento de esta indemnización ha de ser encontrado en la necesidad de generar un incentivo para que la otra parte evite la pérdida que genera el error cuando ello sea posible hacerlo a un costo inferior al beneficio esperado (esto es, el monto de la pérdida multiplicado por la probabilidad de que se produzca el error).

c) Si la otra parte no se percató del error ni pudo hacerlo actuando diligentemente, entonces el *errans* debe pagar una indemnización a dicha parte<sup>(48)</sup>, de modo que esta última se encuentre en la situación que hubiese tenido en caso de ejecución del contrato (*expectancy*)<sup>(49)</sup>.

d) El *errans* no debe poder anular el contrato cuando su equivocación tenga la condición de inexcusable (esto es, cuando haya podido evitar el error tomando precauciones razonables o, en términos económicos, eficientes). Del mismo modo, el *errans* no debe poder anular el contrato si los daños que la otra parte sufre no pueden ser reparados con dinero<sup>(50)</sup>.

La aplicación de estas reglas presumiblemente generará el siguiente escenario:

- a) Las partes tendrán incentivos para tomar precauciones razonables a fin de evitar la

(48) Con esta regla, el *errans* ya no tendría que probar que la otra parte conoció o pudo conocer la equivocación. Más bien esta última tendría que probar que la anulación del contrato daña sus intereses. Este cambio en la carga de la prueba no debe ser considerado nocivo, pues, en términos generales, es más fácil probar la existencia de daños propios que la posibilidad de que otro note la equivocación actuando razonablemente. En esta línea, el hecho que la parte inocente no logre probar la existencia de daños no debe ser causa de preocupación, ya que probablemente ese hecho se deba a que simplemente la anulación no genera perjuicio alguno a la parte en cuestión. De todos modos, es posible establecer una serie de presunciones legales que auxilien a la parte inocente en la tarea de probar la existencia de daños. Así, podemos presumir que la ganancia que la otra parte hubiese obtenido ascendía, cuando menos, al monto que dicha parte invirtió en los actos preparatorios del cumplimiento frustrado por la anulación.

(49) En esta situación, el derecho contractual de la parte inocente resulta protegido por una regla de responsabilidad.

(50) En esta situación, el derecho contractual de la parte inocente resulta protegido por una regla de propiedad.

## El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)

existencia de errores. Si el criterio de diligencia es correctamente empleado<sup>(51)</sup>, entonces solo el *least-cost avoider* internalizará la pérdida<sup>(52)</sup>.

b) Si el error pudo ser evitado solo por el *errans*, entonces este último internalizará la pérdida si, dados los siguientes números<sup>(53)</sup>, no toma un nivel de precaución moderado:

N/P	C/P	P/E	P/EE	CST
Ninguno	0	20%	20	20
Leve	4	12%	12	16
Moderado	6	8%	8	14
Alto	12	6%	6	18

Donde: *N/P* = nivel de precaución, *C/P* = costo de precaución, *P/E* = probabilidad del error, *P/EE* = pérdida esperada del error y *CST* = costo social total.

Si el error pudo ser evitado por el *errans* o por la otra parte, entonces esta última internalizará los efectos negativos de la anulación del contrato si, dados los siguientes números, no toma el nivel de precaución leve.

N/P	C/P	P/E	P/EE	CST
Ninguno	0	20%	20	20
Leve	5	7%	7	12
Moderado	9	6%	9	15
Alto	13	5%	13	18

c) Si el *errans* actúa diligentemente (esto es, si toma el nivel de precauciones adecuado) y a pesar de ello se equivoca, entonces aquel anulará el contrato cuando eso tenga sentido. Asumiendo que la otra parte tiene derecho al pago de una indemnización, una primera variable que el *errans* considerará es la comparación entre la referida indemnización y la pérdida que la ejecución del contrato ha de ocasionarle. Si aquella (asumamos 100) es menor que esta última (asumamos 300), entonces el *errans* tendrá un buen motivo anular el contrato.

Una segunda variable que el *errans* considerará es la comparación entre el resultado esperado de disminuir su pérdida a través de un proceso judicial y el resultado esperado de hacer lo mismo a través del mercado. Si los siguientes números son ciertos, el *errans* tendrá otro buen motivo anular el contrato:

Proceso Judicial (beneficio esperado = reducción de la pérdida):

Costo de litigar + [80% anular y pagar una indemnización de 100 + 20% no anular y absorber la pérdida de 300<sup>(54)</sup>]

«TODAS LAS PERSONAS ENFRENTAN DE UN MODO U OTRO, GANANDO O PERDIENDO, ESTAS PRESIONES. DEL SIMPLE HECHO DE OBSERVAR LA VIDA MISMA PODEMOS CONCLUIR QUE LA EXISTENCIA DE PRESIONES NO IMPIDE LA TOMA DE DECISIONES POR PARTE DE LAS PERSONAS, NI CONSTITUYE EN GENERAL UNA EXCUSA PARA QUE LOS ACTORES SOCIALES DEJEN DE CUMPLIR SUS COMPROMISOS».

- (51) Lo que ocurre cuando se asigna apropiadamente el nivel de precaución requerida en función del costo y el beneficio esperado (que es el resultado de multiplicar la magnitud del beneficio con la probabilidad de que el mismo ocurra).
- (52) El criterio del *least-cost avoider* solo es aplicable cuando la pérdida puede ser evitada por cualquiera de los agentes (causante-víctima, etcétera).
- (53) Estos números han sido arbitrariamente asignados. En cada caso, habrá que determinar, usando la data disponible y, de ser el caso, aplicando simples pruebas de simulación, los factores de la fórmula.

## Freddy Escobar Rozas

100 + [80% (100) + 20% (300)]  
 100 + [80 + 60]  
 100 + 140 = 240

Mercado (beneficio esperado = reducción de la pérdida):

Costo de vender + [20% vender a un precio más alto y solo perder 100 + 80% vender al precio que pagué y perder 300]  
 60 + [20% (100) + 80% (300)]  
 60 + [20 + 240]  
 60 + 260 = 320

d) El *errans* siempre tendrá disponible la alternativa de la negociación. Es razonable suponer que solo acudiría a la acción de anulación del contrato cuando la negociación no pueda llevarse a cabo (debido a sus altos costos) o cuando falle (debido al comportamiento oportunista de la otra parte)<sup>(55)</sup>. La facultad legal de anular el contrato servirá como remedio residual ante una falla del mercado.

## 10. Palabras finales

La propuesta descrita en líneas precedentes tiene una orientación muy clara, que responde, como no puede ser de otra manera, a una visión propia (¿errónea?) sobre el rol que el sistema legal debe cumplir dentro de un modelo político liberal. Se trata,

por tanto, de una propuesta «impura», extraña a los dictados de la lógica deductiva que, para bien o para mal, Leibniz nos regaló al redactar el *Codex Leopoldus*.

Probablemente, la propuesta en cuestión no sea siquiera sopesada por el *mainstream* local. Desde ya anticipo que los defensores del Código Civil dirán que se trata de una propuesta que traiciona la cultura jurídica peruana (¿?), mientras que los defensores del método dogmático, algo familiarizados con el lenguaje de la globalización, dirán que se trata de un *legal transplant*.

En otro trabajo<sup>(56)</sup> he explicado cómo el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) permite que el *errans* anule su declaración negocial al margen de si la otra parte conoció o pudo conocer la existencia de la equivocación.

Para poner las cosas más difíciles a los defensores del *status quo*, ofrezco ahora una traducción libre de la Sección 122 del BGB:

«(1) Si una declaración es nula bajo la sección 118 [falta de seriedad], o anulable bajo las secciones 119 [error] y 120 [transmisión incorrecta], la persona declarante debe, si la declaración fue hecha a otra persona, pagar una indemnización a esta última (...) por los daños que sufra como consecuencia de haber confiado en la validez de la declaración, pero sin exceder el monto total del interés que tenga en la validez de la declaración.

(2) El deber de pagar la indemnización no será exigible si la parte dañada conocía la razón de la nulidad o de la anulabilidad o si no conoció dicha razón como consecuencia de su actuar negligente».

(54) Este porcentaje arbitrario representa la probabilidad de perder el proceso por error o corrupción judicial.

(55) En tal sentido: AYRES, Ian y Eric RASMUSEN. *Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 22, 1993. pp. 309 y siguientes.

(56) Véase nota (41).