

El error en la transacción

JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Profesor titular de Derecho civil

INTRODUCCION

Con el presente trabajo de investigación, pretendemos analizar la forma de funcionamiento y las especialidades —en su caso— del instituto del error, dentro del contrato de transacción. Nos situamos, pues, frente a un tema de gran tradición desde el punto de vista tanto legal como doctrinal.

Por lo que a las disposiciones legales concierne, conviene recordar que ya el Derecho romano se ocupó, aunque un tanto tangencialmente, de esta problemática. Son emblemáticas a este respecto las referencias contenidas en la Ley 42, título IV, Libro II del Código de Justiniano; o en las leyes 9, 10, 11 y 12, título XV, Libro II del Digesto. Del mismo modo, nuestro Código Civil trata la cuestión en el artículo 1817 completado por los 1818 y 1819.

Desde la óptica doctrinal, ha sido bastante grande la preocupación de la doctrina francesa, italiana y alemana, las cuales han dedicado un buen número de monografías al error en la transacción. No se puede decir lo mismo de la doctrina española, que, exceptuando el estupendo trabajo del profesor Gullón sobre la transacción en general (1), y las interesantes aportaciones de los profesores Albaladejo (2) y Luna Serrano (3), apenas ha reflexionado poco más (4) sobre el alcance exac-

(1) GULLÓN, «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo XLIII, vol. II, Madrid, 1964.

(2) ALBALADEJO, «Derecho civil», II, *Derecho de obligaciones, volumen segundo* (Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales), Barcelona, 1989, págs. 436-450.

(3) LUNA SERRANO, «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIII, Madrid, 1980, págs. 107 y ss.

(4) MANRESA, «Comentarios al Código Civil», tomo XII, sexta edic. revisada por J. Gómez Isabel, Madrid, 1973, págs. 125 y ss.; MOXO, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 673 y ss.; MUCIUS

to de los tres preceptos citados y sus conexiones y diferencias respecto de las otras legislaciones de nuestro entorno. Nuestro Tribunal Supremo, por su parte, no ha elaborado un cuerpo lo suficientemente compacto de doctrina jurisprudencial al respecto, encontrándose sentencias aisladas y soluciones casuísticas. Ello contrasta con la jurisprudencia de otros países, v. gr., la francesa, que se distingue por su coherencia, al menos en el campo en donde más ha funcionado la doctrina del error en la transacción en ese país: el de las convenciones transaccionales celebradas con posterioridad a la producción de daños extracontractuales entre el perjudicado y el causante del daño o la compañía aseguradora, generalmente por consecuencia de accidentes de circulación (5).

Refiriéndonos ya en concreto a los preceptos sobre invalidez de las transacciones vigentes en nuestro país, conviene advertir de la imprecisión terminológica utilizada por el legislador de 1889, así como de la superación de antiguas concepciones sobre el fundamento o la naturaleza de este tipo de contratos, operada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del presente siglo, y que provoca la introducción de una serie de elementos distorsionadores en la interpretación de los artículos. 1809 a 1819, tremendamente difíciles de coordinar con las concepciones imperantes a finales del siglo XIX. Si a ello unimos la falta de criterios precisos y unánimemente aceptados sobre el ámbito del error como causa de invalidez de los contratos en general, la inexistencia de puntos de referencia más o menos seguros sobre cuál fue la auténtica intención del legislador, y finalmente, el poderoso poder de atracción ejercido en la materia por los códigos alemán e italiano, con su forma especial de configurar el error transaccional, conforman un panorama de complejidad pocas veces superado. Todo lo cual probablemente nos lleve a unas conclusiones, como las que más abajo defenderemos, que, aunque, razonablemente sostenibles, no podrán ser, obviamente, definitivas e irrefutables. Quede, pues, constancia de que, aun cuando estemos convencidos de la bondad de nuestras soluciones, las reconocemos desde ya como imperfectas, por cuanto nos movemos continuamente sobre terrenos pantanosos.

SCAEVOLA-VÁZQUEZ GUNDIN, «Código Civil», tomo XXVIII, Madrid, 1953, págs. 245 y ss.; OGAYAR AYLLÓN, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dirigidas por M. Albaladejo), tomo XXII, vol. II, Madrid, 1979, págs. 1 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, notas a la traducción española del «Tratado de Derecho civil», tomo II, 2, segunda parte, de ENNECCERUS-LEHMANN, Barcelona, 1966, págs. 849 y ss.; SANAHUJA, «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, págs. 230 y ss.

Recientemente, destaca de manera especial la monografía sobre el error en general del profesor MORALES MORENO, «El error en los contratos», Ed. CEURA, Madrid, 1988, donde hace algunas interesantes referencias al error en la transacción.

(5) Cfr. al respecto, la amplia cita jurisprudencial de BOYER «Transaction», en *Encyclopédie DALLOZ*, tomo VIII.

No podemos olvidar que la estructura y forma de funcionamiento del contrato de transacción es tremendamente enrevesada y, en cierto modo, etérea. Nos hallamos ante un tipo de contrato que, a diferencia de la mayoría de los negocios jurídicos, carece de un objeto materialmente aprehensible. Por otra parte, la finalidad perseguida por los transigentes no es, primariamente, el intercambio de bienes o servicios, sino la resolución de una disputa o, cuando menos, de unas diferencias no siempre contrastables; sólo mediatamente, se sirven de recíprocos intercambios, en tanto en cuanto se utilicen para la conclusión de la controversia. Por último, y puesto que tiene que haber recíprocas concesiones, para conocer si éstas se efectuaron o no, deben compararse, no derechos cedidos o renunciados, sino *pretensiones* desechadas o reducidas. Todo ello dificulta aún más el estudio del error en la transacción, por cuanto el análisis de los vicios del consentimiento deberá hacerse sobre bases necesariamente inseguras.

Antes de entrar en materia, conviene trazar las líneas generales en el desarrollo de la investigación. Para entrar en un asunto tan complicado, nada mejor que la exposición de varios casos de la vida real extraídos de la jurisprudencia, en donde puedan verse ya los posibles problemas y dificultades con que nos vamos a tropezar, los intereses en juego, las soluciones judiciales.

A partir de ese momento, nuestra atención se centrará en la discusión, muy claramente polarizada en nuestra doctrina por las tesis, por un lado, del profesor Gullón y, por otro, del profesor Albaladejo, sobre cómo se configura en general el error en el contrato de transacción. Para el primero, y dicho por el momento en términos en exceso genéricos, existe una específica doctrina sobre el error en la transacción, que giraría alrededor de la dicotomía error *in caput controversum* (en adelante, ECC)-error *in caput non controversum* (en adelante, ECNC). Para el segundo, y también *grosso modo*, los arts. 1817-1819 no consagran especialidad alguna en materia de error, sino que constituyen una aplicación sin más de la disciplina general de los artículos 1265 y ss. (en concreto, del art. 1266 del Código Civil).

Analizaremos ambas posturas —con sus posibles variantes—, intentaremos colocarnos en el lugar de sus defensores, buscando con la mayor vehemencia los mejores argumentos jurídicos que las apoyarían, suponiendo al mismo tiempo una discusión imaginaria entre defensores y detractores de cada una de ellas. Ello nos conducirá a una o varias conclusiones generales. A partir de ellas se podrá ya elaborar la doctrina particularizada de cada uno de los distintos casos o supuestos de error susceptibles de presentarse en la aplicación de los preceptos legales.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Siguiendo la planificación establecida más arriba, es nuestra intención comenzar el planteamiento de la discusión con la exposi-

ción de diversos supuestos prácticos que, sin lugar a dudas, nos ilustrarán, creemos que bastante bien, de todos los problemas básicos subyacentes al error transaccional y de los distintos enfoques legales y doctrinales utilizados para solucionarlos.

I.1. Supuesto primero

Don Carlos, esposo y padre de los demandados, de profesión probador de aviones, estando realizando las revisiones pertinentes de un aparato volador, sufre un accidente, en el que fallecen tanto él como el mecánico del aparato, don Juan de Dios, hijo de los demandantes don Juan y doña María. Los demandados —esposa e hijos de don Carlos— hicieron firmar a los actores un contrato por el cual se reparaban a partes iguales las indemnizaciones derivadas de las pólizas de seguro concertadas en su momento y que se suponía amparaban a los fallecidos. Con posterioridad, los actores otorgaron un poder notarial a un tercero para que en su representación cobrase las sumas estipuladas a su favor y que constituían una parte de las desembolsadas por la compañía aseguradora. Los poderdantes tuvieron después conocimiento de que la póliza de seguros alcanzaba únicamente al ocupante de la avioneta, y no al piloto. Por ese motivo acudieron ante el juez e impugnaron el contrato celebrado alegando la existencia de vicio del consentimiento (6).

I.2. Supuesto segundo

La sociedad L. Soler y Cía se comprometió en 1870 a prestar a don Ignacio González la cantidad de 90.000 pesos, para financiarse la construcción del —así llamado— «ingenio Santa Ana» (al parecer, se trataba de la estructura fabril necesaria para la explotación de la caña y su transformación en azúcar). Fallecido don Ignacio sin devolver lo prestado, su esposa doña María, heredera de aquél, contrata con la sociedad que ésta se encargaría de la continuación en la construcción y administración de la citada industria. Tras varias liquidaciones en las que iban aumentando las sumas a devolver por doña María, en la

(6) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1973 (art. 2460).

En este litigio, los actores alegaron la concurrencia de error en el consentimiento, dolo y expresión de causa falsa, aunque en ningún momento se planteó la posibilidad de que el contrato celebrado constituyese una transacción, a la que le fuese aplicable el art. 1817,1 del Código Civil.

En Primera Instancia, la demanda fue desestimada. En apelación, se dio lugar al recurso, declarando el dolo de los demandados. En casación, no prosperó el recurso interpuesto por éstos.

última de ellas, celebrada en 1877, se reconocía deudora de 358.099 pesos, y hacía extensiva a esa cantidad la hipoteca que pesaba sobre el «ingenio». Procedió la sociedad en ejecución de la industria, a lo que se opuso la citada señora aduciendo que en la última liquidación se cambió el saldo, de pesos (billetes) en oro. Estando pendiente la ejecución, llegaron las partes a un acuerdo transaccional, por el que doña María confesaba deber a la sociedad una serie de sumas de dinero en oro, obligándose a no impugnar jamás el crédito, mientras que la compañía aceptaba reducir parte de la cantidad adeudada. La transacción fue aprobada por auto del juez al día siguiente.

Tras pagar una parte de la deuda, la propietaria decide vender el «ingenio» a un tercero, don Augusto, quien, tras el incumplimiento de la venta entabló una ejecución contra aquélla. Ello provocó la interposición de una demanda de tercería de dominio y de mejor derecho por parte de la sociedad acreedora, alegando la vigencia del contrato de transacción. El comprador y la vendedora conjuntamente se oponen a la demanda alegando la exigencia de vicios del consentimiento en la citada transacción (7).

I.3. Supuesto tercero

La actora, doña Rosaura, circulando por las calles de Santander en una motocicleta conducida por don Angel, fue embestida por un automóvil propiedad de don Juan R., y conducido por su sobrino don Juan P.; dicho automóvil estaba asegurado por la compañía «Plus Ultra». Como consecuencia de la colisión, la actora sufrió unas lesiones que tardaron en curar seiscientos veintiocho días. Algún tiempo después, el conductor de la motocicleta, don Angel, renunció en presencia judicial a toda indemnización. Por su parte, doña Rosaura, tres meses después del accidente, transigió por escrito (parece, pues, que de forma separada y no ante el juez), recibiendo de la compañía de seguros 15.000 pesetas, y renunciando a toda ulterior indemnización.

Posteriormente, la actora presentó una demanda suplicando al juez la nulidad de la transacción celebrada, y reclamando de la compañía una indemnización de 200.000 pesetas, de las que habrían de deducirse las 15.000 ya recibidas. Alegó que, cuando dio su consentimiento a

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1891.

En este caso, se opuso por los demandados la nulidad del contrato, considerado como de transacción, en base al dolo de la sociedad demandante y al error de la parte demandada, entre otras alegaciones.

La Sala de lo Civil de la Audiencia de La Habana declaró la nulidad de la transacción. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, declarando la improcedencia de la anulación de la transacción, por no concurrir la hipótesis de dolo, aparte de otras diversas consideraciones.

la transacción, desconocía con exactitud la gravedad de sus lesiones, lo que descubrió posteriormente a la vista de la tardanza en la cura de las mismas (8).

I.4. Supuesto cuarto

En procedimiento judicial de declaración de herederos abintestato en la herencia de los hermanos don Antonio y don Mariano, se celebró ante el Juzgado, en noviembre de 1941, un convenio transaccional entre varias personas. En él, todos los participantes se reconocen herederos de los finados, pero se acuerda la exclusión de la herencia de los demandantes, a quienes se les entregaría una cantidad de dinero. Incumplida la obligación de dar la suma, aquéllos reclaman judicialmente el cumplimiento de lo acordado en la transacción, a lo que se oponen los demandados mediante el argumento, entre otros, de que hubo error por su parte, en cuanto que uno de los demandados creía concurrir a la herencia en condición de heredero de su hermana doña Mercedes, hermana a su vez de los causantes. Alegó también la existencia de un documento falso (el certificado del Registro de Actos de Ultima Voluntad), en donde se afirmaba falsamente que la tal doña Mercedes carecía de testamento, lo que no era cierto (9).

I.5. Supuesto quinto

Don José, asegurado de accidentes mediante tres pólizas concertadas con la «Compañía Central de Seguros, S. A.», tuvo un accidente del que se le diagnosticó por dictamen médico lesiones oculares y pérdida de visión del ojo izquierdo. En la creencia de que no iba a aumentar la gravedad de las lesiones, celebró el 7 de octubre de 1977 con la aseguradora un negocio jurídico o «finiquito» en donde se estipuló que el asegurado don José recibiría como indemnización la can-

(8) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1965.

Aquí la actora adujo error en el contrato celebrado con la aseguradora, lo que fue rechazado por el juez de Primera Instancia. La Audiencia Territorial, sin embargo, revocó la sentencia y declaró la nulidad de la transacción, condenando a los demandados al pago de 80.000 pesetas en concepto de indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1958 (art. 2479).

En este pleito, tanto en primera instancia como en Apelación, se condenó a entregar a los demandantes las cantidades derivadas de la transacción. En casación, no prosperó el recurso basado, entre otros motivos, en la falsedad del documento citado, por haber un error no esencial en los recurrentes, y por presentarse un documento nuevo que, según el artículo 1818, no afecta a la transacción, salvo mala fe (que no la había).

tividad de 1.229.000 pesetas aproximadamente. Resultó, sin embargo, que las lesiones evolucionaron en el sentido de provocar la incapacidad permanente en ambos ojos. El sujeto asegurado interpuso demanda judicial, pidiendo la nulidad absoluta del acuerdo celebrado con la aseguradora por estar viciado el consentimiento del actor, reclamando en consecuencia la suma total de 7.750.000 pesetas derivadas de la efectividad de las tres pólizas de seguro concertadas en su momento. La demandada adujo, entre otras cosas, que el «finiquito» era un contrato de transacción y que el empeoramiento de la salud del demandante fue una circunstancia previsible al celebrarse el contrato (10).

A la vista de estos supuestos de la vida real, estamos ya en condiciones de plantear, por ahora sólo esquemáticamente, los principales puntos de discusión que suelen originar las transacciones en el campo concreto de la invalidez de tales contratos:

1. ¿Qué especialidades, si las hay, se presentan en el contrato de transacción cuando alguna de las partes pretende impugnarlo en base a un vicio del consentimiento?

En todos los supuestos más arriba recogidos, uno de los transigentes pretende (o tiene la posibilidad de pretender) una resolución judicial que declare la nulidad (relativa) del contrato por causa de error, dolo, incluso intimidación. Los autores se han preguntado: ¿de qué modo juega en este campo la especialísima finalidad de las transacciones?

Hemos de tener en cuenta que los sujetos de una transacción persiguen eludir la intervención judicial, solucionando sus diferencias jurídicas a través del concreto mecanismo de las recíprocas concesiones, de las renunciaciones recíprocas a parte de sus correspondientes pretensiones —que no derechos, por cuanto generalmente no se sabe con certeza si los tienen o no—. Esa es su finalidad, su causa. Si esto es así, es decir, si lo que los transigentes buscan es solventar privadamente sus disputas, si lo que desean es que no se replanteen en el futuro sus dudas originarias sobre si tenían o no derecho a algo o sobre algo, ¿no resultará conveniente restringir al máximo las causas de anulación del contrato?

2. Vicios del consentimiento y defectos en la causa de la transacción:

Hemos dicho que en las transacciones no hay sujeción a derechos preexistentes, sino a simples pretensiones, coincidentes o no con la realidad jurídica. Pues bien, ello provoca no pocos problemas cuando, tras la celebración del contrato, unas de las partes descubre su inexacto conocimiento de esa realidad e intenta impugnar el acuerdo echan-

(10) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982 (art. 2604).

El juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando la nulidad de la transacción por error esencial. Esta decisión fue confirmada tanto en apelación como en casación.

do mano a los remedios más usuales que la ley le proporciona: los vicios del consentimiento o los defectos en el componente causal. ¿Cómo se nos presentan las fronteras entre consentimiento y causa en este tipo de convenios?

Si ya de por sí son difíciles de deslindar ambos grupos de mecanismos —vicios en el consentimiento y defectos causales— en cualquier contrato de los usuales (v. gr., compraventa, arrendamiento...), con mayor justificación los límites se diluyen en un contrato tan «etéreo» como la transacción. Así se pone de manifiesto con sólo echar un vistazo a los textos de la doctrina nacional y extranjera, la cual no siempre ha sabido bien —es preciso reconocer que, por lo demás, no es nada sencillo— dónde terminaban los problemas de consentimiento y dónde empezaban los de la causa.

3. El alcance del error en la transacción, según que recaiga sobre la base del contrato o sobre el punto o puntos específicamente discutidos:

De los casos desarrollados, se deduce con claridad que cuando se utiliza el error como medio de impugnación de un convenio transaccional, el impugnante suele alegar su ignorancia total o su inexacto conocimiento de hechos que se habían tomado —dentro de la incertidumbre en cuanto a los resultados que preside siempre toda discusión— como «seguros» y que, por tanto, no fueron objeto del acuerdo. La cuestión es: ¿existen apoyos suficientes en nuestro ordenamiento jurídico para defender que la eficacia del error como modo de anular las transacciones depende directamente de que la equivocación haya recaído o no sobre el llamado *caput non controversum*, el punto o puntos no controvertidos?

Como correlato de lo anterior: ¿hasta qué punto un error referido a una de las cuestiones resueltas por la transacción, esto es, un error sobre el llamado *caput controversum*, carece de trascendencia a efectos de anulación, según nuestro ordenamiento?

4. Error y dolo en la transacción:

Suele ser habitual cuando se ataca de nulidad (relativa) un contrato, aducir más de un defecto contractual. Si no se sabe con certeza el tipo de vicio realmente utilizado por la contraparte, es muy frecuente impugnar al mismo tiempo en base a dolo y, subsidiariamente, en base a error —o viceversa—, al plantearse el litigio ante los tribunales. La pregunta ahora es: puesto que toda actuación dolosa de una parte provoca un falso conocimiento de las cosas en la otra, ¿de qué modo puede influir en ese error causado por el dolo el hecho de recaer o no sobre una cuestión controvertida, sobre el *caput controversum* o *non controversum*?

5. El error de derecho:

Suele ser éste uno de los tradicionales caballos de batalla en la discusión doctrinal sobre el ámbito del error en la transacción. Por

influjo, sin duda, de algunas legislaciones, v. gr., la francesa o la italiana, suele plantearse la doctrina española si, entre las hipótesis en que procede el error en esta suerte de contratos, tiene alguna cabida el error de derecho, esto es, el falto o inexacto conocimiento de las normas jurídicas aplicables a la relación anterior a la transacción (o a la transacción misma), cuando ese error fue el que propició las mutuas renunciaciones o sacrificios de las dos partes transigentes.

6. La situación de presumible equilibrio de las partes en la transacción:

En las transacciones, nos hallamos teóricamente en un campo en donde no hay partes más poderosas o prepotentes que otras. Puesto que los sujetos que intervienen en ellas ejercitan su derecho de pretensión jurídica, teniendo la posibilidad de demandar todo lo que tengan por conveniente, tengan o no un real derecho sobre lo pretendido. Puesto que son contratos que se celebran de forma más o menos esporádica, a la vista de inminentes o ya presentes litigios ante los tribunales, y sin sujeción a contratos-tipo con unas condiciones generales de contratación estereotipadas.

A pesar de ello, creemos, a la luz de los casos más frecuentes de la jurisprudencia, que en la práctica sí que se puede dar, y de hecho se da, una cierta prepotencia de una de las partes intervinientes en los acuerdos transaccionales. Casi siempre suele haber una compañía de seguros que intenta evitar un litigio en aplicación de un contrato de seguro por ella concertado, ofreciendo al particular perjudicado una reparación en cuantía inferior a la real, como modo de impedir los elevados gastos derivados de un futuro o actual litigio ante los tribunales. Aquí sí que pueden haber importantes abusos, en cuanto el particular, que quiere escapar a toda costa de un proceso judicial, se ve abocado a transigir con la aseguradora cobrando menos.

Si luego resulta, lo que es frecuente, que hubo algún planteamiento equivocado por parte del sujeto más débil, se acude a los tribunales impugnando la transacción por dolo de la aseguradora o, en última instancia, por error del perjudicado. De ahí que, al tratar el error en la transacción, no podamos perder de vista la situación real en que se hallaban las partes al ponerse de acuerdo, y los intereses a proteger, cuando nos pronunciemos por un punto de vista concreto acerca del alcance del error transaccional.

7. La presencia de la autoridad judicial en la celebración de las transacciones. Su influencia, cuando hubo error:

De las hipótesis presentadas, se sabe que en algunas de ellas, o bien se transigió directamente en presencia judicial, o bien se llegó a un acuerdo fuera del proceso y luego se solicitó la aprobación judicial, o bien, finalmente, aquél se produjo en acto de conciliación.

Cualquier investigador mínimamente perspicaz tiene que preguntarse, máxime a la vista de los artículos —entre otros— 1809, 1816,

1817 y 1819 de nuestro Código Civil, si, y en su caso, de qué manera repercute la intervención judicial en el conocimiento y/o aprobación judicial de las transacciones. Quizá —y esto es por el momento sólo una hipótesis de trabajo— la participación directa o indirecta del juez en la conclusión de un contrato de transacción provoca importantes consecuencias en el concreto campo de los vicios del consentimiento, específicamente en el del error, en el sentido de hacer más restrictiva la anulación por este motivo. La duda, caso de ratificarse esta hipótesis, radicaría en conocer si esto debe ser así siempre que intervenga el juez o sólo en casos muy concretos, y hasta qué punto se reduciría el campo de actuación del error.

II. LA VISION TRADICIONAL DEL ERROR EN LA TRANSACCION

Desde los años treinta aproximadamente, viene siendo habitual en los Tratados sobre Derecho de contratos en general, así como en las monografías sobre transacción, la defensa de un especial modo de funcionamiento del error en los acuerdos transaccionales. Se trata de utilizar, como criterio básico a la hora de decidir la eficacia anulatoria o no anulatoria del error, el dato de que dicho error haya recaído o no sobre el punto controvertido objeto de transacción. Concretamente, se defiende:

1. Cuando afecta al punto o cuestión controvertido (ECC), no es posible anular la transacción por error. Un ejemplo: A y B litigan sobre la autenticidad de un cuadro propiedad del primero, y que acababa de venderle el segundo al precio de 100; para A es falso, para B, auténtico. Al final, las partes transigen reduciendo el precio a 80. Luego, se descubre que efectivamente era falso, y A impugna la transacción por error. De acuerdo con el punto de vista expuesto, la transacción será inatacable por error por cuanto ese error afecta al punto controvertido, el de la autenticidad o falsedad del cuadro (11).

La doctrina ha discutido acerca de la posible extensión del *caput controversum*, sobre si dentro de él tiene cabida no sólo el error de derecho *in caput controversum*, sino también el error de hecho. A este tema nos referiremos más adelante.

Un ejemplo más —similar al anterior— de ECC irrelevante a efectos de anular una transacción, que nos puede servir para comprender mejor la cuestión de fondo subyacente: A y B discuten acerca de la propiedad de un cuadro y, careciendo en ese momento de documen-

(11) Ejemplo tomado de VALSECCHI, «Giuoco e scommessa. Transazione», *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, vol. XXXVII, tomo 2, Milano, 1954, p. 332, aunque un tanto modificado.

tos que la acrediten, deciden sortearlo entre ellos, comprometiéndose a entregar por quien finalmente se lo quede la mitad de su valor a la otra parte. Con posterioridad A descubre entre sus papeles el documento que demuestra su propiedad sobre el cuadro, por lo que decide impugnar la transacción. Esa impugnación será irrelevante, pues la cuestión controvertida fue la de la propiedad del cuadro, no pudiendo quedar supeditada la validez del contrato a la aparición de un documento nuevo (12).

2. En cambio, cuando concierne a cuestión no discutida ni transigida (ECNC), es perfectamente factible la impugnación por error. V. gr., como si se litiga entre un heredero testamentario y un legitimario sobre la parte de herencia correspondiente al primero, y luego se desubre que el testamento en que las partes se basaron era ineficaz por haber sido revocado por el testador. Aquí podrá atacarse el contrato por error-vicio en cuanto que el error no afectó a la cuestión discutida (la parte de herencia correspondiente al heredero testamentario), y porque, de haberse conocido al celebrarse el contrato, no se hubiera transigido o se habría hecho de otra manera. Sobre el alcance del ECNC, también hay diversas variantes entre la doctrina.

Bajo este punto de vista subyace una manera determinada de enfocar los vicios del consentimiento en la transacción, eminentemente restrictiva, muy especialmente por lo que concierne al error. Es intrínsecamente inadecuado para las transacciones —se piensa— dejar la puerta demasiado abierta para la alegación del error, porque ello supondrá, de prosperar la impugnación, la repristinación de la disputa originaria, que fue precisamente lo que se trató de evitar con el acuerdo. Por ese motivo, es frecuente encontrar en las legislaciones algunos preceptos que impiden aducir el error si recae sobre la cuestión controvertida.

Aun cuando hay y ha habido otras posiciones doctrinales acerca del error transaccional, no hay ninguna duda de que ésta ha sido y sigue siendo la posición mayoritaria tanto en la doctrina italiana, como en la española. En Alemania, la defensa de una posición similar resulta enormemente fácil, a la vista del parágrafo 779 BGB, que claramente transcribe la dicotomía ECC-ECNC —aunque sin esas expresiones latinas—, y cuya influencia en la doctrina de los demás países ha sido decisiva a la hora de apoyar una especial visión del error en la transacción (13).

(12) Ejemplo tomado de MORALES MORENO, «El error...», *cit.*, p. 249.

(13) En España, esa influencia ha sido ejercida a través de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotadores que fueron de ENNECCERUS, «Tratado de Derecho civil», tomo II, 2, segunda parte (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF), traducción de P. González y Alguer, tercera edic. española revisada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966, pp. 849 y ss.

En nuestro país, ha dicho recientemente Luna Serano (14), en apoyo de esta postura mayoritaria, que «el contexto en que se articulan las distintas normas (arts. 1817-1819), sus antecedentes históricos y legislativos, la realidad social sobre la que las normas han de aplicarse y, sobre todo, el espíritu y la finalidad de aquéllas, admiten perfectamente la interpretación... de que nuestro Derecho positivo acoge la doctrina tradicional de la irrelevancia del *error in caput controversum* y de que sus preceptos incluyen, aunque implícita o indirectamente, la distinción de éste y el error *in caput non controversum*».

Es por eso, por lo que resulta conveniente ir desglosando uno a uno todos los motivos que, según nuestra doctrina, justifican la asunción de la tesis defensora de la dicotomía ECC-ECNC. Empezaremos analizando en primer lugar la base histórica de la distinción, y seguiremos con los distintos criterios interpretativos que el Código civil nos proporciona en el art. 3.1 (sistemáticos, sociológicos, teológicos, etc.)

II.1. El argumento histórico

Dicen los autores (15) que ya en Derecho romano el error transaccional gozaba de un régimen especial, diferenciado del resto de los contratos.

Es paradigmática a estos efectos la constitución recogida en la Ley 42, título 4, Libro II del *Codex* de Justiniano. Se trata de una constitución de los Emperadores León y Antemio, que, traducida, viene a disponer lo siguiente: «Si fundados en falsos documentos se hubieren celebrado transacciones o pactos, aunque en ellos se hubiese interpuesto juramento, mandamos que sean anulados, aun probada civilmente su falsedad, pero de manera que, si dichos pactos o transacciones hubieren sido hechos sobre muchas cuestiones o capítulos, sea anulada tan solamente aquella disposición o parte que se probare haber sido basada sobre un instrumento falso, permaneciendo firmes los demás capítulos, *salvo si también se decide la controversia suscitada sobre aquello que se dice que es falso.*»

Parece, pues, claro, a la vista de esta disposición, concluir que ya estaba en la mente del legislador romano, aunque no de forma expresa, las ideas fundamentales de la reciente doctrina del ECC-ECNC: cabe anular la transacción por falsedad de documentos, *a menos que la falsedad misma haya sido el objeto concreto de litigio* que derivó en el convenio transaccional; siendo así, el contrato será inatacable por afectar —

(14) «La ineficacia de ...», *cit.*, p. 147.

(15) VALSECCHI, *Ob. cit.*, p. 330; GULLÓN, *ob. cit.*, p. 166; LUNA SERRANO, *ob. cit.*, p. 144.

en terminología moderna— al *caput controversum*. Aun cuando, como ha señalado Peterlongo (16), la norma pudiera estar referida al dolo, y no al error, es indudable que ya estaba presente la dualidad citada.

De esta constitución, así como de alguna otra, v. gr., C. 2, 4, 19 (17) o C. 2, 4, 30 (18), se deduce, además, la escasa eficacia anulatoria que el Derecho romano atribuía al error en las transacciones: sólo las actuaciones dolosas surtían efectos en la impugnación de tales contratos. Esa tendencia restrictiva en cuanto al error cuadraba perfectamente con el espíritu subyacente a la distinción ECC-ECNC, de acuerdo con la cual apenas si debe permitirse anular aquéllos por un equivocado o inexistente conocimiento de la realidad, en especial cuando afecta a las cuestiones debatidas. No hay que olvidar, por lo demás, la gran similitud existente entre estos preceptos y el art. 1817, 1 del Código Civil español, en cuanto en él se introduce la falsedad de documentos como causa específica de anulación de las transacciones, separadamente del dolo y del error.

A todo ello, hay que unir otros fragmentos romanos en donde resulta manifiesta la poca relevancia del error en las transacciones. Por ejemplo, en C. 2, 5, 1, se afirma la ineficacia anulatoria del error de cálculo.

Dentro del Digesto justiniano, hay también algunas leyes de especial interés en este tema. Así, en D. 2, 15, 7 se declara la validez de la transacción (más exactamente: su inimpugnabilidad; por causa de error, evidentemente) concertada después de una sentencia suscep-

(16) Citado por GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 166.

(Una aclaración: nos ha sido materialmente imposible consultar las dos monografías más conocidas sobre la transacción en Derecho romano: la de PETERLONGO, «La transazione nel diritto romano», Milán, 1936, y la de BERTOLINI, «Della transazione secondo il diritto romano», Torino, 1900.)

Si hemos podido consultar, sin embargo, alguna otra bibliografía sobre la transacción en derecho romano, que recogemos seguidamente:

ABOUCAÏA, «Essai sur l'histoire de la transaction en Droit romain», en *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 1959, pp. 275 y ss.; LITEWSKI, «L'admissibilité de la transaction en cours d'appel dans la procédure civile romaine», en *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, tomo XI, 1964, Bruxelles, pp. 233 y ss.; BECK, «Überlegungen zum Klassischen Vergleichrecht», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. IV, Milano, 1956, pp. 1 y ss.

(17) C. 2, 4, 19: «El Derecho —dice— no consiente que se rescinda una transacción hecha de buena fe, so pretexto de haberse encontrado después un instrumento. Mas si se probase que, habiendo sido sustraídos los instrumentos con que se pudo probar la verdad, arrancó uno por sí, o por medio de otro, la decisión del pleito, la *exceptio pacti* es rechazada con el auxilio de la réplica de dolo malo, si verdaderamente subsiste la acción, y si ya se ha extinguido, puedes ejercitar únicamente la acción de dolo dentro del tiempo establecido.»

(18) C. 2, 4, 30: «Como después de hecha una transacción confiesas que ha habido dolo más bien por tu parte que por la de aquéllos contra quienes suplicas, es grave y hasta criminal para tí que se renueve la cuestión.»

tible de apelación, precepto éste claramente concordante con nuestro artículo 1819, párrafo segundo. Igualmente, D. 2, 15, 9, relacionado con una transacción entre hermanos sobre el contenido de una herencia, en el que se acepta la impugnación, pero por engaño del hermano. Finalmente, y en lo concerniente a la limitación del objeto de dichos contratos, hay en el Digesto diversos fragmentos de bastante interés que inciden indirectamente sobre el *caput controversum*, en cuanto determinan qué ha de entenderse por tal en casos concretos: D. 2, 15, 5 (continúan en el mismo estado los litigios acerca de los cuales no se hizo mención); D. 2, 15, 9 (no cabe oponer la excepción de transacción cuando se transigió con el tutor sobre su parte de tutela por éste administrada, y luego demanda en representación de su hermano también sujeto a tutela), etc.

Esa irrelevancia del error transaccional en la época romana también resulta patente en las pocas alusiones al mismo que podemos encontrar en el Derecho histórico español. Concretamente, la Ley 34, título 14 de la Partida 5, cierra —o parece cerrar, pues no es muy expresiva— el paso al error, permitiendo únicamente el dolo:

«E por ende dezimos —señala—, que la auenencia, e el pleyto que assi fuesse fecho, que deue ser guardado, también por vna parte, como por la otra: e quanto quier que montasse aquella parte, que quitasse el demandador, no la podria despues demandar: e maguer se quisiese defender, diciendo, que se mouiere a facer el pleyto, o el quitamiento, por las escatimas que le paraua delante del demandado, non deue valer. Fueras ende, si el demandador pudiera prouar, *que el demandado le fizo engaño*, en fazerle perder las cartas, o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon fizo el quitamiento de la debda, o de alguna Partida della: ca si lo prouasse, estonce bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita.»

Finalmente, en lo que concierne a los antecedentes más inmediatos de los arts. 1817-1819 del Código Civil, concretamente a los distintos proyectos de Código, no contienen éstos variaciones sustanciales en relación a la redacción actual, en materia de error. Y el propio García Goyena ya reconocía la directa influencia de los arts. 2053, 2054, 2055 y 2058 del Código francés, «copiados en los otros códigos modernos» (19), citando asimismo como precedente del art. 1727 del Proyecto de 1851 (correlativo a nuestro párrafo primero del 1817), la ley 42, título 4, Libro II del Código justiniano, ya recogida más arriba.

De todas estas citas históricas se puede obtener la conclusión de que la tesis defensora de la poca trascendencia del error transaccional,

(19) GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil», tomo IV, Madrid, 1852, p. 135.

primordialmente cuando recae sobre el punto o puntos controvertidos (ECC), entronca directamente con la tradición romana y los precedentes medievales españoles. Nuestros preceptos legales vigentes deben ser interpretados a la luz de las antiguas disposiciones, acogiendo la dicotomía ECC-ECNC en tanto no conste una forma distinta de entender aquéllos de acuerdo con otro u otros criterios interpretativos.

II.2. El dato literal y sistemático

A pesar de todo, no hay que exagerar los datos históricos, por muy claros que sean, en el sentido de basar exclusivamente en ellos una concreta postura sobre una cuestión jurídica. Por cuanto, como todos sabemos, las coordenadas sociales, económicas y culturales en que se elaboraron las antiguas normas, eran frecuentemente muy distintas de las que precedieron a la promulgación de los textos vigentes, y éstas al propio tiempo, cuando han estado vigentes durante un lapso temporal considerable, diversas, a su vez, de las que rigen en la época en que en concreto se aplican. Por eso, conviene ceñirse a las normas vigentes y buscar en ellas apoyos al punto de vista que se defiende.

En esta dirección, nuestros arts. 1817 a 1819 ofrecen argumentos de cierta entidad para apoyar la tesis de la ineficacia del ECC y la consiguiente eficacia del ECNC.

En primer lugar, el 1817, 1 nos ofrece el primero. En él aparece la «falsedad de documentos» como causa de anulación (nulidad relativa) de las transacciones. Así pues, en el caso de que alguno de los documentos considerados como relevantes en una controversia concluida después por transacción, fuere declarado o reconocido falso (v. gr., un testamento en el que se basaron las partes para transigir sobre la porción correspondiente a cada una de ellas), el acuerdo podrá impugnarse a petición de la parte que equivocadamente creyó en su veracidad. No hay aquí otra cosa que un error sobre punto no controvertido que da lugar a nulidad. La tradicional regla, pues, se cumple.

En segundo lugar, el art. 1819, 1 del Código Civil. En él, se establece la posibilidad de pedir la nulidad (literalmente, «la rescisión») del contrato «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por *ignorar la existencia de la sentencia firme* alguna de las partes interesadas». Se trata, por tanto, en opinión de la mayoría de la doctrina (20), de un caso de error (ignorancia o inexacto conocimiento) sobre un hecho extrínseco a la cuestión debatida y transigida —que podía ser cualquiera imaginable—, al

(20) MUCIUS SCAEVOLA; MANRESA, *Ob. cit.*, p. 182; GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 37 y ss.; LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 146, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, segunda edic. revisada y ampliada, Barcelona, 1982, p. 639.

cual la Ley le otorga el efecto de servir de cauce para, si así lo desea el sujeto que incurrió en él, pedir del juez la anulación. Es un caso específico de ECNC con eficacia anulatoria que corrobora, además, la atención prestada por el legislador a las particularidades del error en los convenios transaccionales, en contraposición a las reglas generales de los arts. 1265 y ss. del Código Civil.

Ahora bien, el análisis de los preceptos legales aún no ha concluido. Porque, ¿qué sucede con el art. 1817, 1 —en lo no concerniente a la «falsedad»—, el 1817, 2, el 1818 y el 1819, 2, todos ellos preceptos inevitablemente conectados con el ámbito de actuación de los vicios del consentimiento en materia transaccional? ¿Cuál es el sentido que hay que darles para hacer encajar todas las piezas y llegar al resultado de que nuestro Código asume plenamente la dicotomía ECC-ECNC? Porque, evidentemente, si no es factible una precisa coordinación entre todos ellos, ¿no sería lógico pensar que la «falsedad del 1817, 1 y el 1819, 1 son «especificaciones» (21) de la regla general (art. 1265 del Código Civil) de la trascendencia invalidante del error, al cual parece remitirse el 1817, 1?

Esto último es justamente lo que tratan de evitar los defensores de la dicotomía, porque, a su juicio, de aplicarse las reglas generales sobre error, la transacción dejaría de tener virtualidad práctica. Sin embargo, ello no es tarea fácil, por cuanto falta en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar a los arts. 1969 italiano o 779 alemán, de acuerdo con los cuales el intérprete no tiene más remedio que apuntarse a la distinción entre el *caput controversum* y el *caput non controversum*, con más o menos matizaciones. En nuestro Código, además, se ha de salvar el importante escollo que supone la remisión global del 1817, 1 al 1266 (en materia de error), con la sola excepción del párrafo segundo del mismo precepto.

Es, sin embargo, el párrafo 2 del 1817 el que puede ser de utilidad para defender la trascendencia de la citada distinción ECC-ECNC o, cuando menos, para hacer ver la menor importancia práctica del error en las transacciones. Dice al respecto este párrafo: «Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.»

Dejemos por el momento de lado la cuestión de qué significa «apartarse de un pleito comenzado», que más adelante analizaremos. Supongamos, como simple hipótesis no verificada, que el legislador ha querido aludir a las transacciones judiciales: nos va a dar igual por ahora. Pues bien, en las transacciones celebradas en estas circunstancias, la Ley dispone la ineficacia anulatoria del «error de hecho». Pero entonces, ¿qué ocurre con el error de derecho? Teóricamente, haciendo una interpretación estrictamente literal del precepto, sería posible alegarlo, sirviéndonos de la técnica del *a sensu contrario*.

(21) Expresión utilizada por LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 146.

Esta posibilidad debe ser rápidamente desechada, por excesivamente simplista. No es sensato sostener que el legislador español de 1851 o de 1889, indudablemente influenciado por el Código francés o el italiano, tuviese intención de dar eficacia al error de derecho en las —así llamadas por el momento— «transacciones judiciales», quitándosela al error de hecho, cuando en aquellos cuerpos legales es el de derecho el que carece de trascendencia. Lo lógico debe ser lo contrario: la presuposición del legislador español acerca de la inutilidad de la alegación de error de derecho en estas situaciones, por pugnar con la misma naturaleza y función de la transacción (22). Y si es correcta esta idea, no hay más remedio que sostener la incapacidad anulatoria del error de derecho, tanto cuando «las partes se apartaron (por la transacción) de un pleito comenzado» (art. 1817, 2) (23), como cuando ni siquiera se había iniciado (art. 1817, 1).

Ese párrafo 2 del art. 1817 ha de servir de pauta del espíritu restrictivo dado por el legislador al error transaccional, sea de hecho o de derecho. Pero este error carente de efectos anuladores sólo puede ser el que recae sobre el punto controvertido, ya que el 1817, 2 establece una conexión directa entre objeto de litigio (*caput controversum*) y objeto de transacción. Sólo así cobra sentido la remisión del 1817, 1 a las reglas generales del error, lo cual, a la luz del 1817, 2, tiene que entenderse como aplicación de dichas reglas respecto del ECNC.

Así pues, el párrafo primero del 1817, eje central alrededor del cual giran todas las demás reglas sobre error transaccional, se circunscribe al ECNC. En apoyo de este punto de vista, cabe argüir el criterio sistemático, según el cual, si los arts. 1817, 1 en cuanto a la «falsedad de documentos» y el 1819, 1, acogen supuestos de ECNC con eficacia anulatoria, y el 1817, 2 y el 1818 sólo significan excepciones a la regla del 1817, 1, es porque los dos primeros son manifestaciones de un principio general contenido en el citado párrafo primero del 1817. Carecería de sentido, por lo demás, dedicar dos preceptos —en realidad, tres— a deslindar el ámbito del error en este tipo de contratos si no se pretendiese concebirlo de una manera especial y diferenciada respecto a los restantes contratos. Ese tratamiento especial sólo puede venir de la mano de la distinción, basada en textos clásicos, entre ECC y ECNC.

Hasta aquí, la coordinación entre los arts. 1817, 1 y 2, y 1819, 1. ¿Cuál es ahora el sentido de las restantes normas —1818 y 1819, 2— directa o indirectamente conexas con la materia objeto de nuestro estudio? En cuanto al art. 1818, poco hay que decir. Como ha señalado Gullón, este precepto responde fielmente —ya lo pusimos de manifiesto más arriba— a una trayectoria histórica que tiene su origen

(22) GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 170-171.

(23) En contra, LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 148.

en el Derecho romano (24). Por lo demás, el hecho de que sólo se sancione con la nulidad el comportamiento doloso de una parte ocultando los documentos desconocidos por la otra, es indicativo de la tendencia restrictiva del error en este campo (25).

A esta misma orientación respondería el párrafo segundo del 1819, el cual, aún recogiendo una hipótesis de ignorancia de una sentencia «que pueda revocarse» —de error, pues—, encontraría su fundamento en la voluntad del legislador de prohibir la impugnación, por razones también de tradición histórica (26) (27).

Buscando otros apoyos sistemáticos, al margen del Código Civil, a la tendencia restrictiva del error, se los ha creído encontrar (28), por un lado, en el antiguo art. 13, 2 de la Ley de Arbitrajes de 1953, hoy ya derogado, cuyo contenido, relativo a los vicios del consentimiento en el contrato de compromiso, era el siguiente: «La ignorancia o el error acerca de la falsedad de algún documento fundamental para el derecho de la parte invalidará el consentimiento, a no ser que por el compromiso alguna de ellas se haya apartado de un pleito comenzado» (29).

(24) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 181. No obstante, en otro lugar (p. 175), reconoce que esta disposición, que tenía su sentido en el Derecho romano, en donde la transacción no se anulaba por error, hoy carece de él por cuanto las legislaciones modernas establecen ya el principio contrario.

(25) Ciertamente, no podemos olvidar que la aparición de nuevos documentos desconocidos por una o por ambas partes, constituye, según la óptica más comúnmente aceptada, un caso de ECNC que debería ocasionar la nulidad, aún no habiendo mala fe por parte de uno de los transigentes. La Ley, acaso, ha querido, siguiendo la tradición, dejar constancia de esa excepción a la regla de la relevancia del ECNC.

(26) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 175.

(27) Sobre este tema, la doctrina romanista ha debatido largamente desde hace décadas sobre los diversos textos romanos atinentes a este punto y su posible interpolación.

(28) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 175.

(29) Tras la nueva Ley de Arbitraje, no está, en principio, muy claro qué ha sucedido con las causas de nulidad (por vicios del consentimiento) del contrato de compromiso o la cláusula compromisoria (hoy, prevalente, según la Ley). Todo parece indicar, sin embargo, que ha sido voluntad del legislador hacer desaparecer toda relación de este contrato con la transacción, así como todo vestigio de peculiaridades en el campo de los vicios del consentimiento. Así pues, estos vicios, incluido el error, podrán ser alegados sin más, con el fin de anular el compromiso o la cláusula compromisoria.

Los autores que se han ocupado hasta el momento de la nueva Ley, no han tratado directamente este tema. Vid. al respecto los trabajos de: ALBALADEJO «El art. 8 de la nueva Ley de Arbitraje», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 1990, pp. 69 y ss. (éste es acaso el artículo de ALBALADEJO más relacionado con el tema de la nulidad del compromiso, entre los varios publicados en la citada revista, núms. 4 a 9 de 1990); O'CALLAGHAN, «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *A.C.*, núm. 1, 1989, pp. 1 y ss.; PANTALEÓN, «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *Revista de la Ley de Legislación*, 1989, I, p. 49; SERRANO ALONSO, «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», en *A.C.*, 1989, p. 517.

Finalmente, se ha querido conectar (30) las disposiciones del error en la transacción con los supuestos en que procede el recurso de revisión de sentencias civiles firmes (art. 1796 LEC), para poner de manifiesto sus similitudes y, en consecuencia, la visión restrictiva que tiene el legislador de los vicios del consentimiento en esta clase de acuerdos. Si se analizan comparativamente los casos del 1796 LEC y los arts. 1817-1819 del Código Civil, sorprenderán sus semejanzas y nos sembrarán, cuando menos, la duda de si en la elaboración de los preceptos del Código se tuvieron en cuenta o no los supuestos en que procede el recurso de revisión.

Todos estos datos conforman un panorama reductor de las posibilidades de actuación del error transaccional y, al mismo tiempo, favorecedor de la tesis que defiende la sola relevancia anulatoria de lo que se ha dado en llamar el ECNC. Estos argumentos no son, sin embargo, los únicos. Acaso los más sustanciales son los que a continuación pasamos a examinar.

II.3. El argumento teleológico y sociológico

En el apartado anterior hemos buscado la justificación literal y sistemática de la asunción por nuestro Código, en el art. 1817, 1 del ECNC, esto es, del error sobre punto no controvertido. Hace falta ahora responder adecuadamente la otra pregunta: ¿dónde y cómo justificar la irrelevancia del ECC o error sobre la cuestión concretamente discutida?

La solución se halla, a juicio de los partidarios de esta tesis, en el análisis teleológico-sociológico del conjunto de las normas del Código sobre el contrato de transacción.

¿Cuál es la finalidad última de la celebración de un convenio transaccional y qué mecanismos se pueden utilizar, según los preceptos legales, para asegurar el logro de ese objetivo? se plantean los autores como punto de partida de su indagación.

La respuesta es obvia: la composición de la *litis*, la resolución de un conflicto jurídico pendiente entre las partes —haya dado lugar o no a un proceso judicial—, de modo que quede cerrada de cara al futuro la posibilidad de replantear la disputa.

Si éste es el fin primordial de la transacción, si se pretende que la transacción sea una forma de evitar la intervención del juez en la solución de la controversia, a través de un acuerdo privado con

(30) Es más, según algunos autores, la regulación de las causas de anulación de la transacción es más restrictiva que la referida a los casos en que procede el recurso de revisión de sentencias firmes. Vid. al respecto MUCIUS SCAEVOLA, *Ob. y vol. cit.*, p. 364.

mutuas concesiones, es sensato que las distintas regulaciones legales traten de reducir las posibilidades de replantear la disputa originaria. Una de esas posibilidades es la de obtener la anulación de la transacción en base a un vicio del consentimiento, v. gr., el error. En consecuencia, no es lógico otorgar la misma amplitud al error en la transacción que en el resto de los contratos. Lo contrario pugnaría —dicen los autores, con una unanimidad sorprendente— con la naturaleza misma y la estructura del contrato de transacción (31).

Este último es el argumento decisivo, argumento que no tiene otra base que el análisis teleológico de las normas sobre dicho contrato. Si, de acuerdo con nuestro art. 1809, «la transacción es un contrato por el cual las partes... evitan la provación de un pleito o ponen término al que había comenzado», no hay más remedio que conciliar el objetivo perseguido con los medios para alcanzarlo. Uno de esos medios tiene por fuerza que consistir en una reducción de la operatividad del error.

Sin embargo, no puede olvidarse que la transacción es un contrato, *sui generis*, pero contrato al fin y al cabo, en el cual deben funcionar con la misma o similar intensidad los vicios del consentimiento en que pudieran incurrir las partes transigentes. por eso es por lo que, en materia de error, el error irrelevante debe ceñirse al llamado ECC, es decir, el error que recayó sobre la cuestión conflictiva sobre la cual específicamente se transigió. De muy poco o de nada servirían las transacciones si se permitiese a las partes alegar, siempre que quisiesen, su perspectiva equivocada sobre la existencia real de los derechos objeto de la discusión. Por una razón simplísima: cuando dos partes transigen, es seguro —salvo casos muy excepcionales— que *una de ellas se equivoca* (32) en cuanto a sus pretensiones. Permitir aducir el error sobre el derecho o la relación jurídica concretamente controvertidos significaría dar al traste con el sentido práctico de este tipo de contratos.

Bien es cierto que estas afirmaciones suelen hacerse por los autores en relación a la relevancia en las transacciones del *error de derecho* sobre el *caput controversum*. Es en esta suerte de error donde más

(31) Cfr. GROPALLO, «Sui casi di nullità della transazione», en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pp. 328-329; VISALI, «La transazione», dentro del vol. «Contratti di garanzia, transazione, cessione dei beni», *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, UTET, Torino, 1980, pp. 375 y ss., y MICCIO, «Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni», *Comm. Codice Civile, Libro IV, tomo quarto*, Torino, 1966, pp. 592 y ss. En España, vid. GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 170 y ss.; LUNA, *Ob. cit.*, pp. 145 y ss.; MORALES, *Ob. cit.*, pp. 167 y ss., y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Ob. cit.*, pp. 863 y ss., etc.

(32) Cfr. BACCIGALUPI, «Note sull'errore nella transazione», en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949, pp. 587 y ss.

claramente se observa la razón de ser de su exclusión como causa anulatoria: cuando dos sujetos litigan sobre la nulidad o no de un contrato por ellos celebrado, y llegan a un arreglo a través de recíprocas renunciaciones, es lógico que no pueda alegarse después la ignorancia o el inexacto conocimiento de una norma jurídica (error de derecho) para impugnar la transacción y repristinar el conflicto. Como ha dicho Ogayar, refiriéndose a este ejemplo, la naturaleza y esencia de la transacción, así como el valor de cosa juzgada (art. 1816 del Código Civil) que se le atribuye, impiden que pueda plantearse de nuevo la cuestión (33).

Ahora bien, lo mismo sucede con los supuestos de error de hecho *in caput controversum*, v. gr., cuando las discrepancias surgen sobre si se ha producido o no una usucapión, es decir, si ha transcurrido ya o no el plazo legal para usucapir, se transige, y luego se descubre la equivocación en que incurrió una de las partes. También en estos casos la transacción tiene que conservar su eficacia frente a la alegación del error, pues las partes asumieron en el acuerdo su posible equivocación, ya que, de otro modo, su virtualidad práctica quedaría muy mermada.

Complementando esta perspectiva, ha dicho recientemente el profesor Morales Moreno que «la transacción supone *un riesgo*, que voluntariamente se acepta, por la ventaja que supone el dar por terminada la cuestión: el riesgo de que la solución pactada se distancie de los respectivos derechos». La razón de la especialidad de los artículos 1817 a 1819 se encuentra —a su juicio— en el carácter aleatorio de este contrato. Ahora bien, en la transacción hay un *ámbito de aleatoriedad* y, junto a él, otro al que la aleatoriedad no se extiende. En conclusión —destaca este autor—, en ese ámbito de aleatoriedad, que coincide con lo que la doctrina ha venido denominando el *caput controversum*, no es posible invocar el error; fuera de él, sí es posible (ECNC) (34).

III. LOS PRINCIPALES PUNTOS DISCUTIBLES DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

A pesar de su teórica perfección y sesantez, los planteamientos tradicionales acerca del error transaccional, influidos indudablemente por otros ordenamientos jurídicos, son, a nuestro juicio, susceptibles de un análisis más profundo y no exento de críticas. Ya hemos tenido conocimiento de las situaciones reales en donde puede presentarse una alegación de error, así como una —la más aceptada— de las solu-

(33) OGAYAR, *Ob. cit.*, p. 70.

(34) MORALES, «El error en los contratos», *cit.*, pp. 167-168.

ciones teóricas ideadas, tomando por base los textos legales, para darles conveniente y justa respuesta: de acuerdo con la mayoría de los autores, la proximidad de la transacción a las resoluciones judiciales hace necesario tomar en consideración los puntos controvertidos, impidiendo la eficacia anulatoria del error que recaiga sobre los mismos (ECC), y dejando la puerta abierta al error no afectante a aquéllos. Sólo los datos fácticos o jurídicos no discutidos (ECNC), pero de suficiente entidad (en el sentido de que las partes no habrían transigido o lo habrían hecho con otro alcance de haber conocido su exacta realidad), harán posible la anulación por error de una transacción.

Las críticas contra esta concepción del error transaccional, aun cuando se han producido en todos los países, cualesquiera que fuesen sus respectivos ordenamientos jurídicos, merecen una especial atención en nuestro país. La discusión se presenta en el Derecho español con unos planteamientos mucho más amplios y abiertos que otros países, *v. gr.*, en Alemania, y, en menor medida, en Italia, en donde la doctrina está decisivamente condicionada por los respectivos textos legales. En España, nuestro Código Civil es lo suficientemente ambiguo o, si se quiere, defectuoso, como para propiciar interesantes y profundos debates, los cuales, por desgracia, apenas, si han llegado hasta el momento. Tan sólo el profesor Albaladejo, y sin el suficiente detenimiento —pues su aportación se produce dentro de una obra general sobre Derecho de obligaciones—, ha hecho posible la apertura de la discusión, al intentar rebatir los argumentos tradicionales, defendiendo una visión del error transaccional pretendidamente alejada de tópicos y prejuicios de más de veinte siglos, aunque tampoco carente de imperfecciones. Puesto que la tesis de Albaladejo no está desarrollada hasta sus últimas consecuencias, y puesto que sí lo está la postura contrapuesta, conviene centrar el análisis detenido de cada punto en la argumentación de la perspectiva mayoritaria y la crítica a la misma. Más adelante, cuando el debate haya alcanzado la profundidad suficiente, nos hallaremos en condiciones de defender un punto de vista concreto sobre la materia.

Examinemos uno a uno los aspectos más discutibles de la tesis tradicional, sus posibles puntos flacos.

III.1. Los antecedentes históricos del error transaccional

El tratamiento histórico del error en los contratos de transacción no constituye aquí uno de esos apartados que suelen añadirse convencionalmente a cualquier investigación sobre temas civiles. A nuestro juicio, es uno de los temas decisivos para la resolución de toda esta problemática.

Ya vimos más arriba cómo los partidarios de la disyuntiva ECC-ECNC se apoyaban en textos romanos y medievales para fundamentar

en ellos una pretendida visión unitaria de los legisladores de todas las épocas sobre el error transaccional. Textos como C. 2, 4, 42 o D. 2, 15, 7 o D. 2, 15, 9 o la Ley 34, título 14 de la Partida 5, entre otros, eran utilizados en apoyo de su postura.

La primera pregunta que conviene hacerse es: ¿qué hay de cierto en la afirmación de algunos autores de que el Derecho romano o bien no conoció el error como causa anulatoria de las transacciones, o bien ese error era un error con tintes especiales, diferenciado del de los demás contratos? Y la segunda pregunta: ¿acogió realmente el Derecho romano la dicotomía ECC-ECNC con los efectos que hoy se le atribuyen?

A nuestro juicio, resulta artificioso pretender encontrar en los textos romanos una base para el rechazo del error como causa de anulación de la transacción o para la defensa de la disyuntiva ECC-ECNC. Las normas del *Corpus Iuris* de Justiniano recogen en materia de error transaccional un conjunto de disposiciones de toda índole, muy heterogéneas, sin una verdadera coordinación, y, lo que es más importante, sin un espíritu definido, ni siquiera en cuanto a si el error en estos contratos debe o no tener un ámbito de actuación más reducido.

Es cierto que hay algunas normas con un cierto talante restrictivo. Por ejemplo, C. 2, 4, 10 («[...] No tendrían término alguno los pleitos, si fácilmente pudiera separarse cualquiera de las transacciones hechas con buena fe»), aunque aquí parece acogerse un caso de dolo estrictamente, sin alusión al ámbito del error u otros vicios del consentimiento. O en C. 2, 4, 19 («El derecho no consiente que se rescinda una transacción hecha de buena fe, so pretexto de haberse encontrado después un instrumento...»), salvo dolo de una de las partes.). Pero no parecen suficientemente esclarecedoras en cuanto a la exclusión del error: simplemente, aluden al dolo como única vía de impugnación en casos muy concretos (y ni siquiera está claro que así sucediese en estos casos, como ahora se comprobará).

Hay, por otro lado, disposiciones del Derecho romano que no está claro si defienden un punto de vista favorable o contrario a la aplicabilidad del error en la transacción. V. gr., C. 2, 4, 29, de nuevo sobre el tema de la aparición de nuevos instrumentos: «Las leyes —dice— prohíben, que, bajo pretexto de haber sido hallados después *ciertos particulares*, se rescinda lo terminado por transacción general. *Mas (autem)* sobre la propiedad de una cosa, constituida al tiempo de la transacción en poder de otra persona, que no sea de las que transigen, *en nada puede perjudicar (nihil potest noscere)*.» No se puede asegurar que esta última expresión se hubiera establecido para impedir alegar el error (en este caso, seguramente un error *in persona* o en las cualidades esenciales de la cosa), o justamente para lo contrario, esto es, para permitir su alegación, por contraposición a la prohibición contenida en la primera parte. Nos inclinamos por la segunda posibilidad.

Esta misma norma prohíbe abiertamente el error por aparición de nuevos documentos. Ahora bien, téngase en cuenta que la prohibición sólo alcanza a las transacciones generales.

Profundicemos un poco más en la prohibición de anular la transacción en base al descubrimiento de nuevos documentos. En este punto, el *Corpus* justiniano incurre en su más flagrante contradicción, puesta de manifiesto muy acertadamente por Kaser (35). Si bien el *Codex* recoge dicha prohibición en las dos disposiciones más arriba citadas, el *Digesto*, sin embargo, asume la posibilidad de anulación en otros tantos fragmentos.

Así se deduce con meridiana claridad de D. 2, 15, 3, 1, que dice: «Habiendo sido hecha una transacción a causa de un fideicomiso, como se desubrieran después unos codicilos, pregunto si acaso la madre del difunto debe conseguir en virtud del fideicomiso cuanto hubiera cobrado de menos a causa de la transacción respecto de lo que le corresponde como su parte, deba conseguirlo por razón del fideicomiso. Respondió que sí» (36).

Bien es cierto que, en este fragmento, no se habla de error, ni siquiera de nulidad de la transacción celebrada. Sin embargo, pocas dudas podemos albergar sobre lo que se nos quiere decir en el texto: que si se descubren nuevos documentos (codicilos) en los cuales se atribuya a la heredera fiduciaria una mayor cantidad de bienes en fideicomiso, puede obtenerlos íntegramente *anulando la transacción*

(35) KASER, «Transactio», en *Paulus Realencycladie der classischen Altertums-wissenschaft*, VI-2, Stuttgart, 1937, p. 2.143.

(36) Contrariamente a lo sostenido en este fragmento, se pueden citar dos textos que parecen contradecirlo.

En primer lugar, D. 36, 1, 80, 16: «El heredero del fiduciario que debía restituir toda la herencia después de su muerte, la estituyó a los fideicomisarios en una cuantía mínima que debía ser todo lo que quedaba en el patrimonio; luego, *al descubriese los documentos*, resultó que la herencia ascendía a más de cuatro veces aquella cuantía. Se preguntaba si se puede demandar por el resto del fideicomiso. Respondió que, según los términos del caso propuesto, sí se podía, *a no ser que se hubiese convenido una transacción.*»

En segundo, cabe citar D. 12, 2, 31: «Hemos de advertir que a veces, incluso después de prestado el juramento, permiten las constituciones imperiales entablar de nuevo la causa: cuando alguien dice que ha encontrado *nuevas pruebas documentales* de las que se va a servir exclusivamente. Pero *parece* que estas constituciones tienen lugar cuando alguien resultó absuelto por el juez...; en cambio, *si el asunto fue objeto de transacción* entre los mismos que acordaron el juramento, *no se concede ya retractación de esta causa.*»

Sin embargo, hay que tener en cuenta que estos dos textos, encuadrados en capítulos diferentes al de la transacción, lo único que hacen es remitir a la doctrina general sobre nuevos documentos en la transacción, sin dejar claro si la restricción afecta a todas las transacciones o sólo a las generales. Dada su ambigüedad, no creemos puedan constituir un argumento poderoso en contra del error transaccional en estas situaciones. Es más, hasta el propio jurisconsulto (en el segundo texto) tiene dudas de su certeza.

por error. Téngase en cuenta, finalmente, que los bienes que podrá obtener adicionalmente a los recibidos por transacción, los conseguirá «por razón del fideicomiso». Es, pues, el fideicomiso (la disposición testamentaria constituyéndolo) lo que origina las atribuciones patrimoniales, *todas las atribuciones patrimoniales*, incluido lo que anteriormente se recibió «por transacción».

Mucho más explícito resulta, según nuestra opinión, un segundo fragmento del Digesto, también aludido por Kaser (37), del que se desprende la relevancia del error en las transacciones romanas. Se trata de D. 2, 15, 12: «No ha de ser atendido el que hubiese transigido *genéricamente* respecto a lo que le fue dejado en un testamento, si después alegase que había pensado solamente en relación con lo legado en la primera parte del testamento, pero no en la segunda. Pero —añade— *si aparecieran después unos codicilos*, me parece que no sin razón se habrá de decir que *había pensado solamente en lo contenido en la escritura de aquellas tablillas* que podía conocer por entonces.»

O sea: que no se puede alegar el error en una transacción, cuando la transacción era *general* (sobre todo lo legado en el testamento, en esta hipótesis) y la equivocación se fundamentaba escuetamente en creer que versaba sólo sobre una parte de lo recibido por testamento. Por contra, sí tiene cabida el error, en las transacciones *particulares* (ya es más dudoso respecto de las generales, aunque no descartable según esta regla), por la aparición de nuevos documentos (codicilos), pues el transigente sólo pensó al transigir en una parte del testamento, y no en otra desconocida por él al momento de consentir.

Lo anterior demuestra, no sólo que el error tenía relevancia en el Derecho romano, incluso en hipótesis tradicionalmente consideradas como excluidas de su posible influencia, sino también que nuestro art. 1818 del Código Civil no recogió fielmente los textos romanos en la materia, contrariamente a lo que se ha sostenido por los autores partidarios de la tesis de la dicotomía, quienes justifican el 1818 en base a la tradición histórica, romana por supuesto. En este sentido, los Códigos francés (art. 2057) e italiano (art. 1975) responden con más exactitud a los precedentes romanos, al distinguir entre transacciones generales y particulares, aunque introduciéndose algunos matices novedosos (por ejemplo, el de la necesidad de probar que, según los nuevos documentos, una parte carecía por completo de derecho).

Visto, pues, cómo el Derecho romano conoció el error y le otorgó eficacia anulatoria de las transacciones, hay que examinar si ese error invalidante era el hoy denominado ECNC únicamente, quedando fuera el ECC, o si no había entonces otra cosa que una aplicación, con algunas excepciones tasadas (por ejemplo, la conocida de la inimpugnabilidad de la transacción celebrada después de una sentencia sus-

(37) KASER, *Ob. cit.*, p. 2.143.

ceptible de apelación), de las reglas generales del error en los contratos.

Sobre esta cuestión, sólo podemos decir lo mismo que ya se dijo respecto de la vigencia del error transaccional. Creemos sumamente forzado extraer de los textos romanos la convicción inquebrantable de que ya entonces se acogía la disyuntiva ECC-ECNC. Parece en principio cierto que en C. 2, 4, 42, se introducen, a juicio de la doctrina mayoritaria, dos reglas sobre la falsedad de documentos atinentes a la cuestión transigida, la de la anulabilidad del acuerdo si se desconocían y la de la inatacabilidad si se transigió expresamente sobre la falsedad misma. No obstante, una lectura más profunda del texto, nos lleva a hacer dos consideraciones en contra de la argumentación tradicional:

1. Nos hallamos ante un supuesto muy específico y —al parecer— poco habitual de error en la transacción, que en modo alguno puede llevarnos a concluir una regla general, máxime si tenemos en cuenta que, en los casos más frecuentes, el error funciona según los cánones normales, sin distinguir entre el *caput controversum* y el *caput non controversum*.

2. (Y mucho más importante.) Si interpretamos la regla C. 2, 4, 42, en su sentido más literal y sistemático, la salvedad que se contiene en su inciso final («[...] salvo si también se decide la controversia sobre aquello que se dice es falso») no es una excepción a la regla de la anulabilidad de la transacción por desconocimiento de la falsedad (es decir, por error), sino una excepción a la *consecuencia concreta derivada de esa posible anulación*, consecuencia que no es otra que la de la *nulidad parcial del convenio transaccional*. Dicho más claramente: que no es un caso de inimpugnabilidad por error (ECNC), sino un caso de *nulidad total* de la transacción, por contraposición a la regla general de la *nulidad parcial* de la primera parte de la norma. La razón de este enfoque concreto del fragmento del Codex podría ser el siguiente: si se transigió, como dice el texto, «sobre muchas cuestiones o capítulos» y, además, *sobre la posible falsedad* de los documentos en que las partes se basaron, es lógico impedir a las partes impugnar la transacción por error. Probablemente porque la transacción así celebrada tendría una finalidad novativa (voluntad de evitar el recurso a la relación originaria objeto de discusión), de modo que su anulación conllevaría la nulidad *total* del contrato. En este sentido, podría haber debajo de esta regla una cierta aplicación del principio de autoresponsabilidad de las partes o de la doctrina de los actos propios, entendida en sentido amplio o no técnico (38).

(38) Sobre el tema de los actos propios, y su sentido más técnico, vid. la estupenda monografía del profesor DíEZ-PICAZO, «La doctrina de los actos propios», Barcelona. 1963.

Los partidarios de la intrascendencia del llamado ECC podrían apoyarse en otros fragmentos del *Corpus Iuris*, para conectar la antigua regulación de la transacción con su actual concepción del error transaccional. Por ejemplo, en D. 2, 15, 9, 3: «El que no estaba todavía seguro —señala— de que le competía una querrela para impugnar el testamento del padre, transigió mediante pacto con los adversarios respecto a otras cosas: solamente le perjudicará el pacto interpuesto respecto a lo que se pruebe que se convino entre ellos. La transacción —concluye— afecta solamente a lo que se pruebe que se ha tratado, aunque la haya interpuesto un mayor de veinticinco años, pues es injusto que todo aquéllo por lo que, según se descubrió después, le competía alguna acción, perezca por un pacto: *aquello que no se pruebe haberse tratado.*»

Sin embargo, aquí no nos hallamos en sede de posibles vicios del consentimiento al celebrar la transacción, de modo que no sería impugnabile el contrato en cuanto a lo específicamente tratado (el *caput controversum*). Este fragmento del Digesto pone el énfasis en el objeto del acuerdo transaccional, de modo que no se habrá transigido —y, por tanto, podrá ser objeto de una reclamación judicial separada— sobre aquellos puntos desconocidos por una o por ambas partes al otorgar sus consentimientos. Habría en tales situaciones, y respecto de tales asuntos, una simple falta de objeto transigido, en donde no cabrá alegar la *exceptio pacti* o excepción de transacción.

Demos ahora un salto en el tiempo, y vayamos a los textos legales vigentes en nuestro país, así como la doctrina de los juristas de la época, durante la Edad Media y tiempos posteriores. ¿Hasta qué punto existió durante todo este período un cuerpo de normas coherentes acerca de los vicios del consentimiento en los acuerdos transaccionales o similares? ¿Qué decir de la doctrina patria? ¿Ejerció alguna influencia en los redactores de los diversos Proyectos del Código Civil?

Desde luego, si hemos de atenernos a los textos legales, no cabe pensar de ninguna manera que los distintos legisladores de los siglos precedentes al XIX y XX tuviesen una idea clara acerca del valor a atribuir al error dentro de los contratos de transacción. La cita de la Ley 34, título 14, Partida 5 es absolutamente insuficiente para postular la intrascendencia del error durante esta época. Dicha disposición únicamente se refiere al dolo, y dentro del reducido ámbito del descubrimiento de nuevos documentos (o la aparición de nuevos testigos, ocultados por la parte contraria). Ciertamente, esta Ley 34 es con seguridad el precedente inmediato de nuestro art. 1818, como ha reconocido García Goyena (39). Pero conviene recordar que nos hallamos

(39) «Concordancias...», *cit.*, p. 137.

ante una regla tomada inexactamente del Derecho romano, en donde, como se acaba de comprobar, había otras disposiciones que admitían el error en la aparición de documentos desconocidos hasta entonces, además del dolo.

Esta situación legal se mantuvo hasta la promulgación del Código Civil de 1889. Ni los Cuerpos legales posteriores a las Partidas, ni la Nueva ni la Novísima Recopilación se preocuparon de introducir las reglas romanas o de modificarlas.

En lo que concierne a la doctrina de los autores durante los siglos previos al XIX, son muy escasas las citas referidas al error transaccional. Ello no va a implicar una minusvaloración de sus contenidos. Muy al contrario, cualquier aportación doctrinal la juzgamos de enorme trascendencia en orden a saber con precisión en qué se apoyaron realmente nuestros codificadores civiles para llegar a una redacción como la actual, un tanto atípica respecto de los demás códigos de la época, y en donde, consecuentemente, otras posibles fuentes distintas de los Códigos francés e italiano, pudieron jugar un papel muy importante en su contenido final.

Quizá la aportación más valiosa la proporciona Valerón, un autor del siglo XVII, quien, en un interesante tratado sobre la transacción, afirma lo siguiente en relación al error: «*Error aut falsa causa si transactioni causa dederit, eam vitiat*» (el error o la causa falsa, si hubiese dado origen a la transacción, la vicia) (40).

Esto significa la aceptación, sin trabas aparentes, del error como vicio susceptible de anular las transacciones. Se rompe así, doctrinalmente, al menos, la línea en cierto modo limitativa marcada por el *Corpus Iuris* justiniano, línea que no se habían atrevido a contradecir nuestras antiguas leyes medievales. Esto puede constituir un precedente importantísimo de nuestro art. 1817, 1 actual, en donde, también sin restricciones genéricas, se acoge el error como supuesto anulatorio de la transacción.

Y no es que el jurista Valerón defienda una especial postura en relación a la tradición histórica. En las páginas siguientes a aquélla en donde aparece la anterior afirmación, se sucede sin apenas alteraciones todo el armazón básico de la doctrina romana sobre los vicios o defectos de la transacción (aparición de nuevos documentos, nuevos testigos, transacción sobre cosa juzgada, falsos documentos, etc.). Está claro que ya se ha dado un paso más; ésa es la única novedad. Ese paso consiste en introducir la regla general de eficacia del error como vicio anulatorio, manteniéndose las demás reglas tradicionales, bien como excepciones, en su caso, o bien como manifestaciones concretas de aquella regla.

(40) VALERÓN, «Tractatus de Transactionibus, in quo integra transactionum materia...», Lugduni, MDCLXV. Véanse, en concreto las pp. 268 y ss.

Los tratadistas españoles del siglo XIX, anteriores a la promulgación del Código Civil, o no tratan la cuestión del error transaccional (41), o defienden, en su mayoría, su admisibilidad en las transacciones, como principio general (42). No obstante, en este último caso, su alineamiento a favor del error no debe ser interpretado como un triunfo de las posturas que sostienen la homologación de la transacción con los demás contratos en materia de vicios de la voluntad, porque sus opiniones se encuentran enormemente mediatizadas por los Proyectos del Código Civil elaborados en la época, en donde, como es bien sabido, ya se recogían unos preceptos prácticamente idénticos al vigente 1817, 1 (43).

Por otra parte, la doctrina inmediatamente posterior al Código Civil en absoluto se manifestó a favor de distinguir entre ECC y ECNC, como forma de determinar el tipo de error relevante jurídicamente (44). Hubo que esperar a los anotadores de Enneccerus, Pérez González y Alguer, para que se diese entrada a partir de ellos a la disyuntiva ECC-ECNC, procedente del parágrafo 779 del BGB alemán en muy buena medida.

En cuanto a los diversos proyectos de Código Civil, y su progresivo desenvolvimiento hasta llegar a la redacción final de 1889, hay que destacar que en ninguno de esos proyectos se contiene la más mínima indicación de una perspectiva como la posteriormente defendida por la doctrina mayoritaria. Justamente al contrario: remite a las reglas generales de los contratos sobre vicios del consentimiento.

Así, el Proyecto de 1836 afirma escuetamente en el art. 1646, después de haber recogido en los dos anteriores la eficacia de cosa juzgada de las transacciones (1645) y la obligación de los transigentes de conformarse con lo transigido (1644): «La nulidad de las transacciones tiene lugar por dolo, *error* o miedo grave, según la forma establecida en el Capítulo II, título II de este Libro...»

Por su parte, el Proyecto de 1851, modifica la redacción dada por el Proyecto de 1836, pero no su espíritu. Dispone al respecto el párra-

(41) V. gr., MARTÍ, «Tratado elemental de Derecho Civil, romano y español», tomo 2, Barcelona, 1838, pp. 284 y ss., y SALA, «El Derecho Civil español», tomo 2, Valladolid, 1868, pp. 455 y ss.

(42) Así, GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, «Elementos del Derecho Civil y Penal de España», novena edic., Madrid, 1870, p. 407; SÁNCHEZ DE MOLINA, «El Derecho Civil español», Madrid, 1871, p. 433 (aunque de forma implícita), y ELÍAS, «Derecho Civil español», tomo II, Madrid, 1880, p. 418.

(43) Cfr. art. 1646 del Proyecto de 1836; art. 1727 del Proyecto de 1851, y art. 13 del Capítulo dedicado a las transacciones, del Anteproyecto de 1882-88.

(44) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios de Derecho Civil», tomo IV, Madrid, 1899, p. 952; FALCÓN, «El Derecho Civil español, común y foral», tomo IV, sexta edic., Barcelona, 1902, p. 359; BARRACHINA, «Derecho foral español», tomo III, Castellón, 1912, pp. 322-323 (aunque sólo admite el error de hecho), y DE BUEN, «Derecho Civil común», vol. 2, Madrid, 1936, pp. 181-182.

fo primero del art. 1727, con un contenido muy similar, salvo alguna variante, al 1817 actual: «La transacción en que intervenga *error*, dolo, violencia o *falsedad de documentos* está sujeta a lo dispuesto en el art. 988.» Se mantiene, pues, el error como específica vía anulatoria y se introduce, de acuerdo con la tradición, la falsedad de documentos. Curiosamente, ese art. 988, correlativo del 1265 hoy vigente, al que remite el 1727, estaba redactado del siguiente modo (distinto del 966 del Proyecto de 1836 y del 1265 del texto definitivo): «No es válido el consentimiento prestado a virtud de *instrumentos falsos* o por error, ni el arrancado por violencia, intimidación o dolo» (45). Los restantes preceptos (1727, 2, 1728 y 1729) tienen un contenido similar a los 1817, 2, 1818 y 1819 vigentes.

Finalmente, el Anteproyecto de 1882-88 ofrece un articulado muy parecido al del Proyecto del 51 en materia de invalidez de las transacciones. Concretamente, en cuanto al enunciado general de los vicios es absolutamente idéntico, variando sólo en las hipótesis de aparición de nuevos documentos y de transacción sobre sentencia firme. La única novedad reside en que el precepto sobre vicios del consentimiento en los contratos en general (art. 1278) suprime la «falsedad de documentos» como causa autónoma de anulación: «Será nulo —dice— el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.»

A la luz de los textos de los distintos proyectos de Código Civil cabe preguntarse: «Es sensato sostener que nuestro Código Civil vigente, interpretado de acuerdo con sus precedentes históricos y legislativos más inmediatos, se inclina por una concepción del error transaccional cercana a la de los partidarios de discernir entre ECC y ECNC? Parece francamente difícil, al menos de acuerdo con este criterio interpretativo.

Hasta aquí el análisis de la evolución histórica del error transaccional. Hemos visto que no hay base para sostener una especial construcción en nuestro Derecho del error transaccional, según la interpretación histórica de los preceptos legales. Pero entonces —habría que preguntarse—, ¿cuál es el sentido del 1817, 1 al remitir, en materia de

(45) Parece como si el legislador hubiese querido hacer una trasposición de la tradición romana en materia de vicios en la transacción, a los demás contratos, generalizando la «falsedad de documentos» como causa autónoma de anulación de aquéllos, distinta del dolo y del error.

Ello, a la vista del vigente art. 1817, 1 y su alusión a la «falsedad de documentos», hace que nos planteemos la duda, casi imposible ya de resolver, de si hubo o no un fallo del legislador de 1889, quien, al suprimir la falsedad del 1265 (vigente), no hizo lo propio respecto de los vicios en la transacción (aunque es cierto que, en ésta, ese supuesto tiene un entronque directo con la tradición romana).

Parece, por lo demás, establecerse una especial correlación error-falsedad, como casos conexos pero separados de los demás.

error a las reglas generales del 1265 y ss.?, ¿no será un precepto inútil, que sobra por completo, por no cumplir una específica misión práctica?

A nuestro juicio, y siguiendo con la crítica a la interpretación histórica del error transaccional, dada por la tesis mayoritaria, el 1817, 1 podría tener un sentido muy claro: rechazar el espíritu restrictivo del error en la transacción, asumido por el Derecho romano y por los Derechos por entonces codificados (principalmente, el francés de 1804 y el italiano de 1865), apoyando la «normalización» de la transacción, su consideración como un contrato más al que puede afectar cualquiera de los vicios de la voluntad propios de todo contrato. Por último, el 1817, 1 serviría, además, de preámbulo para introducir la excepción desarrollada en el párrafo segundo, la cual carecería de sentido como excepción, si no va precedida de su regla; regla que, en este caso, es, en sí misma, y a estos solos efectos, superflua.

III.2. El alcance del párrafo primero del art. 1817

Pero conviene recordar una vez más que los precedentes históricos de las normas jurídicas no son el único criterio al que atender para interpretar su verdadero sentido y alcance, a pesar de la importancia que, concretamente en materia de transacción, adquiere la tradición histórica. Estos es preciso conjugarlos con los restantes derivados de la lógica, la sistemática o la *ratio* de los preceptos legales analizados.

El párrafo primero del art. 1817 del Código Civil constituye, a este respecto, el punto de partida inexcusable para el examen de las distintas normas dedicadas a vicios o defectos susceptibles de invalidar las transacciones. Su correcta interpretación puede ser decisiva para resolver todas o muchas de las dudas que aquí se nos están planteando. Téngase en cuenta que este párrafo se erige en uno de los principales escollos de la tesis partidaria de la disyuntiva ECC-ECNC, en cuanto que, aparentemente, al menos parece deseo del legislador reconducir la invalidez de las transacciones a las reglas generales sobre vicios de la voluntad, rompiendo con los Códigos previgentes al nuestro, aunque dejando a salvo algunas peculiaridades.

Recogemos de nuevo su contenido: «La transacción —dice— en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el art. 1265 de este Código.»

Ya vimos cómo los defensores de la dicotomía justificaban este precepto, diciendo que el error que allí aparecía no era sino el ECNC, relevante a efectos de impugnación del contrato; que la inclusión de la «falsedad de documentos» era buena prueba de ello, y, finalmente, que la implícita exclusión del error de derecho del 1817, 2, error de derecho que afectaría al *caput controversum*, debe implicar *a sensu*

contrario la inclusión en el párrafo primero, como vicio anulatorio, del error —de hecho y de derecho— *in caput non controversum*.

Desde nuestro punto de vista, una tal perspectiva resulta improcedente, entre otros motivos, por ser excesivamente forzada. Es difícil imaginar que tal fue la intención de nuestro legislador de 1889. Téngase en cuenta que por entonces ni la doctrina ni las legislaciones vigentes se ocupaban de ese tema, ya que aún no se había promulgado el Código alemán de 1896 —el que más fielmente reproduce la distinción—, y ni siquiera el Código italiano de 1865 hablaba (art. 1722 derogado), como habla el actual, de la ineficacia del «error de derecho relativo a las cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes» (art. 1969 actual), sino únicamente de «error de derecho» a secas. Todo ello nos lleva a pensar que en la mente del codificador español la disyuntiva no fue elegir entre la distinción ECC-ECNC o las reglas generales del error en los contratos, sino entre respetar la tradición romana-medieval en materia de invalidez de las transacciones o desligarse de aquélla para remitirse sin más a la normativa general sobre error. En esta última disyuntiva, optó por una posición intermedia: innovar las líneas generales (at. 1817, 1 y 1817, 2), y conservar algunas manifestaciones antiguas del error (y del dolo) en la transacción (la «falsedad» del 1817, 1, el 1818 y el 1819), con algunos retoques.

Por otra parte, es manifiestamente incorrecto afirmar, como ha hecho algún autor (46) comentando las palabras de García Goyena en sus «Concordancias...», que éste ya recogía ejemplos de ECNC relevantes en orden a la impugnación del contrato. Porque, a la vista de lo anterior, es obvio que se están tratando de sacar de su contexto unas afirmaciones hechas en una época y dentro de unas concretas coordenadas, para adaptarlas interesadamente a un punto de vista cronológicamente muy posterior.

Para nosotros, no hay motivo alguno, haciendo una interpretación literal y sistemática del 1817, 1, para mantener la asunción implícita por éste de la dicotomía ECC-ECNC. Conviene tomar en consideración algunos datos de cierto interés. En primer lugar, la separación física, en dos preceptos (arts. 1816 y 1817), de lo que en el Código francés aparecía como uno solo: el llamado «efecto de cosa juzgada» de las transacciones y la referencia a sus posibles vicios. El art. 2052 francés señala: «Les transacctions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles —continúa— ne peuvent etre attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.» Se pone, pues, en estrecha relación la cosa juzgada y el error, en el sentido de erigirse la prohibición de error de derecho en una consecuencia directamente derivada de la especial firmeza de las transacciones, en

(46) LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 147, citando a LACRUZ.

suma, de su presunta asimilación a las sentencias judiciales firmes. Ello sin perjuicio de desarrollar en los artículos siguientes (2053 y ss.) la concreta aplicabilidad del error en estos contratos. No sucede así en nuestro Código, de acuerdo con el cual no sólo desaparece, al menos formalmente, cualquier posible rechazo al error de derecho, sino que se regulan en preceptos separados, en principio sin conexión mutua, los específicos efectos de la transacción (1816) y sus medios impugnatorios (1817 y ss.). Ello, aunque no de forma decisiva, debe tener algún significado, que desde luego no será el de apoyar una visión restrictiva del error transaccional, dejando al margen, claro está, las excepciones a la regla, que ya analizaremos (47).

En segundo lugar, no creemos que se pueda aducir, como estamos seguros harían los defensores de la tesis mayoritaria, que el párrafo primero del 1817 contiene un precepto inútil, cuyo único y exclusivo sentido es servir de introducción a la excepción del 1817, 2, lo auténticamente importante del artículo. Hay una razón que corta el paso a esta conclusión, tomada del *iter* histórico de elaboración del precepto. Es cierto que en el Proyecto de Código Civil de 1851 y en el Anteproyecto de 1882, estaban redactados con la misma estructura actual de regla general-excepción, lo que podría servir de apoyo a aquella tesis, pero es absolutamente decisivo el dato de que en el Proyecto de 1836 *aún no aparecía la excepción y, sin embargo, ya estaba allí la regla general*. Ello prueba que, para nuestros codificadores, no era más importante la excepción (la del 1817, 2 actual) que la regla, sino, muy al contrario, que lo prioritario era esa regla general de relevancia del error en las transacciones.

Por otra parte, desde la óptica del análisis sistemático de 1817, 1, la conclusión viene a ser la misma: nuestro legislador prescinde de cualquier distinción entre *caput controversum* y *caput non controversum* para fundamentar su regulación del error transaccional. Esto se comprueba fácilmente con sólo leer el art. 1818. Es evidente que allí se regula una hipótesis de —en terminología de sus partidarios— posible ECNC, al cual el legislador no atribuye, por las razones que sean, eficacia anulatoria (por error, aunque sí por dolo). Hay que preguntarse, siguiendo el razonamiento de esos autores: ¿tiene sentido restringir la aplicación del error en este caso, teniendo en cuenta que recae sobre un presunto *caput non controversum*, y no hacerlo en otros, teóricamente de características muy similares, v. gr., la falsedad

(47) Téngase en cuenta, además, que GARCÍA GOYENA («Concordancias...», *cit.*, p. 135), expresamente señala que en el 1727 del Proyecto del 51 se han pretendido refundir, «con gran sencillez y claridad», los artículos franceses 2053, 2054, 2055 y 1258 (*sic*). Curiosamente, no se alude al citado art. 2052 francés. Ello acaso puede no carecer de efectos en lo concerniente al error de derecho en las transacciones reguladas en el Código Civil español.

del 1817, 1? Según nuestra opinión, ninguno. Lo que sucede es que el codificador español, como en su momento hizo el francés y el italiano, lo único que hizo fue plantearse: ¿qué hacemos con las hipótesis tradicionales procedentes del Derecho histórico?... Y las fue resolviendo una a una, casuísticamente, sin sujeción a una pauta general. Con la sola peculiaridad, en Derecho español, de que se quiso añadir una advertencia a los jueces y tribunales: que cuando ante ellos se presente un caso de error transaccional, no pueden olvidar que la transacción es un contrato y que le afectan los vicios de la voluntad propios de cualquier contrato.

Nuestro legislador más reciente, ha dado muestras de querer someter contratos similares a la transacción —similares en cuanto su finalidad, también consistente en componer litigios privadamente, sin recurrir a la autoridad judicial— a las normas generales sobre vicios del consentimiento. Nos referimos al contrato de compromiso (o a la cláusula compromisoria). La reciente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 ha derogado el ya citado art. 13, 2 de la antigua Ley de 1953, del que los autores deducían una visión restrictiva del error en los compromisos. Hoy, los contratos de compromiso o las cláusulas compromisorias contenidas en cualquier contrato, pueden anularse con sólo demostrar que ha habido error, con las condiciones normales del 1266 (de esencialidad, excusabilidad, etc.). Han sido dejados sin contenido, por lo demás, los arts. 1820 y 1821, que con anterioridad remitían a las normas de transacción: ya no se puede, pues, pensar que subsista algún vínculo entre transacción y compromiso, mucho menos en cuanto a motivos de nulidad, si no es en el sentido de que ambos remiten al intérprete a la normativa general (arts. 1265 y ss. del Código Civil).

Siguiendo con el examen sistemático de la regulación de otras figuras próximas a la transacción, conviene ahora hacer especial hincapié en la confesión (judicial o extrajudicial) y en el juramento decisorio. Sobre estas instituciones, nuestro Código Civil deja muy claro que tipo de vicios pueden afectar a esta suerte de actos jurídicos. Respecto de la confesión, el art. 1234 señala: «La confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en *error de hecho*.» Con independencia de la opinión de la doctrina de que esta restricción en las causas de impugnación sólo afecta a la llamada confesión judicial, y no a la extrajudicial —la cual podrá ser anulada por cualquier vicio de la voluntad (48)—, esta regulación demuestra muy claramente que el legislador del Código tenía las ideas muy claras: los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación) pueden anu-

(48) Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dirigidos por M. Albaladejo), tomo XVI, vol. 2 (arts. 1214 a 1253 del Código Civil), Madrid, 1981, p. 296.

lar, cuando concurren, cualquier negocio o acto jurídico, salvo concretas excepciones. En el caso de la confesión (judicial), la razón de la limitación radica en que la confesión versa sobre hechos, no sobre el derecho. Por lo demás, ese error de hecho, que ha de ser «esencial», ha de entenderse como inexactitud subjetiva (creencia de que el hecho era cierto), no bastando la sola demostración de la falsedad real del hecho confesado, haya habido o no creencia errónea (49). Respecto del juramento decisorio, el art. 1238 del Código Civil establece, en su segundo párrafo: «No se admitirá prueba sobre la falsedad de dicho documento.» Esta redacción, comparada con la del 1234, así como la naturaleza propia de la figura, ha llevado a los autores a negarle la aplicabilidad del error de hecho y del dolo (50).

Las mismas ideas claras que tenía el legislador respecto de las anteriores figuras, las demuestra en los demás preceptos con regulación especial del error como vicio anulatorio de los negocios jurídicos. Buena prueba de ello son las especialidades del error introducidas por el legislador en materia de testamentos y de particiones hereditarias (51).

Todo ello demuestra que el legislador no obró inconscientemente al regular los vicios de las transacciones, sino muy al contrario, y que, por tanto, desde un punto de vista sistemático, no se puede pensar que la remisión del 1817, 1 a la disciplina general del error sea fruto de un descuido del legislador, o signifique una (implícita) concepción especial del error transaccional. Porque del mismo modo que en otros campos fue explícito en materia de error, debía haberlo sido respecto de las transacciones, si lo que quería era recoger una visión especial del error en ellas.

III.3. El problema de la determinación de qué sea en cada caso el *caput controversum* y el *caput non controversum*

El eje alrededor del cual gira toda la concepción tradicional sobre el error en la transacción es, como sabemos, el de averiguar, como

(49) SERRA, *Ob. cit.*, pp. 299-301.

(50) SERRA, *Ob. cit.*, p. 345.

(51) Respecto de los testamentos, y la improcedencia en ellos del error como causa anulatoria, así como las razones que justifican su exclusión del art. 673 del Código Civil, véase el excelente trabajo del profesor GORDILLO, «El error en el testamento», en A.D.C., 1983, pp. 747 y ss.

Respecto de las particiones hereditarias, es especialmente significativo el art. 1081 del Código Civil. A favor del error general del 1266 en las particiones, se ha mostrado el Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1975, lo cual es significativo, dada la proximidad que existe entre las particiones hereditarias y las transacciones sobre materia sucesoria.

dato previo a la admisibilidad o rechazo del error, si la ignorancia o inexacto conocimiento recaen sobre el asunto concretamente discutido, o sobre algún hecho o dato no discutido, pero presupuesto por ambas partes como cierto y, por tanto, indiscutido. Cuando dos sujetos, pretendiendo evitar un pleito o concluir el ya iniciado, transigen haciéndose mutuas concesiones, es indudable que transigen sobre algo, sobre uno o varios puntos respecto de los cuales habían previamente surgido discrepancias. El error, según la perspectiva de la doctrina mayoritaria, no puede afectar jamás a estas cuestiones que fueron resueltas mediante la transacción. Así, si se transigió sobre si hubo o no usucapión, o sobre si un contrato celebrado por los transigentes era nulo o no, luego no cabe retornar sobre ese asunto aduciendo un error, por ejemplo, de derecho (un inexacto conocimiento de las normas del Código sobre transacción), o incluso de hecho (v. gr., si se discutía sobre la autenticidad de un cuadro, y se transigió sobre ello, luego no cabe alegar que era realmente falso el cuadro, presentando pruebas que lo corroborasen). Por contra, sí tendría cabida el error cuando afecta al *caput non controversum*: v. gr., si se transige sobre el contenido de una serie de disposiciones testamentarias y posteriormente se descubre que el testamento había sido revocado.

Esta especial concepción del error aplicable en las transacciones no está exenta de una serie de importantes críticas, que ponen en entredicho la lógica de sus planteamientos, así como los resultados prácticos a que con ella se llega.

Para demostrarlo, nada mejor que remitirse a los ejemplos más usualmente esbozados por la doctrina para diferenciar qué sea, en cada caso, el *caput controversum* y el *caput non controversum*. Vayamos, en primer lugar, a las hipótesis presentadas por los autores italianos.

En primer lugar, Gropallo (52), uno de los primeros defensores de la dicotomía, en un interesante trabajo de 1932, planteaba las siguientes tres situaciones:

1. De error (de derecho) *in caput controversum*: Ticio ha sido lesionado *ultra dimidium* en la venta a Cayo de un trozo de tierra. Cayo pretende no deber nada más allá del precio convenido. Ticio, desconociendo la norma legal que permite la rescisión por lesión *ultra dimidium*, transige con Cayo, recibiendo un suplemento inferior al que hubiera conseguido en aplicación de la ley. Descubierta el dato, pide la nulidad por error. Este error sería un ECC, intrascendente a efectos impugnatorios.

2. De error *in caput non controversum*: el ya conocido de la transacción sobre si se había producido o no la usucapión, descubriéndose ulteriormente un título válido de adquisición a favor de uno de los

(52) «Sui casi di nullità...», *cit.*, pp. 326 y ss.

transigentes. En este caso, había un ECNC, por cuanto no se transigió sobre dicho título, y, por tanto, el contrato era perfectamente anulable (prescindimos por el momento de normas legales).

3. De error de derecho asimilable al ECC: Ticio, legitimario en la herencia de su padre, creyendo equivocadamente que su legítima consiste en una cuarta parte de la herencia, en lugar de la mitad, transige con el legatario Cayo, con quien había disputado acerca de si lesionaba o no su legítima su legado. Aquí no hay un ECC, pues la cuestión controvertida no fue la del alcance de la legítima de Ticio, sino si el legado lesionaba o no aquélla. En definitiva, se trata de un caso especial de error, asimilable en sus consecuencias al ECC.

Con esta primera exposición, se pueden comprobar ya los primeros inconvenientes de la disyunción entre ECC y ECNC: hay supuestos que no encajan exactamente en uno u otro grupo de situaciones. Son casos de error que, no refiriéndose en sentido estricto al *caput controversum*, se considera «razonable» que no produzcan consecuencias anulatorias del contrato. La justificación que nos da Gropallo, según la cual debe considerarse equivalente al error de derecho (ineficaz) «aquél error de derecho que se refleja en la solución transactiva de una cuestión de hecho, en cuanto esta solución implica la aplicación de un principio jurídico» (53), nos parece poco convincente. El principal defecto de la postura de este autor radica en que, para él, sólo el error de derecho (inexacto conocimiento de normas jurídicas) sobre el punto controvertido, o error similar (caso tercero), resulta irrelevante en el campo de la nulidad.

Por su parte, Valsecchi, otro de los partidarios de la dicotomía, ofrece como ejemplo significativo de ECNC, el caso en que se transija sobre la propiedad de un objeto que se creía precioso o de gran valor por ambas partes, y que luego resulta ser falso. Para Valsecchi, la transacción será en este caso anulable por error, mientras que opuesta será la solución si del contrato se deduce que la duda de las partes había recaído propiamente sobre la autenticidad del objeto (54). En esta última hipótesis, se tratará de un ECC, que, aunque recae sobre una cuestión de hecho (la autenticidad o no de la cosa, o su gran valor), debe impedir, al igual que el error de derecho *in caput controversum*, la impugnación del contrato por error.

También en este planteamiento se puede encontrar un grave defecto, procedente del equivocado planteamiento de Valsecchi acerca del presupuesto de toda transacción, que para él tanto puede ser una *res dubia* (simple incertidumbre o duda fáctica o jurídica) como una *res litigiosa* (litigio). Hoy día, sin embargo, se sostiene unánimemente que es sólo el litigio —ya existente o inminente— lo que fundamenta

(53) GROPALLO, *Ob. cit.*, pp. 328-29.

(54) VALSECCHI, «Giucoco e scommessa. Transazione», *cit.*, p. 332.

la celebración de una transacción, postura que en España ha sido magistralmente argumentada por Gullón (55). De este modo, por tanto, creemos no se puede decir, como hace Valsecchi, que sea ECC —ineficaz, pues— el descubrimiento de la autenticidad de una cosa cuando se transigió en base a la *duda* de si era realmente auténtico..., porque esto en sí mismo no puede ser transacción. Si la transacción exige con carácter previo un litigio, bien actual, bien futuro, es indudable que aquello sobre lo que se transija tiene que ser una cuestión *susceptible de plantearse ante los tribunales* (56), y es evidente que la cuestión de la autenticidad o no de una cosa *no puede en sí misma ser materia disputable judicialmente*, a menos que vaya acompañada de un problema jurídico de incierto resultado (por ejemplo, la posible rescisión por lesión de una compraventa cuyo objeto fuese justamente esa cosa cuyo valor o cualidades se desconocen con precisión) (57).

Pasemos ahora a Visalli. Este autor, después de mantener la importancia capital de la distinción entre ECC y ECNC entre los estudiosos italianos, recoge algunos casos jurisprudenciales que, a su juicio, desarrollan estos conceptos. Entre ellos, recoge el supuesto siguiente, de error *in caput non controversum* que provoca la nulidad de la transacción: dos sujetos entablan un pleito sobre la necesidad de uno de ellos de construir un camino sobre la finca propiedad de la contraparte. En el curso del juicio, las partes contendientes transigen, estableciéndose a favor del primero la adquisición de la propiedad de una franja de tierra del segundo para construir el camino según el trazado que fijará un técnico. Con posterioridad, se tiene conocimiento de que la obra va a requerir unos gastos notablemente superiores a los supuestos por las partes. La transacción, a juicio de Visalli, debe considerarse impugnabile, por haber faltado uno de los presupuestos con-

(55) «La transacción», *cit.*, pp. 8 a 34.

(56) Cfr. al respecto CARNELUTTI, «Sulla causa della transazione», en *Riv. diritto commerciale*, 1914, II, pp. 579-580.

(57) Es interesante, por otra parte, la explicación de VALSECCHI (*Ob. cit.*, p. 333) acerca del origen del art. 1969 del Código Civil italiano de 1942, en donde se habla de la ineficacia anulatoria del «error de derecho relativo a las cuestiones objeto de controversia», expresión que ha servido de base primordial a la distinción de la doctrina italiana entre ECC-ECNC.

Crítica este autor la introducción del error de derecho, pues no se conocía en el Derecho romano, y seguramente fue fruto de una deformación del Derecho intermedio. «Las tentativas de nuestra doctrina —dice— de proporcionar una explicación convincente de esta excepcional disposición han resultado siempre vanas.»

Estas interesantes afirmaciones pueden tener gran valor para el Derecho español. Si una tal expresión, básica para apoyar una distinción entre ECC y ECNC, no aparece en nuestro Código, es sensato sostener, dada su falta de justificación, la improcedencia de la referida dicotomía en nuestro Ordenamiento jurídico.

siderados pacíficos por las partes y que había inducido a las partes a transigir (58).

El ejemplo puesto por Visalli merece un análisis detenido. ¿Cuál fue el objeto de la transacción? La respuesta es en apariencia sencilla: la cesión o no de la propiedad de un trozo de terreno para construir un camino. De acuerdo con esta lógica, el mayor valor de la obra sería un *caput non controversum*, esto es, algo externo a lo realmente transigido. A nuestro juicio, sin embargo, en este ejemplo concreto se ve ya bastante bien una de las dificultades con las que va a tropezar la tesis de la dicotomía. Porque, ¿es realmente cierto que el precio del terreno y de las obras no fue uno de los puntos controvertidos y transigidos? Nos permitimos dudar de ello. Pensamos que muy probablemente formó parte del objeto de la transacción, por cuanto toda transacción versa sobre una relación o situación jurídica controvertida, casi siempre una relación en su conjunto, lo que aplicando a este caso, significará la relación entre los dos propietarios sobre la franja de terreno y *el precio a abonar por él o por las obras*. En definitiva, nos podemos encontrar aquí con una hipótesis de error *relevante jurídicamente* que recae sobre el *caput controversum*, lo cual choca frontalmente con la tesis tradicional.

Con ello queremos poner de manifiesto, a partir de este momento, uno de los inconvenientes principales de la disyuntiva ECC-ECNC, el de las enormes dificultades de decidir, en cada caso, qué es y qué no *caput controversum*. Estas dificultades se vislumbran no sólo en los textos de autores italianos, sino también de la doctrina española, francesa y, lo que es mucho más importante, de la alemana.

Finalizamos este breve repaso de la doctrina italiana más significativa partidaria de la disyuntiva ECC-ECNC, con Carresi. Este autor, partidario de que el ECC siempre —y sólo— ha de ser error de derecho, pone —para rechazarlo— el siguiente ejemplo de error de hecho *in caput controversum*; el caso en que un sujeto sea inducido a transigir sobre el presupuesto de la autenticidad de un documento que reputa proveniente de su causante, después de haberlo comparado con otro escrito que creía, por error, procedía de la misma persona; ello le induce a transigir con otro de los sujetos también llamados a la herencia. A juicio de Carresi, nos hallamos indiscutiblemente ante un ECC (59).

Desde nuestro punto de vista, una vez más es bastante «discutible» que esto sea una hipótesis de ECC, y no de ECNC. Aparte del

(58) VISALLI, «La transazione», dentro del volumen «Contratti di garanzia. Transazione. Cessione dei beni», Giurisprudenza sistematica civile e commerciale (fondada da Walter Bigiavi), Torino, 1980, p. 503.

(59) CARRESI, voz «Transazione (Diritto vigente)», en *Novissimo Digesto italiano*, tomo XIX, Torino, 1973 (Ristampa 1981), p. 500.

argumento ya desarrollado más arriba para criticar la postura de Valsecchi, y reconociendo la poca claridad del ejemplo, somos de la opinión de que se trata de un error recayente sobre una cuestión no controvertida, pues la transacción no tuvo por objeto la autenticidad o no del documento, sino las consecuencias jurídicas o económicas que podrían emanar de dicho documento. De nuevo, los partidarios de separar ECC y ECNC tropiezan como el grave inconveniente de que ni siquiera ellos saben distinguir —entre otros motivos, porque con frecuencia es enormemente difícil— qué es, en cada situación, el *caput controversum*, y qué no.

Estos mismos defectos, y exactamente las mismas críticas, pueden dirigirse contra la doctrina española defensora de las tesis tradicionales.

Así, Gullón retoma el ejemplo de Gropallo de la transacción entre dos personas, A y B, que discutían acerca de si había o no transcurrido el plazo de usucapión. Si se descubre posteriormente que A, heredero de su padre, había recibido por herencia un título válido de propiedad, habrá ECNC. Pero si el error procedía de la simple equivocación de A acerca del cómputo concreto del plazo, habrá un ECC irrelevante jurídicamente, en cuanto la discusión surgió precisamente sobre si había transcurrido ese plazo temporal (60).

La crítica tiene que ser la misma que más arriba se hizo: el transcurso o no del plazo no puede ser el *caput controversum*, pues ésa no es una cuestión en sí misma planteable ante los tribunales. Sí será —siguiendo los criterios de la tesis tradicional— *caput controversum* la disputa sobre la propiedad del fundo, del que se duda si pertenece a A o a B por usucapión. Con esto no estamos defendiendo, en esta hipótesis, una solución final del caso distinta a la mantenida por Gropallo o Gullón, sino únicamente que el sistema utilizado para llegar a la conclusión de la inimpugnabilidad de esta transacción, sea el correcto.

Dejemos la doctrina española, que, con la citada salvedad de Gullón, ha venido siendo muy parca en la exposición gráfica de su posición, y pasemos a la doctrina alemana.

Respecto de ésta, que por fuerza tiene que ser la que más fielmente reproduzca la distinción entre ECC y ECNC a la vista de su párrafo 779 (61), curiosamente los autores alemanes parecen haber asumido la imperfección de planteamientos del BGB en la materia y han matizado bastante los términos de la distinción.

(60) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 168.

(61) Que dispone: «Un contrato por el cual es suprimido el litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones, es ineficaz, si la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación.»

Así, Enneccerus acoge tres posibles casos de error transaccional, en lugar de los dos a que en teoría estaría obligado por el párrafo 779:

1. Error sobre una circunstancia que, según la transacción, se consideraba *litigiosa o incierta* (este error carece de influencia para anular el contrato; es identificable a ECC).

2. Error sobre una circunstancia que afecta a la *situación de hecho no litigiosa* y que ambas partes tomaron como *base firme* (es la hipótesis regulada por el 779, que determina la ineficacia de la transacción: es el ECNC).

3. Error sobre el contenido de las mismas declaraciones que integran la transacción (a este tipo de error se le aplican las reglas generales de los párrafos 119 y ss.: vicios del consentimiento en general, y demás defectos negociales) (62).

Esta última hipótesis es la auténticamente novedosa, pues no aparece por ningún lado en el 779 BGB. Su introducción pone de manifiesto la insuficiencia de la dicotomía ECC-ECNC, y la necesidad de un replanteamiento de la cuestión en el Ordenamiento jurídico que más claramente apoya a este tipo de soluciones.

Planteamientos discordantes con el texto legal alemán pueden encontrarse también en Hedemann, quien distingue igualmente tres posibles supuestos de error: error sobre cuestiones litigiosas (asimilable al ECC, irrelevante), error sobre la «base» de la transacción (el del 779, identificable con el ECNC, eficaz) y error *sobre la parte restante del negocio* (sujeta a impugnación ordinaria por error, a tenor del párrafo 119 BGB). Este último caso incluiría todo aquello que, no siendo el punto concretamente discutido, tampoco haya constituido la «base» de la transacción. Y pone el autor el siguiente ejemplo: acerca de la disposición testamentaria que atribuía al heredero A un «cofretillo», discutían A y B (otro heredero) sobre si ese objeto sería uno de gran valor existente en la herencia del causante, u otro también hereditario, de escaso valor; las partes transigen, comprometiéndose A a entregar una suma elevada de dinero a los otros herederos a cambio de recibir el cofre valioso; luego se descubre que ese «cofretillo» no era tan valioso, pues algunos de sus herrajes no eran de oro. Esta hipótesis, a juicio de Hedemann, no era de ECC, pues la discusión no versó sobre este punto, ni tampoco un caso de ECNC, pues el valor del objeto no podía erigirse en base de la transacción, de modo que el litigio hubiera subsistido aunque se hubiese conocido el menor valor de uno de los «cofretillos» (63).

(62) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II-2, segunda parte, tercera edic. española revisada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966, p. 860.

(63) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de obligaciones, traducc. de Santos Briz, Madrid, 1958, pp. 482-83.

Es cierto que este tipo de planteamientos de un sector de la doctrina alemana, como con toda lógica pensarán los partidarios de la dicotomía, no está libre de críticas. No parece acertado —podría argüirse— hacer una triple clasificación de hipótesis posibles de error transaccional, no sólo porque no hay base legal para ello en Alemania, lo cual es obvio, sino porque resulta improcedente permitir la impugnación de la transacción mediante la alegación de errores que en realidad son intrascendentes, o, en terminología clásica, «inesenciales» (estamos pensando en la tercera categoría introducida por Hedemann), y, por tanto, no deben ocasionar la nulidad del contrato. Unas razones muy similares pueden utilizarse para desechar el tercer tipo de error recogido por Enneccerus («error sobre el contenido de las declaraciones que integran la transacción»), ya que nos hallaríamos ante un supuesto excesivamente abstracto, de perfiles poco precisos en su determinación práctica y porque sería un caso de error en los motivos de una sola de las partes, irrelevante jurídicamente. En última instancia, esa tercera categoría de error, tan poco precisada por el autor germano, bien pudiera reconducirse a la del ECNC o error sobre la base negocial.

La propia doctrina alemana más reciente parece haberse dado cuenta de las equivocaciones de la antigua doctrina, y así no encontramos ya en los planteamientos actuales aquella triple clasificación del error transaccional. El análisis ha quedado reducido a la fijación de cuándo hay un defectuoso conocimiento de la base negocial (*Vergleichgrundlage*), lo que provocaría la nulidad, siempre y cuando, además, se pruebe que el litigio no habría nacido de conocerse la realidad, o cuándo el error afecta al objeto mismo de la transacción (*Vergleichgegenstand*), lo cual no dará lugar a la impugnación por error (64).

Ello, sin embargo, no nos impide llegar a una importante conclusión, respecto a la doctrina de países, como Alemania, cuyos ordenamientos recogen, más o menos abiertamente, la distinción ECC-ECNC: *la insatisfacción de aquélla* por los criterios de distinción usados por su legislador. Esa insatisfacción no sólo se manifiesta en la búsqueda —infructuosa, casi siempre—, por parte de los autores, de un acercamiento a las reglas generales del error, con el correlativo abandono de los planteamientos estrictamente legales. También se ha manifestado, y lo sigue haciendo, en la indagación de las soluciones

(64) Cfr. al respecto MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 3.ª edic., München, 1986, p. 131; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1987, pp. 205-206; BROX, *Besonderes Schuldrecht*, 14, edic., München, 1988, p. 247, y PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II Band, Berlín, 1900, p. 526.

Parece mantener un criterio diferente de distinción, más acorde con los planteamientos de los autores alemanes más antiguos FIKENTSCHER, *Schuldrecht* (De Gruyter Lehrbuch), 7.ª edic., Berlín-New York, 1985, p. 216.

prácticas más razonables y justas para cada caso, y que no siempre se adeguesan a la literalidad de la norma. En este sentido, la moderna doctrina alemana, y junto a ella la jurisprudencia, han criticado duramente la rigidez del 779 BGB para dar solución a una de las situaciones que más frecuentemente se presentan ante los tribunales y en donde se alega el error transaccional: nos referimos a las transacciones sobre indemnización de daños, casi siempre extracontractuales, cuando anteriormente se descubren nuevos perjuicios corporales (o de otro tipo) no conocidos al transigir (65). A esta cuestión nos referiremos un poco más abajo.

No queremos tampoco pasar por alto, finalmente, la defectuosa e incorrecta ejemplificación de casos utilizada por algunos autores alemanes, quienes, al igual que la doctrina italiana y española, recurren a casos de escuela inadecuados. Así, por ejemplo, Brox (66) nos presenta, como caso de error irrelevante, el ya reiterado caso de la transacción sobre los bienes de una herencia entre los cuales se halla un cuadro del que las partes dudan si es original o falso. De nuevo, hemos de rechazar que esto sea estrictamente una transacción, de acuerdo con nuestro Código Civil. No lo sería por falta de presupuesto: no hay litis, pues no se puede litigar —ni, en consecuencia, transigir— sobre la autenticidad o falsedad de un cuadro a secas, a menos que ello se entremezcle con alguna cuestión jurídica de fondo.

Hay que advertir, no obstante, que, según el Código alemán, este ejemplo cuadra perfectamente dentro de la concepción que el legislador germano tiene de los acuerdos transaccionales, pues no podemos olvidar que el 779 BGB habla de «un contrato por el cual es suprimido el litigio («Streit») o la incertidumbre (*Ungewissheit*) de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones». Así pues, en Derecho alemán, el fundamento de la transacción tanto puede ser la *res litigiosa* (el litigio) como la *res dubia* (la incertidumbre), lo que no sucede, como vimos, en Derecho español.

Ya hemos podido comprobar en las páginas precedentes algunos de los inconvenientes con que tropieza la disyuntiva ECC-ECNC en materia de transacción: no es nada sencillo distinguir, caso por caso, qué sea el *caput controversum* y qué el *caput non controversum*, e incluso a veces se confunden con el primero puntos o cuestiones que no tienen nada que ver con él, en cuanto que no son aspectos susceptibles de una disputa jurídica auténtica. No quedan ahí los posibles defectos de la citada construcción doctrinal sobre el error transaccio-

(65) Véanse, en esta dirección, las opiniones de SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 206, o de EBEL, «Berichtung, transactio und Vergleich», Tübingen, 1978, pp. 154-155.

(66) *Besonderes...*, *cit.*, p. 244.

nal. Veamos esquemáticamente algunos más, dentro de la temática específica de la distinción entre lo que es ECC y ECNC.

1. A nuestro juicio, la dicotomía ECC-ECNC no alcanza —o puede no alcanzar— el objetivo final deseado. La idea que subyace a esta concepción no es otra que el deseo de los autores y de la jurisprudencia, arropados o no por su respectivo legislador, de cerrar las vías posibles de anulación de las transacciones, como forma de reforzar su eficacia práctica en cuanto medio privado de resolución de conflictos. Puesto que es en cierta medida «lógico» no limitar la alegación de otros vicios del consentimiento más graves y socialmente más reprobables, tales como el dolo, la violencia o la intimidación, se hace necesario para conseguir aquel objetivo limitar el campo de actuación del error, el vicio que podemos considerar más débil y menos justificable desde el punto de vista del dogma de la autorresponsabilidad de las partes contratantes.

Pero si resulta que el criterio de que nos servimos para delimitar los errores eficaces de los ineficaces a efectos anulatorios, es el de establecer previamente cuál ha sido el *caput controversum* de la transacción impidiendo el error recayente sobre el mismo, y permitiendo la anulación del que recae sobre el *caput non controversum*, acaso lleguemos a la conclusión de que con este sistema *se consigue facilitar la anulación de las transacciones más que con las fórmulas generales* (art. 1266 del Código Civil español).

Ciertamente, en ordenamientos como el alemán, esto no sucederá, por cuanto allí el 779 BGB añade la referencia final de su primer párrafo de que «el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación», en definitiva, que ha de tratarse de un error en cierto modo *esencial* (67), de modo que sólo será anulable por error una transacción cuando afecte a un punto no discutido y, además, haya sido determinante del surgimiento del litigio, no habiéndose originado de haberse sabido la realidad.

Sin embargo, si admitimos que nuestros arts. 1817 a 1819 acogen la citada distinción, tendríamos que replantearnos las características y

(67) Este planteamiento del Código alemán resulta un tanto curioso, por cuanto se sale de la forma normal de entender lo que es un error *esencial*. La «esencialidad» del error debería de venir dada en materia transaccional no por el no nacimiento *del litigio o la incertidumbre*, bases de la transacción, de haberse conocido la realidad, sino *por la no emisión del consentimiento transaccional*.

Este enfoque no puede ser trasladado al Derecho español, en donde no hay una norma que se aproxime mínimamente al 779 BGB. Muy al contrario, el planteamiento debe ser el tradicional. Hay que tener en cuenta, no obstante, que a veces puede haber una coincidencia, en el sentido de que, de haber sabido los datos reales, ni se habría transigido, ni tan siquiera se habría originado una *litis* entre las partes, origen de la ulterior transacción. Ahora bien, ello no es óbice para que, en otras ocasiones, no se produzca esa coincidencia.

requisitos del término «error» usado por el 1817, y tomar la siguiente determinación: si el «error» del 1817 no es el error general del 1266, ese nuevo «error» tiene que reunir unas características *diferentes* de las generales (las de la excusabilidad, esencialidad, etc.). Por una sencilla razón —y con esto nos adelantamos a la rápida crítica que nos harían los partidarios de la concepción tradicional. El 1817 no puede de ninguna manera acoger un error *in caput non controversum* relevante y con las características del error general, como pudieran contrargumentarnos aquellos autores. Porque, si esta concepción especial del error ha sido deducida haciendo abstracción de los casos de «falsedad» del 1817 y del art. 1819, 1, y si estas concretas hipótesis son casos, como con acierto señala Santoro Pasarelli (68), de *error en los motivos* en los que no tienen por qué concurrir los requisitos habituales del error, bastará, pues, simplemente con que se dé el supuesto de hecho de las referidas normas para que haya nulidad por error. En consecuencia, siguiendo el hilo argumental de la teoría tradicional, *otro tanto debe suceder*, en nuestro Ordenamiento, con los demás supuestos de ECNC no desarrollados legalmente, pero *incluidos dentro del 1817, 1*. Será suficiente con que se demuestre el hecho de la ignorancia y, además, que no afecten a alguno de los puntos debatidos, para que produzcan la nulidad del contrato. Porque de lo contrario, habría que sostener que el error del 1817, 1 alude, no al error *in caput non controversum* con las condiciones usuales del 1266, tesis que implicaría forzar extraordinariamente el texto legal, sino *al mismo error general del 1266*.

Si nuestro razonamiento es correcto, resultaría finalmente que una postura doctrinal que nació para detener las impugnaciones por error (error esencial y excusable), estaría dejando entrar por la ventana, lo que impidió por la puerta; estaría facilitando hasta límites completamente indeseados la anulación por error, bastando para ello con que el nuevo dato alegado y desconocido al contratar no hubiese sido un punto discutido, lo que es bien sencillo. Bastaría, por tanto, un simple error —unilateral, inesencial o incluso inexcusable de acuerdo con los criterios generales— afectante a una cuestión pacífica no controvertida, para lograr la ineficacia de la transacción. Cualquier error sobre una cuestión puramente accesoría, como ha dicho algún autor español, interpretando del modo más radical los postulados tradicionales sobre el ECNC (69) ocasionaría este resultado (70).

(68) «La transazione», seconda edizione, Napoli, 1975, p. 142 y ss.

(69) MOXO, «Notas sobre la naturaleza...», *cit.*, p. 683.

(70) No se pierda de vista que, según la doctrina y la jurisprudencia, el error como vicio anulatorio de los contratos en general sólo puede ser admitido *excepcionalmente*, con lo que se abriría un abismo incomprensible entre la doctrina del error general y la del error transaccional.

Téngase en cuenta, además, que este panorama se agrava si recordamos lo que dice nuestro art. 1815: «La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma...» Si nuestro legislador impone al juez o al jurista en general interpretar de forma restrictiva el objeto de la transacción, esto es, el *caput controversum*, serán muchas las cosas que queden fuera de él y que, por tanto, puedan determinar un mínimo desconocimiento o conocimiento inexacto, es decir, un error *in caput non controversum*, con trascendencia anulatoria según la tesis que criticamos (71).

Cabría rechazar estas conclusiones interpretando el párrafo primero del 1817 en el sentido de remisión, no a la concepción general del error recogida en el 1266, sino a los requisitos que de este precepto (y de su interpretación jurisprudencial) se desprenden. Ahora bien, con independencia de la dificultad de acoger esta perspectiva tal como está redactado el 1817, 1, bien podría pensarse que entonces la disyuntiva ECC-ECNC deviene ineficaz de hecho. Si los casos de ECNC, que serán los más a la vista del espíritu del 1815, hay que reconducirlos hacia los criterios generales de la excusabilidad y esencialidad del 1266, ¿de qué nos servirá entonces la distinción? ¿No será mejor, siguiendo la interpretación más sencilla y literal del 1817, 1, defender que cualquier desconocimiento o inexacto conocimiento de la realidad por una de las partes, producirá la nulidad si concurren las condiciones generales del 1266, ya afecte al *caput non controversum* o al *caput controversum*?

Ese carácter excepcional del error se deduce claramente de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963, 15 de febrero de 1977, 28 de febrero de 1974, entre otras.

En doctrina, véase MORALES, *Ob. cit.*, p. 218; GHESTIN, «La notion d'erreur dans le Droit positif actuel», París, 1963, p. 96, y CASTRO Y BRAVO, «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *A.D.C.*, 1988, p. 425.

(71) Los inconvenientes de la tesis de la dicotomía en este punto se comprueban también en las opiniones de algún autor alemán, como PECHER, *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Halbband*, segunda edición, München, 1986, p. 1086, quien llevado por la amplia expresión del 779 BGB, incluye como supuestos anulatorios todos los cambios sobrevenidos de circunstancias (tales como alteraciones en la Economía, futuras legislaciones, modificaciones de la Jurisprudencia...).

Esto ha sido criticado muy acertadamente por MARBURGER, *Staudinger Kommentar zum BGB*, && 741-822, 12 edic. revisada, Berlín, 1986, pp. 495-496. En esta misma dirección se expresa SCHACK, *ob. cit.*, p. 600.

Véase, en España, GAVIDIA, «Presuposición y riesgo contractual», *A.D.C.*, 1987, pp. 567 y ss., sobre las amplias posibilidades de anulación de los contratos que proporciona la tesis de la «presuposición», elaborada por WINDSCHEID, y en la que sin duda se apoyó el 779 BGB (y, por tanto, la tesis de la dicotomía) para mantener la especial configuración del error transaccional.

2. Por otro lado, la tesis defensora a la dicotomía ECC-ECNC no es capaz de dar respuesta adecuada a algunas situaciones susceptibles de presentarse en la práctica.

Por ejemplo, imaginemos que dos sujetos divergen sobre el contenido de los derechos atribuidos a ambos por un testamento, del que ambas partes tienen *dudas* de si es falso o verdadero. A pesar de ello, transigen sólo sobre los derechos derivados del testamento mediante concesiones recíprocas, no siendo punto discutido entre ellos el de la posible falsedad del título. Según la opinión de parte de la doctrina italiana (72), si posteriormente se establece con certeza la falsedad del testamento, en estas circunstancias la transacción sería inatacable por error, precisamente por el conocimiento de los transigentes acerca de la *probable* falsedad del título. Desde el punto de vista de la dicotomía, puesto que todo hay que reconducirlo a alguna de las dos categorías, es evidente que la cuestión de la nulidad no sería un *caput controversum*, pues las partes no transigieron sobre este punto. Y, sin embargo, aún siendo un *caput non controversum*, el efecto sería el mismo que el del ECC, a saber, la ineficacia anulatoria del error alegado (inexacto conocimiento de la invalidez del título testamentario) (73).

En esta hipótesis concreta, perfectamente posible en la práctica, no cabe servirse de los criterios al uso, pues si así fuese, habría que concluir la nulidad de la transacción por error *in caput non controversum*. La decisión se ha tomado siguiendo las pautas previstas para el error contractual general, esto es, atendiendo a si afecta a la sustancia misma de la materia transigida, así como al grado de diligencia usado por las partes en el conocimiento de los datos reales. En este caso, una de las partes —la que luego adujo error— no obró diligentemente, pues se pudo cerciorar el estado real, jurídicamente hablando, del testamento. Si no lo hizo, ese sujeto será autorresponsable de su falta de diligencia, y deberá pechar con la consecuencia de la irrelevancia del error alegado, error que, por tanto, será inexcusable.

A la conclusión a la que queremos llegar es la de la *incoherencia* de los partidarios de la dicotomía. No se puede sostener, por un lado, que, para decidir si el error transaccional produce consecuencias anulatorias hay que atender *exclusivamente* a si el punto objeto de equivocación fue o no un *caput controversum*, y luego utilizar, por otro, los remedios generales para solventar las posibles desviaciones de la regla. Por lo demás, de ser correcta la modalización del ECNC con

(72) D'ONOFRIO, *Ob. cit.*, p. 273, y SANTORO-PASARELLI, *Ob. cit.*, pp. 172-173.

(73) Véase, para un caso de «dudas» de las partes en contrato distinto de transacción, seguido de ulterior impugnación, GHESTIN, *Ob. cit.*, p. 197, quien se inclina también por rechazar la nulidad.

los criterios del error contractual general, habría que hacer otro tanto de lo mismo con el error *in caput controversum*, si se quiere ser plenamente coherente. Ello llevaría a desechar también aquellos casos de ECC que no cumplieren las condiciones de esencialidad y excusabilidad. En este sentido, se manifiesta Carresi (74). (Téngase en cuenta que la esencialidad de un error bien puede alcanzar tanto al *objeto* estricto de cualquier contrato, como a todo lo que le rodea, siempre que una de las partes —o las dos— tuviesen en las interioridades de su mente una percepción incorrecta de la realidad de tal magnitud, que no habrían deseado contratar de haber tenido un conocimiento preciso. El hecho de que en un contrato cualquiera de las dos (o más) partes contratantes converjan en una cosa o cosas, en un objeto u objetos determinados, no significa que la alegación del error quede vedada a esas materias.)

Conclusión —y pregunta— final: Si nuestro razonamiento es correcto, ¿para qué sirve entonces la distinción entre ECC y ECNC, si en ambas situaciones hay que echar mano del sistema general del error contractual? ¿No será mejor recurrir a las técnicas habituales, al menos como punto de partida, para luego hacer, en su caso, algunas matizaciones, dependiendo de los casos concretos y de las circunstancias? Y pensando ahora en la hipótesis anterior de transacción con *dudas* sobre la validez del testamento, ¿no será más lógico pensar que las partes al transigir han querido expresa o tácitamente asumir, siguiendo los criterios generales en materia de error, la inexcusabilidad del error susceptible de alegarse cuando se descubriese la falsedad de aquél?

3. Otra hipótesis en la que no encaja bien la distinción entre ECC y ECNC es aquella en que concurre el error en las llamadas «transacciones mixtas», esto es, transacciones en donde la concesión de una de las partes afecta a un objeto extraño a la discusión.

A nuestro juicio, en estas transacciones, y a pesar de la opinión de Moscarini, quien ha defendido en Italia la aplicación a ellas del principio de irrelevancia del ECC (75), la conocida dicotomía no es fácilmente trasladable a las transacciones mixtas. Al menos cuando el error de una de las partes afecta a la cosa extraña a la discusión, no parece factible utilizar alguno de los dos tipos de error tradicional. Ni es, obviamente, un error que recae sobre el *caput controversum*, pues no se litigó sobre ese objeto, ni tampoco, creemos, un ECNC, por cuanto por éste generalmente se entiende la ignorancia o inexacto conocimiento de la *base transaccional*, es decir, de los datos, hechos o factores tomados por las partes de consumo para plantear la discu-

(74) *Ob. cit.*, p. 500.

(75) «La transazione mista», en *Studi in onore de F. Santoro-Pasarello*, tomo III, Napoli, 1972, pp. 474-476.

sión; es evidente, pues, que el error afectante a la cosa no discutida pero recibida como concesión por uno de los transigentes, no puede configurarse como un ECNC.

En conclusión, lo más sensato sería sostener la aplicación de la disciplina general del error (art. 1266). No sólo respecto de las transacciones mixtas, en donde resulta inevitable, sino respecto de todo tipo de transacción (76).

4. Veamos una última hipótesis en donde tampoco casan bien los esquemas clásicos de la dicotomía con el caso concreto, o al menos en donde su uso es un tanto problemático. Se trata de aquel supuesto en donde dos sujetos discuten acerca de si un contrato por ellos celebrado es nulo, por ejemplo, por causa ilícita, llegan a un acuerdo transaccional, y luego una de las partes descubre que, en el contrato primitivo, no sólo había una posible causa ilícita (eso no llegó a saberse con certeza, pues no hubo resolución judicial), sino, además, *dolo* de la contraparte. Por este motivo, el otro contratante impugna la transacción *por error*, es decir, por inexacto conocimiento de los hechos que dieron origen al primer contrato (el comportamiento doloso), y que, de haberse sabido, le habrían inducido *a no transigir*.

Aquí el problema radica en saber cuál fue el *caput controversum* de esta concreta transacción. Parece claro, por lo pronto, que el objeto de la transacción fue la disputa *sobre la nulidad del primitivo contrato*. De ser esto cierto, habría que concluir la irrelevancia del error, pues, aunque éste consistía en la ignorancia de una concreta causa de anulación del primer contrato —el dolo—, y no de otra causa distinta probablemente concurrente —la causa ilícita—, el *caput controversum* sería *la nulidad misma* de aquél, *cualquiera que fuesen sus posibles vicios o defectos*. Esta sería probablemente la solución más acorde con los planteamientos de la doctrina seguidora de la disyuntiva.

Sin embargo, cabría otra posibilidad: aceptar un concepto más estricto de lo que sea el *caput controversum*, entendiendo por tal no ya los puntos específicamente discutidos y transigidos sin más (lo que podríamos llamar el *petitum*), sino éstos junto con la causa concreta en base a la cual se pide (o sea, lo que en terminología procesal sería la *causa petendi*). De esta manera, el caso que planteamos se resolvería así: el *caput controversum* será, ciertamente, la nulidad del contrato originario, pero *la nulidad por causa ilícita*, no entrando dentro de la cuestión controvertida y transigida la nulidad *por dolo*; a menos, claro está, que se hubiese llegado a un acuerdo sobre cualquier causa de nulidad susceptible de concurrir. Por tanto —y exceptuando esta última posibilidad—, la transacción celebrada sería anulable por error,

(76) En la misma dirección, SANTORO, *Ob. cit.*, pp. 154-155 (aunque sólo respecto de las relaciones extrañas a la *litis*).

error que sería *in caput non controversum*, pues el posible dolo del primer convenio no fue materia transigida y, en consecuencia, pasaría automáticamente a ser motivo de error relevante.

Pero esta manera de enfocar la cuestión de qué sea *caput controversum* y qué *caput non controversum* la juzgamos inapropiada. En primer lugar, porque se olvida que, en abstracto (y siguiendo la manera de actuar del error-vicio), acaso no sea correcto desde un punto de vista ético o de buenas costumbres, permitir la anulación por error a quien probablemente, por su comportamiento negligente (v. gr., no se planteó adecuadamente los posibles vicios o defectos de la relación originaria, y no descubrió el dolo de la contraparte, siendo sencillo hacerlo), no lo merecía.

En segundo lugar, porque se crea un peligroso puente de unión entre transacción y sentencia judicial firme, ya que se acaban trasladando al campo de los contratos —la transacción es uno de ellos— términos y consecuencias propias del Derecho procesal, con la consiguiente falta de rigor técnico, incluso en un contrato, como la transacción, tan próximo en cierto modo a dicha disciplina. Lo que se consigue con esta asimilación de la transacción a la sentencia en el campo de la nulidad por error, no es otra cosa que apoyar la concepción *declarativa* acerca de la naturaleza del contrato de transacción: si el *caput controversum* se identifica con las pretensiones concretas de las partes, y si sobre éste no es posible volver por causa de error de alguno de los transigentes, lo que se hace es asumir que una transacción es algo idéntico a una sentencia, a través de la cual se termina declarando el derecho preexistente de uno de los litigantes sobre una determinada pretensión.

Frente a ello, conviene tener en cuenta que la doctrina más reciente tiende a abandonar los postulados clásicos de la «declaratividad» de las transacciones, bien para matizar aquella postura originaria según las circunstancias (77), bien para rechazarla postulando el carácter dispositivo o modificativo (78) de esta clase de contratos.

En las transacciones hay, sí, sustitución de la actividad de los órganos judiciales, pero *en absoluto podemos pensar que haya un juicio que supla a las sentencias*. Tan sólo se trata de dar por concluido un conflicto entre dos o más sujetos a través de un acuerdo en el que las dos partes se hacen recíprocas concesiones en relación a las pretensiones originariamente sostenidas. No podemos, por tanto, utilizar el dato de la señalación de las cuestiones discutidas como pauta para conocer qué puede ser y qué no anulado por error. Entre otras razones, porque, cuando menos en las transacciones celebradas antes de la

(77) Cfr. GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 53 y ss.

(78) Recientemente, en España, LUNA SERRANO, «La invalidez...», *cit.*, p. 112, y PELÁEZ, «La transacción. Su eficacia procesal», Barcelona, 1987, pp. 83-129.

iniciación de un proceso judicial, las pretensiones ni siquiera se conocen con certeza en muchas ocasiones, o aún sabiéndose, nada impide que se modifiquen posteriormente antes de la presentación de la demanda (la demanda que hipotéticamente se hubiese presentado de no haberse transigido). Por lo demás, si se quiere ser coherente con la postura sostenida por los partidarios de la dicotomía, lo lógico sería, teniendo en cuenta el efecto de «cosa juzgada» de las transacciones, llevar a sus últimas consecuencias la teoría defendida e impedir la alegación de cualquier otro vicio de la voluntad diferente del error (dolo, intimidación...), por cuanto se trataría de mantener a ultranza la vigencia de lo transigido.

5. Un repaso por la doctrina francesa, de cuyo Código procede en buena medida, como ya pusiera de manifiesto García Goyena (79), nuestra regulación del error transaccional, nos proporciona un nuevo apoyo en esta verdaderamente larga exposición de los inconvenientes de la distinción entre ECC y ECNC.

Curiosamente, la doctrina francesa —por supuesto, tampoco su legislación— es la única de nuestro entorno cultural que no hace el más mínimo hincapié en la disyuntiva ECC-ECNC. Ni entre los autores clásicos, ni entre los modernos, se utiliza esa terminología, ni de hecho, se distingue entre error sobre el punto controvertido y sobre punto no controvertido (80). Hay más bien una remisión a las categorías clásicas de error (error en el objeto, en la persona, obstativo, etc.), aunque, eso sí, reconociendo que el error transaccional se encuentra algo más limitado que el error contractual general. (No se olvide, sin embargo, que el 2052 del Código Civil francés prohíbe, contrariamente a lo que literalmente expresa nuestro Código, el error de derecho, lo cual es un motivo de restricción insalvable.)

Esto es demostrativo de que las categorías usuales de ECC y ECNC no son esenciales en la construcción del error transaccional. Se pueden solventar todos los problemas relacionados con esta materia acudiendo a los criterios generales, con las específicas matizaciones de los arts. 2052 y ss. del *Code* francés. Y si esto es así, lo puede —y lo debe— ser *a fortiori* en Derecho español, en donde se introdujo la importantísima novedad, inexistente en los demás Códigos europeos, del art. 1817, con su remisión a los arts. 1265 y ss. del Código Civil.

(79) «Concordancias...», *cit.*, p. 135.

(80) Cfr. TROP LONG «Del mandato, della fideiussione e delle transazioni», prima versione italiana, Napoli, 1846, pp. 233 y ss.; DALLOZ-VERGÉ, «Les Codes annotés. Code civil», tomo 2, París, 1874, pp. 913 y ss.; MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo 3, vol. 2, 5.ª edic., París, 1980, pp. 1.083 y ss; LAURENT, *Principes de Droit Civil français*, tomo 28 (3.ª edic., Bruxelles-París, 1878, pp. 394 y ss; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, tomo XI, París, 1932, p. 959, y BOYER, «Transaction», *cit.*, pp. 20 y ss.

Esta conclusión viene corroborada por nuestra jurisprudencia, la cual no ha adoptado prácticamente en ningún caso la tradicional distinción entre ECC y ECNC, a la hora de resolver recursos de casación sobre error del consentimiento en contratos de transacción. En esta dirección, pueden citarse, además de las sentencias de 25 de mayo de 1956 (se rechaza el error alegado por el padre, en una transacción celebrada con sus hijos, producido por su senilidad y su casi ceguera), 19 de diciembre de 1960 (no hubo error jurídicamente tal, según el Supremo, en una transacción concluida acerca de las dudas derivadas de la venta de una panadería, al aducirse que no se conocía la suspensión de apertura del local, decretada por la Comisaría de Abastecimientos, ignorancia que no fue plenamente probada). Más interesante, si cabe, es la sentencia de 23 de junio de 1962, en donde se planteaba la nulidad por error de una transacción celebrada entre los distintos sujetos llamados a una herencia tomando por base una partición anterior; la demandante pretendía la anulación por haber sido inducida, según ella, a transigir en la creencia de que en la transacción se establecía una condición (tácita, pues no aparecía en el texto del acuerdo) de que se otorgaría nueva partición más ajustada a la voluntad del causante; se denegó esa pretensión de nulidad por falta de prueba del error o del dolo de los otros transigentes. En ninguna de estas sentencias hay la más mínima alusión a un enfoque específico del error en las transacciones; hay simple remisión a los criterios generales (81).

Por último, y en esta dirección, la situación más extrema, de entre los países que regulan el contrato de transacción, la representa el Código Civil portugués, en cuyos arts. 1248 a 1250 no se hace la más mínima referencia a posibles peculiaridades del error transaccional. Ello tiene que significar por fuerza que, para el legislador portugués, la transacción puede ser anulada por cualquiera de los vicios generales, entre ellos el error, ya recaiga sobre el *caput controversum*, ya sobre el *caput non controversum* (82).

6. Una última aportación que corrobora la innecesariedad, además de la escasa utilidad práctica de la distinción entre ECC y ECNC.

(81) Véanse, en ese mismo sentido, las sentencias de 7 de octubre de 1986 de la Audiencia territorial de Barcelona, o de 30 de septiembre de 1988, de la Audiencia territorial de Valencia.

Igualmente, aunque referido a un caso de dolo incidental, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1911.

(82) Ni siquiera la doctrina y jurisprudencia portuguesas han mostrado interés por la dicotomía ECC-ECNC, ni por examinar posibles peculiaridades del error en el contrato de transacción. Véanse al respecto los comentarios a estos artículos (1248 a 1250 del Código portugués) de PIREZ DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código Civil anotado», vol. II, 3.ª edic. revisada y actualizada, Coimbra, 1986, pp. 855-859, y de NETO-MARTINS, «Código Civil anotado», sexta edic. actualizada, Lisboa, 1987, pp. 730-731.

La pregunta previa es: ¿qué diferentes repercusiones jurídicas provoca la anulación (o no anulación) de una transacción siguiendo la fórmula del ECC-ECNC, en relación con el sistema general de error previsto en el art. 1266 del Código Civil, al que parece remitir el 1817, 1? Es indudable que, entre una y otra fórmula, las desviaciones en la solución de los casos podrían ser muy importantes, con lo que, desde un punto de vista práctico o social, acaso se impondría la aceptación de la primera de las tesis. Para sacar alguna conclusión a este respecto, hay por fuerza que acudir a los ejemplos que más arriba vimos recogía la doctrina de los diversos países.

Recordemos, en primer lugar, los casos presentados por Gropallo: el de la transacción sobre el valor de inmueble vendido en la cual una parte desconocía al transigir las normas sobre rescisión por lesión, y el de la transacción sobre si se había producido o no usucapión, descubriéndose después la posesión por uno de los transigentes de un título de propiedad heredado. Según la técnica del *caput controversum-caput non controversum*, la primera hipótesis sería de ECC, que sería inimpugnable, por ser, además, un error de derecho sobre ese *caput controversum*; la segunda, daría lugar a nulidad por ECNC, al no haberse transigido sobre dicho título nuevo.

Pero, ¿cuál sería la solución de estas dos situaciones hipotéticas, siguiendo las pautas generales del 1266? ¿La misma o diferente? Hay que decir que la técnica general del error contractual no está sujeta a esquemas rígidos, por lo que la solución dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Sin embargo, nos atreveríamos a afirmar que, con esta matización, *la solución sería exactamente la misma*. En el primer caso, habría un error de derecho muy difícilmente estimable por los tribunales, por ser claramente *inexcusable* (83). Es incuestionable aquí la aplicación del principio de autorresponsabilidad del transigente que incurrió en ese tipo de error. Por lo que concierne a la segunda hipótesis, la nulidad por error sería procedente, por desconocerse un dato fundamental que, de haberse sabido, habría impedido la conclusión del contrato; sería, pues, un supuesto de error esencial y excusable. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esto son soluciones teóricas, sin atender a textos legales. No obstante, de acuerdo con nuestro art. 1818, la aparición de un documento nuevo —como aquí sucede— no determina, en principio, la nulidad por error. Según nuestro Código, esta hipótesis, incluso siendo de error esencial, no produ-

(83) Ello no significa que, para nosotros, todos los errores de derecho sean inexcusables, ya sea en los contratos de transacción, ya en cualquier otro contrato. Creemos que el error de derecho puede provocar la nulidad de un contrato, incluida la transacción, aunque hay que reconocer que, con muy poca frecuencia, este tipo de error resulta excusable, como se puede comprobar acudiendo a la jurisprudencia. Sobre este tema, volveremos más adelante.

ce la nulidad por disposición legal, al contrario de lo que sucede en el Derecho italiano, en donde sí procede la nulidad por error, aun cuando sólo respecto de las llamadas transacciones particulares (vid. art. 1975 del Código Civil italiano vigente; antiguo art. 1777 del Código de 1865).

Lo mismo habría que decir de los ejemplos expuestos por Valsecchi acerca de la transacción sobre un objeto precioso y que luego resultó ser falsó. La solución sería la de su anulabilidad por error, se adopte la fórmula que se adopte. Si se siguen los criterios del 1266, habría que tener en cuenta que sería un error sobre las cualidades esenciales del objeto determinante de la nulidad de la transacción... A menos que se probase no haber utilizado por el que impugnó la suficiente diligencia en la indagación de la realidad de la cosa, o a menos que ese impugnante fuese un perito en la materia (marchante o similar) que, sin embargo, no hubiese tomado las precauciones oportunas, y a salvo el posible dolo de la contraparte.

Ahora bien, si se transigió en base a la expresa duda de la autenticidad, seguramente un juez resolvería la demanda de nulidad presentada denegándola por no ser excusable el error aducido (error de hecho); e incluso por no ser tampoco esencial, ya que al dudarse sobre su autenticidad, este dato dejó de considerarse por las partes como *determinante* de la celebración del contrato.

Otro tanto de lo mismo habría que decir de los supuestos hipotéticos expuestos por Visalli, Carresi, Gullón, Hedemann o Brox. En todos ellos, la solución, favorable o contraria a la procedencia del error como medio de anulación de la transacción, se puede obtener del mismo modo o de un modo similar acudiendo a la tesis de la disyuntiva ECC-ECNC que a los criterios generales del error contractual, aunque, con esta última fórmula, la decisión podría variar según cuáles fueran las circunstancias concretas del caso.

En conclusión, con este panorama, no queda otro remedio que dudar de la eficacia práctica de una distinción (distinción entre ECC y ECNC) que ni es acorde con nuestro texto legal, ni produce unos resultados prácticos tan diferenciados y peculiares de los normales del 1266, que justifiquen suficientemente su mantenimiento por parte de la doctrina patria. Es más, si algo ha quedado patente de lo anteriormente expuesto, es el mayor grado de flexibilidad, de adaptación a las circunstancias del caso, de posibilidad de soluciones más equitativas, de la fórmula general del error. Por todo ello, habría que inclinarse por desechar la tesis de la dicotomía ECC-ECNC, postulando la interpretación del 1817, 1 como remisión en bloque al art. 1266 del Código Civil, con las matizaciones que más adelante se harán en relación al 1817, 2.

El único punto de discordancia real entre los dos enfoques sobre el error transaccional reside en la solución que debe darse a determi-

nados supuestos —no todos— en que concurre lo que la tesis tradicional denomina un error *in caput controversum*. Según la tesis de la dicotomía, salvo alguna opinión discordante (84), aquí no hay que plantearse nada más allá de si el error aducido recae o no sobre el punto controvertido, de modo que *será automáticamente inimpugnabile el que afecte al mismo*.

La otra perspectiva, la que postula la simple aplicación del 1266, no da una solución tajante y rápida de estas hipótesis, sino que propugna tomar la decisión correspondiente analizando con mesura todos los datos, el comportamiento de las partes, su situación contractual y los intereses en juego. A partir de todos estos factores, se dará una respuesta adecuada, respuesta que no estará necesariamente conectada con el hecho de que el error recaiga o no sobre el punto controvertido. Puede darse, por tanto, la circunstancia de que se resuelva un caso de auténtico error *in caput controversum* según la primera de las tesis, declarándose la nulidad por error de la transacción celebrada, cuando ese error reúna las condiciones de ser esencial y excusable. El ejemplo más significativo de esto que decimos se puede encontrar en las transacciones sobre indemnización de daños, cuando ulteriormente se descubre que el perjuicio era de mayor entidad que el tenido en cuenta en el momento de transigir. Ejemplo que pasamos a dedicarle a continuación unas líneas, dada su trascendencia práctica.

III.4. Un caso concreto: la transacción sobre indemnización de daños celebrada entre el perjudicado y el causante del daño o la aseguradora, y la doctrina de la irrelevancia del error *in caput controversum*

Nuestra atención se centra ahora en la aplicación de la doctrina defensora de la irrelevancia del ECC a un supuesto concreto, probablemente el más habitual en la jurisprudencia de los países de nuestro área cultural: el de las transacciones celebradas entre un particular perjudicado por un daño extracontractual y el causante del mismo o (sobre todo) la compañía aseguradora, cuando se transige sobre una determinada base, sobre un específico daño corporal o de otro tipo, y después de la celebración del contrato se descubre la mayor gravedad de los perjuicios ocasionados, lo que lleva al sujeto dañado a impugnar la transacción por error.

Ya se pudo comprobar en el Capítulo primero, cuando se expusieron diversos casos de la jurisprudencia española sobre el error transaccional, cómo esta hipótesis era la que más frecuentemente se presentaba ante los tribunales. Hay que reconocer, no obstante, que esa

(84) Como la ya citada de CARRESI, *Ob. cit.*, p. 500.

«frecuencia» no es muy elevada, siendo sólo tres o cuatro los casos resueltos por el Tribunal Supremo en esta materia, pero no hay que olvidar que las sentencias de nuestro máximo tribunal sobre error en la transacción no pasan de siete u ocho (al menos, que tengan alguna relevancia teórica o práctica), lo cual es indicativo de que nos hallamos ante la situación más usual de error transaccional.

No es esto lo que ha sucedido en otros países, v. gr., en Francia, donde existe un cuerpo de doctrina jurisprudencia muy consolidado sobre esta concreta hipótesis de error transaccional. De ella, de sus vicisitudes, de los intereses que yacen debajo y de los problemas que se plantean, nos da buena cuenta un autor de país vecino, Boyer.

Así, y refiriéndose al objeto de las transacciones, señala Boyer que, en el grupo de casos analizados, el descubrimiento de nuevos daños o de un daño mayor del primitivamente previsto, no debe obstaculizar la reclamación ulterior, de por ejemplo, daños morales, junto a los daños materiales objeto de la transacción; o de una demanda suplementaria, reclamando del juez una reparación adicional por tratarse de un elemento nuevo (una nueva lesión no conocida más que en fecha posterior al contrato). Por otra parte, considera este autor como excesivamente severa la postura de algunos autores y cierta jurisprudencia, de negar una nueva reclamación de daños en estos casos si con las recíprocas concesiones de la transacción se estipuló la renuncia a cualquier reparación futura que pudiera surgir entre las partes. Y es muy severa, a juicio de Boyer, porque casi siempre la víctima, queriendo obtener rápidamente la correspondiente indemnización para evitarse, además, los costosos gastos derivados del juicio, llega a aceptar el acuerdo transaccional en unas condiciones de considerable inferioridad respecto, por ejemplo, de una compañía aseguradora, que no suele tener grandes inconvenientes en iniciar un proceso. Es por ello, y por la frecuente concurrencia de un error —relevante jurídicamente— por parte de la persona lesionada, por lo que la Corte de Casación francesa suele entender de forma restrictiva aquella tendencia de impedir reclamaciones ulteriores (85).

Más adelante, tratando ya el tema del error en la transacción, el propio Boyer se refiere al gran «liberalismo» de la Corte de Casación de Francia en la anulación por error de los acuerdos transaccionales atinentes a las consecuencias de accidentes corporales, a pesar de que, en teoría, ni la (rescisión por) lesión, ni el error sobre el valor tienen trascendencia jurídica en el Ordenamiento vecino. La jurisprudencia ha interpretado, sin embargo, que, en estas situaciones, lo que hay es un error *sobre la naturaleza de las lesiones*, rele-

(85) BOYER, «Transaction», *cit.*, p. 15.

vante (así, si se transigió pensando en la fractura de una extremidad, siendo luego precisa la amputación, etc...), y no un error *sobre la gravedad* de las mismas, irrelevante. Por otro lado, y respecto de las transacciones en que hay una renuncia general a cualquier reparación sobre las consecuencias presentes *o futuras* de la lesión, la jurisprudencia, después de negar la anulación del contrato por error durante algún tiempo, ha terminado por permitir esa anulación en bastantes resoluciones, por su idea de que es en ese momento, en el del descubrimiento del daño mayor del previsto, cuando más ayuda necesita la víctima (86).

Esta larga transcripción del texto de Boyer acerca del estado de la cuestión en Francia, nos sirve estupendamente para ilustrar todos los problemas que subyacen a las transacciones sobre indemnización de daños.

Enfocando esta materia desde la óptica de la disyuntiva ECC-ECNC, habría que preguntarse: ¿cuál es el *caput controversum* en esta clase de transacciones? Por lo pronto, no hay ninguna duda de que lo será la cuestión, perfectamente planteable ante los tribunales, *de la procedencia y, sobre todo, de la cuantía de la indemnización a pagar por los perjuicios irrogados*. Este es el *caput controversum* del que no se puede dudar. Pero sí es más dudoso que haya que restringir aún más el punto controvertido: ¿podría serlo la disputa sobre la cuantía de los daños *conocidos o previsibles en el momento de transigir*, lo que permitiría una ulterior reclamación de los nuevos perjuicios descubiertos, manteniendo la eficacia de la transacción celebrada?

Antes de responder a esta pregunta, conviene hacerse otra y solventarla convenientemente: ¿qué intereses en abstracto, prescindiendo de las normas legales, nos parecerían más defendibles? ¿Los de la víctima ignorante de la realidad de los daños corporales sufridos, o los de la compañía aseguradora que se quiere cubrir las espaldas de esos nuevos daños contratando rápidamente una reparación con el perjudicado a través de una transacción?

Aunque la respuesta está ya condicionada por la pregunta, en sí misma tendenciosa, creemos se puede convenir que la inmensa mayoría de los autores, se opongan o no a la concepción del ECC-ECNC, se inclinarían por proteger los intereses de la persona o personas lesionadas. Dada su situación de inferioridad respecto de la compañía. Dada la ignorancia real de la víctima acerca de sus lesiones. Dada la probablemente no infrecuente actuación dolosa de la compañía de seguros, actuación muy difícilmente demostrable (87).

(86) BOYER, *Ob. cit.*, p. 21.

(87) Y eso sin contar con que el contrato pudiera —acaso— estar sujeto a la Ley de Consumidores, de acuerdo con la cual no son posibles las cláusulas limitativas de responsabilidad (contractual y extracontractual), incluso a través de un contrato de transacción, en donde se reduciría esa responsabilidad a cambio de no oponerse en el pleito correspondiente afirmando su irresponsabilidad total.

Aclarado este tema, entremos en la cuestión de fondo: ¿forman o no parte del *caput controversum* los daños adicionales producidos e ignorados por uno o ambos transigentes (junto a los ya conocidos)? Para dar una respuesta, se nos podría decir, hay que hacer una distinción, entre aquellas transacciones en donde sólo se acuerda una indemnización intermedia entre lo pedido por el perjudicado y lo ofrecido por la compañía aseguradora, sin más, y aquellas otras en que, junto a ello, se estipula la renuncia del lesionado a toda demanda de indemnizaciones posteriores.

En el primer caso, nos dirán seguramente los seguidores de la dicotomía, el *caput controversum* será simplemente la cuantía de los daños tal como se presentaban (actuales o previsibles) al transigir; de modo que, descubriéndose con posterioridad su más elevado volumen, ese mayor grado de lesión será un *caput non controversum* que daría lugar a la anulación de la transacción por error, pero por ECNC, no ECC. En el segundo caso, la estipulación de la renuncia a indemnizaciones futuras implicará que los daños realmente producidos, tanto actuales como futuros, pasen a formar parte del *caput controversum*. De esa manera, no prosperaría la alegación de error, porque, siguiendo las pautas tradicionales, sería un ECC intrascendente a efectos anulatorios.

Desde nuestro punto de vista, estos planteamientos son completamente incorrectos. Para nosotros, el *caput controversum* —siguiendo la terminología de la tesis que rechazamos— *es el mismo en ambos casos*. Tanto en la primera hipótesis como en la segunda el punto controvertido es siempre la cuantía de los daños a resarcir, que es precisamente lo que se discute. *Porque, de acuerdo con el efecto de cosa juzgada propio de las resoluciones judiciales (al que debe de atenderse el juez a la hora de analizar si un punto, habiendo sido posible objeto de transacción, puede plantearse ante el juez por haber sido tratado o no en el contrato), no sería posible presentar una posterior reclamación judicial sobre aquella parte del daño no tenida en cuenta por la transacción*. Dicho de otra manera: supongamos que un sujeto reclama judicialmente una indemnización por una lesión corporal sufrida, y acto seguido transige con la parte demandante, es decir, suple la actuación judicial en ese punto. Si luego pretendiese una indemnización adicional por el descubrimiento de la mayor gravedad de la lesión (sin más, es decir, sin pedir al mismo tiempo la nulidad de la transacción por error), la otra parte podría perfectamente, aplicando en este asunto los mismos efectos de la excepción de cosa juzgada (propia de las sentencias judiciales firmes), oponer al lesionado la *exceptio pacti* o excepción de transacción, viéndose obligado el juez a rechazar aquella demanda. Así pues, no se podría ya volver *sobre el mismo punto*, por la sencilla razón de que

ya habría sobre él cosa juzgada (ahora, la cosa juzgada propia de la transacción) (88) (89).

(88) Por supuesto estamos partiendo de una determinada configuración del efecto de «cosa juzgada» señalando en el art. 1816 para las transacciones, y que es el que creemos utilizan habitualmente los partidarios de la dicotomía para, a partir de él, deducir la irrelevancia del error transaccional que recaiga sobre el *caput controversum*.

Sobre el sentido del art. 1816 del Código Civil, véase el apartado siguiente del texto.

(89) A esta conclusión no se opone una cierta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, manifestada —entre otras— en las sentencias de 19 de febrero de 1973 y 25 de marzo de 1976, de acuerdo con las cuales es posible —al menos teóricamente— una reclamación ulterior sobre daños «nuevos» no conocidos en el momento en que se dictó sentencia, a pesar de existir ya «cosa juzgada». La argumentación utilizada por el Supremo en estas situaciones es la siguiente: «[...] Porque si bien es cierto, como sostiene el recurrente, que la eficacia de la cosa juzgada *civil*, dimanante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un *límite temporal*, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, es menester para ello que este daño o su agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal...» En suma, se trata simplemente de aplicar ese principio general, en materia de responsabilidad extracontractual, de la «reparación integral del daño», en aplicación del cual cabría una nueva reclamación por daños ignorados y no previstos por la primera sentencia ya firme. Véanse también sobre este tema las sentencias de 26 de enero de 1965 y 11 de diciembre de 1979.

Un primer argumento en contra de esta posición jurisprudencial: debe tenerse en cuenta que en ninguna de las dos primeras sentencias citadas (tampoco en las otras restantes) se hace aplicación de la doctrina que se postula, ya que en ambas se deniega la nueva reclamación sobre reparación de perjuicios; cabría pensar, pues, que las palabras utilizadas constituyen realmente un *obiter dictum*, no dando lugar a jurisprudencia en sentido estricto.

Es cierto, sin embargo, que en tiempos más recientes la doctrina del Supremo ha cambiado en este punto, y así la sentencia de 27 de enero de 1981 ha admitido por primera vez la corrección de una demanda adicional de daños, planteada ante juez civil, después de haber resuelto sobre el tema el juez penal en resolución condenatoria acompañada de responsabilidad civil «ex delicto», rechazando la alegación de la excepción de cosa juzgada opuesta por el recurrente. Pero en esta hipótesis la demanda de nuevos daños fue admitida por el Tribunal civil en base a que en la sentencia penal únicamente se estableció una obligación genérica de abono de los gastos de curación y los jornales perdidos (a fijar en fase de ejecución), sin referencia alguna a las lesiones corporales sufridas por el demandante. La indeterminación de la sentencia penal fue la causa del rechazo de la excepción de cosa juzgada.

Más recientemente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha orientado hacia la flexibilización en el cómputo del plazo prescriptivo de un año del art. 1968 del Código Civil, postulando —en la hipótesis de lesiones físicas— que ese plazo no empieza a correr sino desde que se manifiestan al exterior la totalidad de los perjuicios sufridos, aunque aparezcan al cabo de un período importante de tiempo (STS de 16 de diciembre de 1987 y 8 de octubre de 1988, entre otras). Por efecto de esta doctrina, sería perfectamente factible una segunda demanda de indemnización daños, cuando éstos no hubiesen sido tenidos en cuenta en la primera sentencia (sea civil o penal) o no hubiesen sido en absoluto previstos. Esto es justamente lo que ha sucedido con las sentencias de 9 de febrero y 20 de abril de 1988, las cuales han admitido abiertamente una segunda demanda de reparación adicional a la primera, solicitada en proceso penal o civil. Los

Si esto es cierto, nos encontraríamos ante una alegación de un error que recaería sobre un auténtico *caput controversum* (90), y en

argumentos utilizados han sido, sin embargo, muy ambiguos: admitir la excepción de cosa juzgada alegada por la contraparte sería —se ha dicho— una solución «contraria a la naturaleza de las cosas», supondría «un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24, 1 de la Constitución Española, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas»; finalmente, esta solución vendría dada «por un elemental principio de justicia».

A nuestro juicio, la solución adoptada por esta última doctrina jurisprudencial es, a pesar de la deficiente argumentación, aceptable en términos generales, en tanto en cuanto no cabe en esas hipótesis utilizar la vía del recurso de revisión (arts. 1796 y ss. LEC), y sin perder de vista la necesidad establecida legalmente de reparar íntegramente el daño. Presenta, pues, una importante ventaja; pero, al mismo tiempo, provoca grandes inconvenientes, el más grave de ellos es, cómo no, el de la inseguridad jurídica que produce la posibilidad, al parecer no siempre cerrada —en tanto en cuanto se prueben ulteriores perjuicios desconocidos—, de pedir nuevas indemnizaciones de daños. Piénsese igualmente, llevando al extremo la doctrina jurisprudencial, en la difícil posición en que se puede acabar colocando al instituto de la prescripción extintiva, y no sólo en cuanto a las deudas de responsabilidad. Por lo demás, en el fondo de la cuestión parece latir el tema de la insatisfacción doctrinal por el demasiado breve plazo prescriptivo asignado legalmente a las deudas de responsabilidad extracontractual.

Junto a ello, hay que decir que la citada doctrina jurisprudencial no significa la posibilidad de su traslado automático al campo de las transacciones sobre indemnización de daños, en el sentido de suponer un argumento a favor de que los «nuevos daños» constituyen un *caput non controversum* susceptible de provocar la anulación de la transacción por error (ECNC).

Por lo pronto, parece oportuno destacar que la jurisprudencia citada no dice en ningún momento que nos hallemos ante dos deudas distintas, lo que provocaría inexorablemente la inaplicación de la excepción de cosa juzgada. Se trata de una sola deuda, de un solo asunto a resolver, sólo que, por razones de justicia y en base a los principios generales en materia de responsabilidad extracontractual, considera apropiado el T.S. permitir una nueva reclamación. Sería una matización, una modalización, del principio de cosa juzgada, pero no estrictamente dos procesos sobre asuntos diferentes. Así pues, la temática sería la misma, lo que, trasladado al campo de la transacción, significaría hallarnos ante un *caput controversum*.

En segundo lugar, esta jurisprudencia, caso de ser trasladable a las transacciones analizadas, lo único que produciría sería la consecuencia de la licitud —en su caso— de una reparación adicional a la pactada en la transacción, pero no su impugnabilidad en base a un ECNC, como postularían los partidarios de la tesis tradicional.

En último lugar, no hay más remedio que postular la inaplicación de la jurisprudencia citada a las transacciones sobre indemnización de daños, por la sencilla razón de que no existe identidad, ni tan siquiera similitud, entre las dos hipótesis (daños después de sentencia firme condenatoria y daños después de transacción sobre indemnización por las lesiones producidas), justificativas de una traslación de aquella doctrina jurisprudencial. En este sentido, por tanto, la doctrina legal sobre los primeros no se opone a que consideremos como auténtico error —en terminología de los partidarios de la dicotomía— *in caput controversum* (ECC) la excusable ignorancia de los daños mayores realmente producidos y desconocidos al momento de transigir.

(90) En contra parece manifestarse el profesor MORALES MORENO, «Voluntad y causa en la renuncia a la indemnización por lesiones en caso de accidente», en *Rev.*

donde, sin embargo, la transacción estaría abocada a su invalidación, porque ha habido una ignorancia por ambas partes de un hecho tan esencial para ellas que, de haberse conocido a tiempo, hubiera determinado bien la no conclusión de la transacción, bien su celebración, pero con un contenido diferente.

Esto que aquí decimos, o sea, esa profunda insatisfacción provocada por la disyuntiva ECC-ECNC y esa opinión favorable a considerar como nulas por error las transacciones concluidas en tales circunstancias —haya o no renuncia a reparaciones futuras—, no lo manteneamos sólo los que propugnamos la utilización de las reglas generales del error contractual. También es posible encontrarlo entre autores que poseen la profunda convicción de que el error transaccional ha de tener un ámbito de actuación más reducido que en los demás contratos. Por ejemplo, en el propio Boyer, quien por lo demás es un fiel partidario de la teoría declarativa y de la mayor asimilación posible de la transacción a la sentencia firme, con el efecto que ello conlleva de restricción del error transaccional.

Pero mucho más significativo resulta el que la doctrina y la jurisprudencia alemanas recientes hayan criticado la inaceptable aplicación de la regla del 779 BGB (precepto que, como sabemos, dispone la ineficacia del error sobre el punto controvertido) a las situaciones —frecuentes— de transacciones sobre indemnización de daños, cuando ulteriormente se descubre su mayor gravedad (91). Ello es indicativo del grave defecto de la construcción del ECC-ECNC, ya que hallándonos ante un caso —seguramente el más típico— de ECC, los

Poder Judicial, segunda época, núm. 3 (septiembre de 1986), pp. 126-127, para quien se trataría de un *caput non controversum*. Discrepamos de las tesis mantenidas por este autor, quien critica la utilización abusiva que se hace del error en estas situaciones, optando por la vía de la nulidad absoluta por falta de consentimiento o de causa, según las circunstancias. Sigue, pues, un enfoque parecido al de la jurisprudencia alemana —que ahora se verá—. A nuestro juicio, la vía del error presenta la ventaja de limitar el número de legitimados, y de favorecer a la parte más débil (el lesionado), al darle la posibilidad de elegir entre demandar por error (y anular) o mantener la transacción, si le era más ventajosa.

(91) Cfr. en tal sentido EBEL, «Berichtung, transactio und Vergleich», *cit.*, páginas 154-155, quien considera discutible la aplicabilidad a las transacciones sobre indemnización de daños la doctrina de la irrelevancia del ECC. Cita el cambio de orientación jurisprudencial en la materia, en el sentido de desviar la atacabilidad de estos supuestos fuera de los preceptos de la transacción, aplicándose los principios generales contractuales, en concreto el parágrafo 242 (buena fe en la actuación contractual). Para el citado autor, las injustas consecuencias a que conducen estas transacciones, se resuelven pensando que el poder de disposición de las partes en una transacción no es ilimitado, de modo que sólo formalmente puede pensarse que el perjudicado otorga validez, contra sí mismo, a las consecuencias (injustas) derivadas de este tipo de transacciones, cuando después se descubren daños desproporcionadamente superiores a los previstos o previsibles.

tribunales y los autores se inclinan mayoritariamente por la anulación de la transacción.

Es cierto que les cabe aún una vía de escape a los defensores de la dicotomía: considerar que la transacción conserva su vigencia, que no es anulable por error, pero que, si lo que se pretende es proteger los intereses de la parte más débil, ello se puede solucionar permitiendo a ésta una demanda adicional por el *plus*. El argumento: el carácter restrictivo en la interpretación del objeto de las transacciones que nuestro legislador impone al intérprete a través del art. 1815, lo que acaso conduciría a dejar fuera del objeto del acuerdo esos «nuevos daños», los cuales podrían ser, no obstante, reclamados de forma separada.

Pero tampoco resulta convincente esta nueva salida. Aparte de por los argumentos más arriba expuestos, que en absoluto pierden aquí su vigencia, no conviene por otros diversos motivos. El primero, un argumento de tipo práctico: si de lo que se trata es de apoyar a la parte *a priori* más débil, es indudable que la protección que la recibía el transigente lesionado sería —o podría ser, según los casos— *inferior* a la que obtendría con la anulación de la transacción y el replanteamiento de la cuestión —en su integridad— ante los tribunales (o, en su caso, un nuevo acuerdo transaccional en un plano de mayor igualdad y con concesiones más sustanciosas). Téngase en cuenta que, si se permite al lesionado reclamar judicialmente una reparación adicional, subsistiendo la transacción, seguramente *recibiría menos* que de la otra manera. Hemos de recordar en este sentido, que la transacción no es sino un acuerdo en donde se adopta una posición *intermedia* (salvo en las hipótesis de transacciones mixtas) entre lo pedido y lo opuesto.

Pero hay más razones. Por ejemplo, habría un problema muy grave que se le plantearía al juez: ¿cómo determinar la lesión que se ha de valorar para fijar la indemnización, cuando lo que presenta *no es propiamente una lesión, sino una parte de la misma, casi siempre difícilmente determinable*? No se olvide que la indemnización procedente en casos de lesiones corporales responde a la necesidad de cubrir, entre otros factores, *el daño moral*; imagínese, pues, si ya es de por sí difícil cuantificar este daño, lo enormemente complicado que será determinar *una parte del mismo*. Por tanto, una de dos, o se reclama por el todo, anulándose la transacción, o se deja subsistente el acuerdo impidiendo la reclamación ulterior por daños nuevos, pero no una cosa intermedia y completamente abstracta.

Además, hay que recordar que no nos hallamos ante dos lesiones y, en consecuencia, ante dos deudas nacidas de responsabilidad extracontractual sino ante un único acto lesivo y, por derivación, ante *una sola deuda*, sobre cuya cuantía se ha transigido con el objetivo de evitar la maquinaria judicial. En consecuencia, es artificioso, no median-do un consentimiento expreso ni tácito del acreedor, separar la deuda en dos partes, permitiendo el acuerdo transaccional sobre una de ellas, y reclamando judicialmente la otra. La cuantía de lo que reciba el

sujeto perjudicado dependerá de la suerte que corra la anulación (por error) de la transacción: si prospera la demanda de nulidad, se podrá reclamar la reparación de la totalidad de los daños, tanto los originarios como los sobrevenidos con posterioridad (previa la correspondiente demostración de su existencia); si no prospera, el lesionado conseguirá sólo lo que recibió mediante la transacción.

Finalmente, y en relación con lo anterior, aun asumiendo la posibilidad de que el juez determine una indemnización adicional por el *plus* de daño no transigido, perviviendo la transacción sobre parte de la lesión, sería lógico pensar que la parte de reparación recibida a través de la «transacción» carece de causa, pues el fin por el que las partes transigieron fue el de evitar el litigio, lo que no consiguieron, pues éste se replanteó ante los tribunales *por el mismo asunto* y fue resuelto favorablemente para el demandante lesionado. Careciendo, pues, de causa la atribución patrimonial, no habría más remedio que concluir que la parte obtenida «por transacción», se habría recibido real y efectivamente *en concepto de parte* —*cabría hablar de una suerte de «anticipo»*— *de la total obligación de responsabilidad nacida en aplicación del art. 1902* (o del que corresponda). Esa sería la causa de la atribución patrimonial. Y ello conllevaría la completa ineficacia práctica de la transacción.

Para demostrar esta afirmación, basta con imaginar qué sucedería si la transacción fuese anulada, por ejemplo, por dolo, o por atentar contra alguna norma imperativa (art. 6, 3 del Código Civil), después de la firmeza de la sentencia sobre la indemnización adicional. A nuestro juicio, el sujeto lesionado no tendría que devolver la suma recibida mediante la «transacción», porque sería una cantidad *debida*, pero debida *en otro concepto distinto*. Es más, no sólo tendría derecho a quedarse con esa parte de la indemnización (recuérdese que ya se obtuvo otra parte a través de la demanda correspondiente), sino que incluso podría, una vez derribado el obstáculo (la transacción) que imposibilitaba la reparación total de la lesión, podría, decimos, presentar una nueva demanda reclamando aquello que recibió *de menos*, a partir del conocido principio de la reparación integral del daño, que rige en materia de daños extracontractuales. La contraparte, por lo demás, no podría pedir la devolución de lo entregado a través del acuerdo transaccional, pues se lo debía verdaderamente al lesionado, pero *por un concepto distinto*, nacido de una causa distinta a la transaccional.

Por todo ello, es preferible técnicamente dejar la puerta abierta a la anulación de estas transacciones por error como solución primera y principal (en tanto en cuanto concurren las condiciones generales del mismo), antes que acudir a otros expedientes más complicados e inapropiados. Máxime si la vía del error aprovecha a la parte teóricamente (y prácticamente, siempre) más débil, el particular lesionado.

Esta postura que sostenemos tanto nosotros como buena parte de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, de permitir la anulación de una transacción sobre daños extracontractuales en las circunstancias señaladas en base a un auténtico —en terminología de los defensores de la dicotomía— error *in caput controversum*, la ha defendido también sin titubeos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Recuérdese en este sentido cómo en el Capítulo I recogíamos tres supuestos (supuestos primero, tercero y quinto) extraídos de la jurisprudencia española de transacciones atinentes a daños extracontractuales que pretendían ser anuladas por alguna de las partes. Pues bien, esos tres casos concluyeron con el mismo resultado: su anulación por vicio del consentimiento.

En la primera de ellas, se declaró la nulidad, no por error, sino por dolo (la verdad es que el dolo era bastante claro), pero estamos seguros de que, incluso aunque éste no hubiera concurrido, se habría anulado por error, y ese error probablemente sería un ECC.

Mucho más importantes son las otras dos sentencias (supuestos tercero y quinto), en las que abiertamente se reconoce por el Tribunal Supremo la presencia de una transacción, en donde se alega el error y en donde, finalmente, se anula el correspondiente contrato por esa causa, no encontrándose en la doctrina jurisprudencial allí desarrollada datos decisivos sobre una visión restrictiva del error transaccional, ni a favor de la disyuntiva ECC-ECNC, de acuerdo con la cual la transacción, en estas hipótesis, sería inimpugnable por haber un ECC.

Así la primera (STS de 6 de noviembre de 1965), después de hacer algunas interesantes consideraciones que ya recogeremos, dice escuetamente: «Que sentado lo anterior y *pudiendo dicho convenio (una transacción) invalidarse cuando el consentimiento se haya otorgado con error sobre la sustancia de la cosa que le sirva de objeto...*, es evidente que... habida cuenta de que, por lo general, el error en el consentimiento está reservado a la libre apreciación de los tribunales de instancia... la conclusión a que éste llega al emitir su fallo (la nulidad por error), se acomoda estrictamente a las normas...»

La segunda (STS, 27 de mayo de 1982), referida a una transacción sobre indemnización de daños con pérdida de la visión en un ojo y ulterior pérdida de la del otro, reconoce de manera absolutamente expresa que la concepción del ECC-ECNC, propia del Derecho alemán, no tiene cabida en nuestro Ordenamiento jurídico, en donde se aplican las reglas generales de los contratos sobre error-vicio, con alguna peculiaridad.

En este conflicto entre perjudicado y aseguradora, el recurso de casación planteado por ésta recogía todos los argumentos básicos en que descansa la tesis de la dicotomía:

1. El contrato era una transacción.
2. Las transacciones no deben desvirtuarse fácilmente con la

alegación de error, dada la eficacia de cosa juzgada de estos contratos (art. 1816).

3. El error afectaba a un *caput controversum*, pues la previsión del empeoramiento era «elemento propio de la transacción».

Frente a este planteamiento de la cuestión, el Tribunal Supremo, de forma en general correcta a nuestro juicio, responde de este modo:

a) La sentencia de apelación respeta los especiales efectos de la transacción, derivados de los arts. 1809 y 1816. Dice concretamente: «[...] Es evidente que ni aquélla (la sentencia) desconoce, por subsunción errónea de los hechos, el art. 1809, mero definidor del contrato (evitar o poner término a un litigio; más generalizadamente, resolver una incertidumbre jurídica o de intereses), ni tampoco niega en su fallo la eficacia de cosa juzgada para las partes de dicho contrato (artículo 1816); lo primero porque el juzgador ni afirma ni niega tajantemente que entre las partes... existiera esa clase de contrato, y lo segundo porque, existiera o no, tampoco con su fallo, aplicaría indebidamente los efectos del convenio, ni desconocería su fuerza de obligar, ya que, como todo contrato, tiene su eficacia subordinada al cumplimiento de los presupuestos necesarios para su existencia, tales los enumerados en el art. 1261 del Código Civil, uno de los cuales, el consentimiento, es el que la Sala de instancia considera viciado por error, que por calificar de sustancial (arts. 1265 y 1266 del Código Civil) hubo de provocar, como provocó, la ineficacia contractual...»

b) La incertidumbre sobre la duración de las lesiones no formó parte integrante de la transacción celebrada, pues no se probó que esa eventualidad hubiese sido prevista por las partes (92).

Este es quizá el punto más discutible de la sentencia, por cuanto da a entender que no fue cuestión controvertida la de las lesiones presentes y futuras. Nos hallaríamos, pues, dentro de una hipótesis de ECNC. No estamos de acuerdo con esta visión, por los motivos más arriba esgrimidos. Según nuestra opinión, es inconcebible una transacción sobre una indemnización de daños en la que no se transija sobre todos los daños del mismo tipo causados a un individuo por un

(92) Concretamente, el Considerando quinto de la citada sentencia de 27 de mayo de 1982 afirma:

«Que, por otro lado, no es lícito afirmar que la imprevisión o la incertidumbre respecto a la duración de las lesiones formara parte o dato integrante de una transacción, manifestada en el recibo finiquito (*sic*), pues ello pugna manifiestamente con los hechos y circunstancias probadas, tales que el asegurado obró en la creencia, errónea, de estar sus lesiones estabilizadas y de que su visión no iba a disminuir, lo que quiere decir que la base del acuerdo era ésa y no otra, y que fue esa situación lo que se tuvo en cuenta, en la creencia de ser firme y definitiva, aun cuando luego se demostrara ser errónea, y que no correspondía a la realidad, y sin que de otro lado, y por su parte, la aseguradora demandada hubiera probado —tal como se sienta por la Sala de instancia— que esa eventualidad se hubiera previsto o ponderado.»

mismo acto, por lo que el *caput controversum* siempre versará sobre la cuantía de los daños, se hayan previsto o no.

De cualquier forma, la sentencia parece mostrar una cierta tendencia restrictiva en la prueba de la previsibilidad del daño futuro y desconocido por las partes al transigir (y que excluiría la impugnabilidad por error), ya que ello «pugnaría —en palabras del Supremo— manifiestamente con los hechos y circunstancias probadas», de acuerdo con las cuales «la base sobre la que se transigió» fue la de la pérdida de un solo ojo, y no de los dos. No obstante, ello no significa prohibir por completo la prueba contraria de la previsibilidad, en la misma línea de la jurisprudencia francesa, en donde a veces —pocas— se declaraba la inamovilidad del acuerdo transaccional cuando en él se estipuló la obligación de no reclamar daños futuros (93).

c) El art. 1817, 1, a juicio del Tribunal Supremo, sanciona con la nulidad a las transacciones celebradas con error (error que será el del 1266). No es posible —parece sostener— la traslación de las reglas del 779 BGB alemán al Derecho español.

Así lo dice el sexto Considerando de dicha sentencia: «[...]La sala de instancia hizo correcta aplicación de los artículos que se citan como infringidos, porque, supuesto o admitido que de transacción se tratara, *no hizo más que seguir la normativa del Código Civil que a dicho contrato se refiere*, aunque no citara el precepto concreto, es decir, *el art. 1817, que salvo la excepción de su párrafo segundo, sanciona con la nulidad —por su remisión al art. 1265— la transacción en la que intervenga error...*»

Con esto ya debería ser suficiente para dejar constancia de la visión de nuestro máximo órgano jurisdiccional favorable a la traslación sin más de las reglas generales, con la salvedad del 1817, 2. Sin embargo, añade: «[...] El Juzgador de instancia... no hizo sino un enjuiciamiento razonable del tema, acorde asimismo con el sentido del art. 1815 del Código Civil, que limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que se infieran necesariamente de sus palabras, lo que *a sensu contrario* elimina de su ámbito una previsión, una realidad o una situación distinta, *tal como algún Código extranjero (el art. 779 del alemán), por ejemplo, precisa al decir que la transacción es ineficaz cuando la situación tomada como base firme, según el contenido*

(93) Solución contraria a la adoptada por el Supremo (partidario de la anulabilidad por error), la hallamos en la sentencia de 3 de febrero de 1971, de la Audiencia Territorial de La Coruña, la cual niega la procedencia del error en una transacción en la que se renunció por el perjudicado a cualquier reparación ulterior, sean cuales fueren las consecuencias reales del accidente, previstas o imprevistas. Se trataba, por lo demás, de una transacción ratificada ante la presencia judicial.

del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación verdadera, y evidente y claro resulta aquí que el asegurado —e incluso la aseguradora— no pudieron tener en cuenta una consecuencia tan grave como la incapacidad total sobrevenida, a cuyo resarcimiento según el contrato de seguro, no podía renunciar el asegurado, ni en buena lógica tenerlo judicialmente como tal, vista la equivocación inducida por un primer certificado médico, después rectificado por la realidad.»

Probablemente sobrada esta última parte de la argumentación del Supremo, después de haber defendido tan claramente la idea de que la transacción es un contrato y, como tal, se ve afectado por las causas de nulidad, entre ellas, el error general del 1266, con alguna especialidad. El Supremo lo que hace en este párrafo final es seguirle peligrosamente la corriente a los partidarios de la dicotomía y utilizar los esquemas del 779 BGB, es decir, los del ECC-ECNC, para llegar a la conclusión —al parecer— de que aquí hay un caso de ECNC relevante a efectos de anular el contrato. Ya vimos, no obstante, más arriba nuestra postura contraria a considerar estas situaciones como afectadas por ECNC, en la terminología tradicional. La doctrina y la jurisprudencia francesas apoyan en buena medida este último enfoque, al considerar que nos hallamos aquí ante un caso típico de error *in substantia* o error sobre la sustancia del objeto de la transacción, perfectamente anulable (94).

De todos modos, no está claro que el razonamiento del Tribunal Supremo contenido en ese último inciso haya sido exactamente el de examinar si hay un ECC o un ECNC. Lo único que allí se dice es que los nuevos perjuicios *no forman parte del objeto de la transacción*, y por ese motivo el contenido del acuerdo no le afecta. Ello conduce finalmente, en el razonamiento del Supremo —y esto es muy importante— no a una posibilidad de reclamar el resarcimiento de la parte de daño no cubierta, dejando subsistente la transacción concluida, sino *a la anulación de ésta por error*. De esta manera, se cierra el paso a la otra posibilidad que vislumbrábamos de que se dejase vigente el acuerdo transaccional y se reclamase por el resto: para el Tribunal Supremo, la transacción se anula por error en cualquier caso, volviendo las partes a la situación de partida, con la facultad del perjudicado de reclamar —si no lo hizo ya al pedir la nulidad—, y obtener, la reparación integral del daño.

(94) Vid. al respecto DALLOZ-VERGE, «Les Codes annotés. Code civil», *cit.*, p. 922; PLANIOL-RIPERT, «Traité pratique de Droit Civil français», tomo XI, París, 1932, p. 961, y MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo y vol. *cit.*, pp. 1.087 y ss.

III.5. Sobre la especial naturaleza y finalidad del contrato de transacción como apoyo a la dicotomía ECC-ECNC

Una de las más poderosas razones por las que una gran mayoría de los autores españoles, italianos y alemanes han venido manteniendo una especial manera de utilizar el error en las transacciones, polarizado en los llamados ECC y ECNC, ha sido la de la específica finalidad que se considera deben alcanzar dichos contratos: habida cuenta de que con la transacción se busca poner término a un litigio pendiente entre las partes a través de recíprocas concesiones mutuamente pactadas, sin participación directa del juez, y evitando el replanteamiento futuro de la cuestión, se ha pensado que ese objetivo se consigue restringiendo al máximo las causas de anulación por error, impidiendo la que recae sobre el llamado *caput controversum* y permitiendo la afectante al *caput non controversum*. Cuando dos sujetos transijen, es seguro que, en la práctica totalidad de los casos, uno de ellos —sino ambos— posee un inexacto conocimiento de la realidad de sus derechos. Así pues, dado que el error es algo inherente al contenido de las transacciones, no puede permitirse su alegación con tanta facilidad como en los demás contratos. Además —piensan los partidarios de la tesis citada—, permitir lo contrario, supondría desvirtuar con una enorme facilidad la eficacia práctica de las transacciones, pues sería muy sencillo ripristinar el conflicto inicial.

Afirmaciones de este signo son utilizadas asiduamente por los autores de los diversos países para apoyar la conocida disyuntiva. Así se expresan en España, por ejemplo, Gullón (95), Luna Serrano (96) o Morales Moreno (97), quien habla de la posibilidad de frustrarse la función típica del contrato de transacción si se admite la anulabilidad del ECC. O los comentaristas Pérez González y Alguer, para los cuales no hay en nuestro Ordenamiento jurídico una norma correlativa al 779 BGB, «pero se sobreentiende, pues responde a un principio tradicional conforme con la esencia y finalidad de la transacción» (98). Por último, Cossio afirma que la mayor o menor fundamentación de las dudas de las partes no puede influir en la validez de la transacción, a no ser que haya sido creada maliciosamente por la otra parte (99).

(95) *Ob. cit.*, pp. 170 y 171.

(96) *Ob. cit.*, pp. 145 y 147.

(97) *Ob. cit.*, pp. 167-168.

(98) PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Ob. y vol. cit.*, p. 863.

(99) COSSIO, «Instituciones de Derecho Civil», tomo I. Parte General. Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por M. Cossio y Martínez, y J. León Alonso, Madrid, 1988, p. 573.

Fuera de España, los autores italianos también se apoyan en este dato para justificar la dicotomía o, cuando menos, una visión restrictiva del error transaccional, en mayor o menor medida. Así, Butera afirma que no hay que olvidar que la transacción difiere de los otros contratos en que su especial naturaleza sobre «cosa dudosa» no permite fácilmente impugnarlo por un simple error no imputable a la astucia de la otra parte (100). Flumene, por su parte, se apoya en razones de «orden público» para justificar una reducción en las vías de anulación (101). Finalmente, Visalli señala que la razón de la irrelevancia del error en la transacción, fuera de los casos previstos en la Ley, reside en la especial función de la transacción, la cual constituye un equivalente de la jurisdicción (102).

En Alemania, sucede otro tanto de lo mismo. Las afirmaciones, por ejemplo, de Schlechtriem, para quien un error sobre el objeto de la transacción (*Vergleichsgegenstand*=ECC) no produce nulidad pues las aclaraciones y arreglos sobre aquél es precisamente el fin del acuerdo transaccional (103), o de Brox (104), lo corroboran. Finalmente, Hedemann (105) afirma que sería contrario a la naturaleza de la transacción admitir ilimitadamente la impugnación por error, «pues se suprimiría lo mejor de la transacción».

Incluso en Francia, en donde no se usa doctrinal ni jurisprudencialmente la terminología citada, algunos autores, como Boyer (106), consideran que, dada la equivalencia o asimilación de la transacción a la sentencia judicial, debe tener el máximo de solidez.

A la vista de lo anterior, los detractores de la tesis de la dicotomía se encuentran aquí con el que acaso sea el más importante escollo para desechar la especial configuración de la transacción creada por aquélla para volver a las reglas generales del error contractual (con las matizaciones pertinentes). En efecto, si se piensa en lo que las partes buscan al transigir, que no es sino la máxima seguridad y fijeza de lo acordado, resulta en principio difícil sostener que la nulidad de las transacciones no ofrece ninguna particularidad respecto a los otros contratos. La lógica —una cierta lógica instintiva— nos dice que no puede ser así, que las transacciones han de tener por fuerza más inamovilidad que cualquier otro convenio.

A nuestro juicio, sin embargo, nos hallamos más ante un espejismo que ante una realidad constatable empíricamente, científicamente.

(100) *Ob. cit.*, pp. 463-464.

(101) «Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile», Sassari, 1928, p. 37.

(102) *Ob. cit.*, p. 375.

(103) SCHLECHTRIEM, «Schuldrecht...», *cit.*, p. 206.

(104) «Besonderes Schuldrecht», *cit.*, p. 247.

(105) *Ob. cit.*, p. 481.

(106) *Ob. cit.*, p. 20.

En primer lugar, conviene releer una vez más las citas de los autores que nos hablan de esa naturaleza y función presuntamente peculiares. Indagando en lo que dicen y, sobre todo, en por qué lo dicen, esto es, en el proceso mental que les lleva a decir aquello que afirman, llegaremos a la conclusión de que lo hacen por unas razones bastante diferentes. Por un lado, unos lo hacen porque, partiendo de que la *res dubia* (la incertidumbre, con o sin *litis*) es el fundamento de toda transacción, no cabe impugnar por error aquello que es «dudoso» y, por tanto, susceptible de equivocación. Otros, porque, siguiendo una visión «declarativista» sobre la naturaleza de las transacciones, piensan que la asimilación de éstas a las sentencias firmes, conduce inexorablemente a cerrar las puertas a la anulación del acuerdo y al replanteamiento del litigio. Otros, finalmente, porque, imaginando que el ECC afecta fundamentalmente al error de derecho, opinan que éste no puede tener cabida como causa anulatoria en la transacción, e incluso en ningún otro contrato. Desde luego, no creemos que toda esta dispersión abone la defensa de una idea en principio tan clara y tan poco propicia a enfoques diferentes.

Por otro lado, es cierto que nos encontramos ante el acaso más difícil obstáculo de superar en el rechazo de las tesis tradicionales, dada la ínsita sensatez y la general aceptación de la afirmación. Pero, precisamente por eso, creemos que, al mismo tiempo que nuestro mayor inconveniente, es acaso el argumento más sencillo de rechazar. Esa idea de la inoperancia práctica de las transacciones caso de permitirse la anulación por error sin restricciones especiales, constituye, a nuestro juicio, un —en terminología de Vieweg— *topos* común de la doctrina no suficientemente contrastado. Se trata de un axioma del que todos parten, un principio que se ha transmitido incesantemente de unos juristas a otros desde tiempo inmemorial y que conviene revisar. No porque a nosotros nos interese en este momento, sino porque estamos absolutamente convencidos de que, habiendo nacido en un momento histórico en donde imperaba una concepción determinada de la transacción, no es ya esa concepción la que rige en los momentos presentes, lo que obliga a revisar el dogma. Téngase en cuenta que no es lo mismo decir que el fundamento de la transacción es la *res dubia* y a continuación afirmar que por ello el error transaccional sólo debe funcionar excepcionalmente; no es lo mismo decir que la transacción produce unos efectos identificables a los de las sentencias firmes; que mantener, como hoy hacen todos los autores, que la transacción es un contrato normal, en donde tienen que concurrir los requisitos propios de cada contrato (entre ellos el de un consentimiento no viciado), y sin unas especiales repercusiones jurídicas (a pesar de preceptos como nuestro art. 1816 del Código Civil). Desde esta última perspectiva, que consideramos la más razonable en la actualidad, aquel principio constituye una manifestación más formal que real, una

expresión vacía de contenido... Al menos cuando de lo que se trata es de poner frente a frente el carácter contractual de la transacción y la adecuada «defensión» de los contratantes cuando uno de ellos incurrió en error, por una parte, y esa «especial» firmeza e inatacabilidad de las transacciones, por otra. En esta pugna, nos inclinamos por la prevalencia de la primera proposición.

Junto a esto, hay que preguntarse: ¿cuál fue el origen real de esa máxima según la cual las transacciones no deben anularse por error —error *in caput controversum*— dada la especial naturaleza y función de estos contratos?

Creemos poder afirmar, sin miedo a equivocarnos, que se trata de una afirmación basada en un enfoque de las transacciones concebidas como contratos cuyos efectos son identificables con el de las sentencias firmes. A ello ha contribuido decisivamente la declaración formal de muchos códigos europeos de que las transacciones «tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada». La misma dicotomía ECC-ECNC tiene un indudable sabor «procesal», consecuencia de aplicar a estos contratos las ideas generales sobre la «cosa juzgada» de las sentencias.

Todo ello concuerda bien poco con el carácter netamente contractual de la transacción (al menos de la transacción extrajudicial, que es a la que principalmente nos estamos ahora refiriendo), que tiene por fuerza que conducir a la traslación de las reglas generales sobre vicios de la voluntad contractual.

Por lo demás, no hay —ni tiene que haber— la más mínima conexión entre ese efecto de «cosa juzgada» de las transacciones y la anulabilidad de las transacciones por error. Una cosa es que, celebrada una transacción, no pueda replantearse el litigio por voluntad de alguno de los transigentes, sin que concurra ninguna circunstancia especial que lo justifique, y otra muy diferente que la transacción, siendo un contrato, no pueda anularse por error-vicio de una o de ambas partes, haciendo ineficaz el acuerdo, y permitiendo en un momento posterior (o simultáneamente, pero condicionado a que la nulidad prospere) el «replanteamiento» —que no será tal, sino un «planteamiento», ya que la transacción nunca ha existido, dada la eficacia retroactiva de la anulación— de la cuestión litigiosa. No hay una relación de causa-efecto entre «cosa juzgada» de las transacciones (partiendo, por supuesto, de que la expresión «cosa juzgada» tenga algún significado real, que muchos autores discuten) y nulidad por error. Esto que decimos lo ha dejado muy claro nuestro legislador, a diferencia del francés (art. 2052) y del italiano del 1865, quienes incluyeron en un solo precepto tanto ese efecto de «cosa juzgada» como la imposibilidad de anular la transacción por error de derecho, estableciendo un puente de unión indudable entre ambas cuestiones. Ahora, nuestro Código Civil, no sabemos si consciente o inconscientemente, ha dedicado dos pre-

ceptos distintos para uno y otro tema, el 1816, referido a esa «cosa juzgada», y el 1817, dedicado al error transaccional y demás vicios del consentimiento. Lo cierto es, pues, que ha desaparecido esa relación de causa-efecto que aparecía en los códigos antecedentes del español. Y ello no es una excepción respecto de los demás códigos actualmente vigentes: hoy, ni el Código italiano de 1942, que ha suprimido muy acertadamente la citada expresión de «cosa juzgada», ni el BGB, ni el Código portugués, entre otros, aluden a esta cuestión, ni ponen en relación una cosa con otra.

Además, la postura de los partidarios de hacer irrelevante el ECC en base a la peculiar finalidad y función de las transacciones, resulta bastante incoherente. Si de lo que se trata es de impedir la vuelta a la controversia originaria, lo lógico hubiera sido que el legislador hubiese prohibido *cualquier alegación de error*, ya recaiga o no sobre el *caput controversum*, e incluso cualquier alegación *de un vicio de la voluntad* (dolo, violencia o intimidación), o en última instancia, cualquier vía para hacer ineficaz la transacción (v. gr., la resolución por incumplimiento, la rescisión por lesión o por otra causa, etc.). Si resulta que se prohíbe el ECC y se admite el ECNC, ¿es que la relevancia de éste último no atenta contra la especial firmeza de las transacciones?, ¿no atentaría también contra esa «firmeza» la alegación, por ejemplo, de dolo, dada la proximidad entre este vicio y el error? Si nuestro legislador se ha manifestado favorablemente respecto de la alegación de cualquier vicio de la voluntad (inclusive ha introducido uno «nuevo», el de la «falsedad de documentos», ampliando así en cierto modo el ámbito de la nulidad de las transacciones), ello debe tener algún sentido, sentido que no puede ser sino el de considerar la transacción como un contrato más. El párrafo primero del 1817, cuya introducción —a juicio de la tesis tradicional— podría carecer de sentido si simplemente hay una remisión al 1265 y ss., puede responder perfectamente a ese deseo del legislador de separar lo que los Códigos francés e italiano habían juntado: el efecto de «cosa juzgada» y los vicios del consentimiento.

Por otra parte, sostener que la transacción posee una especial firmeza aún siendo un contrato, no tiene buen sentido, pues se está separando lo que es *un contrato* —el acuerdo de voluntades para poner fin a un litigio mediante recíprocas concesiones en que consiste la transacción— *de su efecto* —esa «cosa juzgada», esa especial inamovilidad—, renegando de su origen contractual. No es admisible pensar que la transacción, una vez celebrada, se independice de su origen, entre otras razones, porque, si ello fuese así, habría que sostener que no cabe su anulación por ningún vicio de la voluntad, lo que es imposible de acuerdo con nuestro Ordenamiento. Por tanto, si esto no es factible, hay que mantener la aplicabilidad del error a las transacciones.

Es más, la especial operatividad del contrato de transacción y los vicios del mismo operan en planos diferentes, no susceptibles de comparación o de relación. No se puede decir que una mayor rigidez en cuanto a las exigencias para replantear un litigio ante los tribunales, provoque automáticamente una disminución en las posibilidades de obtener una anulación por error. Ni tampoco que ello acarree de forma correlativa una restricción del error al llamado error *in caput non controversum* (107).

Esta idea se ve muy claramente con un ejemplo. Supongamos que A y B celebran un contrato de transacción sobre la propiedad de una franja de terreno, acordándose el reparto de la misma en proporción a la dimensión de sus fincas. A descubre con posterioridad un dato fundamental que, de haber conocido a tiempo, le habría llevado a no transigir: hubo, pues, error por su parte. A acude ante el juez e impugna la transacción por error. ¿Sería lógico que B le opusiese la excepción de transacción como forma de enervar la demanda? ¿Sería suficiente con esa excepción, caso de que A demostrase su error, para determinar la decisión del juez en el sentido de rechazar la demanda de nulidad? A nuestro juicio, de ningún modo. La excepción de transacción no puede contrarrestar la alegación y prueba de un error en el consentimiento, proque son dos cosas que operan en campos diferentes. Aquí lo único que le valdría a B es la prueba de que *no hubo tal error o de que, habiéndolo, no se daban todos los requisitos legales o jurisprudenciales*. La excepción de transacción tendría su campo de operatividad en supuestos, por ejemplo, de replanteamiento de la cuestión litigiosa sin alegación de vicios, o acaso en litigios sobre la resolución de la transacción por incumplimiento.

Incluso aunque esa conexión entre efecto de la transacción y vicios de la misma se produjese, lo cual desde luego rechazamos, creemos insostenible que nuestro codificador pretendiese dar a una forma puramente privada de solución de controversias como es el contrato de transacción, a pesar de la dicción literal del 1816, más efectos y más relevancia práctica que a una sentencia no firme de un

(107) Esa diversidad de planos (nulidad por error, por un lado, y eficacia de «cosa juzgada», por otro), se deduce de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 10 de julio de 1933 dice muy claramente que «[...] terminadas todas las relaciones contractuales de las partes y finiquitadas las cuentas de los negocios que hayan realizado mediante el oportuno acuerdo (una transacción)... no hay posibilidad legal de volver sobre ella, salvo que se adolezca de alguno de los vicios que invalidan los contratos».

En el mismo sentido, la sentencia de 27 de junio de 1907 afirmaba que: «[...] este contrato, por medio del cual las partes fijan derechos dudosos e inciertos, tiene la misma fuerza que la sentencia firme, y por ministerio de la ley adquiere la autoridad de la cosa juzgada, no pudiendo ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad del contrato, sin que, previamente, se entable la acción adecuada para obtenerla, cuando el consentimiento se ha prestado con error sustancial que le vicia».

juex o un Tribunal Civil (equiparándolo a las sentencias firmes), de manera que se redujesen las vías de impugnar por error. De todos modos, ello nos obliga en buena medida a analizar los posibles significados a atribuir al art. 1816 del Código Civil y a la expresión «cosa juzgada» allí contenida, lo que veremos a continuación.

Pero antes de este análisis —por fuerza breve— del alcance del 1816, consideramos preciso incidir en el tema, planteado con mucha agudeza por Morales Moreno, del carácter aleatorio del contrato de transacción y de la asunción en él de ciertos ámbitos de aleatoriedad, de riesgo, identificables con el *caput controversum*, y sobre los que no es, a su juicio, posible fundar una alegación de error transaccional.

Desde nuestro punto de vista, las opiniones de Morales sólo son parcialmente ciertas, y, aún dentro de aquello que consideramos cierto, susceptible de matizaciones.

Por lo pronto, no es correcto afirmar, como hace este autor, que la transacción sea un contrato aleatorio. No lo es, no sólo porque la Ley no lo tipifica entre los de esta naturaleza (seguro, renta vitalicia), lo cual, aunque importante, no es decisivo, sino sobre todo porque *las prestaciones* estipuladas por los transigentes carecen de un componente de azar, es decir, no se hace depender su existencia o su cuantía de un hecho incierto. Lo único que sucede es que la transacción sirve para solucionar situaciones de incertidumbre jurídica (incertidumbre provocada, como sostiene Gullón, por la existencia misma de una *litis*), pero nada más. Esta postura viene avalada por la mayoría de la doctrina que ha tratado este tema, para la cual la transacción no es un contrato aleatorio (108).

(108) Cfr. VISALLI, *Ob. cit.*, p. 491; D'ONOFRIO, *Ob. cit.*, p. 264; PALAZZO, *Ob. cit.*, p. 347, y STOLFI, «La transazione», Napoli, 1931, p. 118.

Sobre este tema, es especialmente significativa por su profundidad y argumentos, la aportación de FABRI, «Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità», *Riv. dir. commerciale*, 1957, II, pp. 169-181, comentando una sentencia de la Corte de Casación italiana, de 14 de abril de 1956, en donde se niega expresamente el carácter aleatorio de este contrato.

También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue este enfoque de la transacción, contrario a su identificación con los contratos aleatorios. Así, la sentencia de 6 de noviembre de 1965 rechaza la alegación del recurrente, partidaria de la aleatoriedad de las transacciones, diciendo con toda precisión: «[...] Sin tener en cuenta el carácter aleatorio representado en el mismo, porque, al razonar de este modo la Entidad recurrente, olvida que, si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio..., no menos exacto es que la inseguridad propia de dicho negocio no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala..., sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes...»

A favor de la aleatoriedad, en Francia, SERVERIN-LASCOUMES-LAMBERT, «Transactions et pratiques transactionnelles», París, 1987, pp. 29-30.

Respecto a la cuestión del ámbito de aleatoriedad asumido por las partes transigentes, ámbito que según Morales se limita al punto o puntos controvertidos, también nos parece una afirmación sólo en parte correcta y en parte muy matizable. A nuestro juicio, decir que el *caput controversum* constituye la asunción por ambas partes de un factor de riesgo, en el sentido de que aceptan el riesgo de que en realidad una de ellas tuviera derecho en el litigio planteado, con lo que perdería parte de lo que le correspondería al haber hecho concesiones a la otra e imposibilitándose la impugnación por error recayente sobre este ámbito, es generalizar en exceso. Creemos que ello puede ser cierto en algunos casos, pero no en otros. Por ejemplo, siguiendo el caso expuesto por Morales, si se litiga sobre la nulidad del contrato primitivo y después se transige *sobre la nulidad misma*, las partes se están, ciertamente, arriesgando a equivocarse, de manera que la posterior alegación de haber incurrido en error al transigir deberá ser, por lógica, irrelevante. Ahora bien, si nos trasladamos, por ejemplo, al campo de las transacciones sobre indemnización de daños (con descubrimiento ulterior de la mayor gravedad de aquéllos), no se puede decir que las partes hayan asumido lo azaroso de las lesiones infligidas: simplemente pretenden solventar sus diferencias sobre el tema del montante de la indemnización a pagar sin tener que recurrir al juez.

Pero, además, en las primeras hipótesis (transacción sobre la nulidad misma, o sobre la rescisión o resolución mismas de un contrato), la irrelevancia no viene dada, a nuestro juicio, directamente por el carácter de *caput controversum* de la materia inficionada de «error» (error en sentido atécnico, pues no ocasiona la nulidad), sino por el hecho primordial y evidéntísimo de que *las partes transigentes han asumido de forma implícita la inexcusabilidad del error que en el futuro pudiera aducirse, y afectante al tema de la nulidad misma del primer contrato*. Pero ello no significa que cualquier —en terminología tradicional— *caput controversum* conlleve siempre y en todo caso una asunción implícita de inexcusabilidad del error alegable sobre ese punto: todo dependerá de la voluntad expresa o tácita de las partes. Lo que está claro es que esta manera de enfocar la situación permite superar la rigidez del sistema del ECC-ECNC, otorgándole la flexibilidad necesaria para una justa aplicación, aunque, eso sí, sin perder nunca de vista las reglas generales del error contractual (art. 1266).

Probablemente —desde la óptica que defendemos—, muchos de los casos considerados por la doctrina como de ECC no den lugar a nulidad del negocio transaccional, por determinar un acuerdo implícito de inexcusabilidad del error a él afectante. Pero no siempre será así. Además, de este modo, se da solución a aquellos casos —por ejemplo los planteados por Valsecchi acerca de la transacción sobre la autenticidad o no de una obra—, en donde no podía haber un *caput*

controversum, pero sí una asunción tácita de inexcusabilidad del error basado en esa materia. Con un último matiz: quedan a salvo las disposiciones especiales contenidas en el Código Civil sobre «falsedad de documentos», «nuevos documentos» o transacción sobre materia ya decidida por sentencia, que serán de aplicación cuando se den los requisitos marcados por la Ley. A ellas, sin embargo, no podemos referirnos en este lugar por falta de espacio, pero esperamos poder dedicarle nuestra atención en otro momento.

BREVE EXCURSUS: LA EFICACIA DE «COSA JUZGADA» DE LAS TRANSACCIONES DERIVADA DEL ART. 1816 DEL CODIGO CIVIL. INTERPRETACIONES POSIBLES

Se trata a continuación de conocer los posibles significados de ese especial afecto de cosa juzgada atribuido por la Ley a las transacciones, como forma de conocer si existe o no una conexión directa entre ese dato y la restricción en las causas de anulación de las transacciones, concretamente respecto del error (ECC). Antes de examinar todas las posibilidades, parece oportuno recordar el contenido del art. 1816: «La transacción —dice— tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.»

Son muchas las opiniones de los autores y de la jurisprudencia acerca del sentido del giro «autoridad de cosa juzgada», casi tantas como autores han profundizado en el tema. Generalizando, las opiniones se han polarizado en torno a dos extremos: el de quienes piensan que las transacciones producen el mismo efecto que las sentencias, dando origen a una excepción (la llamada *exceptio litis per transactionem finitae* o también *exceptio pacti* o excepción de transacción) oponible frente a aquél de los transigentes que pretenda reproponer las antiguas pretensiones ante un tribunal, excepción que funcionaría, pues, de forma idéntica a la excepción de cosa juzgada de las sentencias firmes. Frente a esta postura, nos encontramos con la de quienes opinan que la transacción produce el mismo efecto de todo contrato, a saber, el de «tener fuerza de ley entre las partes contratantes» (artículo 1091 del Código Civil) (109).

Por lo que concierne al primero de los puntos de vista, resulta hoy día minoritario. Cada vez menos autores lo defienden, ya que la doctrina ha destacado detalladamente en los últimos tiempos todas las diferencias entre transacción y sentencia firme, lo cual hace imposible

(109) En esta dirección se manifiesta en España ALBALADEJO, «Derecho Civil», tomo II, vol. 2, 8.ª edic., Barcelona, 1989, pp. 443 y ss.

asumir la total asimilación a esta última. Como principales diferencias, cabe destacar las siguientes:

1. La transacción no es un título ejecutivo (salvo la llamada transacción judicial, que sí puede dar lugar inmediatamente a ejecución), en el sentido de que exige una sentencia judicial declarando estar bien hecha la transacción y, en su caso, la necesidad de su cumplimiento forzoso (si es que una de las partes había incumplido).

2. El juez no está obligado a respetar a ultranza lo acordado en transacción, ya que puede valorar, por sí mismo y sin necesidad de una petición expresa de las partes, la validez del contrato, pudiendo declarar su nulidad —nulidad de pleno derecho, no anulabilidad— si a su juicio concurre una causa que lo hace ineficaz desde el principio (110). Se trata simplemente de una traslación a los acuerdos transaccionales de la doctrina general sobre la nulidad absoluta.

3. A diferencia de las sentencias firmes, la transacción no es irrevocable, o sea, que admite su revocación (111) cuando concorra alguna causa de nulidad (relativa) y así se le pida por la parte afectada. Dejando de lado el tema de la alegabilidad o no —y en qué medida— del error, es indudable que una transacción puede ser revocada por dolo, violencia o intimidación (art. 1817 del Código Civil), lo cual no es posible respecto de la sentencia firme, salvo las especialísimas hipótesis del recurso de revisión.

El otro enfoque global sobre la eficacia de los pactos transaccionales sostiene la identificación del efecto de las transacciones con el propio de cualquier otro contrato, a saber, el de ser «ley entre las partes contratantes», viniendo éstas simplemente obligadas a respetar el contenido de lo acordado, en tanto en cuanto no hay un defecto que vicie la relación en su origen. Los autores que defienden esta posición, entre los cuales destaca en nuestro país el profesor Albaladejo (112), toman como punto de partida la insatisfacción que les produce esa expresión, para muchos de ellos indescifrable, de la «autoridad de cosa juzgada» del 1816 español, expresión que procede del Derecho romano (ni siquiera allí tenía un significado concreto) y que no tiene mucho sentido trasladarla al Derecho moderno. Prueba de ello ha sido la supresión de la misma en el Código civil italiano de 1942, en relación al antiguo de 1865, que sí la recogía. Por lo demás, el artículo 1816, interpretando *a sensu contrario* su último inciso (el que permite la vía de apremio en la transacción judicial), nos está diciendo claramente que las transacciones extrajudiciales, que son la mayoría, no son equiparables a las sentencias firmes, sino *a los contratos*, a pesar de la dicción de la primera parte del precepto, en donde se hace

(110) Cfr., en un sentido similar, OGAYAR, *Ob. cit.*, pp. 58-59, citando a FENECH.

(111) GÓMEZ ORBANEJA, citado por PELÁEZ, *Ob. cit.*, p. 161.

(112) *Ob. y vol. cit.*, pp. 406 y ss.

esa declaración formal de la eficacia de «cosa juzgada». Si una transacción extrajudicial —dicen estos autores— no puede ser inmediatamente ejecutada, es porque necesita de un juicio y de una sentencia que declare su eficacia y el deber de cumplirla de acuerdo con lo pactado..., y eso es justamente lo que sucede con cualquier otro contrato que se pretende sea cumplido. Luego no hay diferencias sustanciales entre la transacción (extrajudicial) y el resto de los contratos.

Esta segunda perspectiva encuentra un único inconveniente: el de la lógica de la utilidad de los preceptos legales. Cuando se dicta un precepto legal, con una determinada redacción, aun cuando ella sea muy oscura o con expresiones imprecisas en su alcance, la lógica impone darles algún significado, alguna utilidad, pues el legislador no la habría introducido de no querer decir nada nuevo. Es cierto que, a pesar de lo anterior, hay normas jurídicas que son absolutamente inútiles, en cuanto repiten lo que otras ya han dicho, o pretenden decir mucho menos de lo que realmente afirman. No obstante, nos vemos obligados a profundizar un poco más en el significado del giro «autoridad de cosa juzgada», por si acaso posee algún sentido lógico diferente del derivado del 1091 del Código Civil, a pesar de las muy razonables críticas efectuadas por el segundo grupo de autores citado.

En esta dirección, pueden recogerse, además de las dos anteriores, otras cuatro nuevas alternativas:

a) El efecto de cosa juzgada de las transacciones significa la imposibilidad de dictar sentencia sobre el fondo del asunto transigido. El juez se debe limitar a condenar al cumplimiento a la parte incumplidora.

Esta interpretación es sólo parcialmente correcta. Ciertamente, habiendo una transacción sobre, por ejemplo, una indemnización de daños, no puede uno de los transigentes (el sujeto dañado) acudir sin más al juez y reclamar la indemnización total como si no hubiese habido acuerdo alguno, a menos que junto a ello alegue la nulidad del contrato como premisa previa. Pero este efecto no supone una especialidad respecto de los demás contratos. Lo único que sucede es que la transacción nace para poner fin a un litigio, siendo ése su objetivo primordial. Y mal se conseguiría si, estando las partes obligadas a no replantear la cuestión litigiosa, lo pudieran hacer sin ningún tipo de cortapisas.

b) El efecto de cosa juzgada implica la ilicitud de exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos de la relación originaria.

Este enfoque procede de una conocida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1963, reproducida (parcialmente) en una más reciente de 20 de abril de 1989. La principal crítica que se puede hacer a esta interpretación radica en su parcialidad. El que una transacción impida o no sacar a colación los vicios, defectos o cláusulas de la relación originaria fuente de los conflictos, depende de la voluntad de las partes al transigir. Así, si su intención fue hacer desaparecer

la eficacia de la relación jurídica primitiva, nos hallaremos ante una transacción novativa que responderá a aquel perfil. Por contra, puede que la intención sea sólo resolver un punto muy concreto, dejando pervivir en la parte restante el contenido de la relación originaria. Aquí ya no se cumplen las líneas marcadas por aquella perspectiva, por cuanto serán perfectamente alegables las estipulaciones de la primera relación, y, por supuesto, también los vicios o defectos derivados de la misma.

c) La especial eficacia de las transacciones consiste en una manifestación concreta de la doctrina de los actos propios.

Esta parece ser la opinión de García Goyena, para quién, «cuando las partes mismas se han hecho justicia, no deben ser admitidos los pleitos o quejarse de sí mismas» (113).

Sin embargo, este punto de vista tampoco es admisible. Los actos propios, como hace ya algún tiempo demostró Díez-Picazo (114) no son manifestaciones de voluntad expresas o sobre todo tácitas que producen una serie de repercusiones jurídicas negadoras de reclamaciones judiciales ulteriores (como sucede en este caso, en donde hay dos manifestaciones de voluntad concordes en transigir sobre un punto o puntos determinados), sino simples comportamientos a los que se atribuyen de forma objetiva aquellas consecuencias.

d) La eficacia de cosa juzgada de las transacciones implica la improcedencia de la resolución del contrato por incumplimiento de alguna de las partes. Sólo cabe en las transacciones incumplidas el cumplimiento forzoso o por equivalente.

Este punto de vista resulta, en principio, bastante razonable. La «cosa juzgada» del 1816 bien pudiera tener este significado. Primeramente, por la propia dicción del precepto, que en su segundo inciso habla de que «no procederá la vía de apremio sino tratándose *del cumplimiento* de la transacción judicial». En segundo lugar, porque, a la vista del 1817, que admite la impugnación del contrato por cualquiera de los vicios del consentimiento, incluido el error, el sentido del 1816 —de querer darle alguno— no puede ser otro que el de prohibir otras formas de ineficacia distintas de la invalidez susceptibles de provocar un replanteamiento de la cuestión litigiosa. Entre esas formas de ineficacia, destaca sobremanera la de la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124). Sólo, pues, los defectos originarios del contrato de transacción son susceptibles de originar la vuelta al conflicto primitivo.

Sin embargo, esta última alternativa choca frontalmente con la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina, favorable a la resolubilidad de las transacciones por incumplimiento, y con la neta jurisprudencia

(113) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *cit.*, p. 135.

(114) «La doctrina de los actos propios», *cit.*

dencia de nuestro Tribunal Supremo, que no duda en admitir esta vía de ineficacia contractual (115). Un argumento más apoya esta crítica: de haberse querido prohibir en las transacciones la resolución por incumplimiento del 1124, se habría dicho expresamente, y no utilizar unos términos tremendamente ambiguos que pueden conducir a interpretaciones deformadoras del verdadero sentido de los convenios transaccionales, como hemos visto ha sucedido en materia de error. Si no se ha hecho así (a diferencia de otros Códigos como el italiano, cuyo art. 1976 ha cerrado las puertas, sólo en parte, a este supuesto de ineficacia contractual), no cabe llegar a la conclusión de que el sentido del 1816 es el de impedir la resolución por incumplimiento.

De lege ferenda acaso no sería descabellado en el futuro postular una reforma del 1816, suprimiendo la citada expresión e introduciendo una disposición concreta denegatoria o restrictiva de la facultad de pedir la resolución de las transacciones por incumplimiento, al estilo del 1976 italiano. La razón de ser vendría dada por el hecho de que, con frecuencia, cuando se transige, las partes suelen abandonar o destruir los documentos escritos y cualquier otro medio probatorio de sus derechos, pensando —equivocadamente— que con la transacción se resuelvan definitivamente todas las diferencias entre las partes.

A la vista de lo anterior, cabe concluir la esterilidad de la búsqueda de algún sentido práctico y específico al giro «autoridad de cosa juzgada» contenido en el art. 1816 del Código Civil. El único sensato es el ya citado de considerar a la transacción como un contrato más en cuanto a sus efectos, esto es, el «tener fuerza de ley entre las partes contratantes» (art. 1091). Su única particularidad —si es que se la puede llamar así— resida probablemente en proporcionar a las partes, más que una «excepción» en sentido técnico, una forma de «defensa u objeción» (116), en aquellas situaciones en que uno de los transigentes replantee sus originarias pretensiones ante un tribunal *sin aducir al mismo tiempo un motivo de ineficacia (resolución) o invalidez (vicios del consentimiento)*. Este supuesto difícilmente se presentará en la práctica, ya que es común pretender la destrucción como *conditio sine que non* para replantear el litigio.

(115) Cfr. en tal sentido las sentencias de 12 de marzo de 1947, 15 de junio de 1957 o 26 de abril de 1963.

No obstante, hay alguna otra sentencia de la que veladamente se desprende una visión restrictiva sobre la aplicación del 1124 del Código Civil a las transacciones. En tal sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1987.

En doctrina, véase la reciente opinión favorable a la resolubilidad por incumplimiento en las transacciones, de RAGEL SÁNCHEZ, comentando la STS de 20 de abril de 1989, en *C.C.J.C.*, núm. 20 (abril-agosto 1989), pp. 515 y ss.

(116) TAPIA FERNÁNDEZ, «Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales», en *R.G.D.*, enero-febrero 1990, pp. 55-56.

De cualquier manera, es indudable ya, de acuerdo con todo lo anterior, que no hay ningún nexo de unión entre efecto de «cosa juzgada» de las transacciones y (restricción de las) causas de invalidación de las mismas, concretamente por error.

III.6. La irrelevancia del error de derecho como vicio anulatorio de las transacciones

Está generalmente admitido entre los autores rechazar el error de derecho como medio impugnatorio de las transacciones. Dentro de los que piensan de este modo, hay a su vez una gran mayoría que matizan esta afirmación señalando que ese error de derecho irrelevante es, cuando menos, el que recae sobre el *caput controversum*.

Tal postura doctrinal es principalmente fruto de las legislaciones de los distintos países (en especial, Francia e Italia), en las cuales aparece recogido un precepto legal que explícitamente excluye este tipo de vicio. Así, el art. 2052, párrafo segundo, del Código francés dispone que las transacciones «ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion». Y el 1969 del *Codice* italiano: «La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti.»

En nuestro país, la discusión sobre si el error de derecho tiene o no cabida en el contrato de transacción, resulta mucho más provechosa, por cuanto no hay ninguna norma que expresamente lo prohíba. Ello no ha sido obstáculo para que la mayor parte de nuestros autores se inclinen por rechazarlo. En este sentido, son bastante expresivas las palabras de Sanahuja: «[...] Aunque el Código Civil español no establece la doctrina de una manera concreta como sus congéneres francés e italiano, ello se deriva indeclinablemente no ya de la naturaleza y esencia de la transacción, sino también *del valor de cosa juzgada* que se le atribuye, el cual impide que pueda plantearse nuevamente la cuestión, fundándose en una apreciación errónea de su incertidumbre o bajo el pretexto de un conocimiento equivocado o incompleto de la norma jurídica...» (117).

Antes de analizar la certeza o incerteza de estas u otras posibles afirmaciones sobre el error de derecho, queremos advertir que este tema es, probablemente, el que más difícil solución tiene, en uno u otro sentido, es decir, ya sea para negar su aplicabilidad, ya sea para acogerla, de todos cuantos se nos han planteado hasta ahora, al menos si lo que hacemos es tomar por base la interpretación de los distintos preceptos legales sobre error transaccional.

(117) SANAHUJA, *Ob. cit.*, p. 236.

Por lo que a éstos concierne, algún autor, concretamente Luna Serrano, ha querido ver una base firme para permitir la impugnación de la transacción por error de derecho (error de derecho *in caput non controversum*, en su personal construcción del error transaccional) en la interpretación *a sensu contrario* del párrafo segundo del art. 1817. A juicio de este autor, la prohibición en dicho párrafo del error de hecho en las transacciones celebradas con posterioridad al inicio de un pleito, debe significar *a contrario* que el error de derecho es alegable, y no sólo en estas transacciones, sino también, siguiendo esa lógica, en las concluidas antes de la presentación de la demanda correspondiente (118).

Desde nuestro punto de vista, la argumentación es defectuosa. En principio, la deducción de Luna parece bastante lógica; sin embargo, resulta finalmente incoherente, si tenemos en cuenta dos datos fundamentales:

1. Es ilógico prohibir, en las transacciones reguladas en el 1817, 2, el error de hecho, y no el error de derecho, cuando éste último es, en general, según una doctrina uniforme que llega a nuestros días, mucho más difícilmente excusable.

2. Más ilógico aún es autorizar la alegación del error de derecho en esas transacciones celebradas dentro ya de un proceso judicial, excluyendo el de hecho, por cuanto el sentido común impone muchas más restricciones en estas circunstancias, restricciones que no tendrían más remedio que afectar al error de hecho y *al de derecho*.

Así pues, estamos convencidos, aunque no tenemos el más mínimo apoyo ni legal ni histórico que lo avale, de que el legislador del Código sobreentendió, presumió, que no hacía falta referirse al error de derecho en los casos del 1817, 2, porque su prohibición estaba implícita en la propia configuración de las transacciones del citado párrafo segundo. Es más, queda flotando en el aire la duda sobre si el error de derecho estaba o no proscrito *de manera general*, esto es, para todo tipo de transacciones, en la mente del legislador de 1889.

Ahora bien, si ciertamente el 1817, 2 no constituye un firme apoyo para la admisibilidad del error de derecho, sino casi todo lo contrario, creemos, por contra, que el 1817, 1 sí proporciona una aceptable justificación, no sólo por lo que dice, sino también por los motivos en base a los cuales lo dice. Así, el 1817, 1, al incluir de forma general el error, sin ningún tipo de distinciones o matizaciones, entre las causas de invalidación de los convenios transaccionales, deja la puerta completamente abierta a la entrada del error de derecho.

Sin embargo, son mucho más trascendentales las razones que llevaron al legislador español a la redacción de este párrafo primero. En este sentido, García Goyena, al comentar el art. 1727 (en especial, su

(118) LUNA SERRANO, «La invalidez...», *cit.*, p. 148.

párrafo primero) del Proyecto de 1851, correlativo del 1817 actual, nos dice: «Están refundidos en él (en el 1727) con gran sencillez y claridad, por una simple referencia, *los artículos franceses 2053, 2054, 2055 y 1258 (sic)* copiados en los otros códigos modernos.» He aquí lo curioso: *no está incluido el 2052 francés, que es el que regula la prohibición del error de derecho.* Por tanto, si no se acoge esa referencia del 2052, es porque —cabría pensar— no hay ninguna especialidad en cuanto al error de derecho, o sea, que funciona como causa normal de invalidación de las transacciones.

Alguien podría pensar: «No se recoge la alusión al 2052 francés, no porque se ha cambiado de perspectiva en el 1727 (hoy, 1817), sino porque la prohibición del error de derecho está insita en el 1726 (hoy, 1816), regulador del efecto de “cosa juzgada” de la transacción, dado que este precepto no es sino la trasposición al Código español del 2052 francés...» Esta argumentación, acaso no incierta, carece, sin embargo, de apoyatura. Ni del 1816 vigente se desprende la inclusión de aquella prohibición del 2052 francés, sino, muy al contrario, es obvia la introducción de importantes modificaciones respecto del correlativo francés; ni en el comentario de García Goyena al 1726 del Proyecto del 51 encontramos la más mínima conexión entre «cosa juzgada» e irrelevancia del error de derecho.

En honor a la verdad, hemos de decir que a mediados del siglo XIX, cuando se redactó el Proyecto de 1851, los autores, incluido el propio García Goyena, tenían dudas de si el error de derecho podía fundamentar una impugnación de cualquier contrato. Así lo manifiesta el citado autor, al comentar el art. 989 de ese Proyecto, regulador del error como vicio del consentimiento, llegando a establecer finalmente en el texto legal la irrelevancia de aquél, contradiciendo la solución favorable del Código francés. El párrafo segundo de ese art. 989 decía tajantemente: «El error de derecho no anula el contrato.» Con toda probabilidad, fue por esto por lo que no apareció en la regulación de la transacción esa prohibición, porque entonces era una prohibición *general*. La posterior modificación introducida por el Anteproyecto de 1882-88, cuyo art. 1279 expresamente permitía el error de hecho y *de derecho* (en tanto en cuanto recayeren «sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impedido a celebrarlo»), y la no adaptación de las normas sobre error transaccional a este nuevo panorama, nos sitúan más bien ante una incoherencia más de nuestro codificador. No cabe, en consecuencia, llegar a una conclusión general tajante y precisa acerca de cuál fue la intención del legislador del Código civil (no el de los Proyectos de Código) sobre el error de derecho. La mayor parte de los indicios parecen, no obstante, conducirnos a la idea de que el error de derecho sí iba a tener definitivamente cabida en materia de transacción. Téngase en cuenta que en

el Anteproyecto no sólo se modificó la regulación del error-vicio en general; también se alteró, en relación al Proyecto de 1851, el precepto dedicado a la «cosa juzgada» de la transacción (vid, art. 12), y algún otro, pero no el dedicado al error (art. 13), lo que nos induce a pensar que se quiso trasladar a la transacción la regulación general de los vicios de la voluntad —con las salvedades del 1817, 2 (vigente) y de los 1818 y 1819 (también vigentes)—, sin especialidades en cuanto al error de derecho.

Aparte de la interpretación del término «error» contenido en el 1817, 1 y del de «error de hecho» del 1817, 2, acaso pudieran arrojar alguna luz sobre la relevancia o irrelevancia del error de derecho las demás disposiciones contenidas en los arts. 1817 a 1819. La cuestión es: ¿se acoge en ellas, o es susceptible de acogerse, alguna hipótesis de error de derecho?

Sobre este punto, hay que concluir que en esos preceptos se asumen tácitamente algunos supuestos de error de derecho relevantes, y otros posibles de error de derecho irrelevantes. En cuanto a los primeros, es indudable que tanto la «falsedad de documentos» del 1817, 1 (falsedad derivada de la inaplicación de normas jurídicas, cuyo desconocimiento fue el determinante de la transacción: por ejemplo, creer equivocadamente que el «testamento» ológrafo puede ir redactado y firmado por el representante del testador), como, en especial, las transacciones celebradas con ignorancia de la firmeza de una sentencia, del 1819, 1 (por ejemplo, se creía erróneamente que, de acuerdo con la ley, la sentencia aún no era firme), dejan la puerta abierta a la demostración de un error de derecho relevante jurídicamente. Por contra, también es posible hallar una situación regulada legalmente de error de derecho irrelevante: es la hipótesis del 1819, 2, por cuanto la ignorancia de la revocabilidad de una sentencia puede ser perfectamente fruto de un inexacto conocimiento de las normas jurídicas, ignorancia que, de acuerdo con el citado precepto, «no es causa para atacar la transacción». En conclusión: las disposiciones reguladoras de los vicios en la transacción no arrojan una luz decisiva a la hora de averiguar si el legislador considera al error de derecho como causa general de impugnación de aquélla, o sólo en los supuestos taxativamente marcados por la Ley (119).

Fuera ya del análisis de los preceptos legales, conviene plantearse ahora si influye y de qué manera la especial naturaleza y función de las transacciones en la alegabilidad del error de derecho.

(119) Téngase en cuenta que aquí estamos utilizando el término «error» (para referirnos a las hipótesis de falsedad del 1817, 1, y los casos recogidos en el 1819) en un sentido aún no aclarado, ya que la naturaleza del posible «error» subyacente a estas hipótesis no hay espacio para tratarla en esta publicación. Nos remitimos a futuras publicaciones sobre este punto.

Este tema ya fue tratado de forma general en el apartado anterior. Pero los argumentos allí expuestos, aún resultando válidos para todo tipo de error, acaso no sean suficientes para justificar la presunta impugnabilidad de la transacción por error de derecho, dadas las especiales características de éste y habida cuenta la finalidad de la transacción, que no es otra que solucionar un conflicto jurídico sin acudir al juez *y prescindiendo de normas legales susceptibles de aplicarse*.

En esta línea, se enmarcan las opiniones, no sólo la citada de Sanahuja, sino las del resto de los autores partidarios de la irrelevancia de este tipo de error, sobre todo cuando afecta al punto controvertido y transigido. Así, en Italia, Gropallo llega a decir que el ECC sólo puede presentarse como error de derecho (120), y Flumene, que la razón de la exclusión del error de derecho es la naturaleza especial del contrato, cuyo fin es la composición de la *litis*, fin que no se alcanzará con el error de derecho, por cuanto su alegación y prueba permitirá el replanteamiento de la cuestión litigiosa (121). En esta misma dirección, se han expresado, entre otros, Ricci (122) o D'Onofrio (123). Finalmente, nos parece interesante recoger las opiniones de:

a) Carresi: «El hecho de que la transacción... sancione una solución equitativa de la controversia, implica que las partes han convenido prescindir de la solución que se habría conseguido según el Derecho estricto al objeto de realizar una solución de compromiso. Las mismas razones por las que la sentencia y el laudo, cuando se pronuncian según equidad, pueden impugnarse sólo por su revocación, esto es, por motivos de hecho, concurren respecto de la transacción y explican por qué este contrato no es impugnabile por error de derecho» (124).

b) Capotosti: «El art. 1969 se justifica por la antifuncionalidad práctica de un sometimiento completo de la transacción a la disciplina general (del error) en materia de contratos, porque, de otro modo, cualquier transacción podría impugnarse cuando sucesivamente se probase el error del estado de conocimiento del contratante sobre la situación jurídica en base a la cual se transige» (125).

Vistas las argumentaciones contrarias al error de derecho, conviene indagar en el grado de veracidad de las mismas.

(120) GROPALLO, *Ob. cit.*, p. 326.

(121) FLUMENE, *Ob. cit.*, pp. 64-65.

(122) «Corso teorico-pratico di Diritto Civile», terza ediz., nuova ristampa, vol. IX, Torino, 1923, p. 218.

(123) *Ob. cit.*, pp. 260-261

(124) CARRESI, *ob. cit.*, p.

(125) CAPOTOSTI, «Riconoscimento e transazione sotto il profilo dell'annullabilità per errore di diritto», en *Foro italiano*, I, 1959, p. 836.

A nuestro juicio, estamos de nuevo ante un espejismo más que ante una realidad. Hay que tener en cuenta que estas opiniones proceden de autores de un país en cuyo ordenamiento jurídico se prohíbe expresamente el error de derecho (concretamente, el que recae sobre el *caput controversum*) en las transacciones, de modo que su misión consiste ante todo en la búsqueda de las razones que han llevado a esa norma jurídica, no en proponer si es mejor que tal error sea conveniente o no permitirlo. Esto último es justamente lo que sucede en nuestro país: no hay norma legal ni a favor ni en contra, no hay mecanismo interpretativo que nos conduzca satisfactoriamente a uno u otro resultado, y hay que plantearse qué es más sensato, qué es mejor.

En esta indagación, consideramos puede ser criticable el defecto de base de los autores antes citados. Hay en todos ellos un error de planteamiento: pensar que la alegación de error de derecho implica entrar en el fondo del asunto transigido para conocer si el impugnante tenía o no derecho real en la disputa, de modo que, teniéndolo, la transacción automáticamente se anularía. Desde nuestro punto de vista, el error de derecho como vicio anulatorio de las transacciones no funcionaría de ese modo, sino simplemente mediante la demostración de que una de las partes tenía una visión de las normas legales aplicables tan equivocada que, de haberlas conocido con exactitud, no habría transigido o lo habría hecho con un alcance diferente. Pero *ello no implica entrar en el fondo del asunto debatido* como modo de demostrar que hubo tal error. Cuando se habla de error-vicio, se piensa primordialmente en algo interno, psicológico, del individuo. El error no se demuestra, pues, con la prueba de que se tenía derecho a algo, sino con la prueba de que el sujeto desconocía las normas (excusablemente). Hasta el punto de que sería, en principio, imaginable un caso de error de derecho en la transacción sin que el impugnante tuviese, de acuerdo con las normas jurídicas, toda la razón o ni siquiera parte de ella, en la discusión de fondo (126).

Es mucho más sensato, partiendo de lo anterior, *remitirse a las reglas generales sobre error* del 1266 del Código Civil. Es un tanto absurdo hacer separaciones tajantes, y decir que el error de derecho afectante al *caput controversum* es irrelevante, y relevante el que recae sobre el *caput non controversum*; o sostener que todo error de derecho es intrascendente, por atentar contra la peculiar naturaleza de las transacciones. Porque no se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes, que, suficientemente examinadas, podrían llevarnos a una solución diferente. Y esto sólo se consigue con la flexibilidad propia de las reglas generales.

(126) Ya que cuando se impugna por nulidad, puede estar convencido de que va a ganar el pleito ulterior, una vez se replantee.

Ahora bien, es cierto que, no ya en la transacción, sino en los demás contratos, el error de derecho suele ser difícilmente excusable. Queda constancia de ello con dar un rápido repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo resolviendo casos de error de derecho: son muy pocas las sentencias en que se admite (127). Pero este factor no es contraproducente en cuanto a la alegabilidad en las transacciones de esta clase de error, sino más bien al contrario, demostrativo de que las posiciones doctrinales están, de hecho, mucho más cerca de lo que podía imaginarse, y de que no hay que acudir a complicadas y un tanto discutibles construcciones para delimitar cuándo es utilizable, y cuándo no, el error de derecho.

Hay más argumentos. Por ejemplo, es significativo que varios autores italianos hayan criticado la prohibición del error de derecho contenida en el art. 1969 del *Codice*. Así lo ha hecho Ricci (128) respecto del antiguo Código, señalando la falta de justificación de la misma, pues el legislador no tuvo en cuenta que el error de derecho es relevante en los demás contratos según el antiguo art. 1109. También, Butera, quien justificaba la exclusión del error de derecho en razones puramente de tradición histórica (129), e incluso el propio Carresi (130). Parece que, a juicio de estos autores, esta prohibición tendría que desaparecer, por no ser coherente con la regla general que lo autoriza.

Por otra parte, carece de sentido prescindir del error de derecho, por cuanto, como han demostrado reiteradamente los estudiosos, es tremendamente difícil en ocasiones deslindar cuándo concurre aquél y cuándo un error de hecho. Es más, casi siempre al error de derecho suele ir asociado un error de hecho previo o simultáneo, del tal modo que perdería su eficacia la prohibición del primero con la prueba —no necesariamente difícil— del segundo (131). Imaginemos la siguiente situación: un individuo ha fallecido sin descendencia, y su esposa y un sobrino de aquél litigan sobre sus respectivos derechos hereditarios; la esposa acude a un profesor de Derecho Civil de la facultad de Derecho para pedirle un Código Civil, e informarse así de si es ella o el sobrino del causante el que tiene preferencia en la sucesión intestada; el profesor le proporciona un Código antiguo en el que aparece la preferencia —ya inexistente— de los colaterales respecto del cónyuge

(127) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de error de derecho en general, véase el reciente trabajo de CARRIÓN, «El error de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1990, páginas 187-211.

(128) *Ob. cit.*, p. 218.

(129) BUTERA, *Ob. cit.*, p. 506.

(130) *Ob. cit.*, p. 500.

(131) Vid. al respecto THOMAS, en PALANDT, «Bürgerliches Gesetzbuch», 48 edic., München, 1989, p. 839, y GHESTIN, *Ob. cit.*, p. 54.

viudo. Nos hallamos aquí ante un error de derecho (inexacto conocimiento de las normas legales vigentes en materia de sucesión intestada); es además un error *in caput controversum*, pero, a nuestro juicio, sería un error *excusable* (no ha habido falta de diligencia) y debería ocasionar la nulidad de la transacción. Y en este supuesto se ve muy clara la interconexión entre error de derecho y de hecho: aunque se prohibiese el error de derecho, que parece claro que concurre aquí, podría aducirse el de hecho, consistente en la creencia equivocada de que el Código consultado contenía la legislación vigente (132). Para evitar todos estos inconvenientes, creemos defendible la impugnación de las transacciones por aquel tipo de error, siempre y cuando se demuestre su esencialidad y su excusabilidad.

No es correcto, por otro lado, afirmar de forma generalizada, como han hecho algunos (133), que en las transacciones lo normal es que quien transija, se informe bien por personas competentes de si tiene o no derecho. Este dato no puede en manera alguna constituir un argumento a favor de la exclusión del error de derecho. Muchas veces, los sujetos transigentes, o al menos uno de ellos, tratan de huir de los despachos de abogados y de cualquier persona que tenga relación con el mundo jurídico, por la desconfianza que ello les suscita y por las cantidades que se verían obligados a desembolsar. Optan, pues, por la vía rápida del acuerdo transaccional, despreocupándose de conocer en profundidad la veracidad de sus pretensiones. En tales casos, cuyo paradigma suele ser el de las transacciones sobre indemnización de daños, no creemos que la alegación y prueba de un error de derecho deba estar absolutamente vedada a estos particulares, siempre que su error haya sido esencial y excusable.

Eso sí, la participación directa o indirecta de un abogado o especialista en leyes reducirá enormemente las posibilidades de que prospere un error de derecho (134). Imaginemos una empleada de un restaurante que es despedida por el propietario y se considera con derecho a indemnización por despido; acude a un abogado que, represen-

(132) Y no podría alegarse aquí la interpretación extensiva de la prohibición (expresa) del error de derecho en casos dudosos, defendida por la doctrina francesa e italiana en relación a sus respectivos arts. 2052 francés y 1969 italiano. En España, siendo indudable la admisibilidad del error de hecho, podría alegarse en cualquier situación en que se produjese, aun cuando corriese un error de derecho paralelamente a aquél, ya que no existe una tal prohibición expresa de este último.

(133) Véase BUTERA, *Ob. cit.*, p. 507. Igualmente, PECHER, *Münchaner Komm. cit.*, p. 1.086.

(134) Es muy clara al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1963, con cita de las de 14 de junio de 1943 y 28 de octubre de 1946. (No recoge un caso de transacción, sino de reconocimiento equivocado por parte del arrendador, en acto de conciliación, de la posibilidad de continuar un arrendamiento, a pesar de la norma del art. 81 de LAU, que lo impedía.)

tándola, conviene con aquél una transacción en donde consigue una indemnización rápida, pero —por error de derecho del abogado— de cuantía inferior a la legalmente correspondiente. En esta hipótesis, la empleada difícilmente podrá impugnar la transacción aduciendo un error de derecho de su abogado (en definitiva, de ella misma en cuanto representada), dada la especial «cualificación» de su letrado. Cuestión distinta sería la posible indemnización a cargo de éste por negligencia en el desempeño de sus funciones, susceptible de ser reclamada por aquélla.

Tampoco resulta concluyente una argumentación basada en el artículo 6, 1 del título preliminar del Código Civil, en su redacción de 1974, el cual dispone, como sabemos: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.»

La doctrina que ha comentado este párrafo, ha sido unánime en sostener que, a pesar del adverbio «únicamente» y de la expresión «aquellos efectos *que las leyes determinen*», no se acoge aquí una visión restrictiva de los posibles casos en que el error de derecho pueda tener relevancia jurídica. Muy al contrario, tendrá eficacia no sólo en los casos de vicios del consentimiento, sino en otras muchas situaciones más previstas por la Ley, bien expresa, bien, sobre todo, tácitamente (135). En este sentido, pues, no hay inconveniente alguno para entender incluido en el 1817, 1 tanto el error de hecho como el de derecho, dada la remisión del precepto al general del 1265. No podemos pensar que, cuando dos sujetos transigen, hayan de poseer un grado de conocimiento de las normas jurídicas mucho más elevado que a la hora de celebrar cualquier otro contrato (al margen de la citada excepción de asistencia de abogado). Máxime si recordamos que hay muchos preceptos legales cuya interpretación y alcance exacto es desconocido plenamente por los propios expertos en Derecho.

El escollo más importante lo constituye, sin duda, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en varias ocasiones ya, ha negado eficacia al error de derecho como vicio anulatorio de las transacciones.

La más conocida de las sentencias contrarias al error de derecho, es la de 20 de marzo de 1951. Allí se trataba de una controversia entre la esposa del causante, quien la había nombrado heredera, y

(135) Cfr. LUCINI CASARES, «La ignorancia de las Leyes y el error de derecho», dentro de *El Título Preliminar del Código Civil*, vol. I, Parte General (Academia Matritense del Notariado), Jaén, 1977, pp. 207 y ss; LALAGUNA, en «Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975», vol. I, Madrid, 1977, p. 290, y BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo I, Madrid, 1978, pp. 102 y ss.

los hermanos de éste, que consideraban nulo el testamento porque el matrimonio entre el causante y la heredera se celebró antes de que hubiera transcurrido el plazo marcado por la ley (canónica) para contraer nuevo matrimonio tras la viudez de aquélla en un primer matrimonio. Ambas partes transigieron, pero con posterioridad la esposa impugnó el acuerdo en base a un error de derecho. El Tribunal Supremo denegó la pretensión anulatoria afirmando que: «[...] La naturaleza y finalidad de las convenciones transaccionales, definidas claramente en el art. 1809 del Código Civil, no consienten que el vicio de error en el consentimiento, productor para ellas de la invalidez, sea otro que *el (de) hecho*, al que hacen referencia el art. 1817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el 1266 en relación con el art. 2 (hoy, art. 6, 1) del propio Código.» Otras sentencias denegatorias de la relevancia de esta clase de error son las de 3 de enero de 1887, 12 de febrero de 1898 y 16 de diciembre de 1953.

Esta doctrina, sin embargo, se encuentra sesgada por la tendencia jurisprudencial general de rechazar la inclusión del error de derecho dentro del «error» contractual de los arts. 1265 y 1266. La propia sentencia citada de 1951 lo reconocen abiertamente en su último inciso. El cambio en la orientación jurisprudencial y doctrinal, favorable a ver en el 1266 ambos tipos de error, y la introducción novedosa del art. 6, 1, párrafo segundo, sobre la posible eficacia —interpretable no restrictivamente— del error de derecho, deben conducirnos, en la actualidad, a una conclusión contraria a la sostenida por la antigua jurisprudencia. Hay que tener en cuenta dos datos más derivados de la sentencia, y no suficientemente destacados por los comentaristas, que vendrían a justificar la negativa a aceptar el error de derecho en ese caso concreto:

1. En la redacción del acuerdo transaccional participó un —en palabras del T. S.— «leguleyo», cuyos conocimientos legales pudieron proporcionar a una de las partes las pautas precisas para tomar una decisión correcta acerca de sus pretensiones; no siendo así, es obvia la inexcusabilidad del error alegado.

2. La alegación error de derecho fue considerada por el Supremo como una «cuestión nueva», no planteada en anteriores instancias, de modo que acaso la *ratio decidendi* del Tribunal fue ésta, y no la de la inimpugnabilidad de las transacciones por error de derecho, que vendría a ser en cierto modo un *obiter dictum*.

A pesar de las razones anteriores, haría falta, no obstante, un supuesto real de error de derecho en una transacción, para que el Supremo se pronunciase, con la actual panorámica del error, sobre su procedencia general o no (independientemente de que en ese pleito se concediese, lo que depende de los diversos factores concurrentes, y no necesariamente de que recaiga sobre el *caput controversum* o

no) (136). De todos modos, a partir de mediados de los años cincuenta y ya durante la década de los sesenta, se ha notado un cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial sobre el error de derecho como vicio contractual, más comprensiva hacia el mismo, que probablemente desemboque en un reconocimiento de que también procede en materia de transacción (137).

La ocasión quizá se le pudo presentar al Supremo en el caso analizado en la sentencia de 20 de diciembre de 1967, según el cual una legataria de un local comercial celebra una transacción con la heredera inducida intencionadamente por ésta, en la que se compromete a pagar una cantidad de dinero que creía erróneamente gravaba dicho local. La legataria paga y finalmente impugna el acuerdo transaccional. El Supremo le da la razón (a pesar de que la heredera alegó que se trataba de un error de derecho), por concurrencia de comportamiento doloso, sin entrar en la cuestión de si es o no procedente el error de derecho en las transacciones.

III.7. Conclusiones

Después de analizar críticamente uno por uno los argumentos en que se ha venido apoyando la tesis tradicional, según la cual las tran-

(136) Finalmente, decir que la sentencia de 16 de diciembre de 1953 insiste en los mismos planteamientos: el error de derecho es inexcusable, cualquiera que sea el contrato al que afecte, y en materia de transacción, por supuesto que también.

Las críticas que se le pueden hacer son las mismas que a la de 20 de marzo de 1951.

Respecto a las citadas sentencias del siglo pasado, de 1887 y 1898, con mayor motivo conviene postular su improcedencia en los momentos actuales, en los que abiertamente se reconoce la eficacia anulatoria del error de derecho.

(137) Pueden verse al respecto las sentencias de 27 de febrero de 1954 o 6 de abril de 1962.

Cfr. CARRIÓN, «El error de derecho...», *cit.*, pp. 200 y ss.

Excepcionalmente, una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1930 reconocía abiertamente el error de derecho, en un contrato tan próximo a la transacción como la partición hereditaria. De acuerdo con ella, «no se infringen los arts. 2 (anterior a la reforma) y 1081 del Código Civil, porque pretender que el error de derecho está excluido de sus preceptos, es ir manifiestamente contra la regla de hermenéutica, según la cual donde la ley no distingue no es lícito distinguir». En la hipótesis, se trataba de una partición celebrada por la demandante, viuda del causante, con los sobrinos de éste, en donde se le reconocía sólo el usufructo foral, cuando tenía legalmente derecho a la totalidad de la herencia. El Supremo rechazó el recurso interpuesto por los demandados alegando el error de derecho de la viuda actora.

Recientemente, el profesor MORALES MORENO, «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código civil* (Asociación de profesores de Derecho Civil), tomo II, Madrid, 1990, pp. 1455 y ss. ha tratado de normalizar el uso del error de derecho en la anulación de los contratos, incluido el de transacción (aunque en tanto en cuanto fuese error de derecho sobre el *caput non controversum*).

sacciones sólo son impugnables por error cuando éste recae sobre el *caput controversum* o punto controvertido, así como algunos temas colaterales a toda esta discusión doctrinal (tales como el del efecto de «cosa juzgada» de las transacciones, o la posibilidad del error de derecho en ellas según nuestro Ordenamiento jurídico), ha llegado el momento de fijar unas conclusiones que nos ilustren acerca de cómo entender y aplicar a los convenios transaccionales el error vicio de la voluntad.

De esas conclusiones, la primera parece, en principio, obvia a la luz de toda la extensa argumentación contenida en los apartados anteriores de este Capítulo II: la de la prescindibilidad del factor «punto controvertido-punto no controvertido» para resolver los supuestos de alegación de error en las transacciones. O sea, que la autoridad judicial encargada de decidir dicha alegación de error no tiene obligación, tal como están redactados los preceptos legales, de utilizar la dicotomía ECC-ECNC, anulando sin más cuando la falsa representación de la realidad afecte a una cuestión no controvertida, y negando la impugnación en caso contrario.

Lo que hemos denominado tesis de la dicotomía presenta una serie importante de inconvenientes que dificultan su aplicación *práctica*. Por lo pronto, no abarca a todas las transacciones (quedan fuera claramente las llamadas transacciones mixtas) ni a todas las hipótesis susceptibles de plantearse. Sus resultados —y salvo excepciones— apenas difieren, examinando caso por caso los supuestos de la vida real, de los que se obtendrían mediante el recurso a las reglas generales del error (art. 1266 del Código Civil), con sus características clásicas de la esencialidad y la excusabilidad; a lo que se une el inconveniente de la excesiva rigidez del criterio único del *caput controversum*.

Junto a todo ello, cabe reseñar los trastornos que ocasionan su enorme abstracción, la complejidad de la indagación sobre lo que sea en cada hipótesis el punto objeto de discusión y transacción, y, sobre todo, el dato fáctico de su muy escasa (por no decir nula) utilización por parte de jueces y tribunales. En este último aspecto, no conviene olvidar que, en los dos campos donde más frecuentemente se plantean problemas de error transaccional (los de las transacciones sobre indemnización de daños y las transacciones sobre herencias y particiones hereditarias) —que, en el fondo, no son sino los campos donde más habitualmente se transige—, los tribunales se han remitido a las reglas generales del error contractual, haciendo caso omiso casi completamente de las indicaciones de la doctrina. Y lo han hecho por la evidente razón de que, o bien allí había supuestos de verdadero error (de hecho y de derecho) sobre el *caput controversum* pero no por ello automáticamente quedaban excluidos de la impugnación, o bien, ante la dificultad de discernir cuál era exactamente la cuestión debatida, era preferible servirse de los criterios generales al uso.

La pregunta final que es preciso resolver sería la siguiente: ¿hay que desechar *por completo*, habida cuenta lo anteriormente dicho, el criterio del *caput controversum-caput non controversum* a la hora de decidir una impugnación de una transacción por error?

Pues bien, a nuestro juicio, y contrariamente a lo que pudiera parecer, en absoluto. La dicotomía ECC-ECNC creemos puede seguir jugando un papel relevante en el ámbito de las transacciones, *como un criterio no exclusivo al que puede acudir la autoridad judicial para dictar sentencia* ante una petición (o excepción) de nulidad por error. Conviene tener bien presente que el error es una figura muy escurridiza, basada generalmente en consideraciones psicológicas de quienes contratan, y carente de suficientes asideros o pautas fijas a las que acudir a la hora de emitir un juicio al respecto. Por ello, la determinación del punto o puntos controvertidos (y, por tanto, de los no controvertidos) será relativamente útil *como un parámetro relevante* (un «topos») en la toma de la decisión por el juez, dependiendo de la mayor o menor facilidad para averiguar el objeto preciso de lo transigido. Pero teniendo en cuenta que, en última instancia, este punto de referencia, siendo válido, se encontrará también condicionado por la excusabilidad o inexcusabilidad de las partes en el conocimiento de las cuestiones litigiosas, y por la esencialidad o inessentialidad del error cometido.

IV. EL SENTIDO DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ART. 1817. LAS TRANSACCIONES JUDICIALES

Ya hemos dejado marcadas en los capítulos anteriores las líneas generales en las cuales se enmarca toda la problemática del error en la transacción. A nuestro juicio, las decisiones judiciales en esta materia deben seguir las pautas generales del error como vicio de la voluntad, tal como es concebido por el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia, sin que la afectación o no del *caput controversum* constituya un dato definitivo; ello, no obstante, el recaer el error o no sobre el tema objeto de discusión y de transacción, puede funcionar como un punto de referencia, entre otros posibles, para resolver el litigio sobre si es anulable o no la transacción. Esta es nuestra posición global, nuestra solución a los problemas interpretativos derivados del párrafo primero del 1817, en relación a los demás preceptos sobre error transaccional.

Pero nuestro punto de vista tiene que superar un obstáculo final tremendamente complejo: el de la interpretación que se deba dar al párrafo segundo del art. 1817, el cual, como sabemos, dispone —en contraposición a la regla general de relevancia de los vicios de la voluntad, incluido el error—: «Sin embargo, no podrá una de las par-

tes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.»

Nos hallamos ante un precepto legal completamente novedoso en relación a los textos legales europeos de la época, tanto anteriores como posteriores, cuyo alcance no es fácil de determinar. Curiosamente, los autores españoles que han tratado de la transacción, apenas dedican unas líneas —si es que lo hacen— a la búsqueda de un sentido del precepto citado.

Así, Manresa, en lo que podemos considerar la postura menos admisible de todas, afirma respecto de todo el art. 1817: «La inteligencia (del art. 1817) es fácil y sencilla; su contexto, claro, y con solo plantear su precepto, se comprende el fundamento jurídico del mismo» (138).

Desde luego, y según nuestra opinión, el párrafo segundo del 1817 concretamente, ni es de fácil y sencilla inteligencia, pues son tremendamente confusos tanto el pronombre «ésta» como la frase final «apartarse por la transacción de un pleito comenzado»; ni su contexto es claro, si lo relacionamos con el 1817, 1, por un lado, y el 1816, 1818 y 1819, por otro; ni, finalmente, es comprensible su fundamento jurídico, pues no es fácil conocer su auténtica *ratio*.

Buscando una cierta coherencia al precepto, Mucius Scaevola ha señalado que no cabe la impugnación (en el 1817, 2) porque «quien ha planteado un litigio o se opone a él es porque cuenta con algún derecho y medios de probarlo, por lo cual, si luego aparece transigiendo con la parte demandada, es justo ponerlo a cubierto de un error de hecho que pudiera alegar la otra parte» (139). Y a continuación, pasa a incluir el error de derecho dentro de la hipótesis allí regulada, aunque literalmente no se aluda a él.

De manera muy similar, se ha expresado Luna Serrano, quien de pasada ha afirmado: «[...] La finalidad de la regla (del 1817, 2) no es sino la defensa y protección del transigente que se aparta del pleito comenzado y pierde su posición procesal» (140).

Estas explicaciones nos parecen profundamente insatisfactorias. En primer lugar, se nos está diciendo veladamente que sólo uno de los transigentes va a poder impugnar esta suerte de transacciones concluidas después de haber comenzado un pleito, lo cual, aunque literalmente pudiera deducirse de la norma, ni fue intención del legislador ni lo sostienen abiertamente estos autores. En segundo lugar, ¿qué justificación existe para proteger al transigente que no adujo el error de hecho (o de derecho)? Si las dos partes habían incurrido en el mismo error, el que una de ellas impugne la transacción por ese moti-

(138) MANRESA, *Ob. y vol. cit.*, p. 171.

(139) MUCIUS SCAEVOLA, *Ob. y vol. cit.*, pp. 399-400.

(140) LUNA, *Ob. cit.*, p. 148.

vo, es un acontecimiento puramente casual y no debería provocar una automática protección de la otra, quien también podría haber impugnado. Si sólo una había —en abstracto— incurrido en error, con menos motivo se debe proteger a la otra, que no se equivocó. Por otra parte, ¿qué «posición procesal» pierde el que no impugna? Si se ataca la transacción por error y se anula, las cosas vuelven al estado anterior al acuerdo, esto es, al litigio originario, para cuyo replanteamiento no existe el más mínimo obstáculo, ni siquiera el de una posible prescripción de la acción, pues el plazo prescriptivo queda en suspenso durante todo ese tiempo. Y finalmente: no se puede decir, como hace Mucius, que quien plantea un litigio o se opone a él es porque cuenta con medios de defensa..., porque se está olvidando que existen pleitos en los cuales una de las partes actúa —puede actuar— con temeridad, esto es, sin apoyo legal alguno y carente de medios defensivos.

También poco razonable es la fundamentación dada al precepto —y con esto se termina el repaso a la doctrina española— por Ogayar: «[...] El ser inoperante el error de hecho —dice— cuando una de las partes se ha apartado por la transacción de un pleito comenzado, al no poder alegarse dicho vicio, *es una imposición del principio de buena fe*, la que exige que, en tales casos, prevalezca el instrumento de paz y de concordia que es la transacción, para que no sea estéril el sacrificio de la parte que se apartó del litigio promovido» (141).

¿Cómo se puede decir que el principio de buena fe es el fundamento de la improcedencia del error de hecho? ¿Es coherente llegar a la conclusión, siguiendo el hilo del razonamiento de este autor, de que entonces el que impugna obra —siempre— *de mala fe*? Si ello fuese cierto en el cien por cien de los casos, no haría falta el 1817, 2, pues aquel principio, así como el de la prohibición de «abuso del derecho» (art. 7 del Código Civil), presiden nuestro Código Civil y están profundamente arraigados en la conciencia de nuestros juzgadores e intérpretes del Derecho. Por lo demás, subyace a esta opinión la visión tradicional sobre la inamovilidad de las transacciones, la cual, como ya tuvimos ocasión de demostrar, no tiene suficiente base en nuestro Ordenamiento jurídico.

La insuficiencia de las anteriores fundamentaciones nos obligan a intentar una interpretación «nueva», coincidente, en la medida de lo posible, con la real intención del legislador de 1889, pero también adaptada a las circunstancias y necesidades actuales.

Por lo pronto, si acudimos a los antecedentes legislativos de la norma en los distintos proyectos de Código Civil, pocos datos encontraremos. El 1817, 2 procede del Proyecto de 1851, cuyo art. 1727, 2 estaba redactado como sigue: «Sin embargo, no podrá una de las par-

(141) OGAYAR, *Ob. cit.*, p. 73.

tes oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado; o haya desistido de intentarlo si podía hacerlo con temeridad.»

García Goyena¹⁴² pone en relación este párrafo con dos textos romanos (D. 12, 6, 65, 1 y C. 2, 4, 23). El primero de ellos, que es literalmente recogido por el citado autor en sus «Concordancias», dice así: «Lo que se da a nombre de transacción, aunque no medie cosa alguna, no se repite, pues si había un litigio, el hecho mismo de que se desista de él vale como causa.» El segundo se expresa de forma similar respecto a la irrepitibilidad de lo dado por transacción, si ésta se celebró tras la demanda presentada por la otra parte transigente. García Goyena comenta el sentido del antiguo 1727, 2: «[...] En este caso —afirma— no tiene lugar la repetición de lo pagado indebidamente, aunque se pruebe que no hubo causa alguna para transigir, y que no se debía aquéllo sobre que se transigió» (142).

Estas referencias están hoy francamente superadas. Primordialmente, porque la posible «falta de causa» vista por Goyena en estas situaciones, no puede ser hoy considerada como tal, sino como un error de hecho, ya que la causa existe desde el mismo momento en que hay externamente un litigio judicial —sea o no coincidente en sus datos con la realidad— y éste se soluciona a través del convenio transaccional. Por otra parte, no cabe plantear en términos de «repetición de lo indebido» algo que atañe a una probable causa de nulidad de un contrato. La explicación histórica resulta, pues, insatisfactoria. No obstante, en el fondo de la misma late una vaga idea de que las causas de anulación se transforman cuando ésta se celebra en fase de discusión judicial.

Pensemos ahora en una interpretación puramente literal de la norma, imaginando un caso en el que se sigan los pasos marcados por la ley: A discute con B sobre la cuantía de la indemnización por los daños causados al primero. A decide acudir ante los tribunales demandando a B y pidiendo al juez que declare su derecho a una reparación de dos millones de pesetas (ya hay «pleito comenzado»). A continuación, B, contestando a la demanda (y aduciendo que no tiene obligación de responder) propone a A una transacción, en donde se le concede un millón y medio de pesetas. A acepta la transacción (ya se ha «apartado A del pleito comenzado»). Ulteriormente, se descubre que los daños eran bastante inferiores a los previstos. A demanda el cumplimiento de lo acordado en la transacción, y B le opone el error de hecho: según el 1817, 2, B no podrá oponerle ese «error de hecho» en cuanto que aquél se apartó mediante la transacción del pleito comenzado.

(142) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *cit.*, p. 137.

Este parece ser el esquema básico a que responde el párrafo segundo del 1817. Conviene ahora fijar sus límites, insistimos, desde la perspectiva puramente literal de la norma:

1. La estructura del precepto, ¿responde a una hipótesis de demanda de cumplimiento de transacción-excepción de nulidad (por error)? A nuestro juicio, no necesariamente. Cabe perfectamente imaginar una demanda de nulidad por error directamente interpuesta por uno de los transigentes, que no prospera en base a la alegación por la otra del 1817, 2. El término «oponer» no creemos que suponga una restricción en cuanto a la forma de aducir el error, lo que podrá hacerse bien por vía de acción, bien mediante excepción.

2. Las referencias a «una de las partes», la cual aduce el error de hecho frente «a la otra», y a que no prospera esa alegación porque «ésta», es decir, la que no propuso la nulidad, se apartó de un pleito ya comenzado, ¿significan una limitación de la prohibición allí contenida, en el sentido de que sólo es eficaz cuando el último sujeto citado (el que no alegó el error) fue convencido por el otro para celebrar una transacción? A nuestro juicio, tampoco necesariamente. No creemos que esté prohibida en la expresión puramente literal de la norma aquella hipótesis según la cual el convencido para transigir fue la persona que luego adujo el error de hecho. Téngase en cuenta, además, que las transacciones son contratos en donde es muy frecuente que no sea uno sólo el proponente y el otro simplemente el aceptante; lo habitual es que haya propuestas y contrapropuestas sucesivas, hasta llegar al acuerdo definitivo, de modo que resultaría injustificada una restricción tal.

3. ¿Significa esta norma, *a sensu contrario*, que puede estar alguno de los transigentes legitimado para impugnar por error de hecho? Acaso nos pudiera llevar a esa conclusión una primera y superficial lectura de la disposición. Sin embargo, estamos seguros de que no es así. El 1817, 2 introduce, según nuestra opinión, una prohibición *general* de impugnación de estas transacciones por error de hecho (seguramente también de derecho), cualquiera que sea el sujeto impugnante y las condiciones en que se concluyó la transacción o se realice la impugnación. Téngase en cuenta que, si dos sujetos transigen después de haberse iniciado un pleito entre ellos, *los dos «se apartan —de hecho— de un pleito comenzado»*, por lo que no hay razón para prohibir a unos y permitir a otros.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe obtener una primera conclusión: el 1817, 2 está defectuosamente redactado, pues dice lo que realmente no quiere ni puede decir. El pronombre «ésta», que tantas dificultades interpretativas suscita, es superfluo, no debería haberse introducido. Porque parece que quiere limitar la prohibición del error de hecho a los casos de «propuesta de transacción-aceptación plena-alegación ulterior de error por parte del proponente», cuando ya hemos comprobado que no puede ser así.

Agotada, pues, al vía de la interpretación puramente literal de la norma, hay que buscar su *ratio* verdadera en otro lugar. Ese «otro lugar» no puede venir dado sino por la aclaración del término «pleito comenzado», o más correctamente, por la búsqueda de las peculiaridades de las transacciones concluidas después de haberse iniciado un litigio ante los tribunales, y su conexión con el error-vicio de la voluntad. No hay que olvidar que uno de los rasgos distintivos de la regulación de la transacción contenida en nuestro Código Civil, en relación a los restantes códigos europeos, es justamente su polarización alrededor de una nueva disyuntiva: transacciones judiciales (o transacciones celebradas dentro o durante la tramitación de un proceso judicial) y transacciones extrajudiciales (o transacciones celebradas al margen de un proceso o sin autorización o aprobación judicial de ningún tipo).

Antes de analizar el sentido de la expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzado» (o transacción concluida tras el inicio de un pleito), consideramos oportuno analizar, como paso previo de gran interés, el significado del término «transacción judicial» tal como aparece en nuestro Código.

IV.1. Sentidos posibles de la expresión «transacción judicial»

La única norma que utiliza la expresión «transacción judicial», de entre los arts. 1809 a 1819, es el art. 1816, el cual, para distinguir la diferente eficacia de los convenios transaccionales, introduce el matiz de que, frente a las extrajudiciales, sólo respecto de las transacciones judiciales «procederá la vía de apremio». Es decir, se concede una especial relevancia a este tipo de transacciones, consistente en poder acudir a la fase de ejecución judicial, cual si fuese una auténtica sentencia firme, sin necesidad de tramitar un juicio declarativo. Esta trascendental repercusión práctica obliga a una delimitación de cuándo hay transacción judicial y cuándo no.

A este fin, hay que partir de la indefinición legal de cuál sea su concepto y alcance; el legislador presume que todos los sabemos. Sin embargo, se pueden dar diversas respuestas —la doctrina y la jurisprudencia se han referido a casi todas ellas—, según que la perspectiva sea la de restringir al máximo su ámbito, por razones de seguridad jurídica, o la de ampliarlo, como modo de dar mayor realce a este tipo de contratos. Veamos las distintas posibilidades:

a) Transacción judicial como transacción sobre *res litigiosa*. Esta forma de concebirla, se obtiene por contraposición a las transacciones que afectan a una *res dubia*, que no serían sino las transacciones extrajudiciales. Este enfoque supone admitir que el fundamento de los acuerdos transaccionales tanto puede ser una *res dubia* como

una *res litigiosa*. Ciertamente, la doctrina moderna —en España, a partir de Gullón— rechaza la *res dubia*, la incertidumbre, como posible fundamento de estos contratos. No obstante, hay que decir, que, a nuestro juicio, aún quedan vestigios en el Código de la antigua concepción, los cuales acaso servirían de apoyo a esta visión amplísima de la transacción judicial entendida como recayente *sobre cualquier litigio, presente o futuro*. De cualquier modo, no es la tesis que nos parece más aceptable.

b) Transacción judicial como transacción concluida durante la vigencia de un proceso judicial, con o sin intervención judicial. Este segundo punto de vista ha sido seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1911. En ella, se cuestionaba la ejecutabilidad de una transacción celebrada estando pendiente el proceso judicial pero sin conocimiento ni participación del juez, quien únicamente supo del desistimiento del demandante; tras la negativa por parte de la Audiencia de Burgos, el Supremo admitió la posibilidad de ejecución directa de lo transigido. Se trataba, pues, de una transacción concluida «para poner término a un pleito comenzado».

Esta interpretación ha sido criticada por buena parte de la doctrina española, quien ha considerado que no puede llamarse «judicial» a una transacción en la que no participa el juez de ningún modo (143).

c) Transacción judicial como transacción autorizada judicialmente. Ahora, la transacción será judicial cuando el juez la apruebe o autorice, con independencia de que el consenso de las partes se haya logrado al margen del juez (sometiéndolo luego a su aprobación) o ante el juez mismo.

Este enfoque puede ser fácil de asumir, por cuanto se cumple ese requisito lógico de que el juez sólo proceda a ejecutar aquello que ha sido examinado por él o por otro órgano judicial, y porque se adapta a las hipótesis de transacciones autorizadas judicialmente recogidas en los arts. 1810 y 1811, que bien pudieran servir de pauta.

Sin embargo, se presentan algunos problemas o inconvenientes para su plena asunción. En primer lugar, los citados arts. 1810 y 1811, que remiten a su vez a los arts. 166 y 270 respectivamente, regulan hipótesis en donde la autorización judicial constituye un requisito de validez (o de eficacia, según las opiniones) del contrato celebrado, y no un complemento para que ese contrato sea una transacción judicial y sea susceptible de ejecución. Bien pudiera pensarse, por tanto, que los arts. 1810 y 1811 no recogen supuestos de transacción judicial, sino de transacción extrajudicial necesitada para su validez de aprobación judicial. La transacción, para ser «judicial», seguramente necesite que la resolución del juez que la autorice provenga del órgano

(143) Cfr. MUCIUS, *Ob. cit.*, p. 371; MANRESA, *ob. cit.*, p. 165, y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 140-141.

jurisdiccional *competente para resolver el conflicto* en el caso de que no se hubiera transigido. Ello estaría en concordancia con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la eficacia del acto de conciliación (art. 476 LEC) —téngase en cuenta que cabe transigir en uno de estos actos—, de acuerdo con las cuales sólo es ejecutable lo convenido en conciliación si se trataba de asuntos de la competencia del propio juez ante quien se celebró.

Además, la «autorización» judicial suele identificarse con un simple examen de la corrección formal del contrato y, como mucho, con un análisis de la capacidad de las partes, sin entrar en el fondo del asunto (144). De ser esto cierto, nos parece, en abstracto, inadecuado que sea susceptible de ejecución directa sin más, un contrato cuyo contenido sustancial no ha sido analizado por ninguna autoridad judicial.

d) Transacción judicial como acuerdo celebrado ante el juez, incorporado al proceso, y aprobado mediante auto judicial (145). Se trata de la visión más restrictiva de las defendidas, y busca las máximas garantías de fiabilidad de que lo transigido es susceptible de ejecución por ser las estipulaciones coincidentes con la auténtica voluntad de las partes, de lo cual da fe la autoridad judicial, y habiendo la certeza de la casi absoluta imposibilidad de equivocaciones fácticas o jurídicas.

Es la postura sostenida por la mayoría de los procesalistas, y la que a nosotros nos parece más razonable.

IV.2. La conexión entre el término «transacción judicial» y la expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzado»

Una vez determinado el sentido que creemos más apropiado al término «transacción judicial» utilizado en el art. 1816 del Código Civil para destacar su inmediata ejecutabilidad a petición de cualquiera de los transigentes, hay que hacerse inexorablemente la siguiente pregunta: ¿existe una total identificación entre esa concepción de la transacción judicial y la expresión final del 1817, 2? Es decir, ¿sería correcto llegar a la conclusión de que la prohibición del error de hecho, contenida en el 1817, 2, únicamente afecta a las —así llamadas por el 1816— «transacciones

(144) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Ob. cit.*, pp. 253 y ss.

(145) A favor de esta postura se manifiestan, en nuestro país, la mayoría de los autores (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Ob. cit.*, p. 864; GULLÓN; MUCIUS ESCAEVOLA, etcétera), así como la gran mayoría de la doctrina procesalista.

judiciales», sólo que el legislador no quiso, por razones eufemísticas, volver a servirse del término en el artículo siguiente (el 1817)?

Antes de responder a esta cuestión, parece oportuno indagar las razones, si las hay, de una mayor restricción en las causas de impugnación de estas transacciones, en relación a las extrajudiciales. Con independencia de lo que más abajo diremos, se nos ocurren, en una primera aproximación, dos:

1. A diferencia de las transacciones extrajudiciales, en donde hay una gran inseguridad acerca de las auténticas pretensiones de las partes, ya que las mismas no están fijadas definitivamente y pueden ser modificadas, en las judiciales el conflicto aparece bien delimitado, y las partes han tenido que hacer un esfuerzo importante por determinar sus pretensiones. Ello nos conduce a la idea de que la aparición del error en una de ellas es, en general, poco excusable, y no debería de ocasionar la nulidad del contrato.

2. La presencia del juez en esta clase de transacciones constituye una garantía de que todo el proceso de exteriorización de las voluntades se ha llevado correctamente, y de que esas voluntades son reales (no simuladas) y difícilmente defectuosas o desconocedoras de los hechos (146).

Es cierto que estos argumentos no son del todo convincentes, o, al menos, no disipan todas las dudas. Pero, por el momento, son suficientes para justificar un tratamiento particularizado de los vicios del consentimiento, específicamente del error, en las transacciones judiciales (147). La dificultad, que más adelante trataremos de salvar, es la de qué transacciones judiciales en concreto gozan de este régimen peculiar en materia de error.

Pero volvamos a la pregunta inicial. Desde luego, está claro que entre el 1816 y el inciso final del 1817, 2 existe una cierta correlación. Entra dentro de la lógica pensar que nuestro legislador quiso dar una especial eficacia práctica a las transacciones judiciales, disponiendo no sólo su ejecutabilidad inmediata, a diferencia de las transacciones extrajudiciales, sino también su —acaso— inimpugnabilidad por error de hecho (y seguramente de derecho). Este tipo de transacciones son —ahora sí— «como auténticas sentencias firmes». En ellas todos están de acuerdo; incluido el propio juez, quien la aprobó

(146) Así se manifiesta, respecto de la transacción judicial, SEGOVIA SÁNCHEZ, «La certificación del acto de conciliación: ¿título ejecutivo?, ¿transacción judicial? Disquisiciones en su torno», en *Rev. General del Derecho*, 1985, p. 438.

(147) Conviene poner de manifiesto en este tema la coherencia del Derecho alemán, para el que las «transacciones judiciales», dada su especial idiosincrasia, no pueden ser anuladas por ningún vicio del consentimiento, incluido obviamente el error. Cfr. POHLE, «Sobre la terminación del proceso civil por medio de transacción», en *R. D. Privado*, enero 1954, p. 14.

después de que a él hubiese llegado la discusión en forma de proceso judicial (148).

Sin embargo, en nuestra opinión, no hay una identificación absoluta entre las transacciones que son susceptibles de acudir a la vía de apremio y aquéllas en que no procede la anulación por error.

En primer lugar, la expresión «apartarse de un *pleito comenzado*» automáticamente excluye a una serie de posibles transacciones ejecutables por vía de apremio: *las celebradas en acto de conciliación* (y sólo las celebradas ante el mismo juez competente para conocer del asunto), las cuales, aun cuando «judiciales» en el sentido de que participa en ellas una autoridad judicial, *no pueden implicar de ningún modo apartarse de un pleito comenzado, porque allí el pleito, esto es, el proceso, todavía no se ha constituido formalmente*. Téngase en cuenta que, para que haya proceso, es preciso una demanda sobre el objeto discutido (no es suficiente una demanda de conciliación), y, en su caso (aunque esto es bastante discutible), un emplazamiento o la contestación de la parte demandada.

En segundo lugar, de admitir que el proceso se constituye con la sola presentación de la demanda, creemos que el 1817, 2 no acoge en su seno a las transacciones concluidas antes de la contestación, por cuanto existiría una profunda identidad con las transacciones extrajudiciales: hasta que no hay contestación no se pueden conocer las pretensiones de las partes, ni, por tanto, en qué medida ambas partes ceden, si es que ceden, en las mismas.

Alguien podría plantear la siguiente cuestión, a la vista de la defectuosa redacción del 1817, 2 y de los inconvenientes de asumir unas veces el sentido literal del precepto y desecharlo otras: ¿por qué no pensar que la intención de nuestro codificador civil fue imponer limitaciones a la alegación del error en aquellas transacciones en que, como dice literalmente el 1817, 2, simplemente había un «pleito (judicial) comenzado», y las partes se apartaron de él mediante una

(148) Incluso en la propia jurisprudencia, de una manera un tanto subconsciente, nuestro máximo órgano jurisdiccional parece defender la inamovilidad de las transacciones en que intervenga de cualquier modo la autoridad judicial (ya sea dentro del juicio, aprobando el acuerdo, o en acto de conciliación, como mediador), y se alegue un vicio del consentimiento. Véanse en esta dirección las sentencias de 3 de mayo de 1958 (transacción concluida durante el pleito: no procede el error ni el dolo), 16 de diciembre de 1953 (transacción en acto de conciliación: no ha lugar al error), 23 de junio de 1962 (transacción con la que se puso término a pleito iniciado: no prospera el error), así como la sentencia de 3 de febrero de 1971, de la Audiencia Territorial de La Coruña (transacción sobre daños, ratificada a presencia judicial: no procede la alegación de error).

Mención especial merece la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1891 (aplicando el derecho anterior al Código Civil), según la cual «contra lo pactado en una transacción, y más si se consigna en escritura pública o *ha sido aprobada por la Autoridad judicial competente, no puede irse*», salvo engaño de la contraparte.

transacción, hubiese habido o no aprobación judicial, identificándose la «transacción judicial» del 1816 con estas situaciones? Nos encontramos aquí de nuevo con el tema de la admisibilidad de la segunda interpretación posible de la expresión «transacción judicial», que más arriba expusimos.

Frente a esta idea, no exenta de cierta lógica, cabría contraargumentar, aparte de con los motivos ya expuestos entonces, con otro más, de enorme trascendencia:

Supongamos que efectivamente fue intención del legislador prohibir el error de hecho en las transacciones concluidas dentro de un proceso, con o sin participación del juez, y que éstas eran las «transacciones judiciales» del 1816. ¿Cuál sería, según esta perspectiva, el sentido de esa prohibición? ¿A qué fin respondería? La pregunta tiene muy difícil respuesta. Ya que la prohibición de la alegación del error-vicio en esas situaciones podría implicar una *injustificada indefensión* de la parte que fue inducida a error. Téngase en cuenta que, desde esta perspectiva, la aprobación del juez no es precisa, de manera que, cuando éste no intervenga, no habrá una diferencia cualitativa con las transacciones extrajudiciales, en las que, como ya vimos, sí cabía el error.

La razón de ser de la excepcional prohibición del 1817, 2 tiene que ser otra. Tiene que venir dada por la participación de la autoridad judicial. *Y no como mediador y antes del inicio del pleito* (como sucede en las transacciones concluidas a través de los actos de conciliación previos al proceso), por cuanto entonces también tendrían que ser «judiciales» (*rectius*: producir los efectos de la «judicial») las transacciones celebradas ante notario o cualquier fedatario público, o ante un simple mediador con conocimientos jurídicos, o sin ellos. *Sino como sujeto con potestad jurisdiccional suficiente para aprobar el contenido del acuerdo*, después de examinar en profundidad los puntos discutidos, el grado de conocimiento de la situación real (y sus efectos jurídicos) por las partes, y la legalidad de las soluciones transaccionales finalmente adoptadas.

La expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzado» del 1817, 2 acaso tenga —aparte de el de excluir a las transacciones celebradas en acto de conciliación— un sentido coherente con la normativa procesal vigente en el momento de elaborarse el Código Civil. Como ha puesto de manifiesto recientemente Peláez (149), no había en la antigua regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil un trámite procesal adecuado para concluir ante el juez «transacciones judiciales». El proceso civil era casi exclusivamente escrito, y no había oportunidad para el intercambio de opiniones dentro del proceso ni, por tanto, para la avenencia. La transacción sólo podía venir

(149) PELÁEZ, «La transacción. Su eficacia procesal», Barcelona, 1987, pp. 240 y ss.

extrajudicialmente, con sometimiento posterior, en su caso, a la aprobación del juez. Seguramente por eso, el 1816 no definió la «transacción judicial», dejando en buena medida su delimitación a la interpretación jurisprudencial. Seguramente por eso el 1817, 2 utilizó esa ambigua expresión final.

Hoy, tras la reforma de la LEC de 1984, esta situación ha cambiado. Ya existe este trámite procesal, la llamada «comparecencia previa» de los juicios de menor cuantía, en donde es posible concluir acuerdos con mutuas concesiones, en presencia de la autoridad judicial competente para conocer de ese asunto. Las garantías formales quedan salvaguardadas. Pero no sólo eso: es indudable que las transacciones celebradas por esta vía van a ser verdaderos contratos que van a participar, al mismo tiempo, de la naturaleza de los actos procesales, lo que debe acarrear una mayor estabilidad de los mismos. Esa mayor estabilidad la va a proporcionar el 1817, 2, al impedir la anulación de esas transacciones por error.

¿Significa esto que sólo las transacciones celebradas en esa fase de «comparecencia previa», en donde el juez es quien propone la avenencia (con o sin recíprocas concesiones), van a verse afectadas por la prohibición de impugnación por error del 1817, 2?

Creemos que así debía ser, en teoría. Sin embargo, dado que en otros juicios declarativos no existe esa fase, habrá que seguir identificando la transacción judicial con el acuerdo suscrito por las partes litigantes, sometido a aprobación del juez e incorporado al proceso (al cual pone fin), y habrá que seguir manteniendo que la restricción del 1817, 2 afecta a este tipo de transacciones con las matizaciones que más arriba se hicieron. No obstante, a pesar de ello, somos partidarios de que, ya se transija judicialmente en la fase de «comparecencia previa», ya se haga de otro modo, el control de los jueces y tribunales ha de ser lo suficientemente estricto como para garantizar —en la mayoría de los casos— la inexistencia de defectuosos planteamientos de la cuestión transigida. Sólo de esa manera se justifica una limitación en la alegación del error sin provocar la indefensión de las partes transigentes. Ese fuerte control judicial sólo puede venir de la mano de *algo que sea, al mismo tiempo, contrato y resolución judicial*; una resolución judicial no simplemente homologadora, sino autorizativa de una transacción, gestada en presencia del juez y con su activa participación.

En este marco, ya sí es procedente traer a colación —y en su plenitud—, la dicotomía ECC-ECNC, de modo que sólo en las transacciones con las características ya estudiadas podría declararse la irrelevancia de un error que recae sobre el *caput controversum*. Porque ese punto o puntos controvertidos, no sólo han sido objeto de acuerdo transaccional por parte de los originarios litigantes, sino también, y sobre todo, de una análisis exhaustivo por parte del juez. La razón que

justifica la utilización en este momento de la citada disyuntiva no es «la especial naturaleza y función de la transacción», como defienden los seguidores de la tesis tradicional, sino las peculiaridades propias de *determinadas transacciones judiciales*, que son, en realidad, más actos judiciales que contratos.

A renglón seguido de lo anterior, hay por fuerza que sostener, en estas situaciones, la relevancia del error recayente sobre el *caput non controversum*, sea error de hecho o de derecho. Y por supuesto, de los demás vicios del consentimiento, que en ningún momento aparecen como prohibidos en ningún caso.

Es precisamente este último dato —el de la impugnabilidad de cualquier transacción por dolo, violencia o intimidación—, el que nos lleva a concebir las transacciones judiciales analizadas como actos *todavía distintos de las sentencias firmes*, a pesar de su mayor aproximación a las mismas. Es cierto que, en cuanto transacción judicial, son susceptibles de inmediata ejecución (art. 1816). Pero eso no las identifica con las sentencias firmes, en cuanto en éstas no cabe ningún tipo de revocación (salvo el recurso extraordinario de revisión), mientras en aquéllas cabe sin problemas la anulación por cualquier otro vicio del consentimiento distinto del error (*error in caput controversum*).

Y si las citadas transacciones judiciales son susceptibles de «revocación» (impugnación por nulidad), no puede, ni siquiera en ellas, hablarse de una «especial naturaleza o función». Eso sí, hay una prohibición legal que directamente les afecta —la del art. 1817, 2— a la cual hay que darle algún sentido: el de impedir la alegación del error, pero sólo la del ECC. El *caput non controversum*, en cuanto desconocido por el juez (además de por una o por ambas partes), sí debe poder proporcionar el apoyo preciso para la prueba de un inexacto conocimiento de la realidad determinante de un error-vicio de la voluntad. A pesar de la aprobación judicial, será posible y lícita la anulación de estas transacciones por error *in caput non controversum*.

