

**EL ERROR COMUN**

**CARLOS ALBERTO VELASQUEZ RESTREPO**

**Profesor de la Facultad de Derecho  
U.P.B.**

## EL ERROR COMUN

### 1o.) ANTECEDENTES

Dice un autor que esta institución doctrinaria es "tan vieja como el mundo".

Sin embargo, de acuerdo con las constancias históricas, su origen tuvo lugar en Roma en donde a los Libertos (esclavos manumitidos), se les prohibía desempeñar cargos públicos, "status" que estaba reservado para los Ingenuos (personas que nacieron libres y nunca han sido esclavos). Allí ocurrió que el Liberto Barbarius Phillipus fue elegido Pretor y en ejercicio de sus funciones profirió fallos en los procesos sometidos a su conocimiento. Posteriormente, se descubrió que el mencionado Pretor era Liberto, lo cual, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico Romano acarrea de un lado la destitución y la Cápitis Máxima (Muerte del Liberto) y de otro lado, la nulidad, con carácter retroactivo, de todas las sentencias proferidas por el Pretor. La primera consecuencia se produjo, Phillipus fue destituido y ejecutado; sin embargo, los juristas Romanos se plantearon la necesidad de evitar el que se produjera la segunda consecuencia, esto es, la anulación de la totalidad de los fallos por él proferidos y en consecuencia proceder, además, a las restituciones a que hubiera lugar como resultado de las nulidades que se decretaran.

Fue así como el sentido práctico de los juristas romanos juzgó que los procesos de los cuales había tenido conocimiento el Pretor Phillipus eran válidos por cuanto las situaciones jurídicas nacidas al amparo del Error y de la buena fe de que era un funcionario competente para el ejercicio de sus funciones, debían mantenerse.

A los particulares que habían actuado de buena fe no debía serles atribuible la inhabilidad del Pretor. Desde entonces se consagró el Principio General del Derecho "ERROR COMMUNIS FACIT IUS".

### 2o.) FUNDAMENTOS DE LA TEORIA

Los fundamentos que dan lugar a esta teoría son netamente de carácter social: La conveniencia social, la estabilidad de las situaciones jurídicas, la seguridad jurídica. Por cuanto las consecuencias de la anulación de los actos o contratos celebrados bajo el imperio de un Error Comunitario o Colectivo acarrearía perturbación y desconcierto entre las personas de esa comunidad, de tal manera que la aplicación estricta de la norma legal acarrearía más perjuicio que beneficio, en razón de la conciencia colectiva sobre la validez del acto celebrado en estado de "Error Común", por ello dice don Luis Claro Solar "se siente la necesidad imperiosa de proteger a aquéllos que se han engañado, aunque esta protección pueda conducir a dejar la ley sin ejecución, ya que no se puede hacer tabla rasa de un Error en que necesariamente se ha tenido que incurrir a pesar del cuidado empleado en el acto o contrato y de la buena fe con que es ejecutado.

"La equidad —continúa diciendo este autor— rechaza el rigor de la aplicación

estricta de la ley: La situación de hecho contrario al derecho, nacida del Error invencible, debe ser mantenida" (1).

Es pues el orden social, la normalidad en la vida comunitaria, a la que le es extraña lo abrupto, lo que fundamenta y valida la teoría del Error Común como doctrina que hace valerosos los actos o contratos contrarios al Ordenamiento Jurídico. Por ello el Derecho no sólo protege lo que está conforme a sus normas, sino además lo que aparentemente y por "Error Común" está conforme a él.

El principio del "Error Común" constituye una Excepción de Inaplicabilidad de la ley dada la tremenda inequidad que se cometería contra la persona y el orden social al hacer aplicación de la norma contra quien ha obrado en forma prudente y cuidadosa.

### 3o.) EL CONCEPTO DEL "ERROR COMUN"

Cuando una persona ejecuta un acto o celebra un contrato y su voluntad o consentimiento están viciados por el Error individual, generalmente, los Ordenamientos Jurídicos sancionan ese acto con la nulidad; en consecuencia quien padeció el Error puede solicitar la nulidad o la rescisión del acto o contrato celebrado bajo el influjo de error. El error individual tiene un tratamiento jurídico más drástico que el error colectivo, en la generalidad del derecho el cual consagra el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Sin embargo, hay casos en que el error no es padecido por una persona sino por toda una comunidad o colectividad, en forma generalizada, con la consecuencia de que debido a las circunstancias, y no obstante la prudencia y razonabilidad, este número de personas no pudieron llegar a tener un conocimiento de la verdad; esta creencia por ser colectiva, en la doctrina se le conoce con el nombre de "Error Común" para distinguirlo del error como vicio del consentimiento.

En tal caso, este error ya no es vicio del consentimiento y aunque el acto o contrato celebrado por error teóricamente podría ser considerado como nulo, por ser contrario a derecho, el mismo Ordenamiento Jurídico le otorga validez, justificando tal actitud en los principios generales del derecho y concretamente en la 'Teoría del Error Común', teniendo en cuenta para ello que tal acto fue producto de un Error padecido excusablemente y de buena fe por una colectividad.

Es pues la naturaleza colectiva del Error unida a la buena fe la que justifica la existencia y validez del acto.

Esta colectividad de personas debido a circunstancias invencibles no conocen la verdad y una de ellas realiza un acto en esas condiciones de error.

---

(1) CLARO SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo III. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile, 1925, Tomo XI, No. 796, pág. 185.

Realmente el "Error Común" no es constitutivo de derecho como indebidamente entendemos en algunas ocasiones; el verdadero significado de este principio es que el Error Común o Colectivo valida el acto contrario a derecho, permitiéndole así que produzca los efectos que en circunstancias normales no debería producir.

VODANOVIC nos aclara esta normal impropiedad diciendo que "El Error Común constituye derecho en cuanto impide que el acto ejecutado con violación de las reglas legales sea anulado y privado de los efectos correspondientes" (2).

#### 4o.) REQUISITOS FORMALES PARA SU CONFIGURACION

EUDORO GONZALEZ, acepta y con él la Doctrina Universal, que para que el Error Común constituya derecho, en el sentido que queda expresado, requiere:

"1). QUE SEA COMUN, esto es, "Que el grupo social o al menos un número respetable de personas prudentes crea de buena fe que la práctica o situación contra derecho es la jurídica o legal.

"2). QUE SEA JUSTO EL MOTIVO DE ERROR, es decir, que de parte del que incurrió en él no haya habido incuria sino que al contrario, se observó la suma diligencia, obró irreprochablemente y a pesar de todo, se equivocó por tratarse de Error invencible. Dijo la Corte Suprema de Justicia en casación de Mayo 20 de 1936, citando a GORPHE: "La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas. . . hace que sea cada vez más imposible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia. Es el aspecto bajo el cual vuelve a aparecer en el derecho moderno la antigua importancia de la forma. El Error que se presenta bajo la forma engañosa de la verdad es tratado como la verdad misma"; y,

"3). BUENA FE EN EL ERROR, o sea, que al ejecutar el acto tenga la persona la más estricta conciencia de que se ajusta en un todo al Ordenamiento Jurídico vigente" (3).

#### 5o.) EL "ERROR COMUN" Y EL DERECHO

Podría pensarse que el "Error Común" constituye una fuente de validez de los actos jurídicos que sean contrarios al Ordenamiento Jurídico. Lo anterior por cuanto con base en tal principio se inaplica una norma de derecho para dar validez al acto o contrato teóricamente ilícito, con fundamento en la teoría del "Error Común".

---

(2) VODANOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil, Tomo IV. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.

(3) GONZALEZ GOMEZ, Eudoro. De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Editorial Gama Impresores Ltda., 1981. Bogotá, pág. 32.

Sin embargo, el Ordenamiento Jurídico conoce de estas situaciones y las prevé con base en sabios principios de hermenéutica jurídica. Es así como en la inmensa mayoría de las legislaciones se consagra legalmente en una de sus normas, que además de la ley como fuente debe regirse a falta de norma aplicable al caso concreto, a los Principios Generales del Derecho; por cuanto como dice Gény: "No todo el derecho está legalizado".

Son las propias normas de los Ordenamientos Jurídicos las que elevan, los principios generales del derecho, a la calidad de fuentes supletivas. Legalizando así lo que no estaba legalizado, dicho de otra manera, formalizando legalmente lo que no estaba formalizado.

Dentro de los principios generales del derecho encontramos modernas teorías jurídicas, como la del Abuso del Derecho, Enriquecimiento sin causa, la Imprevisión, la Buena fe, la Regla "Error Communis Facit Ius" y el Fraude a la Ley.

El Ordenamiento Jurídico, con esta teoría, no sólo protege lo que está conforme a sus normas, sino también, lo que aparentemente está conforme a él de acuerdo con la conciencia colectiva.

## **6o.) FORMAS DE ERROR COMUN**

Clasificamos el "Error Común" bajo tres (3) formas:

- a) "Error Común" Secundum Legem.
- b) "Error Común" Praeter Legem.
- c) "Error Común" Contra Legem.

### **a) "Error Común" Secundum Legem**

Se presenta esta forma, cuando la ley en casos concretos protege expresamente mediante una norma a la persona que ha incurrido en "Error Común"

### **b) "Error Común" Praeter Legem**

Se presenta esta segunda forma, cuando un determinado Ordenamiento Jurídico, por vía general establece que en todos los casos en que se tipifiquen los elementos constitutivos de "Error Común" se le dará aplicación siempre y cuando una norma imperativa no disponga otra solución distinta; este Principio General del Derecho así se erige en fuente supletiva de la ley; es decir, el principio tendrá aplicación sólo a falta de norma imperativa expresa que ofrezca una solución distinta a la que daría el principio comentado.

### **c) "Error Común" Contra Legem.**

Esta tercera forma sería la clásica concepción de la teoría del "Error Común" como convalidación de actos jurídicos nulos. Desde punto de vista el principio

tiene aplicación toda vez que se estructure; independientemente de que su aplicación sea contraria a soluciones distintas fijadas por normas imperativas.

Sólo teniendo prelación y fuerza con respecto a normas imperativas pre-existentes se entiende y justifica la teoría del "Error Común".

Es contrario a la institución universal del principio, negarle su fuerza en contra de las propias normas existentes, sean éstas supletivas o imperativas; sería negar todo lo dicho respecto a la importancia de "Error invencible" como legitimador de derechos subjetivos y de obligaciones correlativas.

El Dr. ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ al tratar la costumbre mercantil, dice de esta forma de "Error Común": "Si se toma en cuenta la aceptación por la jurisprudencia de la tesis según la cual el error común e invencible hace derecho, no sería totalmente inconcebible que una costumbre, nacida precisamente como consecuencia de este Error Común, hiciera derecho, esto es, llegara a prevalecer sobre la ley imperativa a que se hubiera opuesto" (4).

No obstante lo obvio de esta tercera forma de aplicación de la teoría del "Error Común" en algunos Ordenamientos Jurídicos no se acepta.

## **7o.) FORMAS DEL "ERROR COMUN" DE APLICACION EN LA LEGISLACION COLOMBIANA**

### **a) "ERROR COMUN" Secundum Legem:**

La Ley Civil adopta esta forma de aplicación de la teoría en los siguientes casos:

Los artículos 149 y 150 que reglamentan los efectos del matrimonio putativo y conforme a los cuales son legítimos los hijos procreados en un matrimonio declarado nulo; artículo 109, numeral 4o., hay un error común en creer que el desaparecido y declarado muerto presuntivo, ha muerto realmente; artículo 766, efectos de la posesión efectiva en el heredero putativo a quien le sirve de justo título el decreto judicial; artículos 1547 y 1548, efectos de la condición resolutoria respecto de terceros poseedores de buena fe; artículo 1634: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque aparezca que el crédito no le pertenecía"; artículo 1766 teoría de la Simulación en los negocios jurídicos; artículo 1940 en concordancia con los artículos 1547 y 1548, efectos contra terceros en el pacto de retroventa; artículo 1944, aplicación de la disposición del artículo 1940 al pacto "Adictio in diem" en la compraventa; artículo 2199, expiración del mandato sin conocimiento del mandatario y derechos de terceros de buena fe en contra del mandante.

A los actos y contratos mercantiles les serían aplicables las mismas normas previstas por remisión de los artículos 2o. y 822 del Código de Comercio.

---

(4) GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Derecho Comercial. Colección Jurídica Bedout. Primera Edición, 1981. Medellín, pag. 16.

## b) "ERROR COMUN" Praeter Legem

La Legislación Civil y Mercantil colombiana se acogen a esta forma del "Error Común" como convalidador de actos, a falta de norma expresa, según lo preceptuado en la 153 de 1887, artículo 8o. y en el Código de Comercio artículo 7o., el primero dice: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y **las reglas generales del derecho**" (subrayas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 7o. del Código de Comercio establece que a falta de ley o de costumbre aplicable al caso **podrán** aplicarse los principios generales del derecho comercial.

Así las cosas para que sea posible aplicar el principio de "Error Común" como convalidador del acto en la Legislación Civil y Comercial colombiana es necesario que no haya norma escrita, supletiva o imperativa, aplicable al caso concreto, según las normas citadas.

## c) El "ERROR COMUN" contra Legem

De acuerdo con lo dicho, en el aparte anterior, esta forma de "Error Común" no existiría en la legislación civil y comercial colombianas de conformidad con el citado artículo 8o. de la 153 de 1887 y 7o. del Código de Comercio.

En relación a la necesidad de dar aplicación a la teoría del "Error Común" por vía general en un Ordenamiento Jurídico determinado, Alessandri, sostiene: "En consecuencia, la máxima de que el "Error Común" constituye derecho deberá aplicarse cada vez que un acto llene los requisitos indicados, aunque no estemos en presencia de un caso contemplado por la ley. Concurriendo las exigencias necesarias para que se aplique: Error compartido por gran número de personas; justo motivo de error, y buena fe, para que el Juez la aplique. Pero como tiene por objeto sancionar la contravención a la ley y el interés público exigen que la ley se respete, los jueces han de ser cautos y prudentes en la aplicación de esta máxima, y no darle validez sino en aquellos casos en que su desconocimiento importaría consagrar una injusticia evidente o una iniquidad manifiesta" (5).

Lo dicho por este autor hace ver, en Chile el carácter discrecional de los Jueces en cada caso concreto, habida cuenta de lo injusto o inequitativo del caso examinado. Sin embargo, en nuestra legislación en donde la fuente esencial de derecho, por regla general, es la ley escrita, es difícil decidir un caso concreto así sea con base en el "Error Común" como fundamento en la equidad, por cuanto, según el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887 a la equidad natural deberá recurrirse sólo para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones

---

(5) Citado por Alessandri y Samarriva, Fuentes de las Obligaciones. Tomo IV, Editorial Nascimento, Chile, 1942, pag. 133.

legales oscuras o incongruentes"; tampoco es posible pues legalmente, en Colombia contrariar la ley con base en la equidad y dar así aplicación al principio del "Error Común" como creador de derechos o convalidador de los mismos.

## **8o.) VIGENCIA DE LA TEORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

La teoría del "Error Común" surgió y cobra su mayor fuerza en los casos de funcionarios públicos que indebidamente nombrados ejecutan actos propios de la investidura que detentan en forma ilegal o en el supuesto similar de los funcionarios públicos que continúan ejerciendo sus funciones no obstante que han sido separados o movidos del cargo.

Tal hecho es conocido en la jurisprudencia administrativa universal y particularmente en la colombiana.

Universalmente el Derecho Administrativo acoge el principio del "Error Común", el Consejo de Estado Francés en una Resolución de 1807, julio 2, sostuvo "que en todos los tiempos y en todas las legislaciones, el "Error Común" y la buena fe han sido suficientes para cubrir, en los actos y en los juicios, las irregularidades que las partes no han podido prever ni impedir".

Alessandri y Somarriva, respecto a un caso concreto, sostienen que "no se puede exigir a los particulares que ocurren ante un funcionario público demandando su ministerio que requieran la exhibición de los comprobantes del nombramiento y de que reúne las condiciones necesarias para desempeñar el cargo" (6).

Por su parte, GEORGES VEDEL expresa: Lógicamente cuando el nombramiento de un agente público es anulado, los actos que ha realizado entre su nombramiento y la anulación del mismo deberán ser considerados nulos, pues el efecto de la anulación del nombramiento se retrotrae al día en que se produjo. Se admite, sin embargo, que el funcionario ha ocupado válidamente su puesto en lo que concierne a terceros, hasta el día de la notificación de la anulación de su nombramiento" (7).

El Consejo de Estado colombiano, al considerar procesos en los cuales se examinaba el "Error Común", han reconocido sin limitantes esta doctrina; para no mencionar más, en sentencias de los años 1978 - 1979 y 1982 declaró la nulidad en el nombramiento de los Alcaldes, en su orden, de Ocaña, Bucaramanga y Medellín y sin embargo, sostuvo la legalidad de los actos cumplidos durante el tiempo que ejercieron sus cargos hasta el momento de la notificación de la declaratoria de nulidad del nombramiento, acogiendo así en el campo administrativo, la forma del

---

(6) ALESSANDRI y SOMARRIVA. Curso de Derecho Civil, Tomo IV. Obra citada, pag. 134.

(7) VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Editorial Aguilar. 6a. Edición, 1980. Madrid, pag. 492.

“Error Común” contra Legem, forma que se aviene a la más pura concepción y que más se adapta a las exigencias conceptuales y doctrinales de este clásico Principio de Derecho.

## 9o.) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA

ORTEGA TORRES, en su edición del Código Civil colombiano, al comentar el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, refiriéndose a este principio trae jurisprudencias de los años 1936 y 1939 en donde la Corte expresa requisitos que deben cumplirse para que haya lugar a la aplicación de la teoría; en Casación de mayo 20 de 1936; dijo la Corte:

Para la aplicación de la regla “Error Communis Facit Ius” se requieren estos requisitos:

“a) que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí colectivo”.

“b) Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido” (8).

Eran pues estos dos (2) requisitos básicos los que exigió nuestra Corte para dar aplicación al principio comentado, apartándose así de las exigencias de la Ley 153 de 1887, artículo 8o.; sin embargo, este criterio fue adicionado con otro requisito en reciente sentencia, según lo veremos.

## 10.) ULTIMA SENTENCIA DE NUESTRA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA TEORIA DEL “ERROR COMUN”

En agosto 3 de 1983 la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. JORGE SALCEDO SEGURA entró a considerar y a decidir las peticiones de un recurrente en casación, con base en el principio del “Error Común”.

La Corte consideró en esta sentencia que para dar aplicación a la doctrina del “Error Común” es indispensable que se reúnan los siguientes requisitos:

“1o.) Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta. . .”

“2o.) Que esa situación de apariencia de legalidad esté respaldada en hechos, situaciones o documentos cuyo vicio no sea posible advertir con diligencia y cuidado propios de un buen padre de familia”.

“3o.) Que la conducta de quien resultó perjudicado con la situación de aparente legalidad esté respaldada por buena fe del particular, no simplemente presunta, sino probada, permanente y no transitoria. . .”

---

(8) ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. Editorial Temis, Bogotá. 12 edición, 1977. pag. 39.

"4o.) Que la situación no esté regulada expresamente por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina" (Del Error Común).

Sólo se destaca de la sentencia los requisitos exigidos por la Corte como indispensables para dar aplicación a la teoría comentada.

De los cuatro requisitos exigidos en la sentencia los tres primeros son comunes a la Doctrina Universal. Sin embargo nos detendremos en el cuarto requisito exigido por la Corte, novedoso, en relación a la doctrina que en forma uniforme y reiterada venía manteniendo la misma Corte, sobre esta teoría.

El contenido de este nuevo elemento constitutivo del Error Común, según la Corte, es del siguiente contexto:

"4o.) Que la situación no esté regulada expresamente por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina" (del Error Común).

La Corte al exigir la no regulación expresada por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación del principio, simplemente hizo aplicación estricta del postulado contenido en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 y 7o. del Código de Comercio, recogiendo la jurisprudencia que venía manteniendo la Corte hasta la fecha, según la cual era posible aplicar el principio aun en contra de normas imperativas que regularan el caso. En este sentido la jurisprudencia comentada conmovió todo el panorama doctrinal manteniendo por la Corte desde el año 1936, que se acogía al "Error Común" contra Legem y adaptó la forma del "Error Común" Praeter Legem, consagrada en la Ley 153 de 1887 artículo 8o. y en el artículo 7o. del Código de Comercio.

Medellín, noviembre 5 de 1983