

PROF. DR. WERNER FLUME
Profesor emérito en la Universidad de Bonn

EL NEGOCIO JURÍDICO

Parte general del Derecho civil
TOMO SEGUNDO
Cuarta edición, no modificada

Traducción:

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

y
ESTHER GÓMEZ CALLE
Profesora Titular de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO

siguiente manera: Si la compraventa del burdel ha sido cumplida por ambas partes, no tienen nada que reclamar. En otro caso —si no se ha pagado todo el precio— al vendedor o al arrendador les debe corresponder la pretensión de restitución o la de devolución respectivamente a pesar del § 817.II. Sin duda, el vendedor sólo puede exigir la restitución del burdel también contra restitución de la parte del precio pagado, igual que el arrendatario ostenta a causa de eventuales mejoras, un derecho de retención frente al arrendador¹⁰². Con razón dice el Bundesgerichtshof que la cláusula general del § 138 tiene prioridad frente al § 817.II.

¹⁰² Así, BGH, *op. cit.*, *loc. cit.*

CAPÍTULO VI

LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

PRIMERA PARTE

§ 19. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

Desde un punto de vista ideal el reconocimiento de la constitución negocial de las relaciones jurídicas por el ordenamiento jurídico está dispuesto de tal manera que la reglamentación establecida a través del negocio jurídico también pueda ser adoptada por el particular de forma verdaderamente voluntaria y autodeterminada. La «relación natural» entre voluntad y declaración no es sólo que coincidan en la declaración de voluntad, como ha dicho SAVIGNY¹, sino que lo «natural» es también que la relación sea tal que la voluntad que pone en vigor la reglamentación negocial a través de la declaración se base en valoraciones correctas, y no esté influida por violencia o engaño. Sin embargo, esa relación «natural» puede no darse en el caso concreto. La problemática que de aquí resulta se trata en la doctrina de los vicios de la voluntad. A ella le es aplicable la regulación de los §§ 116-124, una de las partes más importantes del primer Libro del BGB.

Algunos distinguen entre los «vicios de la voluntad» y la «falta de la voluntad»². Contra esta distinción en sí nada hay que objetar. Pero si se pretende englobar en un concepto unitario todos los supuestos de hecho en los que se trata de una alteración de las relaciones «naturales» entre voluntad y declaración en el más amplio sentido, es aconsejable abarcar con el concepto de vicio de la voluntad también los casos de falta de voluntad, lo que además se ajusta a la terminología del BGB

¹ *System*, III, p. 258.

² Cfr. ENN.-NIPPERDEY 164, N. 1.

(cfr. § 166.I). Bajo el término de vicio de la voluntad se reúnen los supuestos de hecho de la reserva oculta, de la reserva mental (§ 116), del negocio simulado (§ 117), de la declaración en broma o *jocandi causa* (§ 118), del error (§§ 119-122) y del engaño doloso e intimidación (§§ 123 y 124).

Los autores del BGB no querían elaborar con el régimen legal de los §§ 116 y ss. una teoría de la voluntad ni de la declaración. Antes de discutirse la regulación en la segunda comisión, «se llegó en primer lugar al acuerdo de que ni el dogma de la voluntad ni el principio a él opuesto de la confianza (teoría de la declaración) pueden ponerse en práctica sin considerables modificaciones, y que, consiguientemente, será necesario observar por separado los particulares casos a considerar, sin tomar postura positivamente acerca de una u otra teoría»³.

En los comienzos de la evolución histórica del negocio jurídico se encuentra el acto jurídico como acto real o acto formal. El acto tiene validez «*per se*». La cuestión acerca de la voluntad no se plantea porque el acto como tal es eficaz. Pero una vez que el negocio jurídico se concibe como la constitución voluntaria de relaciones jurídicas de forma autodeeterminada, se plantea también al mismo tiempo el problema de los vicios de la voluntad. De igual modo que este problema no está resuelto *a priori* por la teoría de la voluntad, de una parte, tampoco es solventado por la teoría de la declaración, de otra. Ambas teorías han tenido su mérito en la evolución histórico-jurídica del siglo XIX, en la medida en que han hecho notar la «voluntad» y la «declaración» como elementos de la declaración de voluntad y han dejado al descubierto, en la pugna alternativa de cada uno de esos elementos, la problemática del régimen jurídico de los vicios de la voluntad. Sin embargo, más no podían ofrecer estas teorías. La solución jurídica a si los vicios de la voluntad son jurídicamente relevantes, y de qué manera, no se deduce de la voluntad o de la declaración como elementos de la declaración de voluntad. Es mucho más útil equilibrar ambos elementos en cada uno de los supuestos de hecho particulares. Las diferentes decisiones de los distintos Ordenamientos evidencian que no hay una solución «correcta» de la problemática, sino que cada una de las diferentes regulaciones jurídicas es de naturaleza positiva, que por ello ha de ser respetada como tal, aunque al mismo tiempo siempre haya de ser nuevamente cuestionada.

La regulación de los vicios de la voluntad en el BGB se ha realizado en consideración a la declaración de voluntad. En los §§ 116 y ss. se de-

³ Prot. I, 197 (MUGDAN, I, 710).

termina si la declaración de voluntad es válida, impugnabile o nula. Cuando un negocio jurídico se apoya en varias declaraciones de voluntad, como ocurre especialmente en el contrato, de lo que se trata al atender al vicio de la voluntad, es siempre de la validez, impugnabilidad o nulidad del negocio jurídico. En esa medida, la referencia de la consideración del vicio de la voluntad a la declaración es sólo de naturaleza técnico-jurídica, lo que no siempre se toma suficientemente en cuenta.

Una problemática particular existe en los casos en que para la validez del negocio jurídico es necesario que haya una declaración de voluntad que, sin embargo, conforme a la técnica de la regulación legal es un negocio jurídico particular, como en los casos de la declaración de apoderamiento o de la declaración de asentimiento. La problemática de la apreciabilidad de los vicios de voluntad de la declaración de apoderamiento o de la declaración de asentimiento no debe verse sólo en relación con estas declaraciones. Cuando un representante ha celebrado el negocio para cuyo perfeccionamiento estaba apoderado, la invocación de los vicios de voluntad del apoderamiento por parte del poderdante tiene el sentido de que éste no quiere dejar que el negocio, a cuya validez iba dirigida su declaración de apoderamiento, pueda hacerse valer contra él. La problemática de la consideración de los vicios de voluntad del otorgamiento del poder debe verse por ello —y lo mismo vale para la declaración de asentimiento— en relación al negocio por cuya causa se hace valer el vicio de voluntad (ver *infra* § 52).

El modelo para la regulación de los vicios de la voluntad en los §§ 116 y ss. es la declaración de voluntad recepticia, aunque la regulación no es aplicable sólo a ésta. El interlocutor del declarante juega un importante papel en la reglamentación jurídica. Para la reserva mental es decisivo que la contraparte conozca la reserva (§ 116.2). En el negocio simulado la otra parte está de acuerdo. En la declaración hecha en broma y en el caso de error relevante la otra parte tiene conforme al § 122 una pretensión indemnizatoria. La impugnación por engaño doloso sólo es posible según el § 123, frente a la parte que ha realizado el engaño o lo conocía o debía haberlo conocido. Al destinatario de la declaración recepticia se equipara aquel a quien interesa la declaración no recepticia en el caso de negocios *inter vivos*, o sea, de declaración «*to whom it may concern*», cuando se regula la declaración hecha en broma, el error y el engaño doloso.

Al considerar el vicio de la voluntad, el régimen del BGB básicamente no toma en cuenta los intereses de terceros que no han participado

directamente en el negocio o que no han adquirido derechos derivados de él, pero que, no obstante, están interesados en la validez del negocio, en especial porque han adquirido de uno de los intervinientes en el negocio un derecho que se basa en él. En la medida en que un negocio jurídico es impugnado o nulo por un vicio de voluntad, la nulidad producida —desde el principio o por la impugnación— es absoluta, esto es, es eficaz frente a cualquier tercero. Mientras que la impugnación por engaño doloso sólo puede hacerse valer frente a uno de los que intervino en el negocio cuando éste ha cometido engaño o lo conocía o debía haberlo conocido, y en la impugnación por error la otra parte tiene una pretensión indemnizatoria conforme al § 122, el tercero debe soportar la impugnación por engaño doloso aunque nada supiera ni debiera saber acerca del engaño, y carece de cualquier pretensión indemnizatoria conforme al § 122 contra quien impugna. Si bien es cierto que el tercero, esto es, especialmente quien trae causa de la contraparte en la impugnación, ostenta en algunos casos pretensiones indemnizatorias contra ésta, como en particular conforme al § 437, cuando ha adquirido un derecho que, a consecuencia del efecto anulador de la impugnación, resulta que no existe o que no le correspondía a aquel de quien lo adquirió, sin embargo carece de cualquier pretensión directa contra el impugnante. Sólo en la medida en que medie una adquisición de buena fe, se quiebra en ella también la relevancia del vicio de voluntad frente al posterior adquirente.

Consiguientemente, la consideración de los vicios de la voluntad no sólo perjudica la seguridad del tráfico jurídico en la medida en que se ve decepcionada la confianza de quien es parte en el negocio jurídico en su permanencia, sino que también el tráfico jurídico ulterior se ve afectado por la consideración de los vicios de la voluntad. De ahí que, con razón, se haya reducido dicha consideración en lo que afecta al tráfico jurídico ulterior, en contra de la reglamentación de los §§ 116 y ss. Esencialmente irrelevantes son los vicios de la voluntad en los negocios jurídicos mediante los que se crea una situación que sirve de base para una pluralidad de relaciones jurídicas. Así, son irrelevantes los vicios de la voluntad en las declaraciones constitutivas concernientes a una persona jurídica, en la declaración de constitución o de adhesión, en los acuerdos, por ejemplo, de ampliación de capital, una vez que dichas declaraciones ya han surtido efecto. Por otra parte, respecto de los vicios de la voluntad en los contratos sobre la constitución de sociedades personales se dan ciertas particularidades. Respecto de los vicios de la voluntad en la celebración del matri-

monio, la Ehegesetz establece disposiciones especiales. Considerablemente restringida es la relevancia de los vicios de la voluntad en las normas relativas a los títulos valores⁴.

Los preceptos sobre los vicios de la voluntad también son aplicables a los negocios de voluntad en la medida en que no resulte alguna particularidad del hecho de que en los negocios de voluntad falte una declaración. A las conductas jurídicas de índole negocial le son aplicables los preceptos de los §§ 116 y ss.

La cuestión de si la regulación de los vicios de la voluntad es Derecho imperativo o dispositivo se plantea sólo en relación con los supuestos de hecho del error y del engaño doloso. Hoy es opinión generalizada⁵ que el derecho a la impugnación por error puede ser excluido mediante pacto contractual, si bien esto ya no se dice por la doctrina en general. Si en la compra se excluye el saneamiento por las cualidades de la cosa adquirida, tampoco procede una impugnación de parte del comprador por error en las cualidades⁶.

Por lo que se refiere al engaño doloso es claro que la exclusión negocialmente acordada del derecho a impugnar es nula cuando el mismo que es parte en el negocio ha realizado el engaño (cfr. también §§ 443 y 476). Al engaño doloso de quien es parte en el negocio hay que equiparar el ocasionado por su gente, cuando el engaño no ha sido cometido por un «tercero» en el sentido del § 123.II⁷. De igual modo hay que resolver el caso en que el engaño se produce por un tercero pero la otra parte en el negocio lo sabe. El caso sólo es discutible cuando esa parte tiene el deber de conocer el engaño del tercero. En este caso podrá admitirse la exclusión de la impugnación. En la medida que no se puede excluir la impugnación por engaño doloso, también es posible la impugnación por error si concurren sus presupuestos.

⁴ Sobre todas las restricciones ver las aclaraciones relativas al error *infra* § 21, núm. 9.

⁵ En contra GRADENWITZ, *Anfechtung und Reurecht beim Irrtum* (1902), p. 91 y, siguiéndole, OERTMANN 119, N. 13.

⁶ Cfr. SOERGEL-BALLERSTEDT, *Vorbem. vor §§ 459 y ss.*, N. 28; RG LZ 1916, 1180 contra RG JW 1914, 295; en otra línea, BGH 34, 32 y ss., sin ponerse de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina contrarias.

⁷ A este respecto véase *infra* § 29, núm. 3.