

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

tado las partes. Además, por otra, en el negocio jurídico juega un papel mucho más importante que en la Ley el *casus omissus*, es decir, que la regulación establecida por las partes sea incompleta, porque no hayan pensado en ciertas circunstancias. Por eso, bien se puede decir en general que la problemática jurídica respecto al contenido del negocio jurídico es mucho más compleja que en el acto administrativo.

#### 7. El acto administrativo necesitado de cooperación

En algunos casos (paradigma: nombramiento de funcionarios, concesión de la nacionalidad, inscripción en el Registro inmobiliario) el acto administrativo requiere una cooperación del afectado por el mismo. Por regla general esta cooperación consiste en una solicitud. Puede suceder que el funcionario sólo pueda realizar el acto administrativo a petición de parte, pero que el acto también sea eficaz, aunque se haya realizado sin la petición, presupuesto que las demás condiciones del acto administrativo se hayan dado (paradigma: inscripción en el Registro de la Propiedad). Para su comparación con el negocio jurídico, sin embargo, son más importantes los casos en los que el acto administrativo que requiera instancia de parte sea nulo sin la solicitud (así en los casos de nombramientos de funcionarios, o en la concesión de la nacionalidad). Aunque en estos casos es muy importante la solicitud, el agente de la configuración de la relación jurídica es el acto administrativo. En esa medida existe una diferencia esencial con el contrato de Derecho Público, en el que ambas partes —en el contrato de Derecho Público entre un ente público y el particular, por tanto, el ente público y el particular— determinan de manera coordinada el contenido del contrato.

En atención al predominio del acto administrativo frente a la solicitud, la regulación jurídica también debe atender preferentemente al acto administrativo. Por eso la regulación del BGB sobre declaraciones de voluntad solamente se puede aplicar a la solicitud en un acto administrativo que requiera cooperación en cuanto lo consienta la preponderancia del acto administrativo.

#### 8. El acto administrativo como parte integrante o presupuesto de eficacia de negocios jurídicos

Cuando un acto administrativo es parte integrante (paradigma: la inscripción en el Registro, en la transmisión de la propiedad de inmue-

bles) o presupuesto de eficacia (paradigma: la autorización del Tribunal de tutelas a un negocio del tutor para el pupilo<sup>23</sup>) de un negocio jurídico, no le son aplicables las normas del BGB sobre negocios jurídicos, sino que el acto administrativo, aunque sea parte del negocio jurídico, sólo es acto administrativo y no negocio jurídico<sup>24</sup>. En particular rige para él la especial protección de la confianza que corresponde al acto administrativo (cfr., por ejemplo, § 55.I, FGG).

#### 9. Constitución de relaciones jurídicas privadas por acto administrativo

En virtud de especiales disposiciones legales pueden constituirse relaciones jurídicas privadas por medio de un acto administrativo unilateral (paradigma: la instalación de un arrendatario en una vivienda en virtud de arrendamiento forzoso). En estos casos la relación jurídica se somete al Derecho Privado con excepción de lo relativo a su constitución. En cambio, el Derecho Público relativo a los actos administrativos se aplica a la constitución de la relación jurídica.

### § 4. VOLUNTAD Y DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

#### 1. La declaración de voluntad como manifestación de la voluntad

La problemática de la voluntad en el negocio jurídico afecta a la relación de la voluntad con la exteriorización del acto del negocio jurídico. Cuando —como es regla general— en el negocio jurídico participan varios, se suscita siempre la problemática de la voluntad, especialmente respecto de su manifestación por cada uno de los partícipes. Esta es la razón por la que los problemas de la voluntad en el negocio jurídico en general no se tratan como problemática del negocio jurídico, sino de la declaración de voluntad. Pero aun cuando la cuestión se centre en la declaración de voluntad, se trata de problemas del «negocio jurídico».

<sup>23</sup> Sobre la autorización administrativa, cfr. O. LANGE, *AcP*, 152, 241 y ss., a quien no se puede seguir en muchos puntos.

<sup>24</sup> Hoy está superada la opinión defendida por el Reichsgericht (RG 71, 162 y ss., 170; 137, 324 y ss., 345), según la que la autorización del tribunal de tutelas al mismo tiempo es un acto de autoridad y un negocio jurídico privado.

## 2. El habitual análisis de la voluntad como elemento de la declaración de voluntad

En general es habitual analizar la voluntad como elemento de la declaración de voluntad del siguiente modo:

### a) La voluntad de actuar

Por tal se entiende únicamente el elemento volitivo por el que el declarante establece voluntariamente un signo de la declaración. Aquí se hace total abstracción del contenido de la voluntad. De hecho, naturalmente, no puede darse una voluntad sin contenido. Destacar el elemento de la voluntad de actuación solamente sirve para distinguir los casos en los que ni siquiera existe la voluntad de actuar de aquellos otros de deficiencias de la voluntad.

La voluntad de actuación faltaría, por ejemplo, si alguien en estado inconsciente o bajo el influjo de una hipnosis realizara la conducta de declarar, o cuando alguien fuera forzado físicamente, y aquel que le fuerza le llevara la mano para que firmase un contrato. En el último caso, el forzado no ha realizado una declaración, sino que ha sido el que empleó la fuerza quien ha efectuado un acto de declaración. El forzado no ha actuado, porque le ha faltado la voluntad de actuar.

### b) La voluntad de declarar o la conciencia de la declaración

De lo que aquí se trata es de si aquel que cumple el supuesto de hecho de una declaración quiere que su conducta sea una declaración, o si al menos es consciente de que su conducta es un supuesto de declaración. V. TUHR<sup>1</sup> habla de «conciencia de comunicar», y con ello quiere decir que el declarante tiene conciencia de hacer una manifestación de cualquier clase. Pero en general se usa la expresión «voluntad de declarar» o «conciencia de la declaración», y se entiende por ello la voluntad o la conciencia de que la conducta realizada sea una declaración jurídicamente relevante<sup>2</sup>. Con la voluntad de declarar o la conciencia de la declaración como elementos de la voluntad se hace abstracción del concreto conteni-

<sup>1</sup> II, 1, p. 404.

<sup>2</sup> Cfr. ENN-NIPPERDEY, § 145, n. 26 y cit.; BYDLINSKI, JZ, 1975, 1 y ss.

do de la voluntad, como en la voluntad de actuar. La voluntad de declarar o la conciencia de la declaración tiene, sin embargo, un componente de contenido, aunque sólo sea abstracto, en cuanto se trata de que el declarante tenga conciencia de emitir una declaración jurídicamente relevante.

Como ejemplo se cita en la doctrina el caso de que alguien, a consecuencia de una confusión u otro error, suscriba una oferta de contrato y la envíe en la idea de que se trata de una invitación para comer. Aquí se dice que existe una voluntad de actuar –en contra de los casos citados antes bajo la letra a)–, pero falta la voluntad o la conciencia de emitir una declaración jurídicamente relevante. Un ejemplo académico usado muy frecuentemente es el caso de la subasta de vinos en Tréveris<sup>3</sup>: A saluda con la mano a un amigo en una subasta de vinos en Tréveris. Conforme a los usos de dicha subasta –así lo cuenta el clásico ejemplo– el alzar la mano vale como postura en la subasta, lo que A no sabe. Se dice que A tiene voluntad de actuar, pero no voluntad de declarar o conciencia de la declaración, porque no sabe que levantar la mano es un supuesto de declaración jurídicamente relevante.

### c) La voluntad negocial

Se define de diferente manera: como voluntad que está dirigida a producir determinadas consecuencias jurídicas mediante la declaración, voluntad de efectos jurídicos, o como la intención dirigida a un determinado resultado económico garantizado por el Derecho, o como voluntad de producir un resultado económico. Como voluntad negocial, la voluntad se concibe por su referencia al contenido del acto de la declaración. La voluntad negocial sería, por ejemplo, en el contrato de compraventa, la voluntad del comprador de comprar la cosa por un precio determinado.

## 3. El análisis de la voluntad y la «esencia» de la declaración de voluntad

El análisis de la voluntad en los aspectos citados se produce en la doctrina con el fin de establecer qué elementos de la voluntad pertene-

<sup>3</sup> Según MANIGK, *Rechtswirksamen Verhalten* (p. 229), este ejemplo académico fue introducido en la literatura jurídica por Hermann ISAV, *Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts* (1899), p. 25, véase *infra* § 23, 1.

cen a la «esencia» de la declaración de voluntad, es decir, qué elementos de la voluntad deben concurrir efectivamente en el caso concreto en la realización de una declaración para que exista una «declaración de voluntad».

En la doctrina existe unanimidad en que la voluntad de actuar pertenece a la esencia de la declaración de voluntad, por tanto, en que no existe declaración de voluntad si falta la voluntad de actuar. Según esto la declaración inconsciente o bajo hipnosis no es una declaración de voluntad. Se discute si de la esencia de la declaración de voluntad forma parte la voluntad de declarar o la conciencia de la declaración, o incluso la simple conciencia de comunicar en el sentido de la opinión defendida por V. TUHR. Por un lado, se sostiene la opinión de que sin esa conciencia o sin esa voluntad una declaración no es una declaración de voluntad; por otro, se opina que ya existe una declaración de voluntad cuando solamente se da la voluntad de actuar, sin que importe la conciencia de la declaración o la voluntad de declarar. Conforme a esta última opinión en el clásico ejemplo, citado bajo 2b), de la subasta de vinos en Tréveris, también existiría declaración de voluntad<sup>4</sup>. Aunque en último término sean muy diferentes las opiniones sobre la forma en que la voluntad se refiere al contenido del negocio jurídico, sobre si se trata de querer los efectos jurídicos, o sólo de querer producir un resultado económico, o éste como efecto jurídicamente garantizado, en todo caso se está de acuerdo en que una declaración de voluntad existe independientemente de que la llamada voluntad negocial coincida con el contenido del supuesto de hecho de la declaración.

En realidad no es razonable analizar la voluntad como elemento de la declaración de voluntad con el fin de determinar si esta o aquella parte de la voluntad forma parte de «la esencia» de la declaración de voluntad. Lo que interesa en este análisis es la declaración de voluntad defectuosa, concretamente la cuestión de qué efectos jurídicos se produ-

<sup>4</sup> En favor de admitir una declaración de voluntad incluso sin conciencia de la declaración, entre otros: SOERGEL-HEFERMEHL, Vorbem. 24, 6 y ss. vor § 116; LARENZ, *Allgem. T. 4.*, § 19 III; BYDLINSKI, *Privatautonomie*, pp. 162 y ss., JZ 1975, 1 y ss.; por el contrario, antes era doctrina dominante que la conciencia de la declaración pertenece al supuesto de hecho de la declaración de voluntad. Véase ENN-NIPPERDEY, § 145 II A, núm. 26 y citas; amplio resumen de la doctrina antigua en OERTMANN, Vorbem. vor, § 104, pp. 331 y s.

El BGH en la sentencia NJW 1953, 58, deja abierta la cuestión de «si una conducta externa, que permite deducir una voluntad negocial, solamente es una declaración de voluntad cuando el que actúa es consciente de que de ella puede deducirse una voluntad negocial». No obstante, al parecer, el BGH se inclina en esta sentencia por afirmarlo.

cen cuando solamente la voluntad negocial no coincide con el contenido de la declaración (por ejemplo, el declarante en una oferta de contrato quería escribir 110, pero por descuido ha escrito 100), o cuando el declarante ni siquiera ha sido consciente de haber realizado una declaración (clásico ejemplo de la subasta de vinos en Tréveris), o de haber tenido ni siquiera voluntad de actuar (caso de la hipnosis).

Analizando el factor de la voluntad se establece la «esencia» de la declaración de voluntad fijando el «supuesto de hecho mínimo» para que una declaración de voluntad produzca efectos jurídicos. Según esto, la declaración de voluntad nula es decisiva para fijar la esencia de la declaración de voluntad, en cuanto ella es punto de arranque para algunos efectos jurídicos, aunque sólo sea una indemnización por daños. V. HIPPEL<sup>5</sup> ha descrito acertadamente el pretendido «supuesto de hecho mínimo» de la declaración de voluntad, resumiendo todas las opiniones, como sigue: Una declaración de voluntad es «una conducta que según su apariencia externa impone la conclusión, o permite concluir que la persona en cuestión persigue “la producción de un efecto jurídico”, “la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica”, o un resultado de relevancia económica o social, o al menos que está de acuerdo con esa nueva regulación jurídica o social».

Conforme a esta argumentación, orientada hacia la declaración de voluntad defectuosa o incluso nula, no se puede determinar la «esencia» de la declaración de voluntad. Si se quiere comprender la «esencia» de la declaración de voluntad, debe partirse del caso normal de una declaración completamente válida. Según esto la «esencia» de la declaración de voluntad consiste en la configuración creadora de relaciones jurídicas en uso de la autodeterminación mediante la instauración de la vigencia de una reglamentación jurídica. La regulación jurídica de los casos patológicos, en los que la declaración de voluntad es defectuosa respecto del factor volitivo (véase sobre esto *infra* núm. 8), también debe tener en cuenta esta esencia de la declaración de voluntad.

#### 4. La relación «natural» entre voluntad y declaración

Sobre la relación entre voluntad y declaración en la declaración de voluntad todavía es válida la clásica formulación de SAVIGNY<sup>6</sup>: «No obs-

<sup>5</sup> *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie* (1936), p. 8.

<sup>6</sup> *System*, III, p. 258.

tante, no se puede entender (la relación entre voluntad y declaración), como si ambas por su naturaleza, fueran independiente la una de la otra, como la voluntad de una persona y la de otra, cuya coincidencia en efecto es completamente casual; antes bien, ya por su esencia hay que concebirlas como unidas. Pues, en realidad la voluntad ha de ser considerada en sí como lo único importante y eficaz, y solamente porque es un hecho interno, invisible, necesitamos un signo, por el que sea reconocida por los demás, y este signo, por medio del que se exterioriza la voluntad, es simplemente la declaración. De ahí se sigue que la coincidencia de la voluntad con la declaración no sea algo casual, sino su relación natural».

La coincidencia de la voluntad con la declaración es su relación «natural», no solamente en el sentido de que de hecho, por regla general, en el obrar jurídico voluntad y declaración coinciden. El Ordenamiento jurídico, siendo el negocio jurídico acto de configuración de relaciones jurídicas en uso de la autodeterminación, más bien debe partir de la coincidencia como relación «natural», en el sentido de que la coincidencia pertenece a la esencia del negocio jurídico, y frente a ella los casos reales de discordancia deben ser tratados como patológicos. Si la coincidencia de voluntad y declaración no tuvieran que considerarse como su relación «natural», el Ordenamiento jurídico no debería consentir la configuración de relaciones jurídicas por medio de actos jurídico negociales.

Cuando SAVIGNY habla de la «manifestación» de la voluntad por el declarante, no quiere decir que se comunique un hecho psíquico, y así la declaración de voluntad sea la comunicación informativa de un hecho psíquico. La declaración de voluntad es para SAVIGNY más bien, respecto de la voluntad, «manifestación de aquello mismo por lo que el hecho interno de la voluntad aparece en el mundo visible como fenómeno»<sup>7</sup>.

Muchas veces en el siglo XIX, pero también después de la entrada en vigor del BGB, se ha sostenido la opinión de que la declaración es «un acto que se realiza con el fin de dar a conocer al mundo un acontecimiento de la vida anímica»<sup>8</sup>. Esta opinión descansa en una separación de la declaración y «una voluntad existente detrás de la declaración y distinta de ella»<sup>9</sup>, mientras que SAVIGNY precisamente parte de que declaración y voluntad «ya por su esencia han de ser concebidas como unidas».

<sup>7</sup> SAVIGNY, *System*, III, p. 237.

<sup>8</sup> Así, la formulación de v. TUHR, II, 1, p. 400.

<sup>9</sup> Así, correctamente en la caracterización de esta opinión, WINDSCHEID, *Reden und Abhandlungen*, p. 341.

Con razón ya WINDSCHEID, en su famoso trabajo «Wille und Willens-erklärung» (1878)<sup>10</sup> se enfrentó a la que él llamaba doctrina dominante de su época, según la cual el significado de la declaración de voluntad consistía en ser comunicación de voluntad. WINDSCHEID decía: «La declaración de voluntad es también comunicación de una voluntad existente, no solamente de una voluntad separada de la declaración de voluntad, sino contenida en ella, no de una voluntad pretérita, sino de una voluntad actual. Por eso es más que una comunicación de la voluntad, es expresión de la voluntad. Es la voluntad en su manifestación sensible. En la declaración de voluntad no se realiza simplemente la voluntad dirigida a establecer un signo apreciable sensiblemente, sino al mismo tiempo la voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos»<sup>11</sup>. ENNECCERUS<sup>12</sup> compara, con razón, la declaración en la declaración de voluntad como «elemento constitutivo» con la publicación de la Ley, y dice: «La publicación no es solamente una información sobre la voluntad del legislador, sino que sólo en ella se establece la voluntad para otros, en ella se encuentra la decisión imperativa de la voluntad del legislador, sin ella la ley no sólo sería desconocida, sino que no existiría en absoluto».

Hoy es opinión generalizada que la declaración de voluntad es un acto de ejecución de la voluntad. En la doctrina moderna muchas veces<sup>13</sup> se desconoce que precisamente ésta es la clásica doctrina del negocio jurídico tal como la estructuró SAVIGNY, y que fue defendida por tan prominentes partidarios de la teoría clásica como WINDSCHEID y ENNECCERUS.

##### 5. El contenido de la voluntad en la declaración de voluntad. Voluntad y efecto jurídico

La declaración de voluntad se dirige a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. Consecuentemente, la voluntad en la declaración de voluntad se refiere al acto de configuración jurídica como tal, que tiene por contenido la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

<sup>10</sup> *AcP*, 63, 72 y ss. = *Reden und Abhandlungen*, p. 341.

<sup>11</sup> WINDSCHEID, *Reden und Abhandlungen*, pp. 337 y ss.

<sup>12</sup> RECHTSGESCHÄFT, *Bedingung und Anfangstermin* (1888), I, p. 58.

<sup>13</sup> Cf. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930), pp. 37 y ss., 58 y ss.; DULCKEIT, *Festschr. Fritz Schulz*, I, p. 158; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, pp. 51 y ss.; ENN.-NIPPERDEY, § 145 II 2, en n. 13, § 164 II 3.

En las últimas décadas del siglo XIX, se defendió por una importante minoría de la doctrina alemana que la voluntad del declarante en la declaración de voluntad jurídico negocial se dirige a un resultado de hecho, y este resultado se garantiza por el Ordenamiento jurídico. Esta teoría fue desarrollada sobre todo por LENEL<sup>14</sup>. BECHMANN<sup>15</sup> ha hablado de esta «intención empírica» en oposición a la voluntad de consecuencias jurídicas de la que hablaba la doctrina dominante.

También, después de la entrada en vigor del BGB, se defendió todavía la opinión de que la voluntad en la declaración de voluntad jurídico negocial se dirige a un resultado económico<sup>16</sup>. Hoy, por el contrario, se dice en general que la voluntad se dirige a los efectos jurídicos<sup>17</sup>, o se formula que la voluntad jurídico negocial es «una intención dirigida a un determinado resultado económico garantizado jurídicamente»<sup>18</sup>. Esta última formulación es inexacta en cuanto hay negocios jurídicos que no están dirigidos a un resultado económico (por ejemplo, la adopción). Se debería hablar, por tanto, en general de un resultado de hecho, garantizado jurídicamente.

El declarante puede querer con la declaración de voluntad jurídico negocial las cosas más diversas. Con seguridad querrá alcanzar determinados fines. El vendedor quiere en vez de la mercancía, tener dinero o conseguir la ganancia representada por la diferencia entre el precio de adquisición y el de venta. El comprador, por el contrario, quiere tener la mercancía, y persigue además con su adquisición los más diversos fines.

Pero el contenido del negocio jurídico no es querer cualquier resultado o fin, sino que algo valga y ciertamente que deba valer conforme a Derecho. En la compraventa al contado el contenido del contrato es que las mercancías pertenezcan al comprador, y por eso el vendedor pueda quedarse con el dinero. En la compraventa que sólo haya de cumplirse en el futuro, el vendedor debe entregar las cosas al comprador, y éste pagar un precio por ellas. Ese deber recíproco es lo que los contratantes han acordado en el contrato de compraventa. Los deseos del individuo en relación con cualquier fin que persiga, solamente son de importancia cuando, conforme a la declaración de voluntad, esos fines se hayan

<sup>14</sup> *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, *Jher. Jb.* 19, 154 y ss.; cfr. bibliografía sobre el tema WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, I, § 69, n. 1 y 1 a.

<sup>15</sup> *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, II, 1 pp. 1 y ss., 9 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. en especial DANZ, *Auslegung* (3 ed. 1911), pp. 6 y ss.; cfr. por lo demás para la bibliografía ENN-NIPPERDEY, § 145, n. 4.

<sup>17</sup> Así, ENN-NIPPERDEY, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>18</sup> Así, LEHMANN-HÜBNER, *Allgem. Teil*, § 24 IV 2b.

hecho objeto del deber como contenido de la declaración de voluntad. Nunca se destacará suficientemente lo importante que es separar los fines queridos por el individuo de lo que, según su declaración de voluntad, debe valer.

La voluntad jurídico negocial no es la voluntad en toda su complejidad como hecho psicológico, sino la voluntad en la medida en que forme parte del supuesto de hecho determinado por el Ordenamiento jurídico. La voluntad jurídico negocial rige el deber jurídico propio del negocio. En el caso normal, el declarante quiere que lo que él declara valga como Derecho. En los casos patológicos quiere que valga como Derecho algo distinto de lo que ha expresado mediante la declaración, o no quiere en absoluto una regulación jurídica.

LENEL<sup>19</sup> apeló a la historia del Derecho para apoyar la tesis de que la voluntad no está dirigida a los efectos jurídicos. Los tipos particulares de negocios jurídicos como la compraventa, arrendamiento, etc., habrían existido antes de que fueran reconocidos por el Ordenamiento jurídico. Seguramente esto es exacto. No obstante, antes de su reconocimiento jurídico, estos actos, y por tanto la voluntad de los partícipes en ellos, también estaban dirigidos a un deber; sólo que quienes los realizaban tenían presente que el deber no era un deber jurídico. Con la recepción de estos actos en el Ordenamiento jurídico, su contenido no se ha modificado de modo que en lugar de perseguir fines económicos o sociales, se busque establecer un deber, sino que el deber originariamente garantizado únicamente por los usos sociales se ha convertido en un deber jurídico, es decir, en un deber sancionado por el Ordenamiento jurídico.

El Ordenamiento jurídico reconoce la declaración de voluntad como configuración jurídica en uso de la autodeterminación. De ahí se deriva que, según el sentido que la declaración de voluntad tiene en el Ordenamiento jurídico, también la voluntad del declarante debe estar dirigida a la configuración jurídica. De otro modo no existiría una configuración jurídica voluntaria.

Sin duda, no importa que quien haga la declaración de voluntad jurídico negocial califique exactamente la relación jurídica que ha de configurar. Es completamente irrelevante que designe correctamente la relación jurídica. Si, por ejemplo, A dice que da en comodato a B dinero para que disponga de él y le devuelva otro tanto, esta figura jurídica es un mutuo (§§ 607 y ss.), y no un comodato (§§ 598 y ss.). Por eso el negocio jurídico celebrado entre A y B, a pesar de la expresión «comoda-

<sup>19</sup> *Op. cit.*, pp. 155 y ss.

to» es un mutuo y son aplicables las disposiciones de los §§ 607 y ss., y no las de los §§ 598 y ss.

Las principales figuras del obrar jurídico negocial, como sobre todo la compraventa, forman parte del patrimonio de conocimientos generales elementales, aunque los legos en Derecho por regla general no conozcan las particularidades de la regulación jurídica de la compraventa y en especial muchas veces no sepan que por el simple contrato de compraventa, conforme a nuestro Ordenamiento jurídico, la propiedad no pase todavía al comprador. No es concebible en absoluto que alguien celebre un contrato de compraventa sin ser consciente de sus efectos jurídicos esenciales, esto es, que el comprador debe recibir la mercancía y el vendedor el precio, y que este deber es un deber jurídico.

Las figuras jurídicas más difíciles suelen ser desconocidas por los que no son juristas. El lego en Derecho, por ejemplo, no sabe nada de un derecho de impugnación (por ejemplo, §§ 119 y ss., 142 y ss.), o de una facultad de resolver (§§ 346 y ss.), tal como estas figuras están estructuradas por el Ordenamiento jurídico. No declara que «impugna» el contrato o «que resuelve el contrato», para él sólo se trata de declarar que el negocio jurídico o el contrato no deben tener vigencia. Dice que se desvincula del contrato porque, por ejemplo, ha incurrido en un error, le han engañado o la otra parte no ha cumplido con su obligación. Ante declaraciones semejantes, corresponde a la calificación jurídica determinar si se declara una impugnación o una resolución. Esta calificación jurídica se efectúa según que en virtud de los hechos a causa de los cuales el declarante se desvincula del contrato, exista una impugnación o una resolución conforme al Ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello la declaración será calificada como impugnación o resolución. El contenido de la declaración de autonomía privada es solamente la «desvinculación» del contrato. Especiales dificultades se presentan cuando una declaración es susceptible de varias calificaciones. En general hay que aceptar la más favorable para el que declara.

La experiencia de que los que obran jurídico-negocialmente a menudo no son conscientes de en qué figuras jurídicas incluye el Ordenamiento jurídico su reglamentación negocial, sin duda ha contribuido de forma esencial a la opinión de que en las declaraciones de voluntad negociales la voluntad solamente se dirige a un resultado económico o social, y no a uno jurídico, que solamente existe una intención «empírica», o como quiera que de otra manera se haya formulado. Para la determinación del contenido de una declaración de voluntad siempre hay que preguntarse a qué resultado material, por regla general econó-

mico, se dirige la declaración de voluntad. Pero solamente existe —aparte de los casos patológicos del error, etc.— un acto jurídico negocial, una declaración de voluntad, cuando es voluntad del declarante que el resultado material pretendido debe valer, es decir, debe valer como Derecho.

### 6. Teoría de la voluntad y teoría de la declaración

Aun cuando la coincidencia de la voluntad con la declaración sea su relación «natural», ocurre no obstante que a veces no coinciden. El caso principal es el del error. La problemática de la discordancia entre voluntad y declaración fue uno de los temas favoritos del tratamiento científico de la doctrina del negocio jurídico en el siglo XIX y también en los primeros tiempos de vigencia del BGB. Se oponían la llamada «teoría de la voluntad», a la que, también para el tiempo posterior, le dio forma decisiva SAVIGNY en su Sistema de Derecho Romano actual, t. III, y la que nació en los años setenta, llamada «teoría de la declaración».

Existía acuerdo en que lo no declarado no podía tener vigencia. Ya SAVIGNY<sup>20</sup> dijo de la voluntad: «porque es un hecho interno, invisible, necesitamos un signo, por el que sea reconocida por los demás, y este signo, por medio del que se exterioriza la voluntad, es simplemente la declaración». La cuestión que se discutía era si una declaración es válida incluso aunque se haya declarado algo que no se ha querido. Los representantes de la teoría de la voluntad partían de que, como SAVIGNY había formulado, «la voluntad debía ser concebida como lo único importante y eficaz». De ahí extraían la conclusión de que una declaración sin la correspondiente voluntad no podía tener vigencia, era nula, precisamente porque la voluntad «es lo único importante y eficaz».

Es cierto que los representantes de la teoría de la voluntad admitían algunas excepciones, concretamente en el caso de la reserva mental (§ 116). No obstante, en el caso de la discordancia entre voluntad y declaración en virtud de un error, la nulidad de la declaración les parecía ser la consecuencia natural del dogma de la voluntad.

La teoría de la declaración surgió de un tratamiento de los casos de error opuesto al anterior. Sus partidarios opinaban que básicamente también debía tener vigencia la declaración errónea, y la teoría de la declaración precisamente tenía el sentido de fundamentar la validez de esa

<sup>20</sup> System, III, p. 258.

declaración. BÄHR<sup>21</sup>, uno de los primeros partidarios de que la declaración errónea también fuera válida, escribió en el año 1875: «Quien al contratar suscite la apariencia externa de su voluntad de una manera que le pueda ser imputada, de modo que el otro contratante de buena fe crea y pueda creer haber adquirido derechos por ello, no será oído en su alegación de que en realidad le ha faltado la correspondiente voluntad. Responde por la apariencia externa de su voluntad precisamente como si efectivamente hubiera querido». Con ello, BÄHR no abandonaba totalmente la teoría de la voluntad. En realidad introdujo más bien una «ficción» de voluntad para el caso del error, para armonizar su solución de éste con la teoría de la voluntad. La solución opuesta a la teoría de la voluntad de los casos de error llegó a ser la teoría de la declaración sólo porque igual que los representantes de la teoría de la voluntad habían hecho respecto de su solución, los de la teoría de la declaración se ocuparon de deducir la vigencia de la declaración, en los casos de error, del «concepto» de declaración de voluntad. Si SAVIGNY había dicho que «la voluntad debía ser concebida como lo único importante y eficaz», según los defensores de la teoría de la declaración debía serlo la «declaración», y de ahí se deducía que, en caso de error, dado que la declaración ya existía, su vigencia resultaba «obligada».

Al final de los esfuerzos de los representantes de la teoría de la declaración, DANZ<sup>22</sup> escribió de manera parecida a como lo habían hecho muchos de sus predecesores: «Por eso puede definirse la declaración de voluntad, que suministra un elemento del supuesto de hecho de un negocio jurídico, como la conducta de una persona que, según la experiencia del tráfico, valorando todas las circunstancias, permite deducir normalmente una determinada voluntad, sin considerar si esta deducción es acertada en el caso concreto, es decir, por tanto, sin considerar si realmente ha existido o no esa voluntad interna en la persona, tal como resulta de la declaración de voluntad».

Los autores del primer Proyecto del BGB<sup>23</sup> coincidían con la doctrina dominante de aquella época<sup>24</sup> en la teoría de la voluntad. En caso de

<sup>21</sup> *Jher. Jb.* 14, 401; más radical ya antes que BÄHR, RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*, Rostock, 1874, en especial, pp. 17 y ss., respecto de la declaración de voluntad *inter vivos*.

<sup>22</sup> *Auslegung*, p. 14.

<sup>23</sup> Cfr. sobre todo las explicaciones de GEBHARD, *Entw. Allgem. Teil* II, 2, pp. 84 y ss., sobre el dogma de la voluntad; véase además *Mot.*, I, 189 y ss. (MUGDAN, I, 456 y ss.).

<sup>24</sup> Cfr. sobre el estado de la doctrina respecto de las teorías de la voluntad y de la declaración al final del siglo XIX, WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, I, § 75, n. 1 a cit.

discordancia de la voluntad real con la declarada a causa de un error, la declaración de voluntad debía ser nula conforme al § 98 del primer Proyecto. Por el contrario, en los Protocolos sobre el dictamen de la segunda Comisión se dice<sup>25</sup>: «Después de una exposición introductoria del ponente y del ponente general, hubo acuerdo, en primer lugar, acerca de que ni el dogma de la voluntad ni la máxima de la confianza (teoría de la declaración) opuesta a él, se pueden seguir sin restricciones, y que por eso era necesario examinar separadamente los casos concretos que se presenten, sin tomar partido positivamente por una o por otra teoría».

El segundo Proyecto, tal como se dice en la memoria<sup>26</sup> sobre el Proyecto del REICHSTAG, «no ha regulado según una teoría determinada la repercusión de un vicio de la voluntad en la validez de los negocios jurídicos, sino sencillamente conforme a puntos de vista prácticos que, en lo posible, hagan justicia a los diversos intereses a considerar». La regulación del error en el segundo Proyecto modificó la del primero en que en caso de error relevante la declaración de voluntad no era nula, sino impugnabile. Esto se convertiría después en Ley (§ 119).

Después de la entrada en vigor del BGB continuó la discusión científica entre los defensores de la teoría de la voluntad y los de la teoría de la declaración. Ahora las dos opuestas teorías se defendían bajo el punto de vista de que el BGB tenía por fundamento la una o la otra. Continuaron dominando, ante todo, los partidarios de la teoría de la voluntad. El decisivo tratado de la Parte General de ENNECCERUS se ha mantenido fiel a ella hasta la última edición elaborada por ENNECCERUS<sup>27</sup>, aunque el mismo también reconozca: «En el BGB domina una teoría de la voluntad fuertemente limitada por la consideración del interés de la otra parte y la seguridad del tráfico»<sup>28</sup>. Según ENNECCERUS-NIPPERDEY<sup>29</sup>, ésta debe ser todavía hoy la doctrina dominante. Sin embargo, esto probablemente no sea así.

La discusión entre la teoría de la voluntad y la de la declaración prácticamente está superada. Mientras que en el siglo XIX la pugna estaba en resolver los problemas de los vicios de la voluntad con apoyo en estas teorías, hoy la discusión en general se ha pacificado por conside-

<sup>25</sup> *Prot.*, I, 197 (MUGDAN, I, 710).

<sup>26</sup> P. 20, (MUGDAN, I, 832).

<sup>27</sup> Cfr. 12 edición, § 155.

<sup>28</sup> De manera semejante, LEHMANN-HÜBNER, *Allgem. Teil*, § 34 I 2.

<sup>29</sup> § 164 II 2.



rarse que la Ley ha resuelto los problemas con un «compromiso». Además, ha aparecido como nueva la llamada teoría de la vigencia de la que hemos de tratar a continuación.

— o —

7. *La declaración de voluntad como declaración de validez o de vigencia, y la «teoría de la vigencia» en su crítica de la teoría de la voluntad*

La formulación de SAVIGNY, citada al principio del núm. 4 sobre la relación entre voluntad y declaración no dice nada sobre el contenido de la declaración de voluntad. No obstante, también según SAVIGNY, la declaración de voluntad está dirigida a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, y de ahí se deriva con naturalidad que la declaración de voluntad, conforme a su contenido, sea declaración de vigencia.

SAVIGNY<sup>30</sup> ha expresado esto de manera especialmente afortunada al tratar de la «declaración formal de voluntad», cuando habla de ella en el antiguo Derecho Romano como declaración de voluntad «en la forma especial de actos ceremoniosos, a través de los que el sentido propio de cada relación jurídica se representa simbólicamente y así, de manera sensible, se expone a la contemplación de las partes y de los demás». En realidad el contenido de cada negocio jurídico—incluso de los no formales— es que la relación jurídica a establecer se «exponga a la contemplación de las partes y de los demás» por medio del acto jurídico negocial, y esto significa sobre todo mediante la declaración de voluntad o las declaraciones de voluntad. El negocio jurídico es por su contenido declaración de vigencia, porque por medio del acto jurídico negocial se instaura o pone en vigor una reglamentación por la que una relación jurídica se constituye, modifica o extingue.

En lugar de otras muchas, pueden citarse las explicaciones de HÖLDER en el XX Congreso de juristas alemanes<sup>31</sup>: «Sin entrar aquí en demasiados detalles, creo que no incurro en contradicción si digo: la voluntad de la que hablamos es siempre una voluntad reguladora, se trata siempre de establecer algún deber o poder, un no deber o un no poder. Absolutamente igual que la ley establece una norma abstracta, la voluntad privada que establece, en la declaración de voluntad jurídicamente válida, alguna norma concreta, la establece sencillamente mediante su ma-

<sup>30</sup> *System*, III p. 238.

<sup>31</sup> Tomo IV, p. 87.

nifestación. Antes de la declaración la voluntad declarada no existe en absoluto como una norma, pues para la existencia de la norma es absolutamente indispensable que se manifieste de alguna manera. Por tanto, podemos decir: esa voluntad es una voluntad reguladora, que alcanza la existencia que el Derecho exige para que tenga vigencia, simplemente por su declaración, por su manifestación»<sup>32</sup>.

En contra del entendimiento del negocio jurídico, y con ello de la declaración de voluntad como declaración de vigencia, se ha objetado sin razón que la vigencia del negocio jurídico no descansa en la voluntad del declarante, sino en la voluntad del Derecho<sup>33</sup>. Ya en el § 1 se ha explicado que la vigencia del negocio jurídico descansa en los dos, en el Derecho y en la voluntad del individuo, en cuanto el Ordenamiento jurídico admite la validez de la configuración jurídica en uso de la autoterminación en los actos reconocidos por el mismo. Por eso el negocio jurídico, según su contenido, no es otra cosa que declaración de vigencia.

El entendimiento de la declaración de voluntad como declaración de vigencia (la llamada teoría de la vigencia) se ha contrapuesto en los tiempos recientes a la teoría de la voluntad<sup>34</sup>. El Tratado de ENNECCERUS-NIPPERDEY se ha sumado a ello. LARENZ<sup>35</sup> atribuye la teoría de la vigencia a BÜLOW<sup>36</sup>. Por medio de la teoría de la vigencia se debe superar, según sus defensores, el «desdoblamiento»<sup>37</sup> de la declaración de voluntad o el «dualismo»<sup>38</sup> entre voluntad y declaración. DULCKEIT formula esto de modo especialmente claro. Se opone<sup>39</sup> a la concepción que califica de «doctrina frecuente», según la cual «la declaración de voluntad se compone de dos elementos más o menos aparentes: la voluntad interna y la declaración externa». ENNECCERUS-NIPPERDEY<sup>40</sup> dice (sic), asumiendo la tesis de LARENZ y DULCKEIT, respecto de la declara-

<sup>32</sup> Cfr. también WINDSCHEID-KIPP, *Pandektenrecht*, I, § 69: «Se declara la voluntad de que debe producirse un efecto jurídico».

<sup>33</sup> Así, SCHMIDT-RIMPLER, *AcP* 147, 163.

<sup>34</sup> Cfr. sobre esto LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930); DULCKEIT, *Festschr. Fritz Schulz*, I, pp. 148 y ss.; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, 2.<sup>a</sup> ed. 1952; da una información detallada SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2.<sup>a</sup> ed. 1956, pp. 69 y ss.

<sup>35</sup> *Auslegung*, pp. 66 y ss.

<sup>36</sup> *Geständnisrecht* (1899), pp. 107 y ss.

<sup>37</sup> DULCKEIT, *op. cit.*, p. 69.

<sup>38</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 69.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 158; análogamente, BETTI, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

<sup>40</sup> § 164 II 3.