

# Invalidéz de la declaración de voluntad

MANUEL ALBALADEJO

Catedrático de Derecho Civil

## PARTE PRIMERA: LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

### I. LOS VICIOS, EN GENERAL

#### 1. *Defectos de la declaración de voluntad.*

La declaración de voluntad puede ser defectuosa por diversas causas. Por ejemplo, como el declarante ha de ser capaz, el defecto de aquélla es posible que proceda de la incapacidad de éste; o también puede consistir en no haberse observado la forma *ad substantiam*. Mas en este trabajo hemos de ocuparnos de otros defectos, que son los siguientes:

1.º La voluntad puede estar viciada (por dolo, error, etc.).

2.º La declaración (voluntad declarada) puede discrepar de la voluntad (voluntad interna o real o verdadera).

3.º La aparente declaración puede no ser ni siquiera una verdadera declaración.

4.º La declaración puede no proceder del sujeto del negocio.

Ahora vamos a estudiar los vicios de la voluntad, dejando para después los demás defectos, salvo que—por las razones que se verán—el error obstativo—que es un supuesto de discrepancia (inconsciente) entre voluntad y declaración—lo estudiaremos también ahora, juntamente con el error vicio de la voluntad.

#### 2. *Formación viciosa de la voluntad.*

Se dice que la voluntad se ha formado viciosamente cuando en tal formación intervino un elemento (vicio), cuya intervención considera el Derecho inadmisibles; cosa que ocurre si se llega a querer algo, porque se intimida al sujeto para que lo quiera, o porque se le engaña dolosamente con aquel fin, o porque quien quiere algo, lo quiere por padecer un error.

El vicio afecta a la formación de la voluntad interna, y luego, declarándose lo que se quiso, resulta también afectada por él, la voluntad declarada. Por ejemplo, *decido* (quiero internamente) comprar una joya por creerla—erróneamente—de oro, y *declaro* comprarla: el error alcanzó a ambas voluntades, interna y declarada.

El Derecho considera inválido el negocio con voluntad viciada, porque al poner a disposición del particular la figura que es el negocio jurídico, lo hace con el fin de que aquél regule sus relaciones según su voluntad *real*, pero según una voluntad real *libre* y *normalmente* formada.

Mientras que no se pruebe por quien corresponda, la Ley estima que la voluntad se formó sin vicio.

Las anteriores afirmaciones de tipo general, serán debidamente puntualizadas, mostrando sus consecuencias y límites, a través del examen, en concreto de los diversos vicios.

## II. INTIMIDACIÓN

### 3. *Concepto.*

La declaración de voluntad es inválida cuando el sujeto la realiza intimidado por la amenaza injusta de un mal (que sufriría de no emitirla).

Se habla entonces de que existe un vicio de la voluntad, denominado intimidación o violencia moral (*vis compulsiva*), porque se ejercita sobre el ánimo y no sobre el cuerpo, como la violencia física: *est animo, non corpore, illata*.

«Hay intimidación—dice el artículo 1267, 2.º, refiriéndose a los contratos—cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.»

Es vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un *motivo determinante*—la intimidación—totalmente insólito; y aunque realmente *se quiere* lo que se hace (*quavis si liberum esset noluissem, tamen coactus voluit*), sin embargo, no se quiere con absoluta libertad.

Operando psicológicamente sobre el declarante, la intimidación le deja un margen de libertad—en cuanto puede escoger entre tres cosas: 1.ª, emitir la declaración que se le exige; 2.ª, soportar el mal con que se le amenaza, y 3.ª, reaccionar contra quien lo intimida, procurando, así, evitar tanto el emitir la declaración, como sufrir el mal—, pero no se le deja la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja, en cuanto que se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar, una declaración que jurídicamente tampoco se halla constreñido a realizar, bajo la amenaza de aquel mal, y un riesgo (si reacciona contra quien lo intimida) que no tiene por qué correr. Siendo así, que *libremente* no habría apetecido *ninguna de las tres cosas*.

Realmente hay *voluntad*; pero *voluntas coacta*; y, por ello, se permite impugnar el negocio (*quavis coactus tamen voluit, non intelligitur voluisse qui coactus est*).

En conclusión: hay una excepción a la irrelevancia jurídica de los motivos en que se apoya la voluntad; y por lo injusto del motivo (la intimidación) determinante de aquélla, se permite impugnar el negocio.

4. *¿Es vicio de la voluntad negocial o de la voluntad de declarar?*

Según la *communis opinio*, la intimidación es un vicio de la *voluntad negocial*, pero también se sostiene que es un vicio de la *voluntad de declarar*.

A tenor de aquella tesis el proceso sería el siguiente: a base de la intimidación, el sujeto se decide, forma su voluntad interna, y, luego, al manifestarla, coinciden declaración y voluntad. El vicio se inserta en el momento de formación de la voluntad interna. Una vez formada ésta (con vicio) lo demás es normal: se decide exteriorizarla (voluntad de declarar) y se exterioriza efectivamente (declaración).

Según la segunda tesis, realmente el vicio se insertaría no en la formación de la voluntad (negocial) interna, sino en la formación de la voluntad de declarar: se decide declarar algo que no se quiere. Por ejemplo, A no quiere vender, y, naturalmente, ni aun intimidándolo, se le puede constreñir a que interiormente lo quiera; ahora bien, la amenaza puede *decidirlo a declarar lo que no quiere*. Su voluntad (interna) discreparía de su declaración; y así como en otros casos, tal discrepancia procede de que el declarante lo quiere libremente (simulación, reserva mental, etc.), o bien, se produce sin que él lo sepa (error obstativo), en este caso dicha discrepancia tiene lugar *sabiéndolo* el declarante y queriéndola (quiere la declaración; tiene voluntad de declarar), pero queriéndola por el vicio—intimidación—a base del que se forma su voluntad de declarar.

Una tesis y otra admiten defensa. Y, por ejemplo, desde un punto de vista realista, no cabe negar que al intimidante poco le importa lo que quiera internamente el intimidado, y sólo necesita que declare, aunque sea distinta su voluntad interna. Esto indudablemente apoyaría la segunda tesis; pero igualmente apoya la primera la observación de que, habitualmente, quien declara bajo intimidación quiere lo que declara (quiere el negocio, la compraventa, por ejemplo, como una unidad, y no sólo la declaración: quiere no sólo declarar, sino también lo declarado), aunque lo quiere como mal menor, y no lo querría si fuese libre.

Cabe concluir que no en todos los casos concretos obrará uniformemente la intimidación, sino que *de facto* puede viciar, bien la voluntad interna, bien la de declarar (provocando así una divergencia entre declaración y voluntad).

De todas formas, admitir teóricamente una u otra tesis, no cambia las cosas en la práctica, ni altera las normas aplicables a tenor de nuestro Derecho positivo.

### 5. *Análisis de los factores que intervienen en la intimidación.*

Examinaremos los diversos aspectos y puntos que interesan en la declaración de voluntad viciada por intimidación.

A tenor de lo apuntado poco ha, se puede precisar:

El intimidante anuncia un *mal*, cuya producción aparece como dependiente de él, y, al objeto de obtener la declaración, *amenaza* con aquél (1); infunde al intimidado el *temor* de sufrirlo, y, *para evitarlo* (motivo determinante), éste emite la declaración.

Conviene agrupar la materia alrededor de las ideas centrales de: el mal, la amenaza, el temor y la evitación de aquél (como motivo determinante de la declaración).

#### A) *El mal.*

El mal, para nuestra Ley, ha de ser *inminente* y *grave*, y recaer sobre «la persona o bienes [del intimidado], o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes» (C. c., artículo 1267, 2.º).

*Inminente*, debe entenderse en el sentido no de que sea necesariamente de *inmediata* producción, en el caso de que el amenazado se negase a emitir la declaración, sino en el de que no sea remoto (2).

*Grave* no sólo ratifica la idea de que se trate verdaderamente de un mal (excluyendo, por ejemplo, las meras molestias o contrariedades), sino que requiere sea un mal de trascendencia. Mas, habida cuenta del perjuicio que supone la declaración para el intimidado, ¿deberá entenderse por suficientemente grave todo mal que sea mayor que el mal que ocasionará la emisión de la declaración? Parece que sí.

Que alcance a la persona o bienes (cuerpo, libertad, honor, etcétera) del intimidado o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Sin embargo, habida cuenta de que el fin de la norma es salvaguardar la libertad de decisión, debe afirmarse que procede la impugnación también, si el mal recaería sobre otras personas o bienes, siempre que la amenaza del mismo intimide al sujeto a quien se quiere arrancar la declaración. Conclusión que puede obtenerse, bien por no considerar taxativa la enumeración del artículo 1.267, 2.º, *in fine*, bien porque se tome como mal que sufre el *intimidado*, la repercusión en él de la acción realizada *directamente* sobre otro: por ejemplo, yo sufro un mal (dolor) si asesinan

(1) No sería amenaza el anuncio de un mal que no dependiese de quien intimida: así, un terremoto.

(2) Siéndolo, puede ocurrir: bien que, por lejano, no atemorice desde luego, aunque se sepa que llegará (en cuyo caso, no hay intimidación); o bien que, por lejano, sea racional confiar en que habrá tiempo de prevenirse contra él (en cuyo caso, tampoco hay intimidación, pues faltará, asimismo, el *temor racional* de sufrirlo en el futuro).

a un amigo íntimo. Ahora bien, en estos casos habrá de probarse— incluso por presunciones— que la amenaza intimidó.

El mal puede proceder de cualquiera, aunque no sea de la persona que amenaza con él.

### B) *La amenaza.*

La amenaza debe encaminarse a obtener la declaración de voluntad. Esto, aunque el Código civil no lo exige explícitamente, se desprende no sólo de una consideración racional de la cuestión, sino también del argumento de analogía sobre el artículo 1267 1.º: «Hay violencia [intimidación] cuando *para arrancar el consentimiento* se emplea una fuerza irresistible [una amenaza].»

Hay que *amenazar* con la producción del mal, y como no hay *amenaza* no existe *intimidación* (aunque exista «el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave») en los casos en que la producción del mal no se utiliza como tal amenaza.

Se suelen poner ejemplos de temor producido por acontecimientos naturales (terremoto, tempestad), que al hacer prever al sujeto un peligro, le induzcan a evitarlo, celebrando un negocio que no habría celebrado normalmente. Por ejemplo, se ofrece una elevada suma a un miembro de las fuerzas de socorro por ser puesto a salvo. Igualmente, aun en casos de acontecimientos no naturales (la suma anterior se ofrece al verse asaltado por una cuadrilla de bandoleros).

Normalmente en estos casos no habrá intimidación, aunque ciertamente el negocio será atacable por inmoral. Sin embargo, cuando aprovechando un peligro para un sujeto, alguien que puede y debe evitárselo, *le amenaza con no hacerlo* (el mal con que se amenaza es la no evitación), salvo que emita determinada declaración, entonces hay también intimidación.

Por igual razón que la antes dicha (falta de amenaza); no hay intimidación en los supuestos denominados de temor *ab intrinseco incussus*. En ellos es el propio atemorizado quien para evitar la producción del mal que teme, celebra el negocio, sin ser constreñido por nadie. Por ejemplo, se contrae matrimonio por temer que se suicide la novia abandonada, sin que ésta anuncie tal propósito con el fin de forzar a la boda.

Evidentemente, aún importa menos el mal temido, cuando es ilusorio, y sólo existe en la mente de quien lo teme.

El llamado *metus reverentialis* no invalida la declaración. «El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato» (C. c., art. 1267, 4.º).

La Ley estima no ser suficiente mal para el intimidado el que representa el desagrado de aquellas personas. Mas, aparte de que no sea un mal *grave*, no cabe duda de que, aunque lo fuese no invalidaría por intimidación, ya que no hay *amenaza*. Otra cosa es que tales personas amenacen al intimidado con su *desagrado*;

o bien le amenacen con *otro mal*. En este caso, puede haber intimidación, pero en aquél no, pues, aunque se amenace con él, no es como decimos mal grave el desagrado.

La amenaza, ha de ser injusta; requisito que, aunque no expreso en el Código, señala la jurisprudencia: así las sentencias de 12 de febrero de 1915, 16 de diciembre de 1915, 25 de mayo de 1944, etc.; exigiendo la última de éstas que «la amenaza y el influjo que pueda ejercer sobre la voluntad revista matiz antijurídico, por cuanto no quepa reputarlos lícitos como consecuencia de una correcta y no abusiva utilización de los derechos».

Siempre será injusta la amenaza de un mal injusto (aunque se persiga, al intimidar, un fin lícito: por ejemplo, se amenaza de muerte al deudor, para que nos pague), pero puede ser también injusta la amenaza de un mal justo en sí (amenaza de denunciar un delito, si su autor no dona cierta suma).

Para juzgar, pues, de la justicia o injusticia de la amenaza hay que examinar el medio utilizado, el resultado perseguido, y la relación entre ambos, pues puede ocurrir que siendo ambos lícitos en sí, el Derecho considere injusta la utilización de uno para conseguir el otro.

Aparte de que, como ya dijimos, el mal puede proceder de cualquiera, también puede proceder de cualquiera la amenaza; sea o no parte en el negocio, sea destinatario de éste, o sea un tercero: «La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato» (C. c., art. 1.268).

### C) *Temor.*

El temor que se inspire con la amenaza del mal debe ser *racional y fundado* (art. 1.267, 2.º), al menos *aparentemente*, cuando se tomo la decisión de emitir la declaración, pues, si no, no lo sería, por ejemplo, el provocado con una pistola que el amenazado ignoraba ser de palo.

### D) *Evitación de aquél, como motivo determinante de la declaración.*

Para evitar, el mal con que se le amenazó, mal que teme sufrir, el intimidado emite la declaración (viciada). Hay un nexo causal entre intimidación y declaración, en cuanto que el sujeto se decide a ésta, ante la siguiente representación: falta de declaración es causa del mal: la declaración evita el mismo.

Esto se suele poner de relieve con distintas expresiones: se habla de que la intimidación es determinante de la declaración, de que la motiva, o de que es su causa, etc.

En el artículo 1.265 queda claro ese nexo de causalidad: «Será nulo el consentimiento prestado *por... intimidación...*»

Realmente ocurre que normalmente, para celebrar los diferentes negocios posibles, los sujetos adoptan diversos motivos determinantes: se compra porque se necesita la cosa o porque ésta apetece, o se da en mutuo una suma para obtener los intereses pactados, o se da en arrendamiento un piso, porque no se necesita habitarlo. Ahora bien, cuando media la intimidación, el motivo se unifica: se compra, se da en mutuo o se arrienda, *para* evitar el mal con que se es amenazado.

¿Quién habrá de probar el nexo causal entre intimidación y declaración?

La amenaza del mal habrá de probarla quien la alegue, pero, una vez probada, la prueba de que la declaración se emitió *por* la intimidación puede obtenerse a base de presunciones. Así, demostrando, por ejemplo, que A quería obtener determinada declaración de B, y que le amenazó de muerte, con ese fin, se presume que la declaración que B emitió, la emitió *por* la intimidación. No obstante, siempre cabe a A, la posibilidad de demostrar que—en contra de lo normal—a pesar de sus amenazas, B se decidió a declarar por otras causas.

#### E) Datos para juzgar de la intimidación.

Interesa destacar sólo que tanto el temor infundido, como que dicho temor sea suficiente para determinar a declarar, se juzgará a tenor de las circunstancias del intimidado: «Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona» C. c. art. 1.267, 3.º). Se trata no de un criterio *subjetivo* (según el cual se apreciaría incluso el *metus vani hominis*), sino de un criterio *objetivo relativo*, que permite apreciar las circunstancias, para tener en cuenta si el tipo medio de sujeto en cuyo caso se reuniesen, resultaría o no intimidado.

#### 6. Impugnación.

Consecuencia de la intimidación es ser el negocio impugnabile, por haberse emitido la declaración bajo la influencia del temor, y proceder éste de la amenaza encaminada a obtener la declaración.

La impugnabilidad no la establece el Código, en general; pero es regla segura para todos los negocios y puede construirse sobre las disposiciones del mismo, referentes a ciertas figuras especiales: así artículos 101, 2.º (matrimonio), 1.265, 1.267, 1.268 (contratos), 673 (testamento), pues aunque literalmente no la mención, la abarca su espíritu (T. S., sentencias de 22 de febrero de 1934), y 997 (aceptación y repudiación de la herencia). En efecto, de tales disposiciones se puede inducir la existencia de un principio general, del que las mismas son aplicación; y debe aplicarse también dicho principio, incluso en casos en que no existe una norma concreta que lo recoja para determinados negocios. La tesis que defendemos queda singularmente reforzada, no ya por

la propia naturaleza del vicio en cuestión (más brutal que dolo y más grave que el error), sino por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> Todos los negocios cuya impugnación por vicios se regula en el Código, son impugnables por intimidación; sin que existan excepciones o límites, como en el caso de otros vicios (por ejemplo, disposiciones testamentarias no impugnables por error (3)). 2.<sup>a</sup> Determinadas razones que abonan la validez excepcional del negocio con voluntad viciada, no alcanzan al supuesto de que el vicio sea la intimidación (por ejemplo, la estabilidad del matrimonio, que justifica su inimpugnabilidad por dolo [4]).

### III. DOLO

#### 8. Concepto.

Otro vicio de la voluntad es el dolo.

Hay dolo—se puede decir a tenor de nuestro artículo 1.269—cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no se hubiese emitido. Como «*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*», definió el dolo Labeon (D. 4, 3, 1, 2).

Se trata de *un error* provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquél.

Se precisan, pues: el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración—*animus decipiendi*—(elemento subjetivo), la producción del engaño o error, y, por último, que éste determine la declaración.

El error es causa inmediata de la declaración, y, a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración.

#### 9. Dolo bueno y malo, causante e incidental.

Antes de entrar más a fondo en el estudio del dolo vicio de la voluntad, que invalida la declaración, que es el definido más arriba, conviene distinguirlo del *dolus bonus* y del *incidental*.

Sólo es dolo, propiamente hablando, el *dolus malus*; pero frente a él existe un denominado *dolus bonus*, consistente en aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto, etcétera (así cuando la propaganda asegura de un producto que es el *mejor* o el *más* fino o el *más* barato o el *único* útil), que, si ciertamente tomados literalmente son engañosos, sin embargo, por ser habitual su uso en el comercio jurídico y sobrentenderse su verdadero alcance, no dan habitualmente lugar a engaño, y aun si, por excepción, lo dan, no permiten impugnar la declaración emitida por haberlos tomado en sentido

(3) *Infra*, número 25. G.

(4) *Infra*, número 14.

riguroso, pues falta en ellos un verdadero comportamiento doloso, y, por otro lado, el destinatario no debe ignorar su verdadera significación en el mundo negocial.

Dentro del *dolus malus*, cabe distinguir el causante (*causam dans*) y el incidental (*incidens*). Es causante el dolo cuando determina la emisión de la declaración, que sin él no se hubiese realizado (cfr., art. 1.269, *in fine*); es incidental, cuando también sin él se hubiese emitido, pero en condiciones diversas y generalmente más favorables para el que lo sufre. Naturalmente, como aun sin dolo incidental se habría realizado la declaración, el mismo no permite impugnarla; pero sí fundamenta el resarcimiento de perjuicios (si los hubo) que debe indemnizar el que lo empleó (art. 1.270, 2.º: «El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios»). Entonces estamos simplemente ante un supuesto de hecho ilícito (art. 1.902: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado»); pero no ante un vicio de la voluntad, aunque se suele aludir a él, con ocasión de tratar del dolo vicio de la voluntad, que también es en sí un acto ilícito, pero que, además, *por* haber determinado la producción de la declaración, es fundamento para impugnar ésta.

Ocupándonos aquí de los vicios de la voluntad, es claro, que sólo nos importa (y a él entendemos referirnos en lo sucesivo) el dolo que a la vez sea *malus* y *causante*.

#### 10. Comportamiento (elemento objetivo).

Con tal de que sean engañosos, cualquier comportamiento o conducta pueden constituir el elemento objetivo del dolo. Así, pues, astucias, argucias, mentiras, sugerencias, artificios; consistan en la invención de hechos falsos, en la ocultación de los existentes, o en suministrar referencias incompletas de éstos, etc. «Palabras o maquinaciones insidiosas» es la expresión que utiliza el artículo 1.269, dejando con ello el más amplio margen para englobar en la misma cualquier clase de comportamiento, sea por comisión (positivo), o por omisión (negativo). Ahora bien, el simple silencio, para constituir una conducta dolosa requiere que exista, por la razón que sea, un deber de informar (así, conforme a la buena fe o a las opiniones del tráfico). Además, según la clase de negocio, puede exigirse o no una mayor franqueza a los sujetos: mayor, por ejemplo, en contratos como mandato o sociedad; menor en otros, en que la contraposición de intereses justifica una superior reserva, y que el sujeto interesado en informarse investigue los datos que le importen: por ejemplo, en la compraventa o el arrendamiento.

Frente al declarante, si el negocio es unilateral, el comportamiento engañoso puede ser realizado por cualquiera, aunque no

sea el destinatario (cuando se trate de declaración recepticia), pero si el negocio es bilateral, debe de serlo por la otra parte.

«Será nulo—dice el artículo 673, para el caso de un típico negocio unilateral—el testamento otorgado con... dolo...». Lo que, sin precisar más, significa que basta el dolo en sí, provenga de quien provenga. Por el contrario, tratándose de negocio bilateral, se dispone: «Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas *de parte de uno de los contratantes*, es inducido el *otro*...» (artículo 1.267).

Nos parece más segura esta opinión que la de creer que tratándose de negocios bilaterales el dolo debe provenir de la otra parte; si de unilaterales, recepticios, del destinatario; y sólo cuando se trate de negocios unilaterales no recepticios es aceptable que el dolo proceda de cualquiera.

Sentado lo anterior, se obtiene la conclusión de que cuando se comporta dolosamente en los negocios bilaterales un tercero, en principio, no es impugnabile la declaración emitida como consecuencia del engaño doloso; y sólo tendrá derecho el que lo sufrió a que se le indemnicen daños y perjuicios, por acto ilícito (C. c. artículo 1.902), y a que si el error a que el engaño le indujo constituye *de por sí* vicio como tal error, se le permita impugnar la declaración *por error*, pero no por dolo.

Ahora bien, si el comportamiento doloso del tercero *es conocido* y *aprovechando* por la otra parte en el negocio (por ejemplo, el probable vendedor sabe que un tercero engaña el probable comprador sobre la cosa que él pretende venderle), *puede haber dolo* de esta parte, ya que pudiendo consistir éste en una conducta omisiva, sería posible que lo constituyese la ocultación por una parte a la otra del engaño de que el tercero hizo víctima a ésta. Por ese camino, el dolo inicialmente del tercero, no en sí, sino en cuanto provoca un dolo reflejo de una parte, daría lugar a impugnación de la declaración.

Cuando el tercero al engañar obra como instrumento de una parte (por ejemplo, el vendedor encarga a un extraño que embauque al comprador) hay que estimar que el comportamiento doloso procede de la parte, siendo el extraño mero ejecutor material. Aparte de otras razones, admitir lo contrario consagraría un fraude a la Ley, e incluso llevaría a consecuencias de mayor gravedad que el dolo normal, ya que normalmente menos se desconfiará de un extraño que de una parte interesada.

En los negocios plurilaterales, el comportamiento doloso puede observarse sólo por una parte o por varias, y engañar a todas las demás o sólo a algunas. Aplicando el espíritu del artículo 1.269, se llega a la conclusión de que quien o quienes sufrieron el dolo pueden impugnar sus declaraciones, con efecto sólo frente a quien obró con él, salvo que no pueda prescindirse de tal parte, en cuyo caso se anulará el negocio totalmente.

11. *Animus (elemento subjetivo).*

Además del comportamiento engañoso (elemento objetivo), hemos visto que el dolo requiere el *animus decipiendi* (elemento subjetivo); de forma que aquél debe ir gobernado por éste.

El *animus decipiendi* consiste en el propósito de engañar (medio), para obtener así la declaración (fin); o, al menos, en la conciencia de que ésta no se emitiría sin el engaño que conscientemente se lleva a cabo.

A tenor de esto, queda claro que, en principio, no constituye dolo el engaño provocado por un error del presunto sujeto doloso. Por ejemplo, el vendedor da una información falsa al comprador, no maliciosamente, sino creyendo decir la verdad, y aquélla decide al comprador.

En estos casos, el engañado siempre tiene por lo menos a su disposición la impugnabilidad de la declaración por error (si concurren los requisitos debidos) y el derecho a ser indemnizado, si procede a tenor del artículo 1.902, mas puede dudarse si aplicando el principio de responsabilidad habría derecho a la impugnación por dolo, cuando la falta de voluntad (dolosa) de quien engaña sea sustituida por su responsabilidad.

El *animus decipiendi* se reduce sólo a lo dicho; y ni hace falta propósito de dañar, ni de obtener lucro doloso, e, incluso, puede no producirse perjuicio alguno (5). No obstante, habitualmente existirá la conciencia de producir un daño al declarante, y un beneficio para sí, y precisamente se engañará por esta consideración. Es insólito el caso de que el dolo se ejercite con propósito benévolo, pretendiendo engañar para que otro emita una declaración que le es beneficiosa, pero que por falta de clara visión o por obstinación no querría emitir si no se le engañara. También en este caso—habiendo, como hay, dolo—cabe impugnar la declaración, pues cada uno es dueño de sus actos y puede, si le place, dejar de obtener un beneficio; además de que, si rea mente prefiere el beneficio obtenido, le es posible abstenerse de impugnar; razón práctica por la que—aparte de las teóricas—el derecho a la impugnación debe concederse.

12. *Error.*

El comportamiento insidioso que observa el sujeto del dolo, con ánimo de engañar, provoca un error en el declarante, que cree en la realidad de la apariencia que el otro crea o mantiene.

Tal error puede ser de cualquier clase, y no es necesario en absoluto que sea de aquellos que permiten impugnar la declaración por error. Si es así, el engañado tiene dos armas en su mano para

(5) El *dolus incidens*, que sólo obliga a indemnizar daños y perjuicios (Código c. art. 1.270, 2.º), si lo requiere para hacer posible la acción.

atacar tal declaración: la impugnación por error y la impugnación por dolo. Pero precisamente se trata de que cuando por dolo se provoca un error, entonces se pueda impugnar por dolo la declaración, sin necesidad de que el error de los que permiten por sí impugnarlo.

Únicamente es necesario que el error, dolosamente provocado, sea determinante, cosa en la que después insistiremos.

A tenor de lo dicho, basta un error en los motivos, lo que, sin dolo, sería irrelevante. Así, A compra una casa en la montaña porque—con el fin de que la compre—el vendedor B (médico) le ha hecho creer que está enfermo y que allí sanará. El contrato es impugnabile por dolo.

A la provocación del error se equipara el mantenimiento en el que, desde antes, padecía el declarante o el mantenimiento en la ignorancia.

### 13. *Carácter determinante.*

El último requisito para que la declaración sea impugnabile por dolo es que el error en que se hizo incurrir al declarante haya determinado aquélla. Que se haya *inducido a celebrar* un contrato que sin las palabras o maquinaciones insidiosas *no se hubiera hecho*, dice el artículo 1.269. Y a su vez el 1.265 establece que es nulo el consentimiento (impugnabile la declaración) prestado *por* (relación de causalidad) dolo. Igual sentido debe atribuirse al calificativo *grave* usado en el artículo 1.270 («Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser *grave*»).

### 14. *Efectos.*

La declaración viciada por dolo, en principio, se dice, es impugnabile.

En nuestro Código la impugnabilidad para los contratos se recoge en el artículo 1.265, y para los testamentos en el 673. También en el 997, para la aceptación y repudiación de la herencia, pues, aunque este artículo no aluda concretamente al dolo, permite la impugnación «cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento».

En los casos en que la Ley no establezca de forma explícita o implícita la impugnabilidad por dolo, no se puede afirmar *a priori* y sin más, tal impugnabilidad, porque puede ocurrir que haya razones excepcionales que abonen la validez del negocio. Ello dependerá fundamentalmente de la naturaleza de éste y de otras circunstancias.

Cuando con referencia a un negocio o a una clase de negocios, la Ley no se ocupa en absoluto de los vicios de la voluntad, será menos dudosa admisibilidad del dolo; pero parece que generalmente habrá que excluir cuando la Ley regula para un negocio singular

otros vicios, sin aludir el dolo. Tal es el caso del matrimonio (cfr. C. c., art. 101), en el que, seguramente, el legislador rechaza la relevancia del dolo, tanto por la conveniencia de hacer lo más semejantes posibles las regulaciones canónica y civil del matrimonio, como porque el modelo de éste inspiró continuamente las normas dictadas para aquél e igualmente porque deben evitarse fáciles y frecuentes impugnaciones del matrimonio, habida cuenta de no ser excesivamente raros los casos en que la voluntad de uno de los contrayentes se capta dolosamente.

También nos parece seguro que el reconocimiento de la filiación natural no se debe admitir que sea impugnabile por dolo, aunque nuestra doctrina dominante, por inercia, lo admita sobre la base de una equivocada jurisprudencia que así lo declaró (T. S. sentencias de 12 de junio de 1885, 25 de junio de 1909 y 26 de octubre de 1927).

Podría pensarse que es improcedente el traer aquí a colación, como ejemplo de negocio no impugnabile por dolo, el reconocimiento de la filiación natural, del que precisamente creemos que *no es negocio jurídico*. Mas lo hacemos por dos razones: 1.ª, por que hay un amplio sector de doctrina y jurisprudencia que piensa que lo es, y 2.ª, porque aun partiendo de que no lo sea, sin embargo, por ser *acto semejante a los negocios*, podría defenderse, por analogía, su impugnabilidad por dolo, que es lo que deseamos evitar.

#### 15. *Compensación.*

Aun en el supuesto de que un negocio pudiera ser impugnabile por dolo, en concreto, la impugnación no se concede cuando actuaron dolosamente las dos partes. A tenor del artículo 1.270, 1.º, se puede decir que cesa la impugnabilidad, de «haber sido empleado por las dos partes contratantes».

Se trata de la llamada compensación del dolo; compensación que requiere ser dolo determinante el de ambas partes.

Esa norma no es susceptible de aplicar en los negocios unilaterales, pero sí en los plurilaterales, siempre dejando a salvo la posición de las partes que no obraron dolosamente.

#### 16. *Prueba.*

El dolo ha de ser probado por quien lo alegue. Mas, para que prospere la impugnación de la declaración emitida por dolo, ¿basta probar la conducta dolosa, hay que probar aparte el *animus decipiendi del sujeto* que lo ejercita, el engaño que provocó (el error en que se hizo caer) al sujeto que impugna, y que tal engaño le determinó a declarar?

Si no constan todos éstos extremos no se habrá demostrado realmente que se fué inducido a declarar por causa del dolo.

Ahora bien, probados los hechos externos en que consiste el comportamiento doloso, no parece que se requiera, además, una prueba directa, una demostración aparte, mediante la aportación de nuevos hechos, de la existencia del *animus decipiendi*, del engaño, y del nexo de causalidad. Estos podrán establecerse mediante presunciones edificadas sobre la base de la conducta exterior (dolosa) cuya existencia se demostró, habida cuenta de si normalmente la conducta observada encierra *animus decipiendi* y es suficiente para engañar, y de si, también normalmente, el engaño de que se trate determinaría la declaración que se emitió. Si normalmente es así, corresponde al autor de la conducta insidiosa, probar que tal conducta, por la causa que sea, no constituyó un supuesto de dolo que viciase la declaración; por ejemplo, porque el declarante, a pesar de las maquinaciones, tenía conocimiento de la realidad; o bien, porque habría emitido la declaración aun sin tales maquinaciones.

#### IV. ERROR

##### 17. *Error obstativo.*

###### A) *Concepto.*

Provocan el error obstativo una discrepancia inconsciente entre declaración y voluntad. Diferenciándose del error vicio, en cuyo caso coinciden éstas, pero la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía a la realidad, y tal voluntad no se habría formado de haber conocido la verdad.

Por ejemplo, si queriendo vender por 100, se declara vender por 10, hay error obstativo; llamado también error en la declaración o error impropio. Si se quiere vender por 10 y se declara así, pero se quiso ese precio creyendo que lo vendido era de metal dorado, cuando realmente era de oro, entonces hay error vicio; llamado también error propio.

###### B) *Supuestos posibles.*

Son supuestos posibles de error obstativo:

1.º El sujeto emite una declaración no querida tal como resulta emitida.

No se quiere la declaración en su configuración exterior, pero por error (obstativo) se emite.

Por ejemplo, se dice o escribe una palabra diversa de la deseada (*lapsus linguae* o *calami*), se entrega una cosa en vez de otra, se firma un documento, confundiendo con otro, o, sin leerlo, se firma uno que se cree dice algo distinto de lo que verdaderamente dice, o se firma en blanco, siendo, después, rellenado el documento

de forma distinta a la que quiso el firmante (5 bis), o se mete en el sobre dirigido a A, la carta que se escribió a B.

En estos casos, por definición falta la voluntad de *esa* declaración, aunque hay voluntad de declaración (de *otra* declaración). Y, evidentemente, la no querer *esa* declaración no se quiere tampoco su contenido, sino que se quiere el de la que se deseaba emitir; hay, pues, discrepancia entre lo querido y lo que resulta declarado.

Si se tiene presente ahora lo que se dirá al hablar de cuándo no existe verdaderamente declaración, sino sólo una declaración aparente (6), se podrá apreciar que la diferencia entre los casos en que esto ocurre y los casos vistos, en que hay error obstativo, reside en que en aquéllos falta *absolutamente* la voluntad o conciencia del comportamiento (acto voluntario, en que consiste la declaración). (A alza el brazo—signo de aceptación—inconscientemente), o también *absolutamente* (aun siendo el comportamiento voluntario) falta la conciencia de su valor de declaración (A alza el brazo queriendo, pero no sabe que ello significa aceptación); mientras que en los casos vistos de error obstativo hay conciencia y voluntad de un *comportamiento* querido como *declaración*, pero inconscientemente no se ejecuta aquél tal como se deseó. Por eso la falta de voluntad de declarar no es *absoluta* sino *relativa* (en cuanto a la declaración que resulta emitida). Y así es posible decir que hay, no una falta de verdadera declaración (como la hay, en principio, en aquellos casos), sino una falta de la declaración querida, en cuyo lugar, por error (obstativo), resultó emitida otra; cosa por la cual ésta discrepa de la voluntad interna.

2.º El sujeto emite una declaración que es querida tal como resulta emitida, pero que es *inadecuada para manifestar la voluntad real*.

La declaración se quiere en su configuración exterior; pero, por error (obstativo), significa algo distinto de lo que se pretendió expresar.

Por ejemplo, se vende el fundo X creyendo que se llama así el fundo Y, o se compra tal fundo en 1.000 pesos creyendo tratarse de pesos argentinos, cuando realmente del contrato se deduce que son mejicanos, o queriendo arrendar se da en comodato, por creer que «comodar» significa «arrendar».

En estos casos hay voluntad de realizar la conducta declaratoria realizada; pero, por tener ésta un sentido distinto del creído, no hay voluntad del contenido volitivo declarado.

En definitiva, la declaración discrepa de la voluntad, porque la conducta que se observó (coincidente con la que se quiso observar) no expresa lo querido.

(5 bis) Cfr. Sentencia de 17 abril 1923

(6) *Infra*, número 48 y siguientes.

C) *Hay error obstativo sólo si la voluntad discrepa de la declaración después de interpretada ésta debidamente.*

Debe quedar bien claro que para que haya error obstativo debe existir discrepancia entre lo querido y el sentido que, después de interpretada debidamente, resulta atribuido a la declaración. Así, pues, si ésta, *prima facie*, dice algo que discrepa de la voluntad, pero realizando después una exégesis más profunda, se concluye que su sentido verdadero es otro, coincidente con la voluntad interna, entonces no hay error obstativo. Igualmente no lo hay cuando aunque de una parte de la declaración pueda deducirse cosa distinta de la querida; no obstante, interpretando aquélla en su conjunto, se logra restituir su verdadero sentido, incluso a aquella parte. Podrá haber, en tal caso, mera *equivocación*, o, si se quiere, *error* (en sentido vulgar), pero no en el sentido jurídico de *error* (obstativo). Por ejemplo, si se quiere instituir heredero a A, y al dar los datos para designarlo, aunque se le llama B, queda claro, por otras circunstancias y extremos de la declaración, que el instituido es A. Rige el principio de que *falsa demonstratio non nocet*, lo que supone que el dato equivocado, pero con equivocación salvable, no crea error obstativo.

D) *Diferencia entre error obstativo y vicio.*

Normalmente—al menos en teoría—la distinción entre error obstativo y error vicio es segura; pero, en ciertos casos, puede ser dudoso si se trata de uno o de otro. Ello acontece porque en ocasiones no queda claro si lo que se declara discrepa de lo que se quiere, o si lo que realmente hay es que, coincidiendo declaración y voluntad, se quiso aquello por error (vicio).

Sin embargo, a tenor de lo dicho para el segundo grupo de casos de error obstativo, debe resolverse que se trata de éste, siempre que la declaración sea inadecuada para expresar lo querido. Por ejemplo: yo quiero vender el objeto X, y, refiriéndose a él mi voluntad, digo que vendo el objeto que está en el almacén, porque creo que tal objeto X se encuentra allí; resultando, sin embargo, vendido el objeto Y, que es el que realmente está en tal lugar. Hay error obstativo porque discrepa lo querido (X) de lo declarado (Y), por ser inadecuada la declaración para referirse a X. Pero también puede ocurrir que se quiera vender el objeto que está en el almacén (la voluntad se refiere a éste) y, en efecto, se declare venderlo; mas el vendedor formó su voluntad de venderlo por la errónea creencia de que el objeto en cuestión era el X y no el Y, como realmente sucedía. Entonces hay error de vicio (7), porque no es que discrepe lo querido de lo declarado, sino que se formó por error la voluntad interna.

(7) Que sea jurídicamente relevante o no, es cosa que, a los efectos del ejemplo, no importa.

## E) Regulación positiva.

Visto qué sea conceptualmente el error obstativo, cabe preguntarse qué efectos debe producir en teoría y cómo se regula en nuestro Derecho.

La ley no habla de él en particular, sino sólo de «error», en general. Ante ello caben dos posiciones: 1.º Entender aplicable la regulación legal al error obstativo, por considerarlo una clase de error. 2.º Entenderla no aplicable directamente por estimarla referida al error *vicio*. Bien que en este caso puede pensarse: A) Que para el error obstativo deben regir reglas propias de los supuestos de discrepancia entre voluntad y declaración. B) Que a tal error debe aplicarse, por analogía, lo dispuesto para el error vicio.

La jurisprudencia, contemplando un caso de error obstativo, ha dicho que, «no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad declarada, pues así se infiere no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los artículos 1.265 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios del consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675 a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirme, ya que si no se prueba, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe por otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de hacerla producido.» (Sentencia de 23 de mayo de 1935.)

Parte de la doctrina se decide por la aplicación analógica de los preceptos relativos al error vicio, mientras que otra opina que esta aplicación no procede, de forma que será preciso acudir a los principios generales, a cuyo tenor la discrepancia entre declaración y voluntad produce la nulidad de la declaración (salvo

los principios de responsabilidad y confianza), consecuencia diferente de la producida por el error vicio que hace la declaración, no nula, sino meramente impugnabile.

En nuestra opinión, para resolver la cuestión debe tenerse en cuenta—como ya ha puesto también de relieve la doctrina—que aunque especulativamente el error obstativo y el vicio aparezcan como dos figuras perfectamente distintas, sin embargo, desde el punto de vista de las consecuencias que tengan respecto de la declaración, deben recibir el mismo trato, ya que, en definitiva, uno y otro desembocan en algo que *prácticamente* es lo mismo: que *por error* (8) se declaró algo que no se quiso (obstativo) o se declaró algo que sin el error no se habría querido (vicio).

Si *en lo que en la realidad social importa* son análogos, la regulación jurídica de uno y otro no debe ser diferente, aunque uno y otro sean ciertamente diferentes, porque lo son, pero sólo en algo cuya importancia es puramente especulativa.

Prueba de que la igualdad de trato que defendemos para nuestro Derecho positivo es conveniente, hallamos en el BGB (§ 119) y en el Código italiano de 1942 (art. 1.433), cuerpos en los que, con pleno conocimiento de la cuestión suscitada, se resolvió ésta a favor de la equiparación.

Y aún queda otro sólido argumento de Derecho positivo en pro de la tesis defendida. Es el siguiente:

Aunque nuestro Código habla sólo de *error*, sin especificar, y aunque se entienda que artículos como el 1.265 y siguientes se refieren al error vicio, no cabe duda de que en otros artículos—así 101 y 102—el error contemplado es obstativo (9), y también en este caso la ley sanciona no la nulidad, sino la impugnabilidad de la declaración, cosa que permite asegurar fundadamente que—como regla—, a tenor de nuestra ley, uno y otro merecen igual tratamiento.

En conclusión, creemos:

1.º No cabe duda de que en los casos de error obstativo contemplados por nuestro Derecho, éste sanciona la impugnabilidad de la declaración (igual tratamiento que da a los casos de error vicio).

2.º En cualesquiera otros en los que se hable simplemente de error, la regulación dictada debe, en principio, aplicarse al obstativo, bien por entender que lo abarcan, bien por entender que refiriéndose sólo al vicio tales normas son aplicables, por analogía, al obstativo.

3.º Por último, cuando falten, para un negocio singular, disposiciones relativas a los efectos que en él produciría el error,

(8) El equiparar la regulación de uno y otro, *por haber en ambos casos un error*, excluye la equiparabilidad (en cuanto a las consecuencias), a los vicios de la voluntad, de los supuestos de discrepancia consciente entre voluntad y declaración, que de equipararse, darían lugar no a nulidad, sino a impugnabilidad.

(9) No queremos entrar ahora en si también cabe el vicio.

en principio, y salvo las advertencias que después haremos, la eventual invalidez debe extenderse uniformemente al error, tanto vicio como obstativo.

### 18. *Error vicio*

Según lo ya apuntado, hay error vicio cuando se forma una determinada voluntad (interna) sobre la base de una creencia inexacta, cuya voluntad coincide con lo declarado (salvo en el caso de que además haya un error obstativo). Por ejemplo, se compra un cuadro por creerlo de un pintor famoso cuando realmente no lo es, o se vende un objeto creyendo que no es de oro cuando realmente lo es.

Hay una declaración que recoge la voluntad interna; pero como esta se formó viciosamente, aquélla es impugnabile.

Conceptualmente el error vicio funciona como *motivo* que determina la formación de la voluntad (si se compra una finca por creerla—erróneamente—rústica, o se compra un cuadro por creerlo—erróneamente—de un pintor famoso, el error *motiva* la decisión de comprarlo).

Para que haya error se requiere que la idea errónea sea suficientemente segura. Por eso, cuando sólo se estima probable o posible una cosa, no hay error en el caso de que la idea, insegura, que se tenía de ella no corresponda a la realidad. Así ocurre cuando el cuadro comprado no es de un pintor famoso y se compró pensando que podría serlo a que lo sería probablemente, pero sin estar convencido de que lo fuese.

Al error se equipara la ignorancia; hablándose también de error vicio cuando la voluntad se formó viciosamente no por un conocimiento equivocado, sino por una falta de conocimiento de la realidad (ignorancia).

### 19. *Estudio unitario*

Como creemos que en nuestro Derecho la regulación del error, sea vicio u obstativo, es, en principio, unitaria, una vez que hemos expuesto las diferencias conceptuales entre uno y otro, vamos a abordar conjuntamente el estudio de los mismos, sin perjuicio de que oportunamente se pongan de relieve cualesquiera particularidades que existan.

### 20. *El error ha de ser esencial*

El error, en los términos que después veremos, permite impugnar la declaración, pero para ello ha de ser *esencial* en el sentido de ser de tal índole que sin haberlo padecido no se hubiese emitido la declaración. Para expresar este concepto también se dice que ha de haber sido *determinante* de aquélla o que ha de haber constituido la *causa principal* de la misma.

La necesidad de que sea esencial se desprende del propio papel que está llamada a desempeñar la impugnación de la declaración por error, papel que consiste en invalidarla, pero solamente si no se hubiese emitido sin el error. Positivamente tal necesidad se apoya en el artículo 1.266 y en el espíritu que lo informa.

Si es obstativo, es esencial el error cuando la discrepancia entre voluntad y declaración recae en algo esencial (se declara donar a *A*, cuando se quería donar a *B*); si el error es vicio, es esencial cuando sin él no se habría formado la voluntad que se declaró.

El criterio para juzgar la esencialidad puede ser objetivo y subjetivo. Es objetivo cuando para formar tal juicio se tiene en cuenta la opinión del tráfico, o sea el sentir común ante un caso como el contemplado. Es subjetivo cuando sólo se atiende a si el sujeto concreto que padeció el error atribuyó carácter decisivo para emitir su declaración a la circunstancia sobre la que erró.

Siguiendo el criterio objetivo, la declaración puede ser impugnable aunque el sujeto la hubiese emitido incluso sin haber padecido el error. Por ejemplo, según la opinión del tráfico, es error esencial el consistente en creer un cuadro de un pintor famoso cuando realmente no lo es. Ahora bien, *A*, que creyendo ser el cuadro de un pintor famoso lo compra, pero que lo habría comprado igualmente aunque no lo fuese, puede impugnar su declaración a tenor de dicho criterio.

Siguiendo el criterio subjetivo podría impugnarse la declaración en casos en que el error verse sobre algo que sea decisivo para el sujeto concreto, pero que no importe, según la opinión común. Por ejemplo, siendo la calidad igual, no obstante *A* no habría comprado un objeto de hierro de haber sabido que era de la Fundación *X* en vez de la de Fundación *Y*. A tenor de dicho criterio, *A* podría impugnar la compra hecha a la Fundación *X*.

Naturalmente también cabe combinar ambos criterios y adoptar alguno ecléctico.

¿Cuál sigue nuestro Derecho?

En principio la doctrina y la jurisprudencia (10) más extendidas estiman que el subjetivo. Mas, aun pareciendo exacta tal tesis, se debe hacer una aclaración:

El criterio subjetivo seguramente inspira el artículo 1.266, párrafo 2.º, y la propia parte final del párrafo 1.º, pero la primera parte de éste—al menos en su sentido literal—se puede entender que se basa en un criterio objetivo, pero objetivo no porque dependa de la opinión común en vez de depender de la del sujeto declarante, sino porque depende de la materia de que sea el objeto sobre cuya materia se yerra: «Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato.» En efecto, cabe decir que el criterio es objetivo porque el error depende no de una opinión, sino de que la sustancia de

(10) Así Sentencia del T. S. de 14 junio 1943.

la cosa sea otra distinta de la que se creyó. Mas, sin embargo, incluso aquí debe aceptarse un criterio subjetivo, ya que se exige, para que haya error, que la sustancia sea distinta de la que se creyó; pero, presupuesto esto, el error tendrá relevancia no por este simple hecho, sino sólo en cuanto el creer distinta la sustancia haya determinado en el caso concreto al sujeto a emitir la declaración.

Ahora bien, como la prueba del error incumbe al que sostiene haberlo sufrido, cuando se acepte el criterio subjetivo, pero el error no sea esencial según el criterio objetivo, habrán de probarse por el declarante no sólo los hechos constitutivos del error (a base de cuya prueba se *presume* en el caso concreto la esencialidad del error, si éste es esencial según el criterio objetivo), sino también que ese error fué esencial según el criterio del declarante. La dificultad de esta prueba igualará *prácticamente* el criterio subjetivo al objetivo.

#### 21. *Error parcial*

El error puede alcanzar a toda la declaración o sólo a una parte de ella. Se habla en este supuesto de error parcial. Y aunque sea parcial el error puede ser esencial, cosa que depende de si la declaración, en su conjunto, se habría emitido o no de haber conocido exactamente la parte de la realidad sobre la que se erró.

#### 22. *Excusabilidad*

En nuestro Derecho no se exige que el error sea excusable.

Tal falta de exigencia es segura para el error vicio y nos parece que también para el obstativo, por aplicársele, en principio, iguales normas que a aquél.

Sin embargo, el T. S., resolviendo un caso de error obstativo, ha mantenido, en general, para los casos de discrepancia entre declaración y voluntad, que «cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia (tal ocurre si el error obstativo es inexcusable), existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico que se oponen a que pueda... ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido» (Sentencia de 23 de mayo de 1935).

Realmente esa doctrina, aunque no sentada con vistas a la excusabilidad del error, viene a exigirla para permitir impugnar la declaración cuando tal error es obstativo, pues ser inexcusable es tanto como deberse a negligencia del que lo sufre, no admitiéndose entonces la impugnación.

Nos parece que la *explicación* de la posición del T. S. se halla en haber querido abordar una materia, como lo es la discrepancia entre voluntad y declaración, como si tal discrepancia estuviese huérfana por completo de regulación en la ley, sin tener en cuenta que concretamente la discrepancia inconsciente (error obstativo) encaja—por las razones expuestas a su debido tiempo—en los moldes del error que el Código recoge.

Pensamos—en contra de tal jurisprudencia—que en el caso de error obstativo inexcusable, es también impugnabile la declaración sin que ésta —discrepante de la voluntad—se mantenga a base de la responsabilidad del declarante. Tal principio de responsabilidad resulta implícitamente rechazado en este caso en cuanto que la ley acoge el de voluntad en toda su amplitud al exigir simplemente, para dar paso a la impugnación, que haya error, omisión hecha de que proceda o no de culpa del declarante. No se trata, pues, de una laguna legal que pueda llenar la jurisprudencia aplicando los principios generales del Derecho como ocurre en otros casos de discrepancia (consciente) entre declaración y voluntad, sino que se trata de que exigir la excusabilidad es añadir, por esa jurisprudencia, un requisito más al error, requisito que la ley no establece.

También el T. S. (así sentencia de 14 de junio de 1943) se ha inclinado por requerir la excusabilidad del error vicio (11). Pero estimamos equivocada tal posición a tenor de nuestro Código civil.

Los inconvenientes prácticos que podrían seguirse de admitirse la impugnación por error inexcusable (inconvenientes que, admitidos, sólo justificarian la crítica de la ley, pero no el darle un sentido que no es el suyo) se obvian. 1.º Por la gran dificultad de probar el declarante que padeció error, cuando éste sea tal como para considerarlo inexcusable. 2.º Por el deber de indemnizar, a tenor del artículo 1.902, a quien habiendo confiado en la validez de la declaración sufre un daño al ser ésta impugnada, daño procedente de culpa o negligencia del declarante.

### 23. *Error de hecho y de Derecho*

El error puede ser de hecho o de Derecho, *error facti* o *error iuris*. Admitiéndose éste hoy comúnmente, a diferencia de otras veces en que se rechazaba por la creencia equivocada de que lo

(11) Dice dicha Sentencia que «aun cuando el C. c., patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con una nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia, no puede ser invocado, por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuando menos que, según se expresó en la Sentencia de 15 enero 1910, es mucho menos admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio».

Sin embargo, como puede verse, a tenor de la parte final del fallo transcrito, el propio T. S. atenúa la exigencia de la excusabilidad del error.

contrario suponía aceptar *de iure* que la ley pudiese incumplirse por ignorancia o error.

No cabe duda de que el error de Derecho no tiene que ver con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de la ley, pues una cosa es que la ignorancia o errónea noticia de ésta no excuse de cumplirla (C. c., art. 2) y otra que por ignorarla o interpretarla erróneamente se emita una declaración (que el sujeto era dueño de emitir o no) que, habiendo conocido o interpretado bien aquélla, no se hubiese emitido.

Por ejemplo, no porque se ignore que la ley ordena el pago de un impuesto, es posible excusarse de pagarlo, incumpliendo así aquélla. Mas, cosa diferente es que si se dona una cosa creyendo que el donatario adquiere sólo el derecho a usarla temporalmente, y después se llega a saber que la donación lo convierte en dueño, se pueda impugnar tal donación, porque realmente no se quiso donar, sino sólo dár un comodato.

Hay error de Derecho cuando la voluntad (si es vicio) o la discrepancia entre ésta y la declaración (si es obstativo) es determinada por ignorancia o inexacto conocimiento o interpretación de una *norma jurídica*. Lo hay de hecho cuando la ignorancia o inexacto conocimiento versan sobre algo que no sea una norma jurídica; por ejemplo, un hecho, una cosa, una persona.

El error sobre el derecho subjetivo no es error de Derecho, aunque recaiga sobre un *derecho*, ya que no recae necesariamente sobre una *norma*. Será error de Derecho o de hecho, según verse sobre un elemento de hecho o de Derecho. Por ejemplo se puede creer erróneamente que *A* es propietario del objeto *X*: el error será de hecho, si es que se ignora que lo había donado; pero el error será de Derecho si es que, sabiendo que lo había donado, se cree que el donante sólo pierde temporalmente el uso de lo donado.

#### 24. Clases de error

La bipartición del error en de hecho y de Derecho es exhaustiva. Ahora agruparemos los distintos errores, según otros criterios, teniendo en cuenta los supuestos más usuales, trátense de errores vicios u obstativos.

##### A) «*In corpore.*»

Error *in corpore* es el que recae sobre la *identidad* del objeto: se vende el fundo *X* cuando se quería haber vendido el *Y*. Es siempre error obstativo (12) como todo error en la identidad, sea del objeto, del sujeto o del negocio.

(12) Algunos, sin embargo, creen que puede ser error vicio. En prueba de ello, se aduce el siguiente ejemplo: Se quiere comprar el caballo *X*, y se declara comprar el caballo *X*, que está presente, mas, la voluntad de comprarlo

B) *Error «in substantia» e «in qualitate».*

Por *error in substantia* se pueden entender diversas cosas. Con un criterio estricto sólo lo sería aquel error que recayese sobre la materia de que fuese el objeto (joya de oro en vez de cobre). Pero normalmente hoy la doctrina y la jurisprudencia, particularmente de los Derechos que como el nuestro utilizan todavía la expresión «error en la substantia» (art. 1.266, 1.º), dan a la misma un amplio sentido que alcanza a la materia, sustancia o esencia de la cosa, así como a aquellos atributos, cualidades o caracteres que siendo propios de aquéllas o incluso ajenos a las mismas, son tenidos en cuenta (por ejemplo, un terreno en su modo de ser no varía porque la ley prohíba edificar en él, pero su inedificabilidad puede provocar un error *in substantia* si, equivocadamente, el comprador lo cree edificable).

Así se llega incluso a englobar dentro del *error in substantia* al error en las cualidades—*in qualitate*—cuando éstas son sustanciales o esenciales, dejando entonces la expresión *error in qualitate* para referirse sólo a las cualidades secundarias o accidentales.

En nuestra opinión, a la vista de nuestro Derecho positivo, parece más acertado que hablar de *error in substantia* para referirse a todos los supuestos del artículo 1.266, 1.º («Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo»), y de *error in qualitate* para referirse a las cualidades secundarias, hablar del *error in substantia* para aludir al que recaiga «sobre la sustancia de la cosa (13) que fuere objeto del contrato [de la declaración]» (art. 1.266, 1.º, 1.ª parte), y de *error in qualitate* para expresar el que recae sobre las cualidades o condiciones de aquélla, entendiendo por tales cualesquiera circunstancias que influyen en la consideración que de la cosa se hace, pudiendo este error afectar a las «condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» (art. 1.266, 1.º, 2.ª parte) (en cuyo caso permitirá impugnar), o bien afectar sólo a condiciones o cualidades secundarias (en cuyo caso no será posible dicha impugnación).

se ha formado por creer, erróneamente, que se trata de otro caballo, también llamado X, que ganó una famosa carrera.

Nosotros pensamos que una de dos: O este ejemplo no es de error vicio, como se pretende, sino de error obstativo, ya que—independientemente de la coincidencia de nombres—la voluntad se dirige a un caballo—el X, ganador—y la declaración a otro—el X, presente—; luego discrepan. O, si este ejemplo es de error vicio (porque la voluntad y la declaración se dirigen ambas al caballo X, presente, pero aquélla se formó dirigida a este X, por creer que era el ganador), entonces, no se trata de un error *in corpore*, pues se quiere comprar el caballo X presente (es decir, no hay error en su individualidad), aunque se quiera por la creencia (errónea) de que es el ganador.

(13) El término «cosa» debe, naturalmente, entenderse en un sentido amplísimo que abarque cualquier objeto, en sentido jurídico.

Así, pues, a tenor de lo dicho más arriba (14), y como posteriormente se concretará, los errores *in substantia e in qualitate* (lo mismo que los *in corpore, in persona* y todos los demás) son errores relevantes o no, según que hayan sido o no determinantes de la declaración, y es desacertado considerar que hay un *error in substantia* que es el relevante (y bajo cuyo epígrafe se engloban todos los casos de errores que, siendo relevantes, atañen a la materia de la cosa o a sus cualidades, condiciones, etc.) y un *error in qualitate*, que es irrelevante, bajo el cual se arrinconan todos los supuestos de errores que, versando sobre las cualidades, no han determinado la emisión de la declaración.

C) «*In quantitate.*»

También puede el error ser *in quantitate*, es decir, versar sobre la cantidad, bien sea en cuanto a las dimensiones de la cosa o en cuanto al número de unidades que encierra, o en cuanto a la cifra por la que se adquiere, etc.

D) *De cuenta.*

El error de cuenta, que aparece recogido en el párrafo tercero del artículo 1.266, no debe confundirse con el de cantidad, pues consiste en un defecto de cálculo u operación aritmética cuyos factores o bases se hallan fijados sin error. Por ejemplo, se vende una finca de diez hectáreas en mil pesetas por haber padecido un error al multiplicar aquellas diez por diez mil pesetas, cifra en que cada una se valoró. Así no cabe confusión con el error de cantidad, consistente, por ejemplo, en comprar un solar porque se cree que tiene X metros cuadrados de extensión, que es la que se necesita para levantar determinado inmueble.

E) *Error «in persona».*

A diferencia del *error in corpore*—referente al objeto—el error *in persona*—referente al sujeto—(que para ser enfocado con un criterio igual al adoptado para aquél, habría de versar sólo sobre la *identitas* de la persona: dono a A, queriendo donar a B), puede recaer sobre la identidad—individualidad—o sobre las cualidades corporales o morales, jurídicas o de hecho de la persona.

Fácilmente se comprende que se trata de que en la terminología consagrada, así como para referirse al error sobre el objeto, se subdistingue entre *error in corpore*, atinente a su identidad, *error in substantia*, *error in qualitate*, etc., para referirse a la persona, todos estos errores se engloban bajo el epígrafe común de error *in persona*.

(14) Número 20.

El error en la identidad de la persona es siempre obstativo; el error en las cualidades puede ser también vicio: así, arriendo los servicios de A, porque creo que es un competente electricista, cuando realmente no sabe nada de electricidad.

F) *Error «in negotio».*

Bajo la denominación de *error in negotio* no siempre se alude a lo mismo, aunque, desde luego, se trate en todo caso, de error referente al negocio.

Principalmente, se entiende por tal el error sobre la indole, contenido principal o naturaleza del negocio: por ejemplo, se da en enfiteusis, creyendo que se llama así, a una case de arrendamiento.

No hay, sin embargo, *error in negotio*, cuando materialmente, por un *lapsus*, se dice enfiteusis, pero se sabe lo que es ésta, y lo que es el arrendamiento, y se quería arrendar y también se pretendió decir *arrendamiento*.

*Error en las consecuencias del negocio* o en los efectos de éste: se quiere, por ejemplo, dar algo en prenda, pero se quiere, por creer que el constituyente no pierde la posesión de lo pignorado (Código c. art. 1.863), o se quiere vender una cosa, pero creyendo que como vendedor no se responde de la evicción ni de los vicios ocultos (C. c. arts. 1.461 y 1474).

En muchas ocasiones este error es *error in negotio*, porque creer que tiene otros efectos de los que realmente tiene, cuando se trata de los fundamentales, va ligado a creer que tiene una naturaleza distinta de la real.

Existe *error en los requisitos o elementos del negocio* cuando el sujeto cree que la Ley exige requisitos que verdaderamente no son exigidos, o que no precisa alguno que realmente se requiere. Por ejemplo, ignorando el artículo 1.863, se cree válidamente celebrado un contrato de prenda, sólo por el acuerdo, sin *datio rei*.

G) *Error en los motivos.*

Ya se dijo (15) que el error vicio funciona como *motivo* que determina la formación de la voluntad. Ahora bien, como por *motivos*, en sentido técnico, se entienden las razones personales, ajenas en sí al negocio jurídico, que inducen a emitir la declaración (en este sentido es, por ejemplo, *motivo* de la compra el querer la finca para reposar en ella o el quererla porque se cree haber sido nombrado para desempeñar un cargo en la localidad donde aquélla radica, o el querer el cuadro para adornar un habitación), no son motivos, en tal sentido técnico, aquellas razones objetivas que fundamentan la voluntad (así, aunque la finca se compre *porque* sea rústica, o el cuadro se compre *porque* sea de un pintor

(15) Número 18.

famoso, no es *motivo*—en sentido técnico—de la compra de la finca el que ésta sea rústica, o de la compra del cuadro, el que éste sea de un pintor famoso). Por eso, al objeto de evitar confusiones provocadas por la terminología, conviene—aclarando lo anterior—no hablar de motivos para designar esas razones objetivas. De manera que al error en ellas lo llamaremos error vicio; y al error en las razones personales subjetivas y mudables de sujeto a sujeto, error en los motivos; error que, como veremos después, solo excepcionalmente permite impugnar la declaración.

## 25. *Efectos.*

### A) *En general.*

La declaración emitida por error vicio u obstativo es generalmente impugnabile, salvo las limitaciones que a continuación expondremos:

El Código establece la impugnabilidad en una serie de supuestos (lo que no excluye, de por sí, que aquélla se admita para otros no mencionados): artículos 101, para el matrimonio, 1.265, para los contratos en general, 1.817, para la transacción. En otros no se habla explícitamente de error, pero está comprendido o presupuesto: artículos 767, 862 1.º, 997, 406 y 1.073.

Como decíamos con anterioridad, para dar lugar a la impugnación el error ha de ser esencial, dando igual que recaiga *in corpore* que *in substantia*, que *in qualitate*, que *in quantitate*, que *in persona*, que *in negotio*; pues aunque la letra de la Ley no aluda a todos ellos (cfr. art. 1.266), sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia (a veces, con confusas expresiones, pero debiéndose esta confusión al propósito de encajar dentro de la letra de la Ley casos no previstos en ella), captando su espíritu, admiten todo error que sea esencial.

Conviene precisar ahora una serie de puntos.

### B) *Error «in quantitate».*

El error *in quantitate* se rige por el artículo 1.226, 1.º *in fine*, en cuanto que hubiese determinado principalmente la emisión de la declaración.

Ahora bien, con frecuencia se examinan por la doctrina supuestos de error (obstativo) *in quantitate*, admitiéndose en algunos de ellos la validez de la declaración por la cantidad menor. Por ejemplo, se quieren donar 1.000 pesetas, pero por error, se declara donar 2.000, y el donatario acepta. La donación vale por 1.000. En éste y otros casos, se debe advertir que el aforismo *in eo quod plus est minus inest*, no puede aplicarse, en general, y que realmente la única norma segura es la de que se debe tender a la

conservación,, al menos parcial, del negocio; siendo posible establecer las siguientes reglas: 1.ª El negocio unilateral es válido por la cantidad menor, puesto que ésta se quiso y se declaró (va comprendida en la voluntad y en la declaración de la mayor): por ejemplo, se legan 1.000 pesetas, habiendo querido legar 100; el legado es válido por 100, aun en un derecho positivo que admitiese la impugnación del legado en caso de error. 2.ª el negocio bilateral es, también, válido por la cantidad menor, si en la voluntad de la mayor va implícita la de menor y ésta se declara o va implícita en la cantidad declarada: por ejemplo, el caso visto antes de donación; o bien, en una compraventa el vendedor quiere vender por 500, pero por error declara 1.000, y el comprador está de acuerdo; o el comprador, que quiso ofrecer 1.000, declaró 500, por error, y el vendedor acepta: estas compraventas son válidas por 500. Ahora bien, si el querer la cantidad mayor no implica querer la menor, el negocio es impugnabile: por ejemplo, el comprador, queriendo comprar por 500, declara comprar por 1.000, y el vendedor acepta; en este caso la cifra menor, querida por el comprador, no lo fué, ni siquiera implícitamente, por el vendedor.

#### C) *Error de cuenta.*

El *error* de cuenta sólo dará lugar a su corrección, dispone el artículo 1.266, 3.ª; no procediendo, pues, nunca, la impugnación. Tal *error* no lo es realmente, sino que se trata de una simple *equivocación* o, si se quiere, error en sentido vulgar, pero no jurídico, pues presupone un mero fallo en una operación aritmética o en un cálculo, cuyos factores se conocen con exactitud. Así, pues, salvada la equivocación, cosa posible por la corrección de la operación, con elementos de la propia declaración, resulta que ésta ha recogido verdaderamente la voluntad, en cuyo caso *no hay error* (obstativo), razón por la que la impugnación no procede.

#### D) *Error «in persona».*

El *error in persona* sólo es esencial en los negocios celebrados *intuitu personae*, así el matrimonio (art. 101, 2.ª), o ciertos contratos—«El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo», dice el artículo 1.226, 2.ª—como la donación, o el arrendamiento de servicios de un sujeto por razón de sus conocimientos.

Al *error in persona* en materia testamentaria aludiremos después.

#### E) *Error en las consecuencias del negocio.*

El error en las consecuencias del negocio es, sin duda, causa de impugnación cuando es *error in negotio* (16), es decir, cuando

(16) Véase *supra*, número 24, F).

versa sobre las consecuencias o efectos fundamentales, ya que habiéndose creído *otros* efectos se creyó celebrar *otro* negocio. Por ejemplo, es impugnabile la *venta* si se creyó que el comprador sólo adquiriría derechos al uso temporal de la cosa: entonces, realmente, no se quiso *vender*.

El error sobre consecuencias secundarias o de Derecho supletorio (en general, los llamados *naturalia negotii*), no se considera como causa de impugnación. Por ejemplo, no es impugnabile la venta si el vendedor creyó que no estaba obligado al saneamiento de la cosa vendida, o ignoraba estarlo.

Sin embargo, ¿prácticamente es posible que, en el caso concreto, tal compraventa no se hubiese celebrado de no haber padecido el error el vendedor?, ¿puede decirse—a tenor del artículo 1.266 que tal error ha sido causa principal del negocio o que principalmente ha impelido a su celebración?

Parece segura la respuesta afirmativa a la primera pregunta. En cuanto a la segunda, se impone la negativa, no ya por la inseguridad jurídica a que daría lugar lo contrario, sino porque, queridas las consecuencias fundamentales, debe entenderse que la consecución de éstas, es la causa principal de la emisión de la declaración; con lo cual, el error en las consecuencias secundarias no puede estimarse ser él tal causa principal, como exige el artículo 1.266, para que dé lugar a la impugnación.

#### F) *Error en los elementos o requisitos.*

El error en los elementos o requisitos del negocio es irrelevante *como tal error*: no hay realmente error en sentido técnico. El negocio, sin embargo, es inválido, pero lo es por razón de la falta del requisito en sí. Por ejemplo en el caso de que se crea válidamente celebrado un contrato de prenda, sin haber entregado la cosa (C. c. art. 1.863), o se crea válidamente otorgado un testamento ológrafo en el que falte la fecha (C. c. art. 688, 2.º).

#### G) *Error en los motivos.*

El error en los motivos es irrelevante, en principio, aunque haya sido determinante de la declaración. Por ejemplo, no se habría comprado la finca de haber sabido que realmente no se había sido nombrado, como erróneamente se creyó, para desempeñar un cargo en el lugar en que ella radica.

Se suele decir, a veces, que es causa de impugnación cuando el motivo (erróneo) se ha elevado a condición, pero esto es inexacto porque entonces se trata de que opera la condición y no el error en el motivo.

Es realmente relevante, como error en el motivo, el error que determina la institución de heredero o el nombramiento de legatario, cuando el motivo (causa) se expresa en el testamento, y

siendo erróneo (falsa), resulta del propio testamento que es determinante, es decir, que no se habría hecho la institución o legado de haberse conocido la verdad (la falsedad de la causa) (C. c. artículo 767, 1.º).

En materia testamentaria, como regla, es irrelevante el error en cualquier otro caso (17); conclusión que se sigue del citado artículo 767, 1.º *a contrario*, del artículo 673, que no menciona al error como causa de invalidez del testamento, y del artículo 743, que lo declara inválido sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código.

Sin embargo, no de lo anterior no debe deducirse que en materia testamentaria no haya absolutamente lugar a invalidez por error, por ejemplo, *in corpore* o *in persona* o *in substantia*, sino sólo por error *en los motivos*, en sentido técnico; porque se trata de que aquellos errores hacen posible la invalidez en cuanto que constituyan un error en el motivo determinante, y éste y su carácter de determinante resulten del testamento.

Para las disposiciones testamentarias el error obstativo es irrelevante, ya que el error sólo es relevante en el caso del artículo 767, que se refiere a un supuesto del error (vicio) en el motivo. Pero si esto no fuera obstáculo suficiente, hay que advertir que el error obstativo habría de ser probado (a tenor del art. 767) intrínsecamente, lo cual es imposible, ya que, por definición, el error obstativo, es discrepancia entre lo *querido* y lo *declarado* (en el testamento), y la supuesta prueba del error no sería prueba del mismo, sino prueba de que el sentido verdadero de la *declaración* no coincidía con el *aparente*. O sea, siempre que se pueda probar, con el propio *testamento*, que lo realmente querido es diferente de lo querido aparentemente, *no habrá error obstativo*, sino que se habrá salvado una mera *equivocación*, dando a la declaración su sentido verdadero, coincidente con la voluntad interna. Este es el caso del artículo 773, 1.º en su sentido directo (17 bis). Y siempre que la prueba *no resulte del testamento*, no será intrínseca, y será inatacable, por tanto, la disposición, por error, la prueba del cual, a tenor del artículo 767, ha de ser intrínseca.

## 26. Silencio de la Ley en casos de error.

Cuando la Ley calle respecto a los vicios de la voluntad en un negocio concreto o en una clase de negocios, el problema de si procede o no la impugnación por error, se resolverá por analogía sobre hipótesis previstas en aquélla. Cuando—diferentemente—

(17) Salvo que tiene, sin duda, por base una presunción de error el artículo 862.

(17 bis) En el caso del artículo 773, 1.º *a contrario sensu* («El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero *vicia* la institución, cuando de otra manera *no puede saberse* ciertamente cuál sea la persona nombrada»), tampoco hay error obstativo, sino nulidad de la declaración por ininteligible.

para un negocio se regule la impugnación por *otros vicios de la voluntad*, o sólo por *algún o algunos* tipos de error, parece seguro que, en principio, *a contrario*, habrá que excluir, respectivamente, la posibilidad de impugnar tal negocio por error, o la posibilidad de impugnarlo por errores distintos de los contemplados en la Ley. Tal ocurre, como hemos visto, para los testamentos, e igual afirmación es factible respecto del matrimonio, ya que artículo 101, 2.º, sólo acoge el *error in persona* (18). Sin embargo, en ciertos casos extremos, incluso, habiendo acogido explícitamente la Ley, como causa de impugnación para un negocio, *solo algún error concreto*, parece excesivo excluir *cualquier otro*, argumentando *a contrario*: por ejemplo, relativamente al artículo 101, 2.º, últimamente citado, excluir a base de él, el *error in negotio*: los contrayentes ignoran lo que es el matrimonio (19).

### 27. Cesación de la impugnabilidad.

Por el propio fin que persigue la impugnabilidad por error, consideramos indudable que, aun emitida la declaración por error vicio u obstativo, sería inimpugnable—sobre la base del principio de conservación del negocio, y de la buena fe: Código civil, artículo 1.258—cuando se accede por quien corresponda (la otra parte, por ejemplo), a mantenerla como si no hubiese habido error. Por ejemplo: A compró un objeto en 100 pesos argentinos, según su voluntad, mejicanos, según su declaración; el negocio es inatacable si (presupuesta la inexistencia de otros obstáculos) el vendedor accede a recibir en pago 100 pesos argentinos. O bien, A ordenó se le enviase una pieza de seda de las que vio anunciadas a un precio que consideró barato, mas al recibirla comprueba que es artificial, en vez de natural, error por el que se decidió a adquirirla: la compraventa es inimpugnable por error, si el vendedor está dispuesto a mantenerla a base de pieza de seda natural.

(18) También es «error en la persona», a tenor de la letra y del espíritu de nuestro artículo 101, 2.º, el tradicionalmente denominado *error qualitatis redundans in errorem personae*. Error (obstativo) que existe cuando la cualidad—sobre la que se yerra—de la persona ha sido utilizada como *medio de individualización* y no como *motivo* de la voluntad. Por ejemplo, hay *error qualitatis redundans in errorem personae* al querer casarse con el hijo del rey, por esta cualidad, si la voluntad va encaminada a contraer matrimonio con él; pero se otorga el sí, erróneamente, frente a otra persona. Habría por el contrario error irrelevante si creyéndose (erróneamente) a una persona hijo del rey, se contrae matrimonio con ella. Entonces, encaminada la voluntad a contraer con la persona concreta allí presente, el que la decisión la haya determinado la creencia errónea, es intrascendente.

(19) Habría ciertamente *error in negotio* si—cosa prácticamente casi imposible—se desconociese la más elemental noción del matrimonio. Y a pesar de no existir error en la persona, cabría sostener la impugnabilidad, por ejemplo, afirmando que la Ley al hablar, con referencia a un negocio, de los vicios de aquélla, da por supuesto que realmente exista voluntad de ese negocio, siendo obvio que cuando lo no querido por error (obstativo) es el negocio mismo, es impugnable la declaración.

28. *Prueba.*

El error debe ser probado por quien lo alega. La prueba versará bien sobre los hechos externos que hayan inducido a él, bien sobre determinada conducta del sujeto, la cual implique que quien la observa padece el error que se alegue. Tales datos permitirán deducir si hubo o no error.

Asimismo, habrá de probarse que fué *esencial*, pero el que lo sea podrá presumirse si—según la opinión común—el tipo de error padecido es esencial. Ahora bien, como según hemos dicho, en nuestro Derecho se adopta el criterio subjetivo para valorar la esencialidad, puede ocurrir que un error objetivamente esencial (por ejemplo, error *in substantia*) no lo sea, para el sujeto que lo padece en un caso singular: entonces, presumiéndose esencial a tenor del *id quod plerumque accedit*, habrá de probarse por quien tenga interés en mantener la validez de la declaración, que el error en el caso contemplado no fué esencial para el sujeto declarante.

En principio se admite cualquier prueba, salvo que otra cosa se deduzca de normas especiales, como, por ejemplo, ocurre en materia testamentaria, donde se exige la prueba *intrínseca* (basada en el mismo testamento): (C. c. art. 767, 1.º, 2.ª parte.)

## PARTE SEGUNDA: DISCREPANCIAS ENTRE DECLARACION Y VOLUNTAD

### I. TEORÍA GENERAL

29. *Discrepancia entre declaración y voluntad.*

Hay discrepancia entre declaración (voluntad declarada) y voluntad (voluntad interna) cuando el contenido volitivo asignado a la declaración, después de ser debidamente interpretada, es distinto de lo que el declarante quiso internamente, bien porque se quiso otra cosa, bien porque no se quiso nada. Por ejemplo, *A quiere* legar el fundo *X*, y por error (obstativo) *declara* legar el fundo *Y*; o *B*, de acuerdo con *C*, y para defraudar al Fisco, celebra con aquél una compraventa (simulada) que ninguno de los dos quiere.

Por voluntad *declarada*—conviene insistir en ello—se entiende, no la que se deduzca de una interpretación exclusivamente *literal* de la declaración, sino aquella que constituye el *espíritu* de esta declaración.

Por voluntad *interna* se entiende, no la que es *exclusivamente* interna (pues entonces no la conocería, sino el sujeto que la tiene), sino la que es *externa* respecto del negocio de que se trate: es interna (del sujeto), porque no ha trascendido al negocio, aunque

haya trascendido al exterior, aparte del negocio. Por ejemplo, en la simulación, los simulantes se manifiestan—al margen del negocio simulado—sus voluntades internas.

La declaración discrepa de la voluntad en los casos siguientes: error obstativo, simulación, reserva mental y declaración no hecha en serio. En el primero, la discrepancia no es querida, sino que se da *a pesar* del declarante; en los otros tres, es precisamente éste quien *voluntariamente* declara algo que no quiere.

La discrepancia no se presume, sino que, en principio, mientras que no sea probada por quien la afirme, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la real (19 bis).

Y ¿qué debe ocurrir cuando declaración y voluntad discrepan?

Varias teorías se han formado:

### 30. Teorías de la voluntad y de la declaración.

Según una teoría, llamada de la voluntad, cuando la declaración está en desacuerdo con la voluntad, el negocio es inválido. Esta opinión se apoya en la creencia de que el negocio se basa esencialmente en la voluntad, mientras que la declaración carece de valor por sí, pues no es sino un simple *medio exteriorizador* de aquélla.

Conviene advertir aquí que, discrepando voluntad y declaración, sería un craso error mantener que el negocio es válido *según la voluntad, y no según la declaración*, porque aquélla prevalece sobre ésta.

Tal teoría *voluntarista* olvidaría que, por definición, la voluntad que discrepa de la declaración no aparece en el negocio, y olvidaría también que sería pretensión absurda la de mantener el negocio a base de una voluntad distinta de la que aparece en él.

Por eso cuando, hablando de las discrepancias entre declaración y voluntad, se dice que «prevalece ésta», hay que entender tal expresión en el sentido de que «no prevalece la declaración», invalidándose el negocio.

Según otra teoría, llamada de la declaración, debe prevalecer ésta; apoyándose tal solución en la afirmación de que el Derecho no toma en consideración el querer meramente interno. La sustancia del negocio no lo es la voluntad, sino la declaración (de voluntad) en su forma exterior u objetiva. La declaración no es la *servidora* o el *medio* exteriorizador de la voluntad, sino que es lo fundamental, porque la voluntad mientras que permanece interna sólo es algo *preparatorio* de la formación del acto volitivo que se objetiva en la declaración, objetivación del querer, el cual fuera de ésta es como si no existiese. Además de que únicamente es susceptible de ser conocida la voluntad contenida en la declaración—voluntad declarada—, y la seguridad del tráfico

(19 bis) Cfr. T. S. Sentencias de 23 mayo 1935 y 27 octubre 1951.

y el respeto a la buena fe que debe presidir los negocios, exigen que sea inoperante una voluntad (interna) que los demás no han conocido ni podido conocer.

### 31. *Teorías intermedias.*

Ambas teorías comenzaron pronto a hacerse concesiones recíprocas, ante las inadmisibles consecuencias prácticas que acarrearba lo mismo la aplicación de la una que la de la otra.

Sin entrar en los detalles de las numerosas formulaciones en que han plasmado las posiciones intermedias a que las moderaciones de ambas teorías extremas dieron lugar, cabe, sin embargo, precisar lo siguiente:

La teoría de la voluntad se suaviza mediante la admisión de la responsabilidad del declarante; de tal forma que, aun discrepando la voluntad de la declaración, hay que atenerse a ésta cuando de la discrepancia sea culpable el declarante, por no haberse comportado con la necesaria diligencia.

En hipótesis, la responsabilidad se podría hacer efectiva de dos maneras: bien manteniendo el negocio, en el que falta la voluntad, bien haciendo que su invalidez diese lugar el resarcimiento de daños. Ahora bien, prácticamente parece preferible lo primero.

La teoría de la declaración se suaviza mediante la admisión del principio de que la declaración discrepante de la voluntad, sólo prevalece cuando razonablemente haya confiado en ella el destinatario, es decir, cuando de buena fe y obrando con la diligencia debida haya creído que coincidía con la voluntad.

Responsabilidad (del declarante) y confianza (de los demás) pueden a su vez coordinarse, de guisa que la declaración que discrepe de la voluntad deba mantenerse a base de la responsabilidad, pero sólo en tanto en cuanto se haya confiado razonablemente en la concordancia de ambas. Pudiendo, pues, ocurrir que, aun siendo responsable de la discrepancia el declarante, el negocio sea inválido si el destinatario de la declaración se percató o debió percatarse de tal discrepancia.

### 32. *Teoría adoptada.*

En nuestra opinión, la solución acertada de los problemas que plantea la discrepancia entre declaración (de voluntad) y voluntad (real o verdadera), se halla siguiendo la pauta marcada por la última opinión expuesta, donde se combinan el valor de la declaración que se apoya en la voluntad, con el mantenimiento de aquélla, en otros casos, a base de la responsabilidad y la confianza. Y tal solución requiere partir de los siguientes presupuestos:

1.º La razón última del negocio, como instrumento puesto

por la ley a disposición del sujeto, es el que éste regule sus relaciones e intereses, *según su voluntad real*.

2.º *Elemento del negocio lo es la declaración de voluntad* (voluntad declarada), porque la voluntad real, en tanto que sea puramente interna, no puede ser reconocida en el negocio, luego no puede ser elemento de éste, y si se declara, es ya voluntad declarada. Ahora bien; no cabe duda de que al acoger la voluntad declarada, se tiende a acoger la voluntad real, pensando que normalmente coincidirán una y otra, y que el sujeto tiene, normalmente también, en su mano la posibilidad de exteriorizar lo realmente querido.

3.º La seguridad del tráfico exige que, aunque discrepe de la voluntad, se mantenga la validez de la declaración, por lo menos cuando sea el declarante responsable de la discrepancia, y los demás que hayan confiado justificadamente en que—como es normal—tal discrepancia no exista, resultarían perjudicados por su existencia.

Admitidos los dos primeros presupuestos—y recordando que sólo hay discrepancia entre la voluntad real y la declarada cuando no coincida con aquélla el contenido volitivo de la declaración, después de haber sido ésta debidamente interpretada—, para sentar la regla general, no cabe sino aceptar que, en principio, el negocio sólo es válido en tanto que ambas voluntades—declarada y real—coincidan.

Y si no hay coincidencia (no coincidencia que habrá de conocerse a base de datos extranegociales, de los que se siga una voluntad real distinta a la declarada en el negocio; ya que, en otro caso, el dato negocial, revelador de la voluntad real, formaría parte de la declaración, pasando, así, a ser voluntad declarada la voluntad real), no triunfa ni la voluntad declarada ni la real, sino que ambas devienen inoperantes: ésta porque no está en el negocio (y el negocio no puede ser eficaz, a base de una voluntad que no está en él, es decir, con un contenido volitivo que le es ajeno: por ejemplo, *queriendo* legar la cosa X, se reserva mentalmente esa voluntad, y se declara legar la cosa Y; de forma que, si prevaleciese la voluntad real, el legado sería válido respecto a la cosa X), y aquélla porque, aunque esté en él, no coincide con la real. Pues si se despreciase—en beneficio de la declarada—la real, se frustraría el fin y razón última del negocio; y si se despreciase—en beneficio de la real—la declarada, se despreciaría el propio negocio (lo que sería contradictorio), haciendo caso omiso de su elemento «declaración de voluntad».

El principio de validez del negocio, sólo en tanto que la voluntad declarada coincida con la real (principio que puede llamarse «de voluntad»), no carece de límites, que vienen exigidos por obvias razones teóricas y prácticas. Se trata de que ahora entre en juego el tercero de los presupuestos de que hemos partido:

la responsabilidad del declarante (principio de responsabilidad) y la justificada confianza de los demás (principio de confianza), para evitar los inconvenientes que podría producir en el tráfico jurídico la aplicación exclusiva de la tesis expuesta. Por virtud de la responsabilidad del declarante, vale la voluntad declarada, aunque la real sea distinta, cuando la discrepancia proceda de culpa de aquél. Mas tal excepción sólo está justificada cuando los demás hayan confiado explícitamente en que ambas voluntades coincidían, y de la falta de coincidencia les derive un perjuicio (20): en otro caso, se aplica la regla general.

En cuanto a la voluntad real—por las razones ya vistas—queda claro que nunca, ni siquiera excepcionalmente, producirá los efectos queridos, prevaleciendo sobre la declarada, cuando discrepe de ésta, sino que sólo dará base para—salvo la excepcional aplicación expuesta de la responsabilidad del declarante y de la confianza de los demás—invalidar el negocio: con lo cual no habrá efectos ni según la voluntad declarada ni según la real.

### 33. *Posición de nuestro Derecho positivo.*

Aparte de la opinión que teóricamente se considere más adecuada para solucionar los problemas que planteen las discrepancias entre voluntad y declaración, la cuestión hay que enfocarla desde el punto de vista del Derecho positivo, respondiendo a la pregunta: ¿qué posición adopta al respecto el Derecho español?

Nuestro Código no mantiene normas generales ni tampoco particulares sobre los supuestos de discrepancia, habiendo de recurrirse a los principios generales de Derecho.

Nosotros creemos que, a tenor de éstos, se puede defender para nuestro Derecho positivo la teoría que hemos acogido desde un punto de vista doctrinal, salvo que, excepcionalmente, en ciertos negocios singulares, por razones concretas, se deba adoptar alguna solución especial.

Fundamentamos la afirmación de que los principios generales de nuestro Derecho acogen la teoría que hemos defendido, en que:

1.º Los artículos del Código, de los que se pueden inducir aquéllos, no la contradicen, mientras que, en algunos de ellos, halla apoyo.

2.º Aun presupuesta la total ausencia de apoyo en textos legales concretos, pero presupuesta también—como efectivamente ocurre—la inexistencia de textos de los que inducir otros principios distintos, hemos de admitir aquéllos, por ser, sin duda, más justos, más adaptados a la conjugación de los intereses en juego

(20) La *confianza* justificada de los demás, para ser protegida, supone que, de no serlo, habría *perjuicio* para el *confiado*. O sea, no se protege—porque no tiene objeto tal protección, y entonces prevalece el principio de *voluntad*, que, en tal caso, es inofensivo—la *confianza* que, aun sin protección, no perjudica al *confiado*.

y más acordes con la lógica jurídica y figura técnica del negocio (donde, no se olvide, la voluntad no puede ser conocida sino a través de la declaración).

A) *Textos legales en que se apoya la regla general.*

Textos legales en cuyos principios inspiradores se apoya la *regla general*, de que para la validez del negocio es precisa la *concordancia* de declaración y voluntad, son todos aquellos, como los arts. 675, 1.281, 1.261, 1.265 y siguientes, de los que se sigue la protección *a una y a otra*; y lo son porque no se puede proteger a las dos si no concuerdan, y, por otro lado, la protección a una sola, frente a la otra, no se halla establecida, como regla, en la ley.

Se sigue la protección a la declaración, incluso de los artículos que, según una equivocada opinión, hacen prevalecer la voluntad sobre aquélla. Tales son los 675 y 1.281. Para demostrar que a tenor de ellos ha de protegerse a la *voluntad declarada*, basta recordar que se refieren a la *interpretación*. Lo que se sigue de dichos artículos no es que—presupuesta la discrepancia—prevalezca la voluntad (voluntad real) sobre la declaración (voluntad declarada), sino que, *partiendo de la declaración* (voluntad declarada), triunfa el *espíritu* sobre la letra. En los arts. 675 y 1.281 no están frente a frente la voluntad y la declaración, porque no pueden estarlo, ya que tratándose de interpretación—interpretación que tiene por objeto la declaración—lo que está frente a frente—*dentro de la declaración*—son las palabras y el espíritu, y se da el triunfo a éste, pero, naturalmente, en cuanto sea espíritu *declarado*. Y, como en los arts. 675 y 1.281, también aflora la protección a la declaración, por ejemplo, en el art. 1.261, 1.º, del que se sigue que no hay contrato sin concordancia de *declaraciones*, en cuanto que no hay contrato sin «consentimiento de los contratantes», y el *consentimiento* se manifiesta (consiste) «en el concurso de la oferta (declaración) y de la aceptación (declaración)» (artículo 1.262, 1.º).

Pero este triunfo no puede servir de apoyo para afirmar, como hace el T. S., que nuestra ley concede prevalencia a la voluntad real (que discrepando de la declarada, no aparece en la declaración) sobre la voluntad declarada. Este triunfo sólo puede servir para afirmar—y eso no lo negamos—que en las declaraciones no hay que pararse en las palabras: de forma que se debe buscar el sentido que quiso darles el declarante. Con ello se pretende que, después de la interpretación, lo que se obtenga como voluntad declarada, sea lo que realmente quiso el declarante, pero no se pretende que lo que después de la interpretación se obtenga como voluntad declarada sea para arrumbarlo ante una voluntad real que, por definición—si es discrepante de aquélla—no puede averiguarse a través de la declaración.

Se sigue la protección a la voluntad, de los propios artículos 675 y 1.281, en cuanto que en ellos la interpretación se hace en busca de la voluntad *real*, así como de otros, por ejemplo 1.265 y siguientes, referentes a los vicios de la voluntad: puesto que si importase solamente la declaración, no empecería que la voluntad estuviese viciada; luego la impugnabilidad por vicios demuestra la protección a la voluntad, ya que se concede por haberse perturbado el normal proceso formativo de dicha voluntad (*real*).

B) *Textos legales en que se apoya la excepción.*

Textos legales en cuyos principios inspiradores se apoya la excepción—de que prevalece la declaración cuando de la discrepancia es responsable el declarante, y los demás confiaron justificadamente en la concordancia—son, por ejemplo, los artículos 1.256, 1.258, 1.288 y 1.902.

Es innegable que *prácticamente* la validez y el cumplimiento de los negocios queda al arbitrio del declarante, cuya voluntad discrepa de su declaración, si se admite que, como en la reserva mental, por ejemplo, siendo él responsable de tal discrepancia, el negocio pueda invalidarse. Es obvio que, entonces, si se preconstituye una prueba de la discrepancia, la validez del negocio queda al arbitrio del sujeto, que podrá decidirse por conservar oculta o no tal discrepancia, según le convenga, y así hacer que el negocio se mantenga o caiga. Todo ello, evidentemente, es inadmisibles a tenor del principio inspirador del art. 1.256.

Igualmente es innegable que, en la mayor parte de los casos, irá contra la buena fe, recogida en el art. 1.258, la alegación por él responsable de la discrepancia, de ésta como causa de invalidez; por lo que, en definitiva, la buena fe exigirá el mantenimiento del negocio *como si la discrepancia no existiese*.

Asimismo, en la misma línea de pensamiento que preside el art. 1.288—«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»—está la idea de que se mantenga el negocio en perjuicio de quien *ocasionó culpablemente* la discrepancia (que es aún peor que la oscuridad, porque hace creer *claramente en lo contrario*). Y hay que advertir que no habrá perjuicio procedente de hacer caso omiso de la discrepancia—mantenimiento del negocio—, para los demás—otra parte, destinatario—, que creyendo en la concordancia, reciben los efectos del negocio como si ésta existiese.

Por último, a base del art. 1.902 es posible afirmar que, en ciertos casos, habiendo de reparar el daño del que se es responsable—daño que surgiría si el negocio se invalida por discrepancia—, el camino más corto es el de evitar tal daño, manteniendo—por razón de la responsabilidad—la validez del negocio. Se podría objetar que el art. 1.902, puesto que presupone el daño, tam-

bién presupone la invalidez del negocio; pero se puede responder que todo artículo que obliga a reparar el daño, no presupone el daño, porque lo quiera para luego repararlo, sino porque parte de que se haya producido (como así es en el caso del 1.902, al proceder de hecho ilícito); mas, que el principio—que es lo que nos importa ahora—que inspira tal artículo, sin duda que justifica la evitación del daño—mediante el mantenimiento del negocio, a pesar de la discrepancia—cuando ésta es posible, siendo tal evitación camino más corto para llegar al fin apetecido, que es el de que, en definitiva, no haya perjuicio.

### C) Conclusión.

Nos parece que si estos argumentos *positivos* se agregan a los *teóricos* expuestos más arriba (21), queda, sin duda, demostrado que nuestro Derecho acoge la tesis que propugnamos.

### 34. Posición de la jurisprudencia.

Nuestro T. S. ha declarado sobre la cuestión que acabamos de tratar que «no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el C. c. patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los arts. 1.256 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios del consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675 a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien lo afirme, ya que si no se prueba, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia

(21) *Supra*. número 32.

del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido» (Sent. de 23 de mayo de 1935, referente a un caso de error obstativo). Y el propio Tribunal ha dicho después (Sent. de 27 de octubre de 1951 referente a un caso de simulación): «Que si bien en el caso de discordancia consciente entre la voluntad de los contratantes y sus declaraciones no existen en nuestro Código civil normas que determinen si habrá de darse prioridad a la voluntad real o a la declarada, puede admitirse, como regla general, y así lo estableció la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1935, que en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema debe estimarse preferente la voluntad real». Alegándose en pro de esta tesis, al igual que en la sentencia de 23 de mayo de 1935, los artículos 1.265, 673, 1.281 y 675.

A la vista de la posición que hemos mantenido y de los argumentos que hemos alegado, se colige el juicio que nos ha de merecer esta doctrina jurisprudencial:

Dos errores creemos que encierra. Uno, el de estimar que como regla general la voluntad real es preferente a la voluntad declarada; cuando, por el contrario, como regla, no hay preferencia de ninguna, siendo precisa para la validez del negocio la concordancia de las dos. Otro, el de apoyar la anterior preferencia en artículos como los 675 y 1.281, que se inspiran no en el triunfo de la voluntad interna sobre la declarada, sino en el triunfo de la *voluntad declarada* sobre las *palabras de la declaración*.

### 35. *Examen de los casos de discrepancia: referencia al error obstativo.*

Pasamos ahora a examinar singularmente cada uno de los casos de discrepancia entre voluntad y declaración. Pero excluimos al error obstativo, ya estudiado, y al que, por las razones expuestas (22), creemos que, acertadamente, nuestro Derecho positivo da un trato común con el del error vicio. Debemos, pues, examinar la reserva mental, la declaración no hecha en serio y la simulación.

## II. RESERVA MENTAL

### 36. *Concepto.*

La divergencia entre voluntad y declaración puede producirse por el hecho de que el declarante reserve para sí su verdadera voluntad, declarando otra, de forma que *ante la declaración* ni siquiera el destinatario—si lo hay—tiene motivo para pensar que no coincide con la voluntad.

Se dice entonces, con expresión procedente de la Teología,

(22) *Supra*, número 17.

que existe reserva mental (*reservatio mentalis*) o, mejor, declaración con reserva mental.

El declarante quiere la declaración, pero no el negocio; tiene voluntad de declarar, pero carece de voluntad negocial.

La reserva mental es posible en toda clase de negocios, sean o no recepticios.

El fin perseguido mediante la declaración hecha con reserva es el de engañar al destinatario o, en general, a quienes tengan conocimiento de aquélla; mas el engaño no es preciso que se realice con propósito inmoral.

### 37. Efectos.

En cualquier caso, salvo lo que después indicaremos, prevalece la declaración, siendo inoperante la voluntad (interna) *reservada*.

Esta conclusión parece evidente, pues si se hubiese de invalidar la declaración faltaría toda seguridad en el campo negocial, ya que cualquiera podría alegar, después, que no quiso lo que manifestó, y ni siquiera el exigir pruebas rigurosas solucionaría el problema, porque la seguridad negocial pasaría a depender no de la palabra dada (declaración emitida), sino de la habilidad en obtener o preconstituir las pruebas para no hacer honor a la misma.

Se dice que en el propio fundamento en que se basa la ineficacia de la reserva frente a la declaración halla apoyo la excepción de que cuando la reserva sea conocida (conocida, claro está, a través de un medio que no es la declaración) y en tanto en cuanto lo sea, la declaración es inválida frente al que conoce aquélla. Cosa posible, ya que la reserva no deja de serlo porque, *aparte de la declaración negocial*, el sujeto exprese su verdadera voluntad o ponga de relieve que no quiso lo que declaró. Se trataría entonces de una reserva *manifestada*.

Ahora bien, lo mismo entendiendo que la declaración pierde su fuerza cuando la reserva se conoce, que entendiendo que al ser conocida no hay verdadera reserva, se llega a la conclusión de la invalidez de la declaración; porque lo mismo adoptando un punto de vista que adoptando el otro, no puede negarse la invalidez de aquella declaración cuya discrepancia con la voluntad interna no permanece escondida.

Aplicando el principio de responsabilidad del declarante, vale la declaración mientras que la voluntad (interna) divergente de ésta se halla oculta; y limitando el principio de responsabilidad por el de confianza, deviene inválida la declaración, en cuanto que—por conocerse la reserva—no suscita aquélla tal confianza.

La prueba de ser conocida la reserva pesa sobre el que alega tal conocimiento como causa de invalidez de la declaración.

El negocio celebrado con reserva mental conocida es nulo frente al que la conoce; mas, por excepción, la doctrina generalmente

excluye—por razones morales y sociales procedentes del interés supraindividual que encarnan—ciertos negocios de tal nulidad, así el matrimonio o la adopción.

### III. DECLARACIÓN NO HECHA EN SERIO

#### 38. *Concepto.*

En una serie de supuestos la declaración de voluntad se emite sin seriedad. Por ejemplo, por broma—declaración *jocandi causa* (23)—. Pero no nos referimos sólo a este caso, sino incluso a aquellos en que la falta de seriedad no proceda de broma, como lo son la declaración hecha en escena durante una representación teatral, o hecha por jactancia, o por cortesía, o a modo de ejemplo o con fin didáctico, etc.

Evidentemente en los casos vistos falta la voluntad negocial; pero se discute si hay o no voluntad de declarar y declaración (de lo no querido) o si realmente no hay ni siquiera ni declaración ni voluntad de declarar, pues se entiende que para que se pueda hablar de éstas es preciso que la declaración se haga *sub specie negotii*, cosa que no ocurre ni cuando se hace por broma o como ejemplo o en escena, en cuyos casos falta a la declaración *toda realidad negocial* y no hay ni siquiera declaración *aparente*, sino una mera *farsa de declaración*, no siendo tampoco voluntad de declaración (negocial) la que se encamina a realizarla. Quienes así piensan concluyen que en el supuesto en estudio no hay discrepancia entre declaración y voluntad (interna), ya que *realmente* falta una *verdadera* declaración. Frente a esto, otros entienden que la declaración, como actuación exterior, existe y es querida (por lo que hay declaración y voluntad de declarar) pero que, por no corresponder lo declarado con la voluntad interna, hay un caso de discrepancia consciente entre declaración y voluntad.

#### 39. *Efectos.*

De cualquier manera que se resuelva la anterior disputa, es nula la declaración no emitida seriamente, que no se toma en serio; independientemente de que, a tenor de las circunstancias, hubiese fundamento para creerla seria.

Es nula también la declaración no emitida seriamente, cuando

---

(23) En el sentido del texto no es declaración en broma aquella con la que se persigue engañar, haciendo creer en la seriedad; consistiendo la broma en provocar el engaño. En tal caso, se trata realmente de declaración con reserva mental. Hay declaración en broma, únicamente cuando se emite para que no sea tomada en serio, o, a lo más, para que siendo tomada en serio, en un principio, en un primer momento, el destinatario se percate de la broma antes de que se sigan consecuencias de su error.

se la emite en la confianza de que se advertirá su falta de seriedad y, a tenor de las circunstancias, está fundada esa confianza.

No obstante, puede ocurrir que en este caso se tome en serio la declaración; mas ello no sólo no la hace válida, sino que ni siquiera da lugar a ningún deber de indemnizar a cargo del declarante.

En ambos casos la nulidad se basaría, según una opinión, en que falta verdaderamente una declaración negocial; según la otra, en que, aun existiendo, discrepa de la voluntad y ni siquiera puede ser mantenida a base del principio de responsabilidad del declarante, porque de las circunstancias se deducía la falta de seriedad, cosa por la que es la negligencia del destinatario, y no la culpa del declarante, la que, en todo caso, pudo llevar a aquél a confiar en la declaración.

Queda el problema de que en algún supuesto rarísimo la declaración se tome en serio confiando en ella y, además, esa confianza esté justificada, a tenor de las circunstancias.

Para unos (y en esto nuestra doctrina recibe la influencia de la solución que el B. G. B. § 118, adopta), incluso en este caso, la declaración es nula, pero surge para el declarante el deber de indemnizar. Para otros, la declaración es válida sobre la base de los principios de responsabilidad y confianza, tesis que juzgamos preferible.

#### IV. SIMULACIÓN

##### 40. *Concepto.*

Hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí —o, si aquél es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario—emiten una declaración (o declaraciones) no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros.

Se *persigue*, pues, con el negocio simulado un *fin de engaño*, utilizando como *medio* una *declaración divergente de la voluntad*, divergencia que se  *fija* a través de un *acuerdo simulatorio*.

Examinemos separadamente esos tres puntos:

##### 41. *Fin perseguido, medio empleado y acuerdo simulatorio.*

En cuanto al fin perseguido es el de engañar a terceros, pues existiendo *acuerdo* entre las partes o con el destinatario de la declaración no pueden resultar engañados ni aquéllas ni éste.

Fin de engaño no implica ni intención de dañar ni siquiera ilicitud. Se puede querer engañar, por ejemplo, a un pariente pedigrifeño, a cuyo efecto se simula un acto que disminuya nuestro patrimonio; o se puede querer engañar, por jactancia, para dar la

impresión de riqueza, a cuyo efecto se simula, por ejemplo, la compra de un predio. En ambos casos hay simulación con fin lícito. Pero éste es ilícito, pongamos por caso, cuando se simulan actos de enajenación para defraudar a los acreedores o para evitar un impuesto que nos alcanzaría si el Fisco averiguase que lo enajenado simuladamente nos pertenece.

El medio utilizado es la declaración divergente de la voluntad. Divergencia *consciente*. En esto la simulación se diferencia del error obstativo, en el que la discrepancia entre declaración y voluntad se produce inconscientemente.

Hay, pues, también en la simulación voluntad de declarar: es querida la declaración, aunque no lo es lo declarado.

La antedicha divergencia se admite por la doctrina dominante. Sin embargo, según otros, no se trata realmente de que lo querido discrepe de lo declarado, sino de que discrepan entre sí una declaración (externa) que se quiere aparezca ante los terceros, y otra declaración (interna, mantenida oculta por las partes) llamada también contradecларación, que, reflejando la voluntad real, se quiere produzca los efectos *verdaderos*, aunque *ocultos*.

Realmente, según nuestra opinión, la divergencia existe entre declaración y voluntad; porque en el negocio simulado la declaración *externa*, que es la declaración propia del negocio (simulado), discrepa de la voluntad; y el hecho de que ésta coincida con otra declaración—declaración interna o contradecларación—no modifica las cosas, pues lo que acontece es que, además de discrepar de la voluntad, la declaración discrepa también de la contradecларación (en la que se recoge esa voluntad). Lo importante es aquella discrepancia y no ésta, aunque es cierto que es a través de ésta como aquella se hace patente.

En cuanto al *acuerdo* entre los simulantes (también llamado acuerdo simulatorio, contradecларación (24) o declaración interna (como vimos) por contraposición al acuerdo simulado, declaración o declaración externa, hay lo siguiente:

El acuerdo simulatorio es aquel acuerdo por el que se determina que lo declarado no es realmente querido; en él se establece a qué parte de la declaración alcanza la falta de voluntad o si ésta es total.

Hay quien opina que se trata de un prenegocio (precontrato) encaminado a concluir la declaración simulada. Pero realmente el acuerdo no es fuente del deber de emitir la declaración simulada, sino—como decimos—simplemente algo enderezado a hacer nula la declaración que se emitirá.

No es acuerdo simulatorio, sino declaración disimulada (cosa que estudiaremos después) aquella en que se manifiesta un contenido volitivo no invalidador total o parcialmente, sino *distinto* de

(24) También se llama, por algunos, *contradecларación* a lo que nosotros, más adelante, denominamos *declaración disimulada*.

la declaración simulada. A veces, en la práctica, declaración disimulada y acuerdo simulatorio se hallan unidos (e incluso la declaración disimulada muchas veces supone implícitamente un acuerdo simulatorio que quite vigor a la parte de la declaración simulada que contradice la disimulada), pero son separables; así si simuladamente se vende una cosa por 100, pero realmente se establece ocultamente que será permutada por otra, hay acuerdo simulatorio en cuanto se declara (ocultamente) no vender, y hay declaración disimulada en cuanto se declara (ocultamente) permutar.

El acuerdo simulatorio es acuerdo con la otra (u otras) partes, y si el negocio simulado es unilateral, con el destinatario. No es acuerdo el que se celebra entre el declarante y un tercero; en tal caso habría reserva mental de aquél comunicada a éste, aunque para reservarse la voluntad hubiese seguido las indicaciones del tercero. Por eso la simulación no es posible en los negocios unilaterales con declaración no recepticia (25) (por ejemplo: testamento, aceptación o repudiación de la herencia, derrelicción, etc.), en los que sólo es posible la reserva mental, aunque ésta pueda comunicarse o ser conocida por los terceros interesados o por alguno de éstos en particular. Pero es que, como ahora veremos, una cosa es el acuerdo simulatorio y otra la reserva conocida.

Simulación y reserva mental se diferencian por el acuerdo simulatorio. Cuando la discrepancia entre voluntad (real) y declaración (simulada) se establece de conformidad entre los sujetos (partes, o declarante y destinatario) hay simulación. Cuando la discrepancia se establece por el declarante—aunque éste la haga saber antes o después a los demás, aun incluida la otra parte, si la hay—existe la reserva mental, reserva que puede ser desconocida (conocida sólo por el declarante) o conocida (por otras personas) (26).

Tal conocimiento no importa ahora (aunque puede determinar, como vimos (27), la nulidad del negocio con reserva mental) e incluso puede ser recíproco (cada parte sabe que la otra declara con reserva mental, pero ignora que ésta conoce su reserva) y hasta puede ser recíproco el conocimiento que las partes tienen del conocimiento de su reserva por la otra (se sabe, por ambos, que la otra declara con reserva y que conoce, además, que también nosotros declaramos con reserva).

Todos estos supuestos y más son posibles, y que nos halle-

---

(25) A base de lo dicho, queda claro que no puede haber simulación cuando la declaración, aun debiendo emitirse ante alguien (por ejemplo, una autoridad o funcionario), no sea recepticia, es decir, ese alguien no sea su destinatario.

(26) Lo general es que en la reserva se quiera engañar, en primera línea a la otra parte (o al destinatario, si el negocio es unilateral recepticio), y a los terceros, de forma secundaria; mientras que en la simulación se persigue fundamentalmente el engaño del tercero.

(27) Cfr. *supra*, número 37.

mos ante un acuerdo simulatorio o ante una reserva conocida, en un caso concreto que pueda ser dudoso, es cuestión de hecho.

El acuerdo simulatorio debe no ser posterior a la declaración simulada, pues si lo fuese no habría realmente simulación de ésta, sino posterior anulación de la misma por voluntad contraria. Ahora bien, si se mantiene oculto el acuerdo posterior derogatorio resulta realmente simulada la vigencia de la declaración derogada; por ello el trato jurídico que debe darse a este supuesto es el mismo que al de la simulación típica. *Prácticamente*, en la generalidad de los casos, no habrá diferencia entre acordar previamente que será simulado el negocio que va a celebrarse y acordar oculta-mente, a raíz de celebrarlo, que carezca de valor (28), pues, *prácticamente* también, el acuerdo simulatorio puede concebirse como una anulación anticipada de la declaración a la que se refiere.

#### 42. *Diferencias con figuras afines.*

El negocio simulado se distingue:

Del negocio indirecto, en que éste es un negocio verdadero y querido por las partes, aunque con él se persiga un fin distinto al que normalmente realiza el tipo de negocio utilizado; mientras que el negocio simulado no es sino un negocio aparente y no querido. Por ejemplo, la compraventa simulada no es realmente una compraventa, sino sólo una compraventa ficticia, mientras que la compraventa (fiduciria) con el fin de garantía para el comprador (acreedor, por ejemplo, del vendedor por razón de mutuo) es una compraventa querida por las partes, aunque con un fin distinto del normal. (Por lo menos esto debe afirmarse si se admite el negocio fiduciario.)

Del negocio fraudulento, en que—como el indirecto—también éste, a diferencia del simulado, es un negocio verdadero y querido, aunque con él se persiga verificar el fraude. Lo que ocurre es que éste se puede realizar, bien mediante un negocio real (por ejemplo, venta de bienes con objeto de defraudar a los propios acreedores), bien mediante un negocio simulado (por ejemplo, venta ficticia de bienes para que *aparentemente* éstos hayan salido del patrimonio del deudor). Por eso el negocio simulado no es en sí un negocio fraudulento, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro negocio verdadero, para defraudar.

#### 43. *Clases de simulación.*

##### A) *Absoluta y relativa.*

Aparte de que por el fin perseguido la simulación pueda ser, como vimos, lícita o ilícita, puede también ser absoluta o relativa, según que detrás del negocio simulado falte todo otro negocio

(28) Véase lo dicho sobre escritura contradictoria, C. c. artículo 1.230.

(*colorem habet, substantiam vero nullam*) o, por el contrario, se oculte uno, total o parcialmente distinto, verdaderamente querido, pero *disimulado* (*colorem habet, substantiam vero alteram*).

Siempre tras el negocio simulado se oculta algo, aunque sólo sea la voluntad verdadera, que las partes (o la parte y el destinatario) se manifiestan en el acuerdo simulatorio como discrepante de la declaración emitida ante los terceros. Pero a veces el negocio simulado, además del acuerdo simulatorio (que siempre existe en la simulación), encubre otro negocio (o una parte de aquél) *disimulado*, pero verdaderamente querido, que no hay que confundir con dicho acuerdo.

En la simulación absoluta no hay, pues, ningún negocio, sino sólo la apariencia; en la relativa hay uno, que no es el aparente, al que éste sirve de pantalla, o que lo es sólo en parte.

En la simulación absoluta el papel del negocio simulado no es el de ocultar el acuerdo simulatorio (ya que éste no es el objetivo perseguido, sino precisamente el medio necesario para conseguir la simulación); mientras que en la simulación relativa el fin del negocio simulado si es el de ocultar al disimulado o a los elementos disimulados, para que los *efectos* que aparezcan al *exterior* se crean precedentes de un negocio que no es aquel del que realmente proceden (por ejemplo, para ocultar que la adquisición de la cosa de B por A procede de donación, aquél simula haberla *vendido* a éste).

#### B) *Clases de simulación relativa.*

La simulación relativa puede recaer sobre el propio negocio o bien sobre el objeto, sujetos o contenido del mismo.

En aquel caso, el negocio que aparece como querido es distinto del querido realmente. Por ejemplo, se esconde una donación bajo la máscara de una compraventa. En estos casos se quiere el negocio que aparece al exterior, pero no se le quiere tal como aparece. Por ejemplo: se vende la misma cosa, pero por un precio superior al simulado, o se vende puramente, en vez de bajo condición, como se fingió.

En la simulación referente al sujeto se trata de que uno *aparece* como celebrante del negocio o destinatario del mismo (cuando el negocio sea unilateral recepticio), mientras que verdaderamente lo es otro. Aquél se llama testafarro u hombre de paja, siendo un sujeto *interpuesto ficticiamente*, ya que el negocio *realmente* se celebra con otra persona y sólo *aparentemente* se celebra con el testafarro.

La simulación referente al sujeto, llamada también *interposición ficticia* de persona, debe ser distinguida de la *interposición real*, que existe cuando verdaderamente el negocio se quiere celebrar con el sujeto interpuesto; pero se habla de *interposición* porque, en definitiva, los efectos del negocio sólo se producirán

transitoriamente en cabeza de la persona interpuesta, la cual los transmitirá después a otra (a aquella que si la interposición fuera ficticia habría de recibir *directamente* los efectos del negocio *disimulado*); tal es, por ejemplo, el caso del mandatario sin representación que contrata con otra persona en su propio nombre, pero por cuenta del mandante; en el negocio celebrado entre aquella persona y el mandatario hay una interposición real (del mandatario).

#### 44. Regulación legal.

Falta en nuestra ley una regulación general de la simulación y de sus efectos. Aunque con vistas a casos concretos (especialmente a los atinentes al sujeto) contiene el C. c. algunas disposiciones singulares, así artículos 628, 755, 1.459 (29). No obstante, la jurisprudencia en sus fallos ha sentado una serie de afirmaciones en las que se contiene la construcción esencial de la figura en nuestro Derecho positivo.

El negocio simulado es nulo (inexistente, dice el T. S.; así en sentencias de 30 de noviembre de 1909, de 25 de abril de 1924, de 24 de mayo de 1929, etc.), pues en él falta la voluntad interna, ya que no se quiere lo declarado, y, además, aunque la discrepancia entre voluntad y declaración es imputable al declarante (o a los declarantes), sin embargo, la validez del negocio no se mantiene a base del principio de responsabilidad, ya que no habiendo confiado en tal validez ninguna de las partes ni el destinatario (si era negocio unilateral recepticio) se impone la invalidez, a tenor del principio de confianza, que limita al de responsabilidad.

Así, pues, lo *simulado* es nulo; de forma que si la simulación es *absoluta* no hay nada válido, y si es *relativa* será nulo el negocio simulado y válido el disimulado, cuando se ha querido un negocio *distinto* del simulado, o bien —cuando no se simula un negocio distinto del querido, sino que la simulación sólo alcanza a algún elemento o aspecto de aquél— será válido el único negocio que hay, pero lo será tal como fué querido y no de la manera que se le simuló.

Naturalmente, la validez que afirmamos del negocio disimulado o del negocio disimulado en parte, debe juzgarse a tenor de las reglas generales, y hemos hablado de tal validez presuponiendo que el negocio reúna los necesarios requisitos. Por ejemplo, si se simuló la venta de un inmueble para encubrir su donación, ésta sólo será válida si está hecha en escritura pública (C. c. art. 633).

Nuestras jurisprudencia (entre otras, cfr. especialmente la sentencia de 12 de julio de 1941) y nuestra doctrina, siguiendo a aqué-

(29) Sin embargo, no sólo abarcan supuestos de simulación, y, además, cuando se refieren a casos en que ésta se presupone, realmente no se encaminan a regularla, sino que persiguen reglamentar lo relativo al negocio *disimulado* (ordenando su invalidez).

lla, suelen afirmar que la simulación relativa encuentra términos de regulación en el artículo 1.276, que sienta el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, si bien deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita» (Sent. de 12 de julio de 1941). Deduciendo de ello que el negocio simulado es nulo por falta de causa, pero que el disimulado será válido si es lícito y reúne, además, los requisitos que correspondan a su naturaleza especial, y entre ellos otra causa verdadera y lícita» (art. 1.276 *in fine*), distinta de la simulada (*expresada, pero falsa, art. 1.276 in principio*).

Que el negocio simulado sea nulo, y válido el disimulado, es cosa de la que más arriba hemos hablado; ahora bien, lo que nos parece equivocado es el traer a colación, sin más salvedad, al artículo 1.276 como apoyo positivo *directo* de la validez de tal negocio disimulado, porque dicho artículo sería directamente aplicable al mantenimiento de la validez del negocio querido (pero en el que se simula un elemento, la causa) a base de una causa distinta de la *expresada* (esto, naturalmente, sólo en tanto en cuanto se entienda que *otra* causa pueda sostener *el mismo* negocio), pero no abarca en su letra a la validez de *otro* negocio—*el disimulado*—cuando éste sea *distinguido* del simulado; una cosa es mantener un negocio cuando siendo verdadero hay en él un elemento simulado, elemento que se sustituye por el elemento disimulado, y otra cosa es la validez de un negocio diferente: el disimulado.

La nulidad en los términos vistos, del negocio simulado, puede, desde luego, invocarse frente a los simulantes (30), pero los terceros interesados, ajenos a la simulación, que hayan confiado en la *apariencia* de negocio creada por la misma (terceros de buena fe) no deben ser perjudicados por tal nulidad. Esta, por tanto, no puede invocarse u oponerse por los simulantes a dichos terceros (argumento art. 1.230), y éstas sí la pueden alegar frente a aquéllos. Así lo afirma una reiterada jurisprudencia (cfr., por ejemplo, las sentencias de 12 de noviembre de 1920, 20 de noviembre de 1926, 11 de enero de 1928, 30 de junio de 1944, 3 de enero de 1947, 27 de octubre de 1951, etc.).

Puede, además, surgir conflicto de intereses, por razón del negocio simulado, entre terceros de buena fe (que hayan confiado en su validez). Por ejemplo, entre acreedores del vendedor simulado y acreedores del simulado comprador. Entonces, cuando otra cosa no se siga de la naturaleza o particular protección, o clase de los derechos de los terceros, o de alguna disposición especial, el conflicto se debe resolver, en principio, a tenor de la regla de que el negocio simulado es nulo y por ello carece de efectos.

(30) Y, por ejemplo, el enajenante simulado, puede reivindicar la cosa del simulado adquirente, salvo que pueda invocarse el principio de que en igualdad de causa torpe es mejor la condición del que posee: C. c. artículos 1.305 y 1306.

45. *Cuestiones particulares.*

Antes de finalizar el estudio de la simulación conviene examinar algunas cuestiones particulares. Tales son:

A) *Simulación entre sólo algunas partes.*

Simulación por acuerdo en el que no intervienen todos los sujetos que son partes en el negocio o en el que no intervienen todos los destinatarios del mismo. Por ejemplo, contrato de sociedad en el que contrayéndolo cuatro contratantes sólo dos acuerdan entre sí que sea simulado.

La solución que parece más correcta es la de pensar que, en principio, no hay verdadera simulación (sino sólo reserva mental de los supuestos simulantes) mientras que no intervengan en el acuerdo todas las partes o el declarante y todos los destinatarios. Ahora bien, si es separable del resto del negocio lo simulado, hay nulidad de esto.

B) *Simulación en negocio en el que interviene autoridad o funcionario.*

En el caso de simulación en negocio en el que interviene una autoridad o funcionario es preciso distinguir la función que tal intervención desempeña, y el negocio es válido, por regla general, cuando ésta tiene carácter constitutivo.

C) *Simulación en el matrimonio.*

Aparte del carácter constitutivo o no (art. 100) de la intervención de la autoridad, la doctrina dominante se inclina por la tesis de la validez, a pesar de la simulación, argumentando principalmente sobre la base de las graves consecuencias de orden social y moral que traería la admisión de la nulidad.

### PARTE TERCERA: DECLARACION NO PROCEDENTE DEL SUJETO

47. *Casos en que se da.*

No hay declaración procedente del sujeto del negocio en dos casos: 1.º Cuando no hay declaración, sino una apariencia de la misma. 2.º Cuando habiéndola no procede del sujeto del negocio.

Aunque haya una apariencia de declaración ésta no es verdadera: 1.º Si no hubo voluntad del comportamiento o conducta en que la declaración consiste. 2.º Si aun realizándolo voluntariamente no se tenía conocimiento o conciencia de su valor de declaración.

48. *Falta de comportamiento voluntario.*

Falta un comportamiento voluntario siempre que por cualquier causa no es imputable al sujeto el acto externo en el que la declaración consiste, o no lo es una parte del mismo sin la que—aun siéndole imputable el resto—no puede decirse que haya conducta declaratoria.

Nos encontramos en este último supuesto de inimputabilidad parcial cuando, por ejemplo, se escribe la carta aceptando una oferta de contrato pero se guarda en el cajón del escritorio para meditar sobre la conveniencia de enviarla, y el secretario, creyéndolo un olvido, la remite al oferente.

Cabe decir aquí que falta la voluntad de declarar (de *enviar*, sin cuyo envío no hay declaración *emitida*, sino mera *preparación* de la misma), pero que si el destinatario justificadamente confió de buena fe en la declaración y el declarante no observó la diligencia debida, habida cuenta de las circunstancias, para evitar el envío de la declaración, ésta es válida; en caso contrario es nula.

Hay inimputabilidad total, por ejemplo, si el sujeto por un tic nervioso alza o baja la cabeza (signo afirmativo) sin percatarse de ello, o habla o escribe en estado de demencia o de embriaguez o sonambulismo, o forzado por violencia física.

Aquí vamos a examinar a continuación el supuesto de violencia; en los otros hay nulidad (31), faltando la voluntad de declarar y, consiguientemente, la declaración de voluntad.

49. *Violencia.*

Hay *declaración* obtenida mediante violencia física, *vis absoluta*, *vis phisica* o *vis corpore illata*, cuando el acto en que aquélla consiste se arranca *materialmente* por la fuerza al violentado.

El Código, con ocasión del contrato, dice: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible» (art. 1.267, 1.º).

Realmente no estamos en el caso presente frente a una verdadera declaración de voluntad, sino meramente ante una *aparición* de la misma, pues ni siquiera existe un *acto* del sujeto violentado (al que, por ejemplo, se le mueve a la fuerza la cabeza para que parezca que hace un signo afirmativo), sino un acto del que violenta, que, utilizando al otro como *simple instrumento*, es quien produce el resultado exterior. El que violenta sofoca la declaración del violentado (si es que éste pensaba emitir alguna: Cfr., por ejemplo, art. 674), es decir, le impide obrar y a la vez obra él, sin que en la *aparente declaración* de dicho violentado tenga éste un papel superior al que, por ejemplo, tiene la pluma en la redacción de una declaración escrita: *non agit, sed agitur*.

A tenor de lo dicho, se trata de un supuesto en el que, en pu-

(31) Pero no procede ahora el estudio de los mismos, porque corresponde hacerlo al tratar del *sujeto* que declara.

riedad de principios, falta no sólo la voluntad interna, voluntad que discrepase de la declaración, sino que, faltando también ésta, no existe ni siquiera la voluntad de declarar.

Ahora bien, en nuestro Derecho positivo, los efectos de la violencia se equiparan a los de la intimidación (*vis relativa*); de forma que, como hemos dicho, al tratar de ésta, el negocio afectado por aquélla no es nulo como se puede pensar lógicamente debería, sino anulable. Mas esta solución, desde el punto de vista práctico, es quizá más conveniente y, desde luego, no cabe atribuirle a que el legislador iguale violencia e intimidación, sino a que, aun percatado de sus diferencias (como lo prueba no sólo el hecho de definir a ambas marcando sus fronteras—art. 1.267—, sino el de que generalmente, aunque hable de ellas juntamente, las diferencia; así, arts. 101, 102, 1.265, 1.268, 1.301, 756, 6.º), no quiso reflejar éstas en el terreno de las consecuencias. Por eso, cuando, respecto de un tipo concreto de negocio, la ley no hable de su invalidez por causa de la violencia, hay que entender, aplicando el principio de equiparación de sus efectos a los de la intimidación, que es anulable, pero no nulo como la doctrina ha pretendido a veces (especialmente para legislaciones extranjeras iguales en este punto a la nuestra), basándose en *existir* declaración del *intimidado*, en un caso, y *faltar* realmente declaración del *violento* en el otro.

Es anulable todo negocio viciado por violencia, aunque el Código sólo hable de ella con ocasión de algunos (matrimonio—artículos 101, 2.º y 102, 2.º—, testamento—673—, contratos—artículos 1.265, 1.267, 1.º; 1.268, 1.301, 3.º—), pues, evidentemente, a tenor de lo dicho al hablar de la intimidación, a los demás se aplicarán esas reglas por analogía. Prácticamente, sin embargo, no se dará ocasión de utilizar la violencia en todos aquellos negocios en que la intervención de funcionarios públicos o de terceras personas la evita (así, matrimonio, celebración de contrato en escritura pública, etc.), ni será usual que se emplee para obtener el otorgamiento de documentos privados, ya que aparte de ser extremadamente difícil hacer firmar a otro llevándole la mano a la fuerza, no cabe duda de que a primera vista se percibiría la falta de identidad con la firma del interesado o la diferencia de grafía si se le forzó a redactar el cuerpo del escrito. Por eso, campo más apropiado para la violencia lo parecen aquellas declaraciones que se emiten mediante signos, ademanes, silencio, etc.

##### 50. *Falta de conciencia del valor de declaración.*

Como decíamos, tampoco hay declaración verdadera cuando, el sujeto, aun observando voluntariamente la conducta externa, no tiene conciencia de que ésta valga como declaración. Por ejemplo, se hace un ademán que significa normalmente asentimiento, ignorándolo el que lo ejecuta.

Así como en el caso de violencia, normalmente hay *conciencia* del valor de declaración del comportamiento exterior que, *no queriéndolo*, se realiza como instrumento del que violenta, en el caso presente *falta aquella conciencia*, pero *se quiere el comportamiento*.

Hay voluntad del acto (en sí), pero no voluntad de declarar, porque aquél no se quiere *como declaración* (se quiere el ademán en el ejemplo puesto, pero no se quiere asentir mediante él).

Mas ocurre que la apariencia de declaración, cuando suscita la confianza de los demás, que la toman razonablemente por verdadera declaración, y procede, además de culpa del sujeto que obrando con la debida diligencia debió percatarse del significado que se le daría, vale como declaración, no siendo invocable frente a ella la falta de voluntad interna ni la de voluntad de declarar.

Sobre la base, pues, del principio de responsabilidad, la declaración es válida, y solo cabe que sea nula, cuando aun siendo culpable el sujeto, a su conducta no se le atribuyó de buena fe por los demás valor declaratorio, o no debió atribuírsele.

#### 51. *Declaración no procedente del sujeto del negocio.*

La hay cuando procede de otro, o cuando, habiendo una declaración del sujeto del negocio, ésta llega desfigurada al destinatario, de forma que la que éste recibe no es atribuible a aquél.

Cuando la aparente declaración de uno, procede de otro que celebra el negocio fingiendo ser aquél o atribuyéndole la declaración—por ejemplo, *A*, diciendo ser *B*, celebra un contrato como si fuera *B*, o falsifica la firma de éste, haciendo a *C* una oferta que éste acepta—, no hay, desde luego, declaración del sujeto suplantado, e, independientemente de otras consecuencias de la falsificación o suplantación, la declaración no puede producir efectos como si proviniese de quien aparece provenir.

No hay negocio ni del sujeto que actúa—por no actuar como quien es—ni de aquel como quien se actúa—por no ser él quien actúa—.

Cabe, sin embargo, pensar que en alguna hipótesis, cuando aquel a quien se atribuye la declaración sea culpable de que ésta pase por suya (por ejemplo: *B* facilita a *A* los medios para que celebre con *C* un contrato aparentando ser *B*, y, posteriormente contribuye a que *C* crea haber contratado realmente con él), el negocio sea válido a base de los principios de responsabilidad y confianza.

Por último, cuando al transmitirse la declaración está resulta desfigurada, la que recibe el destinatario no es la verdadera declaración del sujeto del negocio; por eso, éste es nulo, salvo que, aplicando los principios de responsabilidad y confianza, sea, excepcionalmente, válido por haberlo creído justificadamente el destinatario, y ser el declarante culpable de la inexacta transmisión de la declaración.

