Giovanni Battista Ferri

EL NEGOCIO JURÍDICO

Traducción y notas de
Leysser L. León

Presentación de
Guido Alpa

ARA Editores

Giovanni Battista Ferri
Profesor Ordinario de Derecho Civil
Universidad de Roma "La Sapienza"

El negocio jurídico

Traducción y notas de
Leysser L. León
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Presentación de
Guido Alpa
Profesor Ordinario de Derecho Privado
Universidad de Roma "La Sapienza"

ARA EDITORES

1era. edición: agosto 2002
Derechos Reservados: ARA Editores E.I.R.L.
Hecho el depósito que exige la ley
Reg. N° 1501012002-3366
Diagramación y composición / Diseño de carátula
Víctor Arrascue Cárdenas
Hecho e impreso en el Perú
Printed in Perú
ISBN: 9972-626-10-5
Géminis 701 Dpto. 301-B Los Olivos Lima 39 - Perú
Teléfonos: 522-5870 / 855-0193
E-mail: araeditores@yahoo.com

© Casa Editrice Dott. A. Milani (CEDAM), 2001.
Título original de la obra:
Giovanni Battista FERRI, *Il negozio giuridico.*
Padua, 2001.

De la presente edición:
© ARA Editores E.I.R.L.
Lima-Perú, 2002

De la traducción:

© Leysser Luggi León Hilario.

A Giovanna

ES PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

PRESENTACIÓN

Sumario: *1.* Premisa.- *2.* Idea y sistema del negocio jurídico.- *3.* Las críticas contra la noción de negocio jurídico.- *4.* El negocio jurídico y el Código Civil italiano.

1. Dedicar un libro al negocio jurídico, tan comprometedor y rico en historia, y elegirlo como centro de un sistema, que es patrimonio de todo jurista, implica, inevitablemente, una labor evocativa. Se trata de una noción que ha conseguido superar la crítica que niega su sacralidad, así como los ataques de aguerridos ingenios, pero que ha demostrado, al mismo tiempo, temple, consistencia y firmeza tales que la llevan a herir susceptibilidades y a suscitar opiniones apriorísticas. Insistir en escribir sobre el negocio jurídico deviene, pues, un trabajo arduo y riesgoso: es difícil añadir algo nuevo, es inevitable repasar sus orígenes y es dilatada la fatiga; como si fuera poco, el resultado, favorable o desfavorable, parece estar descontado, pero ni siquiera por las conclusiones alcanzadas, sino por la actitud misma del estudioso que ha concebido la idea de ocuparse del tema y emprende su análisis.

Con todo, no bastaría anotar que Giovanni Battista Ferri ha logrado evitar reiteraciones, que mantiene viva la atención

de los lectores, y expresa ideas y juicios cuyas notas saltantes son la originalidad y la lozanía. Es legítimo sospechar que incluso las expectativas del lector más desencantado y escéptico no quedarán desilusionadas. Los argumentos a discutir, las anotaciones a destacar, las opiniones a debatir resultan tan numerosas que comportarían, para el comentarista, una tarea, acaso no igual de onerosa, pero con seguridad, no menos ardua.

En esta oportunidad nos vemos convocados a circunscribir dicha tarea a una presentación, y trataremos de cumplir el cometido.

2. El objeto del libro es el negocio jurídico, un símbolo de la libertad que es frenado (o "controlado", si se quiere) y modelado por el ordenamiento positivo. La perspectiva adoptada por el Autor –"entre libertad y norma"– no es mecánica: se ubica a justa distancia de la posición que ensalza la autonomía, a despecho de las intervenciones estatales (¿cómo no recordar aquella expresión de Domenico Rubino, quien al referirse al principio de buena fe en la interpretación se dolía del "Estado metiche"?), y de la posición, por decirlo así, "intervencionista", que magnifica el interés público –identificado con los intereses perseguidos por el ordenamiento jurídico–, a despecho de las decisiones de los particulares. En realidad, estamos ante una perspectiva equilibrada, porque tiene en cuenta ambas dimensiones, aprecia sus orígenes, sus fines y su funcionalidad. Es una perspectiva que se echa de ver en la estructura misma de la obra, que está dividida en dos partes: en la primera se trata la "idea" de negocio; en la segunda, la relación entre esta idea y el derecho codificado, el "sistema" del Código Civil italiano.

Asumir la "idea" como punto de partida tiene un significado bien preciso: constituye, de suyo, una elección de campo. El

negocio jurídico tiene corporeidad y legitimación propias, una existencia "real" propia en la cultura jurídica; por lo tanto, el jurista, cualquiera que su voluntad o el nivel en que se ubique, no puede prescindir de él. Se trata, digámoslo así, de una institución sólida como una roca. Pero ello no quita que sea necesario verificar si en la actualidad constituye un mero resto arqueológico –como un agudo autor expuso años atrás (F. GALGANO, voz *Negozio giuridico (dottrine generali)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milán, 1977, pp. 932 y ss.), al señalar el inicio del repaso del entero fenómeno–, que con su aura, digna de un museo, representa valores superados con el tiempo y replanteados por la evolución económica y técnica, o si, por el contrario, está aún en condición de traducirse, modernizado y adecuadamente retocado, en un instrumento útil, que en cuanto tal, no debe quedar relegado.

Partir de la "idea" significa, por lo tanto, "decodificar": significa, sobre todo, desembarazarse de las definiciones elementales –y por lo mismo sintéticas–, pero demasiado simplistas, que aún están presentes en algunos manuales (y que, por cierto, se citaban a memoria en los manuales de otra época); significa apelar a la historia para una mejor comprensión; significa reconocer que estamos frente a una *opera aperta*, que debe ser recreada progresivamente para adecuarse a las exigencias del tráfico y, en no menor medida, a las pretensiones de la ciencia.

Años atrás, con expresiones que merecen una atenta reflexión, Pietro Rescigno (*Appunti sull'autonomia negoziale*, en *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, al cuidado de Cesare SALVI, Milán, 1978, pp. 123-124) observaba: "la autonomía negocial de los particulares, erigida sobre la base de la igualdad frente a la ley y entre los sujetos, era una [...] autonomía de los individuos, y en la fórmula 'declaración de

voluntad' se celebraban la libertad y el poder de los particulares en la esfera de sus intereses; en otras palabras, la iniciativa económica y la propiedad 'privada' trasladadas del terreno político al plano de las relaciones económicas, y vistas con indiferencia y tolerancia (y que luego desembocarán en un 'juego' incontrolado del sistema jurídico)".

Resulta grande, pues, la tentación de pasar la página y de abandonar definitivamente aquel mundo. Pero el mismo Rescigno (*ibid.*, p. 124) tiene el cuidado de explicar que "la autonomía negocial, ya no restringida a los intereses individuales, sino extendida a los intereses colectivos de los grupos privados [...] contribuye a revalorar, en nuestra época, una noción que parecía estar ligada con las vicisitudes patrimoniales del individuo y con el falso mito de la igualdad".

La imagen que se deduce de las expresiones anteriores es que la noción examinada sigue constituyendo un conspicuo producto de la cultura jurídica, que cristaliza algunos de los principios de esta cultura, que han superado las barreras del tiempo y del espacio; por lo tanto, ya no es posible erradicarla del mundo del derecho, aunque no tengamos por qué convertirnos en prisioneros de ella: o al menos, no en prisioneros de la idea original. Es innegable, a estas alturas, que la obra de Francesco Galgano ha descubierto perspectivas de las que no nos es dado prescindir.

Si hacemos nuestra la premisa de Francesco Calasso, nos encontramos, frente a una categoría lógica, que se acepta o se rechaza como tal. Una categoría "menos superada y obsoleta de cuanto se crea" –como nos dice el Autor del presente volumen–, porque el negocio jurídico "no es una mera noción técnica, que se pueda deducir sólo de la actitud concreta de un régimen legal determinado; el negocio jurídico constituye una

categoría lógica, que por su alcance, necesariamente general, debe enmarcarse en los sistemas lógicos de los que es expresión".

Uno podría inclinarse a considerar que la actitud favorable a la conservación de esta categoría es fruto de una suma de impulsos emotivos, ya dictados por el afecto hacia las antiguas nociones, acaso asimiladas en la juventud (y por lo tanto revestidas del aura del "tiempo perdido"), ya cargados de una tradición dorada y majestuosa, ya urgidos por un culto mal disimulado del lenguaje esotérico, encaminado a salvar la especificidad de la ciencia y de la técnica del derecho. En realidad, estas actitudes son tan frágiles que el estudioso advertido logra reprimirlas y depurarlas, sin perjuicio del amor por el objeto de su investigación, o hasta de su identificación con este último, en los casos más extremos. Ninguno de tales defectos se percibe en la obra que se presenta.

3. El negocio jurídico ha superado la crisis que su análisis y su aplicación constantes inauguran y clausuran alternativamente. La circunstancia de seguirlo estudiando, de tener que cuestionar su utilidad, de deber justificar su empleo, brinda señales evidentes de ello, pero resalta, al mismo tiempo, su vitalidad.

Las críticas recientes son variadas, y el Autor las analiza, sin omitir, empero, una cuidadosa explicación de las más antiguas (teorías objetivas, teorías normativas, teorías valorativas). Son críticas serias, meditadas, inteligentes. Se comienza con la crítica que llamaremos **ideológica**, que por fundarse históricamente, sólo puede ser superada si se transforma la idea inicial en una categoría que ya no es utilizable (y que quizá, ya no es utilizada) para perseguir las finalidades iniciales (el problema ha sido retomado por Enzo ROPPO, voz *Contratto*, en *Digesto delle Discipli-*

ne Privatistiche, Sezione Civile, vol. IV, Turín, 1989, p. 94, y ahora en ID., *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Milán, 2001, pp. 68 y ss.). Se dirige, luego, contra la crítica **historicista**, que terminaría transformando el negocio jurídico en un diacrónico mosaico de distintas definiciones, y por despojarlo, así, de contenido; un punto de vista contra el cual se han rebelado los historiadores actuales (cfr. Paolo GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 1986). Y se aborda, asimismo, la crítica **lingüística**, que imputa a la noción características provinciales, y niega su universalidad, en atención a que es intraducible en idiomas y nociones propias de otros ordenamientos. El Autor nos recuerda, sin embargo, que también en el *common law* –para hacer referencia a la experiencia más distante de la nuestra– se han desarrollado nociones similares, que han experimentado una evolución singularmente paralela (*promise, contract, agreement*). Nos recuerda, de igual forma, la experiencia francesa del *acte juridique*, descrito en los estudios de la doctrina con un discurso no tan disímil del actualmente empleado para el negocio jurídico. Al final, se arriba a la crítica **funcionalista**, que aspira a sustituir terminológicamente las expresiones "negocio", "negocial" y "negociación" por términos homólogos que hacen referencia al "contrato". En este punto, la objeción del Autor se sustenta en convincentes argumentos: la gran difusión de aquellas expresiones, que han llegado a constituir parte integrante e insuprimible del lenguaje jurídico; el hecho de que la práctica judicial y los fundamentos de las sentencias estén invadidos de ellas, a tal punto que se ha reforzado el recurso a las mismas; el hecho de que tales expresiones sean más espaciosas y extensas (por constituir significantes de objetos que abarcan actos de naturaleza muy diversa), en forma tal que no pue-

den contenerse totalmente en el término "contrato". Al respecto, se pueden recordar algunas expresiones conclusivas de Rodolfo Sacco: "no se desconoce que la noción clásica de relevancia de la voluntad, y la reducción de la relación entre declaración y mutación(*) al nivel de una relación de causa a efecto, tenían algo de ingenuas. Pero la ingenuidad puede subsanarse sin deshacer la lengua y el vocabulario. La rigidez de los conceptos, fruto de otra ingenuidad, se subsana con la señalación de la diferencia que existe entre la noción correcta y la que se quiere criticar; para subsanarla es innecesario recurrir a expresiones no definidas, y con respecto a las cuales es posible preguntarse si son definibles" (en R. SACCO y G. DE NOVA, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo SACCO, I, Turín, 1996, p. 22).

En consecuencia, se pueden plantear distintas investigaciones, que abran nuevos horizontes, tanto en la evaluación de la experiencia práctica, cuanto en el progreso de la ciencia jurídica: ¿Qué empleo hace la jurisprudencia de la categoría "negocio jurídico" en los "precedentes", en los fundamentos de las sentencias, en los *obiter dicta*? ¿Cuáles de los principios generales

(*) Aquí el profesor Rodolfo SACCO utiliza el término *vicenda*, que no es exacto traducir al castellano como "vicisitud" (aunque así se lea en algunas autorizadas ediciones españolas de monografías y tratados italianos). El mismo autor expresa que *vicenda* "es toda mutación –constitución, modificación o extinción– de la relación" (jurídica). El negocio jurídico, a su vez, "es una declaración, con la cual el sujeto dispone ciertas mutaciones de relaciones jurídicas". La relación, en fin, "es la situación existente entre distintos sujetos de derecho, y comporta derechos y deberes" (en R. SACCO y G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, p. 21). "Vicisitud", tal cual se confirma en la 22ª. ed. del diccionario de la RAE significa: "orden sucesivo o alternativo de algo", o bien "inconstancia o alternativa de sucesos prósperos y adversos" [*N. del T.*].

que deben su existencia a dicha categoría son aplicados hasta ahora? ¿Qué incidencia tendrá hoy aquella construcción teórica en la labor doctrinal de los tiempos modernos? Estas interrogantes fueron afrontadas en su momento, incluso desde una perspectiva más general, en algunos fascículos de la revista *Contratto e Impresa*, dirigida por Francesco Galgano.

4. Una más amplia consideración recibe la última crítica, a la que el Autor dedica toda la segunda parte: si el negocio jurídico constituye una noción superflua por no haber sido consagrada expresamente por el legislador, que la habría rechazado al redactar el Código Civil.

Si se razonara con horizontes planetarios, como se ve forzado a hacer René David en su volumen sobre los "grandes sistemas jurídicos", se podría objetar, en principio, que el derecho es también ciencia del derecho, ciencia y cultura histórica; así pues, la ausencia del negocio jurídico del Código Civil, por sí sola, no demostraría mucho; pero se trataría de un criterio algo simplista.

Por lo tanto, el Autor va más allá: indaga sobre los trabajos de la codificación, en la composición de las comisiones, en las cuales era imposible que tantos romanistas estuvieran tan convencidos de un rechazo radical. Encuentra en el Código huellas de referencia, si no a la expresión "negocio", al menos a componentes o indicios que codifican su presencia permanente en la mente del legislador. Cita pasajes inequívocos de la *Relazione al Codice civile* (n. 646)(*), donde, a propósito de la simulación, se

(*) La *Relazione al Codice civile*, que en el presente volumen será siempre citada con su denominación original, constituye una suerte de "exposición de motivos" oficial

admite que "se habla de negocios, y no de contratos, porque de conformidad con la doctrina, se ha reconocido expresamente que la simulación también puede configurarse en los actos unilaterales *inter vivos* destinados a una persona determinada (art. 1414, 3er. párrafo), es decir, en los actos unilaterales recepticios".

Nada de ello conlleva tener en menos las importantes novedades introducidas en el Código Civil de 1942, que el Autor discute al describir los elementos del negocio-contrato, con un resalto de la unidad de la noción: tal es el caso de la invalidez, de la forma, del objeto, de la causa.

En la actualidad es indiscutible que la noción de negocio jurídico que surge del debate, y que hoy goza de crédito para la doctrina, tiene naturaleza "objetiva": es fruto de una opción advertida, y está vinculada, igualmente, con la "mercantilización" del derecho privado. Es el resultado inevitable de las exigencias de la práctica (apariencia, confianza, buena fe), y de aquella concepción de la operación económica –que recibe un ropaje jurídico en el negocio–, entendida como "plan económico" de las partes, con distribución de riesgos, ventajas y desventajas, destinada a reaccionar frente a las circunstancias a las que está expuesta (al respecto, el Autor recuerda, en particular, la contribución de Mario Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975). Así se legitima, en primer lugar, el recurso a la teoría de

---

del Código Civil italiano de 1942. Fue redactada por el Guardasellos (título con el que se denomina al Ministro de Justicia y Gracia) Dino Grandi (1873-1944).

Las citas corresponden a la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942, per l'approvazione del testo del Codice civile*, en *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro"*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943 [*N. del T.*].

las circunstancias sobrevenidas, y secundariamente, la técnica de la presuposición. Este discurso se desenvuelve paralelamente al que objetiviza los "motivos" del negocio.

La voluntad, por lo tanto, sigue constituyendo la esencia del negocio; sin embargo, el Autor advierte: "afirmar que la voluntad es, y es imposible que no lo sea, el elemento de sostén de la actuación negocial, no significa descartar o negar la relevancia a aquellos principios de comportamiento (buena fe, confianza, etc.) que gobiernan necesariamente toda acción (como es el negocio) que pretende ser un instrumento de contacto y de relación entre individuos". Una voluntad depurada, entonces, de toda tentación subjetivista o psicológica, de todo énfasis moralista (como emergía de las vívidas páginas de Paul Esmein), de toda sugestión individualista. Una voluntad en la que inciden los instrumentos del ordenamiento, desde el mismo momento de su interpretación, y con más gravedad, en el momento de su heterointegración.

Aunque se trata de una obra que juzga con favor el negocio jurídico, y que, por lo tanto, propone su conservación, no se trata de una obra *rétro*. La advertencia que se hace al lector es que, hoy por hoy, el negocio jurídico, si bien legitimado en su existencia, no puede seguir siendo empleado con la naturaleza y ausencia de crítica que distinguía a la doctrina de años pasados. Es, en resumen, una invitación a ser más conscientes y cuidadosos, y con esta conclusión deben convenir incluso aquellos que auspiciaban el abandono del negocio jurídico, luego de haber demostrado su obsolescencia.

Meditar sobre páginas refinadas y elegantes, elaboradas con escrupulosa documentación, que no ceden a la erudición, ni al dato gustoso pero marginal, ni al culto de la investigación que peca de melindrosa, es un placer cada vez más raro para el juris-

ta; por la misma razón, empero, resulta más agradable. Y si las páginas componen un ensayo de una estructura equilibrada y con un mensaje multidimensional, se puede afirmar, sin ningún exceso en el dictamen, la presencia de un trabajo que dejará huella.

En la literatura jurídica, estimaciones así de comprometedoras sólo se pueden efectuar, por lo general, con el paso del tiempo. Es el tiempo, árbitro impiadoso, el que hace justicia a las teorías, a las tomas de posición, e incluso a las tendencias que se tienen por consolidadas. Las obras jurídicas requieren, por lo demás, largos años de cristalización y aclimatación para transformarse en puntos de referencia permanentes y en instrumentos de reiterados requerimientos.

Después de la lectura de este libro de Giovanni Battista Ferri es difícil escapar a la sugestión de creer que estamos, desde ya, frente a un punto de referencia.

Guido Alpa
Profesor Ordinario de Derecho Privado
Universidad de Roma "La Sapienza"

La página del traductor

Como bien advierte Guido Alpa en las páginas de su presentación, uno de los méritos incuestionables del presente volumen es el tratamiento elegante y acabado de una institución continuamente puesta en duda en el medio italiano, que termina comprobando su vitalidad, y precisando los verdaderos contornos, si no desmintiendo, la supuesta crisis que la afecta[1].

Y sin embargo, el profesor Giovanni Battista Ferri (nacido en Roma en 1938) persiste en aclararme que él no se reconoce como defensor del negocio jurídico, y que jamás tuvo la intención de asumir tal papel. Mas su discurso autodesmitificador, y del todo ajeno a falsas modestias, no me convence: lo justo es identificarlo como el más destacado exponente italiano en esta

---

(1) Del mismo parecer es uno de los más autorizados estudiosos italianos del derecho civil alemán, Salvatore Patti (*Il negozio giuridico: è vera "crisi"?*, en *Rivista di diritto civile*, año XXXII, parte II, Milán, 1988, p. 628), quien, con ocasión de la primera edición de *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, anotaba: "la obra puede ser vista como un análi sis sobre la dimensión y la efectiva existencia de la supuesta crisis, y constituye una respuesta meditada a las críticas que han atacado, sobre todo en los años del llamado 'derecho alternativo', y apresuradamente, al negocio jurídico".

materia, si se tiene en cuenta el importante dato de que con prescindencia de la recopilación de estudios de Vincenzo Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milán, Giuffrè, 1998 y el muy interesante volumen de Nicola Rondinone, *L'"attività" nel codice civile*, Milán, Giuffrè, 2001[2], hoy en día son de extrañar las otrora acostumbradas publicaciones italianas dedicadas a esta categoría y su problemática[3].

El interés del Autor por esta institución se remonta, en efecto, a los años de la elaboración de su tesis de licenciatura en la Universidad de Roma, que llevó por título *I cosidetti elementi naturali del negozio nella teoria degli effetti* (1960). Con posterioridad ha publicado, entre otros trabajos, las monografías *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milán, 1966) y *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto* (Milán, 1970), la obra de carácter historiográfico *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni* (Padua, 1990); los volúmenes

(2) A la fecha de redacción de estas anotaciones se encuentra en curso de publicación, asimismo, la 2ª. edición de la polémica obra del profesor Francesco GALGANO, *Il negozio giuridico*, para el *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, y ahora por Piero SCHLESINGER. Es ampliamente conocido, sin embargo, el neto contraste entre los puntos de vista de GALGANO y FERRI con respecto a la institución. Adriano DE CUPIS, autorizadamente, me daba cuenta de su perplejidad frente al hecho de que un cuestionador del negocio jurídico, como GALGANO, haya dedicado un entero volumen al blanco de sus críticas. Del ilustre Maestro romano, v. *La battaglia contro il negozio giuridico*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1984, IV, cc. 103 ss.

(3) Comentando una de las sucesivas ediciones de *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, obra que sirve de base al presente volumen, el colega chileno Hernán CORRAL TALCIANI (*El negocio jurídico: ¿Un concepto en crisis? A propósito de una obra de Giovanni B. Ferri*, en *Revista de Derecho Privado*, t. LXXV, Madrid, 1991, p. 28) ha tenido oportunidad de anotar: "se trata de una extraordinaria defensa del negocio posible únicamente para quien, tras años de exponerlo en las aulas universitarias, ha logrado ese fecundo conocimiento que proporciona el trato largo y asiduo con un buen amigo".

recopilatorios *Persona e formalismo giuridico* (Rimini, 1985), *Saggi di diritto civile* (2ª. ed., Rimini, 1994), *Le anamorfosi del diritto civile attuale* (Padua, 1994) y *Studi sull'autonomia dei privati* (en coautoría con Carlo ANGELICI, Turín, 1997); y principalmente, el ensayo *Il negozio giuridico tra libertà e norma* (5ª. ed., Rimini, 1995), que constituye la versión peliminar de la obra que se traduce en esta oportunidad.

Con plena legitimidad, pues, y refiriéndose a los antecedentes del presente volumen, Giovanni Battista Ferri testimonia: *Estas páginas nacen como producto de una contradicción: por un lado, pretenden ser un acto, acaso imperioso, de reconocimiento a un fiel "compañero" de estudios; por otro lado, tienen valor y sentido "exorcisantes", o liberatorios si se prefiere, porque están destinadas a alejarme de la presencia (prestigiosa, pero a veces incómoda) de esta institución, que es el negocio jurídico.*

Jamás he pretendido asumir el papel de defensor de oficio (terco e ingenuo, porque los testarudos son a menudo ingenuos) del negocio jurídico, porque este no necesita defensores; se defiende por sí solo, con todo el peso de la alta tradición cultural que tiene a sus espaldas, y que ha dado pie a que un prestigioso jurista del common law *como John Henry Merryman –de opinión nada sugestionada, ciertamente– lo considere como la más alta conquista de los estudios civilistas de Europa continental en los últimos siglos. Se defiende por sí solo, gracias a aquella mezca de racionalidad y razonabilidad que ha constituido, y sigue constituyendo, su núcleo central (es decir, su idea misma), así como sus expresiones, y que ha representado, para todas la variadas formas en que se manifiesta el actuar autónomo de los particulares, uno de aquellos puntos de referencia en los cuales, como sostenía Filippo Vassalli, con la simplicidad de su elegancia intelectual, "los datos de la vida han experimentado la transformación más plena en esquemas de pensamiento"*[4].

---

[4] G. B. FERRI, *Prólogo* a la 2ª. ed. de *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, Maggioli Ed., 1988 (ahora en la 5ª. ed., definitiva, de la misma obra, pp. 10-11).

Como Stefano Rodotà y Adolfo Di Majo, sus antiguos compañeros de estudios, Ferri gusta de reiterar sus lazos, y su deuda, con la "Escuela" del excelso jurista Rosario Nicolò (1910-1988) en la Universidad de Roma. *Haber sido su alumno, y haber tenido, además, la fortuna y el honor de ser guiado por él en mis estudios, y de recibir su estímulo al inicio de mi carrera académica, hace, paradójicamente, que no me resulte tan fácil hablar de él. Nicolò fue un verdadero Maestro, en el sentido más noble del término. En su Escuela se formaron muchísimos jóvenes, que cultivaron, indistintamente, la docencia, la magistratura y la profesión legal, a la que él también dio prestigio. Todo ello, junto con su capacidad, nada común, de volver simples y asequibles, pero no banales, fenómenos e instituciones de gran complejidad, sirviéndose del poder de su ingenio, podría parecer una constatación que peca de obviedad, en atención a que evoca datos, desde cierto punto de vista, descontados. Porque Nicolò era un talento jurídico natural, tenía un instinto innato para el derecho; era, digámoslo así, uno que había nacido para convertirse en el gran jurista que fue; un predestinado, por lo tanto, a crear una Escuela. Y a su fascinante personalidad científica se añadían los dones de una increíble carga de humanidad, apasionada y paterna, comprensiva y respetuosa de los métodos, ideas e ideologías ajenas, como tantos otros han destacado al recordarlo*[5].

Ferri ha realizado estudios de perfeccionamiento en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrech de Hamburgo (Alemania). Inició su carrera docente en las Universidades de Siena y Florencia, antes de pasar a la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Roma "La Sapienza", y finalmente, a la Facultad de Derecho de este mismo centro, donde actualmente es catedrático titular de Derecho Civil. For-

[5] ID., *Rosario Nicolò*, en *Quadrimestre*, Milán, 1988, p. 7.

ma parte de los comités de dirección de *Europa e Diritto Privato* (publicación trimestral de la editorial Giuffrè de Milán), y de la prestigiosa *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, en la que ha sucedido a su padre, el ilustre comercialista Giuseppe Ferri (1908-1988).

En su fundamental ensayo *I giuristi tra formalismo e antiformalismo* ha defendido y precisado el sentido de la perspectiva formalista (tan atacada por un relevante contingente de la doctrina italiana moderna), ya no como herramienta para cultivar la pura abstracción, sino como un medio para racionalizar la visión de los fenómenos sociales: *El camino que debe recorrer el jurista es, invariablemente, y principalmente, un camino "entre" las "formas" (ordenantes y sistemáticas) que constituyen su necesario e inmediato referente, porque estas representan las "proyecciones racionales" de la realidad, o si se prefiere, el "modo en que" la realidad puede ser racionalmente conocida*[6]. En otro lugar ha aclarado que *las categorías generales, los conceptos, no son únicamente elucubraciones teóricas y abstractas, debidas a las fantasías de un* Professorenrecht *(como bien ha evocado Paolo Grossi), sino los intrumentos indispensables para poder "comprender", "descifrar", el sistema mismo que el Código Civil expresa; para permitir al jurista el "descubrimiento de los secretos del nacimiento y consolidación de una sucesión de instituciones" (siempre en palabras de Grossi), de las cuales están compuestos tanto el Código Civil cuanto, en no menor medida, la realidad; por lo tanto, son instrumentos permiten al jurista ser algo más que un mero contador que se limita a enumerar los fragmentos del caos que la realidad, cotidianamente, presenta ante sus ojos. No es de extrañar que Tullio*

(6) ID., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, en *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, al cuidado de Paolo CENDON, II, Milán, Giuffrè, 1994, p. 403.

Ascarelli nos haya dejado dicho que "las categorías jurídicas comportan, verdaderamente, una reconstrucción tipológica de la realidad"[7].

Ferri, y no puedo dejar de mencionarlo, es un gran conocedor y admirador de la obra de Jorge Luis Borges[8]. En la nutrida biblioteca de su casa, situada en la apacible *Via* de Santa Melania, cercana del *Circo Massimo* y del *Lungotevere Aventino*, atesora un ejemplar autografiado por el gran Maestro argentino. En los singulares prólogos de sus obras es acostumbrada la atinada cita de pasajes de Oscar Wilde, Giovanni Papini, Albert Camus o Thomas S. Eliot. Departir con él constituye una grata ocasión para abordar los temas más diversos. Mis viajes a Roma están marcados por repetidas visitas a la *Keats-Shelley House*, en no menor medida que por los dilatados y repetidos coloquios sostenidos con el profesor.

* * *

Este es un nuevo trabajo culminado en el marco de mi *stage* como investigador en el Departamento "G.L.M. Casaregi", Sección de Derecho Privado, de la Universidad de Génova. Agradezco a mi tutora, la profesora Giovanna Visintini, por su permanente estímulo y por las facilidades que continúa brindándome en mis proyectos. Igual de importante es la ayuda que sigo recibiendo de mi Maestro, Luigi Corsaro, durante mis conti-

(7) ID., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato* (1991), ahora en ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padua, CEDAM, 1994, p. 126.

(8) En otra oportunidad (*Las malas lecturas y el proceso de codificación en el Perú*, en *Proceso & Justicia*, n. 2, Lima, 2002, p. 128), he recordado cómo los pareceres de BORGES y FERRI, sobre la imposibilidad del trabajo de los traductores, resultan sustancialmente coincidentes.

nuas estadías en Perugia, donde también tengo la fortuna de contar con el noble y cariñoso apoyo de Stefanie Haeger.

Giuseppe Ferri jr., Pier Giuseppe Monateri, Mauro Grondona, Matteo Della Casa, Elisa Barla, y Serafina Funaro han colaborado conmigo, generosamente, en distintas etapas de mi traducción.

He preparado la versión castellana del presente volumen en un período que coincide con el aniversario número treinta del matrimonio de mis padres, Mercedes y Eliseo. Pensando en ellos pongo punto final a mi labor, seguro de que la compañía y el amor de mis hermanos, Leila y Laurin, mitigarán su pena por mi ausencia de todos estos días.

Pavía, 18 de enero del 2002

Bahía de Lerici, 17 de mayo del 2002

Leysser L. León
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

ABREVIATURAS Y ADVERTENCIAS SOBRE LA TRADUCCIÓN

Las principales revistas citadas de forma abreviada(*) en el texto son:

Arch. Phil. du Droit	Archives de Philosophie du Droit
Arch. giur.	Archivio Giuridico "Filippo Serafini"
Arch. für die civ. Praxis	Archiv für die civilistische Praxis

(*) Se citan a título completo, en cambio, revistas como: *Annali dell'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Università di Messina*; *Annali dell'Università degli Studi della Tuscia*; *Civiltà delle Macchine*; *Contratto e Impresa. Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale* (Padua) y *Contratto e Impresa/Europa* (Padua), ambas dirigidas por Francesco GALGANO; *Democrazia e Diritto* (ahora publicada en Nápoles); *Europa e Diritto Privato* (Milán); *Il Diritto della Famiglia e delle Persone* (dirigida por Vincenzo LOJACONO); *Juristen Zeitung*; *Jus* (de la Universidad Católica de Milán); *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht* (Leipzig); *Meridiano*; *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico* (dirigida por Paolo GROSSI); *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*; y la extinta *Quadrimestre* (Milán).

La abreviatura *Riv. dir. civ.*, vale para la antigua *Rivista di Diritto Civile* milanesa de la Società Editrice Libraria (publicada entre 1909 y 1943), y para la homónima publicación paduana de la CEDAM (fundada por Walter BIGIAVI, en 1955, y que continúa publicándose bimestralmente).

Circ. giur.	Il Circolo Giuridico "Luigi Sampolo" (Universidad de Palermo).
Dir. e giur.	Diritto e Giurisprudenza
Foro it.	Il Foro Italiano
Giur. it.	Giurisprudenza Italiana
Giust. civ.	Giustizia Civile
Jherings Jahrb. für Dogm.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Rep. Foro it.	Repertorio del Foro Italiano
Riv. dir. civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. dir. comm.	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
Riv. it. sc. giur.	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Riv. trim. dir. pubb.	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Las enciclopedias italianas citadas son las que siguen:

Digesto 4ª. ed.	*Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. Civile.* Turín, UTET, 1987-1999 (más apéndice). Dirigido por Rodolfo Sacco.
Diz. prat. dir. priv.	*Dizionario Pratico di Diritto Privato* Milán, Vallardi (¿1924?-1941, obra inconclusa). Fundado por Vittorio Scialoja.
Enc. del dir.	*Enciclopedia del Diritto* Milán, Giuffrè, 1958-1993 (más apéndices)

	Iniciada bajo la dirección de Francesco Calasso.
Enc. forense	*Enciclopedia Forense* Milán, Vallardi, 1958-1962. Dirigida por Francesco Santoro-Passarelli *et al.*
Enc. giur.	Enciclopedia Giuridica Treccani Roma, Ist. della Enciclopedia Italiana, 1988-1993.
Noviss. Dig. it.	*Novissimo Digesto Italiano* Turín, UTET, 1958-1975 (más apéndices) Dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula,
Nuovo Dig. it.	*Nuovo Digesto Italiano* Turín, UTET, 1937-1940. Dirigido por Mariano D'Amelio.

La técnica italiana para el citado de la jurisprudencia es como sigue: *Cass.*, vale por Corte de Casación (Sala o *sezione* Civil, a menos que se precise lo contrario). A veces las Salas deciden de manera conjunta, y allí se utiliza la expresión "Salas reunidas" (*Sezioni unite*). Entre nosotros es más común hablar de "Sala Plena".

La cita "Cass., 8 de abril de 1977, n. 1972" se lee: "Corte de Casación italiana, Sala Civil, sentencia n. 1972 del 8 de abril de 1977.

En todos los casos, se mantiene el término italiano *fattispecie* (que vale por "hipótesis de hecho" de la norma, y otras veces, simplemente, como "figura", "especie" o "supuesto", en general). He tenido oportunidad de justificar esta opción en Emilio Betti y otros, *Teoría general del negozio jurídico–4 estudios fundamen-*

tales, trad. y ed. al cuidado de Leysser L León, Lima, Ara Editores, 2001, p. 36, nota 3).

Sobre la *fattispecie* (y el *tatbestand*, término alemán del que ella proviene) siguen siendo ilustrativas las páginas de Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. II, 15ª. ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1960, § 136, pp. 858-860; de Emilio Betti (quien se atribuye la introducción del concepto en el medio italiano), *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª. ed. (1950), 4ª. reimpr., al cuidado de Giuliano Crifò, Esi, Nápoles, 1994, p. 8 y nota 2; y de Carlo Maiorca, voz *Fatto giuridico-Fattispecie*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Turín, 1961, pp. 111 y ss., especialmente, p. 113.

Donde me ha parecido imprescindible para la comprensión del texto, he traducido algunos de los enunciados que en la versión original de la obra comparecen en inglés, francés y alemán (las traducciones van siempre entre corchetes [ ]), así como los artículos del Código Civil italiano vigente que no formen parte de la normativa sobre el contrato en general (debido a que esta última integra el anexo I del presente volumen), del Código Civil italiano de 1865, del Código Civil francés (1804) y del BGB (1900).

En las notas finales de cada una de las partes he dado cuenta, asimismo, de las ediciones en castellano de las obras que componen la extensa bibliografía citada por el Autor.

El Traductor

ÍNDICE

Presentación de Guido Alpa 7
La página del traductor 19
Abreviaturas y advertencias sobre la traducción 27
Introducción a la edición peruana 33
Introducción a la edición italiana 35

PRIMERA PARTE
LA IDEA DE NEGOCIO JURÍDICO

1. "Orígenes" romanistas y "crisis" actual de la institución. 59
2. Las teorías sobre el negocio jurídico. 93
3. Consideraciones adicionales sobre el papel de la voluntad en la teoría del negocio jurídico. 112
4. El negocio jurídico entre libertad y norma. 125

SEGUNDA PARTE
EL NEGOCIO JURÍDICO Y EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

1. La presunta ausencia del negocio en el Código Civil de 1942. 163
2. El negocio jurídico entre la ideología corporativista y el sistema actual. 191
3. Sobre algunas novedades "técnicas" del Código Civil de 1942. 237
4. Los requisitos del contrato según el art. 1325 cód. civ. 254
5. La denominada "objetivación" del negocio jurídico. 352
6. El art. 1366 cód. civ. y los problemas de la interpretación e integración del negocio jurídico. 391

Nota bibliográfica 445
Apéndice I Código Civil Italiano de 1942 453
Apéndice II Código Civil Peruano de 1984 489

Introducción a la edición peruana

1. Ante todo, me siento en la obligación de expresar un agradecimiento fraterno al doctor Leysser L. León, joven y culto jurista peruano, traductor elegante, cuidadoso y paciente de mi trabajo, que ha terminado conociendo al revés y al derecho, acaso en mayor medida, y mucho mejor –lo admito– de cuanto yo mismo lo conozco.

Dada la ocasión, me permitiré efectuar algunas reflexiones introductorias sobre el negocio jurídico, sin ninguna pretensión orgánica ni exhaustiva, que tengan como punto de partida el propio Código Civil peruano de 1984, donde la normativa sobre el "acto jurídico" comparece en el libro II.

En el art. 140 de las "Disposiciones generales" de dicho apartado, en efecto, se brinda una explícita definición del "acto jurídico", tal como sigue: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz; 2. Objeto física y jurídicamente posible; 3. Fin lícito; 4. Observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

El art. 141, modificado por la Ley n. 27291 del 24 de junio del 2000 aclara que "La manifestación de voluntad puede ser

expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, o por escrito o por cualquier otro medio directo manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".

El título IV del libro II contiene, limitada a tres normas (arts. 168-170) la normativa sobre la interpretación del "acto jurídico".

La decisión del legislador peruano trae a la mente, de inmediato, la del legislador holandés, que en el art. 33 del libro tercero de su Código Civil define el concepto de *rechsthandeling* (el "acto jurídico", ni más ni menos), de manera sustancialmente análoga a la del art. 140 del Código peruano, dedicado al "acto jurídico". Ambas definiciones se inspiran, principalmente, en la definición de *Rechtsgeschäft* señalada por Friedrich Carl von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlín, 1840, pp. 98-99).

Con estos elementos, si es que se puede objetar algo al legislador peruano, desde el punto de vista meramente formal, es el no haber sido más explícito, es decir, la circunstancia de no haberse referido directamente –como podía (y debía, a la luz de la definición del art. 140) hacerlo– al "negocio jurídico", y no al "acto jurídico". La solución que indicamos fue elegida, con anterioridad, por el legislador alemán que menciona el *Rechtsgeschäft*, a pesar de omitir una definición expresa sobre el mismo, y deja entender, de todas maneras, que esta categoría consiste en una *Willenserklärung*, que es imposible no asociar con la "manifestación de voluntad" indicada en el citado art. 140 del Código Civil peruano.

Desde este punto de vista, y fuera de toda paradoja, las decisiones del legislador peruano pueden ser asimiladas, en lo sustancial, a las del legislador italiano de 1942.

Porque hay que recordar que con la reforma de 1942, el Código Civil italiano, manteniéndose respetuoso de la tradición francesa –seguida en el Código Civil de 1865– no acogió el concepto de negocio jurídico, como sí se había hecho en el BGB. A fines del decenio 1970-1980, esta decisión hizo nacer en algún autor la creencia en una particular hostilidad del legislador de 1942 frente a la categoría conceptual en mención, a pesar de que esta había constituido un permanente punto de referencia de la doctrina italiana desde muchos años atras.

Fue así como se postuló cierto "repudio de la categoría del negocio jurídico en la codificación italiana de 1942" (F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, en *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* al cuidado de Cesare Salvi, Milán, 1978, p. 75), y se llegó a hablar de un "rechazo" (E. ROPPO, *Negozio giuridico, stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo*, en *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., p. 212) como síntoma de cierta crisis, mucho más general, de la institución (*ibid.*, *loc. cit.*).

Y sin embargo, la realidad no era tal. La evidencia de una actitud nada hostil frente al negocio jurídico, por parte del legislador italiano, estaba, por decirlo así, al alcance de la mano, si se reflexionaba con serenidad, y en atención a un doble orden de consideraciones.

Por un lado, habría sido suficiente leer la relación de los componentes de la Comisión Ministerial para la Reforma del Código Civil.

La presencia, entre los protagonistas de aquella reforma, de los nombres de Emilio Betti, Giuseppe Messina o Filippo

Vassalli (insignes Maestros del derecho civil, cuyos estudios no permitían percibir ni la más mínima "hostilidad" frente al negocio jurídico) habría podido (y habría tenido que) inducir a evaluar cautamente las intenciones y convicciones del legislador de 1942 con respecto a la institución que nos ocupa.

Por otro lado (y esto es aun más imperdonable), era imperioso leer la *Relazione al Codice civile*, que a pesar de no ser un texto vinculante para el intérprete, sí constituye, con toda seguridad, y al margen de la admisibilidad o no de las afirmaciones contenidas en el mismo, un documento que brinda el testimonio más atendible, y la posibilidad de una interpretación "auténtica" de los propósitos del legislador de 1942, y por lo tanto, de la verdadera posición de este último, que tampoco era hostil frente al negocio jurídico.

En más de una oportunidad, he tratado de brindar amplia documentación sobre la actitud favorable demostrada por el legislador de 1942 con respecto al negocio jurídico, a diferencia de cuanto se ha creído, y no obstante la decisión de no regular expresamente esta categoría conceptual en el Código Civil italiano.

Aquí me limitaré a recordar parte de dicha documentación.

En la *Relazione al Codice civile* (n. 604) se señala que por respeto a la tradición jurídica italiana se quiso regular, no "el" negocio jurídico, sino "aquel" negocio jurídico que constituía el "eje del mundo de las transacciones, que se llama contrato". Por otro lado, mediante una disposición especial (el art. 1324 cód. civ.), el legislador extendía la normativa sobre el contrato, "en cuanto fuera compatible", a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial.

En la parte dedicada a la interpretación del contenido del art. 1324 cód. civ., la *Relazione* (n. 604), el alcance de esta norma

se extiende también a los actos unilaterales *inter vivos* de naturaleza "no" patrimonial.

Y siempre en la *Relazione* (n. 602), la normativa sobre el contrato se extiende a los acuerdos con contenido no patrimonial "salvo en lo concerniente a las particularidades que estos presentan (en su formación y efectos, por ejemplo"), y se precisa que las normas establecidas para los contratos, en virtud de la capacidad expansiva que el legislador de 1942 –como se acaba de ver– ha atribuido a las mismas, suministrarán a la doctrina, indudablemente, "el instrumento y la base legislativa para una completa elaboración científica del negocio jurídico".

No fue casual que la promesa unilateral fuera definida, en la misma *Relazione* (n. 781), como una "subespecie de la categoría, mucho más amplia, del negocio jurídico unilateral".

Tampoco fue casual que en la *Relazione* (n. 646) se hablase de negocios jurídicos a propósito de la simulación. Y los ejemplos podrían continuar, incluso con referencia a la legislación especial, precedente y sucesiva a la entrada en vigor del Código Civil de 1942.

Como si ello no bastara, Filippo Vassalli, en una nota autógrafa de comentario a la definición de contrato contenida en cierto proyecto del libro de las obligaciones (fechado en abril de 1941, aunque se trate de una definición sustancialmente idéntica a la consagrada en el actual art. 1321 cód. civ.), y pensando, sin lugar a dudas, en el negocio jurídico, criticaba la referencia a la naturaleza patrimonial de las relaciones que el contrato estaba llamado a constituir, regular o extinguir, porque sostenía: "el lugar mismo en que está ubicada la noción de contrato es suficiente para establecer que se está tratando de relaciones patrimoniales. Con todo, *el límite no debe fijarse meramente en la definición de contrato contenida en el Código, porque el legislador no puede arrogarse*

la potestad de restringir el ámbito de una categoría conceptual que por tradición es más amplia, ni de poner barreras a la labor de la doctrina, que es la encargada de utilizar las categorías" (cfr. nuestro volumen *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padua, 1990, p. 29; aquí el resalto es añadido).

Así pues, el legislador italiano de 1942 tenía muy en claro la importancia del negocio jurídico como categoría conceptual. Pero por otro lado, manteniéndose fiel –como él mismo confiesa en la *Relazione*– a nuestra tradición jurídica, que sólo conocía el contrato, se quiso dictar para este último una normativa cuya capacidad expansiva fuera más allá de los puros aspectos estructurales y patrimoniales.

En los hechos, el contrato ha terminado convirtiéndose en un sinónimo de negocio jurídico para el legislador de 1942; frente a esta decisión, la doctrina tiene que ocuparse, en la plenitud de su libertad cultural, de precisar ulteriormente los contornos y contenidos téoricos y prácticos de la categoría conceptual, frente a la cual el legislador de 1942 no ha adoptado ninguna actitud hostil. No solamente es falso el "rechazo"; da la impresión, inclusive, de que se hubiera querido favorecer la operatividad de la categoría, si se tiene en cuenta, asimismo, el régimen legal de otras importantes figuras negociales, como el testamento, el matrimonio y las promesas unilaterales.

En la *Relazione* hay afirmaciones aun más explícitas al respecto. Por ejemplo, en el comentario sobre los arts. 2043 y siguientes del Código Civil, especialmente en la parte referida a la denominación previamente electa, de "hechos ilícitos", se aclara: "ha parecido más exacta la denominación 'hechos ilícitos', y no 'actos ilícitos', porque en otra parte del libro de las obligaciones (arts. 1324 y 1334) se ha designado con la voz 'actos' a los negocios jurídicos".

Conformemente, aunque en el Código Civil italiano no se dicte una definición de "negocio jurídico", ni de "acto jurídico", todas las veces que en él aparezca la voz "acto" hay que entender que con esta se ha pretendido designar al "negocio", tal como ocurre, pero de modo explícito y directo, en el Código Civil peruano, donde la definición contenida en el art. 140 identifica, precisamente, al negocio jurídico.

En particular, tenemos que destacar que la voz "acto" designa el "negocio jurídico" no solamente en el libro de las obligaciones del Código Civil italiano –según se sugiere en la *Relazione* (al hacer referencia a los arts. 1324 y 1334)–, sino también en otros libros. Recordaré, por ejemplo, la hipótesis normada en el libro primero, en el art. 428, 1er. párrafo, donde se establece la posibilidad de anular los "actos" llevados a cabo por una persona que, aunque no estuviera sujeta a interdicción, sea incapaz de entender o de querer al momento de la realización de tales "actos".

En el 2do. párrafo del citado art. 428 cód. civ. se prevé, asimismo, la anulabilidad de los "contratos" celebrados por personas que se encuentren en las mismas condiciones descritas en el 1er. párrafo, y que actúan en las mismas circunstancias de hecho.

Es claro que los "actos" referidos en el 1er. párrafo del art. 428 cód. civ. son los "negocios jurídicos unilaterales"; ello se deduce, no sólo de lo afirmado en la *Relazione*, sino también teniendo en cuenta que la "sanción" de la anulabilidad (mencionada en los dos párrafos de la norma citada) sólo puede vincularse con los "negocios jurídicos", ya unilaterales, ya bilaterales, porque la "sanción" típica de los "actos en sentido estricto" no puede ser la "invalidez" (nulidad o, como ocurre en el art. 428 cód. civ., anulabilidad), sino la "ineficacia", y por lo tanto, la imposibilidad de producir efectos.

Además, siempre con respecto al art. 428 cód. civ., los "actos" (mencionados en el 1er. párrafo) y los "contratos" (mencionados en el 2do. párrafo), justamente en atención a que sólo son anulables (y no nulos) son, sin más, productivos de efectos, hasta el momento en que se proceda a su anulación.

2. En cuanto al art. 140 del Código Civil peruano, nos detendremos, brevemente, en los primeros tres de los cuatro requisitos de validez del "acto jurídico" en él señalados. Nada diremos sobre la inclusión de la forma entre los requisitos "esenciales", cuando fuera exigida, porque ello concuerda con el § 125 del BGB [*], y con el inc. 4 del art. 1325 del Código Civil italiano vigente.

El primero de los requisitos señalados en el art. 140 del Código Civil peruano es el de un "agente capaz". Este requisito está mal ubicado, del mismo modo que lo está la *capacité de contracter* en el art. 1108 del *Code Napoléon* (y la *capacitá di contrattare*, en el art. 1104 del Código Civil italiano de 1865), donde también se enumeran los requisitos de validez.

La razón de nuestro parecer es que la capacidad del autor o autores del negocio jurídico no puede ser considerada elemento estructural del mismo; la capacidad es más bien una idoneidad del sujeto, que resulta extraña, necesariamente, a la estructura del negocio jurídico.

En cuanto al segundo requisito señalado en el art. 140 del Código Civil peruano –el "objeto física y jurídicamente posi-

(*) Código Civil alemán: "§ 125. Un negocio jurídico que carece de la forma prescrita por la ley es nulo. El defecto de la forma determinada mediante contrato también tiene como consecuencia, en la duda, la nulidad" [*N. del T.*].

ble"– da la impresión de que este también estuviera mal ubicado, y además, de que fuera limitativo, frente a la moderna realidad económica, en atención a que circunscribe el "objeto" del negocio a su carácter material, y ello significa excluir de dicha noción todos los "bienes" y "valores" económicos que pueden constituir (y constituyen, en los hechos) "objeto" de los negocios jurídicos.

La concepción adoptada por el legislador peruano podría parecer funcional para con una realidad socio-económica fundada en el derecho de propiedad, y que fuera expresión de una Sociedad del "tener", tal cual era, por ejemplo, la Sociedad de los propietarios de tierras e inmuebles y de los comerciantes a la que hacía referencia la codificación francesa, en la cual el contrato (por ser el más difundido de los negocios) se presentaba, principalmente, como un instrumento para transferir la propiedad.

Desde este punto de vista, se podía comprender la coincidencia entre la noción de "objeto del contrato" y la noción de "cosa", señalada en el art. 1126 del *Code Napoléon*, y en el art. 1116 del Código Civil italiano de 1865. Pero es inentendible por qué el legislador francés no ha modificado ni abolido dicho art. 1126, distintamente de lo decidido por el legislador italiano de 1942 que sí erradicó el viejo art. 1116, y ha dado a la materia del objeto una regulación más moderna, aunque ella no parezca tan coherente ni esté técnicamente libre de críticas y objeciones.

El tercer requisito de validez del "acto jurídico" indicado en el art. 140 del Código Civil peruano es el del "fin lícito". No se hace referencia a la "causa", como sí ocurre en el *Code Napoléon* y en el Código Civil italiano de 1942 (conformemente al Código Civil de 1865). A nuestro juicio, la solución adoptada por el legislador peruano resulta feliz desde el punto de vista cultural, porque el hecho de que la causa no sea mencionada expresa-

mente no significa que el sistema del legislador peruano desconozca su problemática, de acuerdo con la tradición cultural (y legislativa) que continúa haciendo referencia a ella.

Basta pensar en la "dimensión funcional" del acto (conforme al sentido que aclararemos más adelante) que logra ser evidenciada por el elemento "fin (lícito)" indicado en el art. 140, y si este es vinculado con las "circunstancias de comportamiento" (a las que se hace referencia en el art. 141, aunque sea con respecto a la manifestación tácita de voluntad), y con la "naturaleza del acto jurídico" a la que se refiere el art. 170, dictado en materia de interpretación de expresiones con varios sentidos.

Al respecto, es de destacar que los Principios de Unidroit y los *Principles of European Contract Law* no hacen referencia a la "causa", sino a la *nature and purpose* (es decir, a la "naturaleza" y al "fin" referidos en el Código Civil peruano). Hay que citar, en este punto, y por ejemplo, el art. 4.3 (literal d) de los Principios de Unidroit, y el art. 5.102 (literal c) de los *Principles of European Contract Law* redactado por la comisión presidida por el jurista danés Ole Lando; ambas disposiciones han sido propuestas en materia de interpretación del contrato, y en relación con las *relevant circumstances*. Por otro lado, también hacen referencia a la *nature and purpose* del contrato, el art. 5.2 (literal a) de los Principios de Unidroit, y el art. 6.102 (literal b) de los *Principles o European Contract Law*, propuestas en materia de contenido del contrato, y en relación con los temas de las *implied obligations* y los *implied terms*, respectivamente.

Para concluir esta referencia a algunos aspectos de recientes codificaciones privadas del derecho de los contratos, es conveniente recordar que en el *Code Européen des contrats*, propuesto por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, tampoco se señala la causa entre los elementos esenciales del contrato, sino solamente el "contenido" (art. 5, n. 3, literal b). Sin embar-

go, este contenido, para ser "útil", debe corresponder a un "*intérêt même non patrimonial des parties*" (art. 27), y para ser *possible*, tiene que permitir la obtención "*de l'objectif qui est poursuivi*" por las partes, mediante el contrato.

El *interêt* y el *objectif* del *Code Européen des contrats*, la mención a la *nature and purpose* en los Principios de Unidroit y en los *Principles of European Contract Law*, así como la "naturaleza", las "circunstancias" y el "fin" referidos en el sistema del Código Civil peruano, son indicios que permiten comprobar la presencia y la operatividad, como fundamento y esencia del acto de autonomía negocial, de una "dimensión funcional individual".

Pero acontece que esta "dimensión funcional individual" del negocio jurídico, a pesar de expresarse mediante distintas fórmulas, tiene que ver con las mismas problemáticas identificadas con respecto a la "causa" por la doctrina francesa e italiana; con respecto al *Zweck* y al *Grund*, por la doctrina alemana; y con respecto, incluso, a la *consideration*, que parece tenerse que entender, en la tradición del *common law*, como un equivalente de la causa del *Code Napoléon*, y del Código Civil italiano de 1865, es decir, como causa de las obligaciones contractuales.

Considerada desde este punto de vista –y queremos reafirmarlo–, la causa, con toda sus problemática, y a pesar de no haber sido indicada de manera expresa, no solamente no parece ser extraña a los sistemas de las codificaciones privadas representadas por los Principios de Unidroit, por los *Principles of European Contract Law*, y por el *Code Européen des contrats*, sino que tampoco es extraña al sistema del Código Civil peruano.

Me permito recordar, por otro lado, y con miras a conservar la dimensión funcional de la causa (que me parece un cometido imperioso) que le ha sido atribuida en la misma *Relazione al Codice civile*, que hace más de treinta años (en nuestro volumen

Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milán, 1966, *passim*) consideré oportuno interpretar dicha dimensión social desde una perspectiva predominantemente económica, y al mismo tiempo, estrictamente individual (y ya no "económico-social", como se establecía en la *Relazione*, n. 613).

A pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de mi trabajo, tengo para mí que aquella interpretación continúa siendo atendible.

Definir la "causa" como función económica-individual no pretende ser una vía, subrepticia si así fuera, para recobrar demandas y sugerencias de las antiguas teorías subjetivas.

Lo único que se busca es aclarar que, por un lado, en la compleja y detallada estructura que tiene la regla privada expresada por el contrato, la "causa" se presenta como el elemento de cohesión de todos los demás elementos (primarios o secundarios, sin distinción) de los que está compuesta tal estructura; por otro lado, dado que el contrato expresa, precisamente, una regulación privada de intereses, la "causa" resulta ser el indicio de cómo dicha regla privada constituye la "expresión objetivada" de las finalidades subjetivas que los autores del contrato pretenden realizar. Según esta última acepción, la "causa" es, por lo tanto, el elemento que enlaza, técnicamente, la entera operación económica contenida en el contrato, entendido en su conjunto, con los sujetos que son autores. En compendio, la "causa", como función económica-individual, pretende expresar la dimensión "racional" y "razonable" (*Zweck* y *Grund*, al mismo tiempo, si se quiere)(*) de la específica regla contractual, a través de la cual, las

(*) *Zweck* vale por "fin" en sentido general; *Grund* vale por "causa", "causa jurídica", de la atribución patrimonial en el sistema alemán [*N. del T.*].

partes ha regulado sus específicos y concretos intereses, teniendo en cuenta, justamente, la especificidad que en concreto los caracteriza.

3. El hecho de que el legislador peruano no haya mencionado la causa en el Código Civil no constituye un defecto; parece ser, más bien, y como se ha anotado, una decisión óptima. Al respecto, y si se aprecia bien, vuelve a ser oportuno recordar, con toda su sapiencia, las enseñanzas de Filippo Vassalli, cuando destacaba que el legislador no debe valerse de las definiciones para poner barreras a la labor de la doctrina, que es la que se encarga de utilizar las categorías, y de elaborarlas libremente.

Esta misma reflexión se puede proponer con relación a las decisiones del legislador peruano en materia de interpretación del acto jurídico, con respecto a la cual se han dictado –como se ha señalado al inicio– únicamente tres normas (arts. 168-170).

Como primer punto, tengo que señalar que lo limitado de esta normativa no quita nada a la funcionalidad del sistema hermenéutico propuesto; por el contrario, soy de la opinión de que el sistema es, a primera vista, eficaz y exhaustivo, y no es imposible que lo sea en mayor medida que su equivalente del Código Civil italiano (arts. 1362-1371).

Con una interesante solución, como veremos seguidamente, en el art. 168 se detallan los criterios generales para la interpretación; el art. 169 corresponde a nuestro art. 1363, y plantea, por lo tanto, el principio en virtud del cual las cláusulas del "acto" (negocio) jurídico se interpretan las unas por medio de las otras, y que prescribe atribuir a cada una de ellas "el sentido que resulte del conjunto de todas"; el art. 170, por último, se corresponde con nuestro art. 1369, y establece que las expresiones con varios sentidos se deben interpretar "en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

Es muy interesante, repito, la norma fundamental dictada en materia de interpretación, en el art. 168, donde se afirma que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

Con un texto breve, el artículo citado logra señalar –con mayor énfasis, me parece– más de cuando disponen, conjuntamente, nuestros arts. 1362 ("En la interpretación del contrato se debe indagar cuál es la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar el comportamiento global, incluso el posterior, a la celebración del contrato") y 1366 ("El contrato debe ser interpretado según la buena fe").

Además, el "principio de la buena fe" mencionado en el art. 168 del Código Civil peruano como criterio general y como principio "fundamental", por decirlo así, del entero sistema interpretativo del acto jurídico (y por lo tanto, del negocio jurídico) asume una dimensión justificadamente más amplia, que puede (y debe) ser complementada con la referencia a la "naturaleza y el objeto del acto" al que hace referencia en el art. 170; en efecto, estos últimos elementos, a pesar de haber sido citados técnicamente en materia de interpretación, para resolver el circunscrito y específico problema de las expresiones con varios sentidos, están destinados a cumplir un papel calificador del entero sistema hermenéutico del "acto jurídico", debido a la relevancia innegable de la "naturaleza" y "el objeto" en la calificación del contenido, de la estructura y función, del mismo. Del mismo modo, parece poder asumir relevancia y dimensión, hermenéuticamente más generales, el papel de las "circunstancias del comportamiento", las cuales, aun cuando citadas específicamente en el art. 141, con relación a la manifestación tácita, son innegablemente características del significado y alcance de todo tipo de manifestación negocial.

En conclusión, la mención de la "buena fe" en el art. 168 del Código Civil peruano se extiende más allá de la protección de la confianza a la que se tiende a limitar, por parte de la doctrina, la operatividad del art. 1366 del Código Civil italiano. A mi parecer, esta posición de la doctrina italiana resulta injustificadamente limitativa, dado que el art. 1366, que no tenía antecedentes en el Código Civil de 1865, fue introducido por el legislador de 1942 a imagen del § 157 del BGB, donde se dispone que los "*Verträge sind auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*"(*).

Es evidente la amplitud que la referencia a la *Verkehrssitte* habría podido conferir al alcance del principio de la interpretación de buena fe, también en el sistema del Código Civil italiano, si este hubiese sido mantenido por el legislador de 1942 en el texto del art. 1366.

De todos modos, parece ser que algo de la "versión" alemana original inspiradora de nuestro art. 1366 mantuviera vigencia, si no en el texto del artículo, sí en la *Relazione al Codice civile*, donde se recuerdan, a propósito de la interpretación de buena fe (n. 624), los criterios de la "normalidad" y la "razonabilidad".

Estos criterios, sumándose y combinándose con el de la "lealtad" recíproca de los contratantes –siempre mencionado en la *Relazione* (n. 622), a propósito del art. 1362–, parecen estar en condición, desde un punto de vista lógico, de hacer que el principio de la interpretación de buena fe afirmado en el art. 1366 asuma un valor hermenéutico de carácter y alcance más

(*) "Los contratos deben interpretarse según lo que exige la buena fe, y teniendo en cuenta los usos de las relaciones en general" [*N. del T.*].

generales que los tradicionalmente atribuidos a él en la doctrina italiana.

La feliz formulación del art. 168 del Código Civil peruano, en el cual se afirma el principio de "buena fe" como criterio que, con carácter general, debe servir de apoyo para el intérprete en su trabajo de conocimiento y comprensión de lo expresado en el "acto jurídico", tiene una capacidad aplicativa, natural y lógica, que se extiende del contrato al testamento (para la definición de esta última institución, véase el art. 686 del Código Civil peruano). Así pues, el testamento no dispone de, ni necesita, específicas normas interpretativas, dado el alcance general de los arts. 168 a 170, dictados para la interpretación del "acto jurídico" en general.

La interpretacion "de buena fe" está "naturalmente" destinada, entonces, a extenderse al testamento; y ello es distinto de cuanto ocurre en la experiencia italiana, donde, con excepción de algunos pocos estudiosos, se tiende a descartar, incorrectamente, el recurso a la interpretación de buena fe con respecto al testamento.

Como último punto, señalaremos que en el Código Civil peruano no se hace mención de los "usos" en materia de interpretación. Frente a una dimensión tan extendida de la "buena fe", en el sentido señalado en el art. 168, no se puede afirmar, ciertamente, que haga implícita referencia a los usos; pero tampoco parece ser legítima la convicción de que los descarte.

Sin embargo, en el Código Civil peruano sí se hace referencia a los usos (y esta también parece ser una decisión feliz del legislador) en la normativa sobre el contrato en general (cfr. el art. 1380, correspondiente al art. 1327 del Código Civil italiano) y en las específicas especies contractuales.

Al respecto, son de verse, por ejemplo, los arts. 1521, 1558, 1565 y 1580, con respecto a la compraventa; el art. 1610, so-

bre el suministro; los arts. 1766 y 1767, sobre la locación de servicios; el art. 1791, para el mandato; y el art. 1818, sobre el depósito.

* * *

Agradezco, una vez más, al doctor Leysser L. León, atento estudioso de la cultura europea (italiana, en particular), por la paciencia con la que me ha hecho conocer aspectos de la cultura del derecho civil de su país, y por haberme referido, asimismo, algunas de las decisiones adoptadas por el legislador peruano en el Código Civil de 1984.

Roma, 12 de junio del 2002

El Autor

Introducción a la edición italiana

Todo parece indicar que un amplio contingente de estudiosos italianos sigue estando convencido de que el negocio jurídico, fruto de una época y cultura actualmente superadas, que lo tuvieron como expresión, ha devenido una categoría que debe ser erradicada del campo de las reflexiones del jurista moderno; que podría ser considerada, a lo sumo, como una interesante reliquia de arqueología jurídica, merecedora, en el mejor de los casos, de aquellos cuidados que normalmente se procuran a los objetos antiguos y preciados, en reconocimiento, asimismo, a la ilustre tradición (por nadie negada) de la cual es testimonio.

Da la impresión, entonces, de que a la cabecera del negocio jurídico (como a la cabecera de Gustav von Aschenbach) aún se encontrara reunida una imaginaria, y aunque "*respektwoll, erschütterte Welt*", que no espera otra cosa que recibir, con acongojado alivio, "*die Nachricht von seinem Tode*"(*).

(*) La referencia es a las últimas líneas de la novela de Thomas Mann, *La muerte en Venecia*: "un mundo respetuosamente consternado", que no aguarda sino recibir "la noticia de su muerte" [*N. del T.*].

Esta imagen es válida para expresar que la historia y la aventura cultural e intelectual del negocio jurídico han estado caracterizadas, desde el principio, por repetidos anuncios y esperas de su cercana, y definitiva, desaparición, ya por consunción, ya por falta de actualidad; se trata, prácticamente, de una "muerte" anunciada, que cuando se ha creído posible de verificar, ha terminado revelándose como presunta o aparente, debido a las repentinas, y no menos inesperadas, "resurrecciones" que han tenido lugar después de semejantes especulaciones.

Actualmente, estamos asistiendo a una "resurrección" propiamente dicha de la autonomía de los particulares, y por lo tanto, a una "resurrección" del negocio jurídico, que es expresión de ella.

Fuera de gustos personales, hay dos hechos que parecen ser objetivamente comprobables en la realidad actual. Por un lado, y sin ninguna pretensión de postular apresuradas deslegitimaciones, ni de desconocer su histórica función de factor de equilibrio social y económico, se ha comenzado a tomar conciencia de que el ordenamiento estatal no es –y en realidad, jamás lo ha sido (como el espíritu de la codificación podría haber hecho creer)– la única y exclusiva *machine à fabriquer le droit* que rige las relaciones entre los particulares, y más aun, de que corre el riesgo de cumplir un papel marginal en este sector, porque hoy en día, más que en ninguna otra época, pueden tenerse por ciertas las palabras de Portalis al constatar que las leyes, una vez escritas, permanecen fijas en el texto redactado, mientras que "*les hommes, au contraire, ne se reposent jamais*". Da la impresión, asimismo, de que el derecho del Estado, especialmente cuando intenta responder a las exigencias de los particulares, y de dictar reglas, estuviera saturado, a veces desordenado, y de que, muy a menudo, compareciera en retardo.

Por otro lado, parece ser imposible poner freno tanto al proceso de mundialización de los mercados (que constituye una exigencia de la economía moderna, además), cuanto al proceso de privatización de la producción de los bienes y servicios en el ámbito interno.

Desde cualquiera de las perspectivas señaladas, ante las "móviles" y cambiantes lógicas de la realidad social moderna y de los mercados nacionales e internacionales, se van haciendo cada vez más "estrechos", culturalmente, los confines trazados por los sistemas de principios y reglas predispuestos por legisladores estatales, sobre las bases de la ilustrada tradición de las grandes codificaciones de Europa continental.

De tal forma, se tiende a la creación de un derecho común, modelado con arreglo a aquellas experiencias concretas de prácticas que ya se han consolidado; un derecho común organizado en "codificaciones privadas" (como tales, no impuestas, ni *octroyées* por los ordenamientos estatales), que con el importante papel cumplido por los usos –no por casualidad reservado a estos– son susceptibles de adaptarse incluso a nuevas o renovadas exigencias que surgen constantemente en la realidad. Y con ello queremos hacer referencia, por ejemplo, a los Principios de Unidroit sobre los contratos del comercio internacional, así como a los *Principles of European Contract Law*.

Estas "codificaciones privadas" de la materia contractual constituyen el punto preciso en que los estudiosos del derecho civil y mercantil comienzan a constatar el nacimiento de una *Lex Mercatoria* que, como la de otrora, presenta todas las características de un "sistema ordenado y ordenante" (y por ende, de un sistema "jurídico"), de formación espontánea y con alcance transnacional. Una *Lex mercatoria* que al constituir un sistema de principios generales no estatales parece posibilitar también la

realización de aquella idea de equidad, y por lo tanto, de *ars boni et aequi,* aplicable –y aplicada, en la práctica– incluso en aquellas controversias (relativas, principalmente a los *grands affaires*) cuya solución se deja en manos de tribunales arbitrales, es decir, de aquella suerte de "justicia privada" en que las partes, como expresaba Salvatore Satta, aspiran al dictamen de jueces que no pertenecen al Estado.

Es así como el derecho civil tiende a recuperar aquel carácter eminentemente extraestatal, que tal cual hubo de subrayar Filippo Vassalli, constituye su fundamento histórico y esencia cultural.

En el reconquistado carácter extraestatal del derecho civil, entonces, el negocio jurídico, en cuanto expresión de la autonomía de los particulares, está destinado a asumir un papel cada vez más importante e impostergable. Y el hecho de que en la realidad de hoy en día los mecanismos negociales de circulación de la riqueza, fundados en la autonomía y libertad de decisión de los particulares, estén al margen de toda discusión, se debe, justamente, a que la distancia que separa al modelo neoliberalista actual de los modelos tradicionales del liberalismo mercantil es –como hace ver Pietro Barcellona– menos amplia de cuanto se podría creer a primera vista.

En la experiencia socioeconómica presente –y junto con su papel tradicional, de concretizar las técnicas de los intercambios y de constituir un instrumento para la circulación de la riqueza y de las cosas, en el que se han fundado siempre las lógicas del mercado–, la autonomía privada, y por lo tanto, el negocio jurídico, que es expresión de ella, parecen estar llamados, igualmente, a cumplir nuevas tareas y a realizar nuevas funciones.

En efecto, y tal cual ha resaltado Francesco Galgano, la autonomía privada también sirve actualmente, entre otras cosas, para crear nuevos bienes, para nuevas "formas de riqueza", como ocurre, por ejemplo, con los productos financieros.

En el prefacio de su novela *The Picture of Dorian Gray*, Oscar Wilde afirmaba, legítimamente, que el pensamiento y el lenguaje "*are to the artist instruments of an art*".

Algo similar podría sostenerse, obviamente, con respecto al estudioso del derecho, porque, a fin de cuentas, la credibilidad de las ideas de este siempre queda confiada a las palabras que utiliza y al lenguaje en que las compone y ordena.

Por ello, en esta nueva edición de una obra ya publicada en varias ocasiones, no sólo he efectuado una revisión, para nada irrelevante, en el aspecto formal, sino que he introducido, a diferencia de las veces anteriores, un nuevo parágrafo, en la primera parte, así como amplias profundizaciones y complementaciones en el texto y notas, que, según creemos, no pueden considerarse marginales.

Con el título del volumen, inspirado en una noble tradición cultural, y que ha dejado de ser el de las previas ediciones, no se pretende evocar la idea de una obra que brinde al lector, a través de sus páginas, una exposición sistemática de los temas vinculados con la institución.

Nos limitaremos, efectivamente, a proponer una reflexión crítica, mas detallada, sobre la teoría del negocio jurídico, concentrándonos en aquellos aspectos y "momentos" que, a nuestro juicio, siguen siendo los más significativos desde el punto de vista cultural, y también –¿porqué no decirlo?– los más entretenidos.

Roma, 26 de abril del 2001

El Autor

PRIMERA PARTE
LA IDEA DE NEGOCIO JURÍDICO

1. Orígenes "romanistas" y crisis actual de la institución.

La elaboración del concepto de negocio jurídico, en el ámbito de la teoría de los hechos jurídicos, constituye ciertamente uno de los aportes más importantes que la cultura alemana ha legado al pensamiento jurídico moderno[1].

Sin embargo, es sabido que la idea de negocio jurídico, prácticamente desde su primera aparición, ha sido objeto de dudas y

---

(1) "Construcción admirable" es la calificación dada al negocio jurídico por Michele GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, en *Enc. del dir.*, VI, Milán, 1960, p. 554. En confirmación de este criterio, y a pesar de contar con una formación cultural totalmente distinta, MERRYMAN (*La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, trad. italiana, Milán, 1973, p. 113) resalta que el negocio jurídico representa "la más alta conquista, el máximo orgullo, de la doctrina civilista", y asimismo, "el modelo ideal de los métodos y objetivos de la ciencia jurídica". Esta consideración del jurista del *common law* parece ser coincidente en lo sustancial, asimismo, con cuanto hubo de escribir, hacia 1933, Salvatore RICCOBONO (al presentar la tercera reimpresión del curso de Vittorio SCIALOJA sobre el negocio jurídico, dictado en la Universidad de Roma en el año académico 1892-1893), quien señalaba: "de todos los argumentos de la dogmática civilista, el referido al Negocio Jurídico constituye, largamente, el más importante, y yo afirmaría que se trata del centro vital de todo el sistema del derecho privado" (RICCOBONO, *Prefazione* a la tercera reimpresión de V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950, p. III).

negaciones, y por lo tanto, un motivo de divisiones y discrepancias entre los estudiosos: un momento de crisis y un punto crítico de la teoría general del derecho.

Aquí no viene al caso exponer detalladamente los complejos itinerarios que la doctrina –la doctrina civilista, en especial– ha recorrido en esta sinuosa evolución.

Esta decisión no se debe sólo a la evidente necesidad de encuadrar estas reflexiones dentro de límites razonables (lo que sería imposible, a todas luces, si se tuvieran que examinar a cabalidad las numerosas teorías florecidas en torno de la institución, o las discusiones en cuyo seno esta vio la luz, que no con poca frecuencia se debieron más al amor por la polémica de los autores que las iban proponiendo, antes que a diferencias sustanciales de opinión); por otro lado, también cuenta el hecho de que otros estudiosos (como, por ejemplo, Vincenzo Michele TRIMARCHI, Renato SCOGNAMIGLIO y Biagio DE GIOVANNI, para no apartarnos de la doctrina italiana menos antigua) ya han realizado encomiablemente la obra de explicación histórica de las diversas teorías sobre el negocio jurídico.

Con todo, describir los diversos puntos críticos de la teoría del negocio, aun cuando fuera de manera resumida, y circunscrita a sus características generales, parece ser algo oportuno y necesario.

Tomemos como punto inicial de nuestras consideraciones el enunciado que por tradición, y unánimemente, se reconoce como la primera formulación orgánica de la definición de negocio jurídico; nos referimos a la afirmación de SAVIGNY, según la cual, en del ámbito de los hechos jurídicos, el negocio es aquella declaración de voluntad que no sólo constituye un acto libre, sino que es un acto donde la voluntad del autor está direc-

tamente encaminada a la constitución o disolución de una relación jurídica. Este criterio ya contiene todos los elementos que habrían de desencadenar gran parte del debate posterior y de las polémicas sucesivas (desde el papel de la voluntad, como tal y en su relación con la declaración, hasta la cuestión de si la voluntad del particular puede ser identificada o no como fuerza causante de efectos jurídicos, y no sólo de efectos empíricos).

Antes de adentrarnos en consideraciones de índole más estrictamente técnica-dogmática, parece ser conveniente que hagamos referencia a dos temas de carácter más general que han suscitado interés en la doctrina reciente y menos reciente: por un lado, el de los posibles orígenes romanistas de la institución; por otro, el de la negación del negocio jurídico como categoría general en las teorías que, ya con un discurso anticonceptualista, ya con un discurso ideológico, han intentado **desmitificar** al negocio en cuanto idea.

Sobre los orígenes históricos del negocio jurídico, la discusión que ha tenido lugar en la doctrina, sobre todo en la doctrina civilista-romanista, ha sido amplia, y se remonta a no poco tiempo atrás.

El problema consistía en establecer si la elaboración de la teoría del negocio jurídico podía ser vinculada con "la época más estéril del iusnaturalismo alemán, con la árida escolástica de la tendencia wolffeana"(2) (que condujo a Daniel NETTELBLADT

(2) Así lo creía PASSERIN D'ENTREVÈS, *Il negozio giuridico-Saggio di filosofia del diritto*, Turín, 1934, p. 77.
[*Ad. del T.*] Se refiere a Christian WOLFF (1679-1754), filósofo y jurista alemán a cuya escuela se debe la elaboración de muchos de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídica moderna, como el derecho subjetivo, por ejemplo.

a diseñar una **parte general** del derecho, en la que se tenían que fijar los *Begriffe und Grundsätze*[*] comunes a todo el sistema, y a introducir, quizá por vez primera en la literatura jurídica, la fórmula *negotium iuridicum*, junto con una sistematización conceptual de la institución, más consciente que las propuestas tentadas por la doctrina precedente en relación con el *actus*)[3]; o bien si ella ya había sido intuida –y si estaba presente, por lo tanto, aunque no fuera de manera explícita– en la experiencia de los juristas romanos (como sostenían Contardo FERRINI y Carlo FADDA, en oposición a las ideas, bastante radicales al respecto, de Alfred PERNICE, y a las más elaboradas de Ludwig MITTEIS).

Al inicio señalamos que la paternidad de la teoría del negocio jurídico debe atribuirse a la cultura alemana.

No podemos dejar de tener en cuenta, empero, que la teoría general del negocio jurídico, a pesar de que su formación es más reciente, y no obstante el hecho de haber sido ignorada en la ciencia jurídica de los romanos, se fue formando, de todas maneras, "sobre la base de elementos de derecho romano, por vía de la abstracción"[4]. Ello quiere decir que "la ausencia de la

---

(*) Los "conceptos" (*Begriffe*) y "principios" (*Grundzätze*) [*N. del T.*].

(3) PASSERIN D'ENTREVÈS, *Il negozio giuridico*, cit., p. 78; CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milán, 1959, pp. 340-341.

(4) V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 28; en el mismo sentido se expresa VASSALLI, *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici* (al cuidado de A. Bozzi), Roma, 1934, p. 4. Más recientemente: VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1985, p. 135; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1986, pp. 47-52, 248 y ss.; y A. WATSON, *La formazione del diritto civile* (trad. italiana de N. Sarti), Bolonia, 1986, *passim*, en especial, pp. 29 y ss. También es de este parecer TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, pp. 193-194.

forma totalizadora de **negocio jurídico** se corresponde, en efecto, con la presencia, en el trabajo de los juristas romanos, de una serie definida de figuras menos comprensivas, pero igualmente abstractas, que comparecerán más tarde, en el trabajo de la civilística moderna, como definiciones esenciales al interior de la forma general del concepto de **negocio** [...] En el marco teórico del saber jurídico romano, entonces, la **ausencia** de este concepto resulta algo complicada a causa de los muchos datos de 'presencias' parciales, que parecen aludir, por muchas vías y señales, a la formación del concepto más complejo, el cual, sin embargo, jamás llegaría a producirse. Con respecto a estos datos, la pandectística decimonónica trabajó como **continuando**, hasta casi finiquitarla, una labor interrumpida"[5].

(5) SCHIAVONE, *Negozio giuridico (dir. rom.)*, en *Enc. del dir.*, XXVII, Milán, 1977, p. 908. Por otro lado, y desde una óptica "inversa", llamémosla así, Emilio BETTI, en oposición al fenómeno de "nudismo jurídico" (*Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 101), que atribuía, justificadamente, a aquellos autores que consideraban inaplicables las categorías generales elaboradas por la dogmática moderna (y entre ellas, evidentemente, también el negocio jurídico) en la explicación histórica de las instituciones del derecho romano, y destacaba que "las categorías mencionadas, además, no son otra cosa que el fruto, a su vez, de un imponente trabajo de generaciones, en gran parte anónimo, es decir, de una tradición más que milenaria, que tiene sus raíces en el estudio del derecho romano, tal cual fue entendido por las muchas generaciones de juristas que se han sucedido hasta nuestra época" (BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, en *Arch. giur.*, 1928, pp. 141-142). En concreto, y dado que con respecto a las categorías dogmáticas se puede afirmar, precisamente, que estas constituyen "funciones lógicas de nuestra mentalidad jurídica, de predisposiciones y hábitos mentales, adquiridos con la tradición y con la experiencia, a la vez" (*ibid.*, p. 144), ellas no representan "esquemas rígidos e inmutables, ni acabados ni suficientes por sí mismos, sino formas destinadas a asumir un contenido, y que admiten configuraciones diversas" (*ibid.*, p. 145). Por ello, no es verdad que la elaboración dogmática, "así entendida, constituya, por naturaleza, un procedimiento antihistórico" (*ibid.*, p. 139).

En resumen, los juristas romanos, y posteriormente los juristas medioevales[6], aun desconociendo el concepto de negocio, pero en vista de la exigencia de racionalizar el sistema, no ignoraban figuras generales y abstractas, que iban a inspirar a la pandectística, en medida no poco relevante, en la elaboración de la teoría negocial.

Por lo tanto, y sin atentar, en absoluto, contra la originalidad y paternidad del pensamiento jurídico alemán en esta materia, no debemos olvidar el papel e influencia de las experiencias más antiguas.

Han sido recurrentes en la teoría del negocio jurídico, como categoría lógica general, las interpretaciones que han intentado desmitificarlo, o que han negado su validez.

Estas críticas radicales han sido impulsadas desde dos puntos de vista diferentes: uno más bien dogmático; el otro, más estrictamente ideológico.

La primera perspectiva corresponde a aquellos autores que han puesto en duda, si bien con distintos fundamentos (de Siegmund SCHLOSSMANN a Silvio PEROZZI, de Mario ALLARA a

---

El mismo Emilio BETTI afirmó en otra oportunidad "la unidad fundamental del fenómeno jurídico, aun a través de la multiplicidad de los ordenamientos y de la diferencia entre las distintas formaciones históricas" (en la *Prefazione* a sus *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padua, 1942, p. XIII).
Idéntica es la perspectiva de Gino SEGRÈ, quien parece dar por descontada la presencia de la categoría negocial en la experiencia romana (cfr. *Studi sul concetto di negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, pp. 193 y ss.).

(6) Sobre este punto, cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 16 y ss., y BELLOMO, *Negozio giuridico (dir. interm.)*, en *Enc. del dir.*, XXVII, cit., pp. 922 y ss.

Gino GORLA, Franco CARRESI, y al mismo Salvatore ROMANO), la utilidad de la categoría, a causa de su abstracción sustancial, y por lo tanto, de su incapacidad para expresar "las múltiples formas de autodeterminación privada"[7].

Con mayor rigurosidad y precisión, otros autores han destacado que la categoría del negocio jurídico sólo es concebible lógicamente si se admite que la voluntad individual prevalece sobre la ley (este es el parecer de Giacomo VENEZIAN; pero es de verse, igualmente, la obra de Philipp LOTMAR), y por lo tanto, si el negocio, más que ser considerado como un **hecho** (objeto de valoración), es considerado como un **valor** (al respecto, son de consultarse las consideraciones de Angelo Ermanno CAMMARATA, Domenico BARBERO y Biagio DE GIOVANNI)[8].

Las críticas de este tipo, que en lo sustancial pretenden afirmar la inutilidad del negocio jurídico, amparadas en el argu-

---

(7) Así lo señala, expresamente, Salvatore ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, Nápoles, 1970, p. 124. La posición del ilustre autor es singular. En efecto, él no parece negar el concepto de negocio jurídico, sino más bien las soluciones que la doctrina ha acostumbrado dar al problema de la identificación de los criterios que se pueden emplear para distinguir los actos jurídicos en sentido estricto de los negocios jurídicos.

(8) De la doctrina italiana sobre la teoría del hecho jurídico cfr. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, *passim*; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, pp. 3-61; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939, pp. 5-6; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941, pp. 21-39; ID., *Fatto giuridico*, en *Enc. del dir.*, XVI, Milán, 1967, pp. 941 y ss.; C. MAIORCA, *Fatto giuridico-Fattispecie*, en *Novissimo Dig. it.*, VII, Turín, 1961, pp. 111 y ss.; ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Turín, 1939, pp. 101 y ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 331 y ss.; ID., *Fattispecie*, en *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, pp. 1 y ss. (de la separata); CATAUDELLA, *Fattispecie*, en *Enc. del dir.*, XVI, Milán, 1967, pp. 926 y ss.

mento de la excesiva abstracción y generalidad de la institución, no parecen dignas de ser compartidas.

Más allá de toda interpretación enfática que se pueda dar sobre ellas, las grandes categorías conceptuales, que son expresión de la cultura jurídica –de la cultura jurídica moderna, en especial (y pensemos, no sólo el negocio jurídico, sino también el derecho subjetivo, por ejemplo)–, responden a una exigencia permanente de toda civilización jurídica, a una exigencia atendida y puesta en práctica en toda civilización jurídica: la de ordenar y sistematizar la comúnmente fragmentaria y caótica fisonomía de la realidad socio-económica o normativa, por igual, es decir, a la exigencia de resumir y organizar la realidad en figuras generales (necesariamente abstractas, en cuanto tales), en instituciones que evidencian lo que une con respecto a lo que divide. En concreto, la base de las categorías conceptuales está conformada, a nuestro juicio, por aquella exigencia permanente de *reductio ad unitatem*, que no solamente guía la actividad de todo legislador –porque este, al dictar las leyes y producir códigos termina diseñando, inevitablemente, una trama de **conceptos legislativos**[9]–, sino que constituye también, y necesariamente, la base del trabajo de todo estudioso e intérprete del derecho que reflexiona sobre la realidad normativa y económico-social que se presenta a su observación. Ello tiene lugar, principalmente, cuando el estudioso debe vérselas con un modelo normativo (como el modelo italiano, por ejemplo) que define su cláusula de clausura interpretativo-integradora en los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (cfr. art. 12 de las Disposiciones sobre la ley

(9) Sobre este punto, cfr. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milán, 1941, pp. 58 y ss.

en general del Código Civil)(*), cuya identificación únicamente puede nacer de un procedimiento de **abstracción** y **generalización**, ni más ni menos, de los numerosos y concretos datos normativos expresados por el mismo sistema.

En cambio, si asumimos la perspectiva criticada, lo coherente sería arribar a una negación de la utilidad, no sólo del negocio jurídico, sino también del contrato (que es otra categoría general y abstracta, y no susceptible de ser comprobada directamente en la realidad, donde se conocen sólo hipótesis de específicas figuras contractuales); y también a la negación de los específicos tipos de contratos (compraventa, mutuo, arrendamiento, etc.), porque estos son, igualmente, y si se aprecia bien, figuras generales y abstractas (en la realidad existen, ciertamente, varias hipótesis de compraventa, arrendamiento, mutuo, cada una con sus propias características).

Asumir esta perspectiva, en suma, conlleva el riesgo de concluir que la reflexión del estudioso debe limitarse a verificar el caos existente, sin intentar racionalizarlo u organizarlo(10). Es

---

(*) Código Civil italiano (1942), *Disposiciones sobre la ley en general*:
"12. *Interpretación de la ley*.- Al aplicar la ley no se puede atribuir a la misma un sentido distinto de aquel evidenciado por el significado propio de las palabras, según la conexión de estas, y por la intención del legislador.
Si una controversia no puede ser decidida con una disposición precisa, se hace referencia a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso continúa siendo dudoso, se decide de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado" [*N. del T.*].

(10) A propósito, se pueden recordar las palabras de G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padua, 1947, p. IX, quien destacaba, agudamente, que "si es verdad que la realidad es diversidad, no es verdadero, en absoluto, que el pensamiento sea unidad".
Para una sólida reafirmación de "fe en la ciencia jurídica, como rigurosa sistemática conceptual", cfr. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, ahora en ID., *Diritto civile*,

cierto que no debe ser motivo de maravilla, luego, que al interior de una misma categoría conceptual (el negocio jurídico, justamente) se puedan comprender –y logren coexistir, entonces– instituciones a todas luces diversas, como el contrato, el testamento, las promesas unilaterales y el matrimonio mismo. Más allá de las indudables diferencias, todas parecen ser manifestaciones de la autónoma determinación de los particulares, relativa a sus propios intereses (patrimoniales o no). Y ahorremos comentarios sobre la función común que caracteriza, específicamente, a algunas de las instituciones antes indicadas (contrato, testamento y promesas unilaterales), que es la de constituir instrumentos para la circulación de la riqueza.

Con lo expresado no pretendemos sostener, en modo alguno, que las grandes categorías conceptuales constituyan dogmas de fe intangibles e inmutables. Son categorías lógicas, pero al mismo tiempo históricas, y por tal razón, sus contenidos pueden enriquecerse, empobrecerse, y por lo tanto, cambiar, con el

---

Milán, 1951, pp. 667 y ss. (la frase citada se encuentra en la p. 686). No por casualidad, se ha destacado (RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti*), en *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 4) que la categoría general del contrato "parece ser el resultado de una abstracción conceptual que intenta reducir a la unidad la extrema riqueza y la indeterminada serie de los fenómenos concretos".

El mismo CAPOGRASSI (*Il problema della scienza del diritto*, Milán, 1962) resaltaba, por otro lado, que "los conceptos de la ciencia llegan a calar en la vida, a organizar la experiencia jurídica. No se puede negar que la experiencia jurídica llega a organizarse según un orden que la ciencia contribuye a obtener con sus conceptos" (*ibid.*, p. 179); y que, por lo tanto, "existe una profunda correspondencia entre los conceptos de la ciencia y la estructura de lo concreto" (*ibid.*, p. 180).

Al respecto, cfr. también nuestro trabajo *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1988, pp. 421 y ss.

tiempo[11]. Así pues, aunque pueda parecer superada la fisonomía del negocio que hemos heredado de sus primeras formulaciones, no hay indicios de que se haya superado la exigencia que indujo a la cultura jurídica del siglo XIX a individualizar, en el ámbito de la teoría del hecho jurídico, una particular categoría de actos que, a pesar de la diversidad de las figuras comprendidas en ella (contrato, testamento, oferta al público), siguen poseyendo características unitarias y coherencia interna propia.

Más ambiguo y discutible es el intento de "desmitificar" el negocio jurídico desde una perspectiva ideológica, tal como se aprecia en recientes opiniones.

Según se ha sostenido, la **filosofía** que sirve de base a las primeras formulaciones del concepto de negocio, y que identifica la peculiaridad de esta categoría en el "señorío de la voluntad", sería "una filosofía convincente, de la que se vale la clase dominante en su aspiración a involucrar en sus propios diseños a la clase antagonista"[12].

---

(11) Tal es el parecer de PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en ID., *Diritto civile*, cit., p. 218. Con sutileza, se ha destacado la necesidad de asumir el conocimiento científico y el conocimiento histórico, y por lo tanto, la "dogmática" y la "historia", no como términos que se contraponen, sino como elementos indivisibles del conocimiento jurídico (ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1961, pp. 297 y ss.).

(12) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, en AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* al cuidado de Cesare SALVI, Milán, 1978, p. 70. En este punto, sin embargo, se podrían recordar las ponderadas palabrás de VASSALLI (*Estrastatualità del diritto civile*, ahora en ID., *Studi giuridici*, III, 2, Milán, 1970, p. 760): "El derecho de producción estatal debe estar sujeto, más fundadamente, al resalto de constituir instrumento de una clase dominante.

Sin embargo, el proceso de **objetivación** del intercambio (que marcaría la transición de la teoría de la voluntad a la teoría de la declaración), así como "las modificaciones producidas en el sistema legislativo de los contratos [...] ya no son reducibles a la unidad del sujeto de derecho; los opuestos intereses en juego ya no son pasibles de una *reductio ad unum*"(13).

No se puede negar que todo ordenamiento jurídico, por ser la fórmula de composición de una lucha política, y por lo tanto, el resultado de la preeminencia de un grupo determinado en la lucha, tiende a realizar la mayor ventaja para este grupo y a mantener, por el mayor tiempo posible, su predominancia. Pero la colectividad sobre la cual rige una determinada regla es más amplia, y será menos probable que la regla realice el interés de un grupo particular: y ello nos debe inducir a mantener el derecho civil desvinculado de los Estados, en los que se concretiza, justamente, y sucesivamente, el señorío de un grupo de hombres sobre todos los demás. La defensa de la libertad radica en la existencia de reglas que se sustraigan, en tanto sea posible, del arbitrio del poder político".

Desde esta perspectiva, no es improbable que la idea misma de negocio pueda constituir, fuera de paradojas, uno de los instrumentos idóneos para desarrollar esta función de defensa de la libertad.

(13) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., pp. 84-85. En realidad, y a nuestro juicio, el problema de la unidad del sujeto de derecho, que conformaría la base de la codificación, no parece derivar tanto de una suerte de voluntad de "igualación de desiguales, máscara moderna de la desigualdad" (la expresión es de CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, pp. 78 y ss.), sino más bien de la exigencia de "simplificación del sistema jurídico, tal cual era requerida, a fines del siglo XVIII, por la conciencia que tomaron los ilustrados acerca de los inconvenientes del particularismo, y de la lucha de los ilustrados por un derecho cierto y comprensible" (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bolonia, 1976, p. 35).

Además, "en el marco de una concepción de la regla jurídica como proposición que adosa a un sujeto jurídico un predicado jurídico, es claro que el sistema de las reglas jurídicas más simples, en conjunto, es aquel en que el sujeto es único (y los predicados son pocos), de forma tal que el sistema quede constituido, exclusivamente: por la definición de los predicados, por las reglas que adscriben (o revocan una adscripción precedente de) algún predicado al sujeto único, y por la posición de principios generales relativos a la compatibilidad de varios predicados. Cuando los sujetos son de distinto tipo, en cambio, el sistema se vuelve complicado, porque debe comprender:

a) La definición de los distintos tipos de sujeto.

b) La definición de los distintos predicados.

Teniendo en cuenta ello, da la impresión de que la categoría del negocio jurídico fuera **engañosa**, en atención a que "obstaculiza la comprensión del significado efectivo del mecanis-

c) La reglas relativas a la conveniencia de cada tipo de predicado para cada tipo de sujeto (es decir, un número de reglas equivalente al número de reglas del sistema más simple, multiplicado por el número de tipos de sujeto).
d) Las reglas relativas a la posibilidad de comparar los predicados, pero no con carácter general, sino con respecto a cada tipo de sujeto.
Es evidente que el sistema jurídico no puede tener una estructura simple (en el sentido antes aclarado) si configura diferencias subjetivas por motivos de clase social, oficio, religión, raza, sexo, estado familiar, etc.; así pues, es claro por qué un sistema jurídico del Setecientos no podía llegar muy lejos siguiendo el camino de este tipo de simplificación (y hay que hacer notar que los sistemas contemporáneos tampoco son muy simples en este aspecto) [...] En la regulación político-constitucional la codificación, para ser simple en este sentido habría tenido que ignorar, en efecto, el mayor número posible de status subjetivos, es decir, reducir el sujeto al hombre (también la distinción entre hombre y ciudadano es precursora de complicaciones) eliminando toda relevancia de cuerpos sociales distintos del hombre: lo que, justamente, constituye una revolución política y no técnica. En la disciplina civilista, la codificación, para ser simple en este sentido, habría tenido que configurar, por una parte, al sujeto único, con un eventual traslado de las distinciones, del sujeto al predicado de las proposiciones jurídicas (sujeto de derecho único, diversos tipos o grados de capacidad-predicado), y por otra parte, habría tenido que limitar el número de los predicados" (TARELLO, *op. cit.*, pp. 37-38).
Lo que parece ser cierto, de cuanto se acaba de referir, es que el problema de la **unidad del sujeto** asume, sobre todo –y según la explicación de Giovanni TARELLO–, la fisonomía y contornos de un problema exquisitamente **lógico-intelectualista** de técnica legislativa.
En buena cuenta, la denominada **unidad del sujeto** quizá parece poder realizarse sólo en presencia de un modelo social de extrema simplicidad: el de un club, por ejemplo, donde una compartida comunidad de valores, de intereses y de pretensiones circunscritas y limitadas, al volver **homólogos** a aquellos que están destinados a asumir el *status* de socios, se llega a expresar en una normativa suficientemente simple.
Al respecto, puede resultar interesante (aunque también lo sea, evidentemente, por otras razones principales) la lectura del elegante ensayo de CARCATERRA, *Le regole del Circolo Pickwick–Un modelo per la teoria del diritto*, en *Nuova Civiltà delle Macchine*, 1985, n. 3-4, pp. 16 y ss.
Hay que decir, además, y a propósito, que el pensamiento pandectista no es menos

mo contractual, despoja a la relación contractual de las connotaciones sociales de las partes, disfraza las contradicciones

---

complejo. Partiendo, justamente, de la "desigualdad natural" entre los hombres (cfr., por todos, PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, I, Leipzig, 1865, p. 125) se atribuía al derecho una doble tarea: "*auf der einen Seite hat es zur Herrschaft über das Ungleiche und Individuelle zu gelangen, es darf nicht von ihm beherrscht werden* [...] *auf der andern Seite soll aber auch dem Individuellen sein Recht widerfahren* (*ibid.*, pp. 19-20) ["por un lado, debe lograr el predominio sobre lo injusto y sobre el individuo, y no debe ser dominado por este... pero por otro lado, también al individuo se le debe reconocer su derecho"].

Por ello "*die Rechtsinstitut sind so zu gestalten, wie sie den bestehenden individuellen Bedürfnissen entsprechen*" (*ibid.*, p. 20) ["las instituciones jurídicas son de crear en modo tal que correspondan a las exigencias individuales del momento"]. En esta perspectiva "la tarea del derecho no consiste en cancelar lo desigual de la historia [...] su función, más bien, es 'dominar' (*behersschen*) lo desigual (sin abolirlo)" (SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese–Hegel contro Savigny*, Bari, 1984, pp. 69-70).

El elemento **igualitario**, desde tal perspectiva, consiste, entonces, en el hecho de que la libertad de cada sujeto, todos los cuales (no obstante las diversidades específicas) son "igualmente" considerados **personas** (es decir, protagonistas de su propio destino), será protegida en "igual" medida (cfr. PUCHTA, *op. cit.*, I, pp. 4-9).

Así pues, entre las múltiples desigualdades en que se manifiesta "toda la peculiaridad y fuerza creadora del mundo moderno [...] el motivo de la igualdad [...] constituye el estilo de la racionalidad" (SCHIAVONE, *op. ult. cit.*, p. 70).

En el pensamiento pandectista, por lo tanto, y en la **genealogía de los conceptos** en que aquel se expresa, el sistema del derecho no tiende, de ninguna manera, a ser construido en torno del fantoche de un sujeto **único** e **indiferenciado**, dentro del cual se enmascararían las muchas diferencias que la realidad produce.

El derecho, por el contrario, en atención a la nueva **dignidad** de persona que reconoce a todo individuo, está llamado a cumplir, justamente, aquel papel de *proportio* (que permite evocar a DANTE) entre las muchas y diversas vicisitudes humanas; un papel que es más bien presupuesto por la variedad y por la naturaleza contraria de tales vicisitudes.

Por lo demás, el cabal significado de la fórmula de MAINE "del *status* al contrato" se asienta, precisamente, en la consideración de que, a diferencia de las sociedades primitivas, que estaban organizadas en múltiples *status*, la Sociedad moderna, y por lo tanto, el derecho moderno, tiende a remitir (como anota RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Nápoles, 1988, pp. 151-152) a los individuos –porque son personas, justamente– "a su iniciativa y libertad, la constitución y las mutaciones de las relaciones privadas" (RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 152), y por lo tanto, la

internas del régimen de los contratos, y oculta la real naturaleza de los intereses en juego"[14].

La categoría del negocio jurídico estaría, pues, destinada a desaparecer: "ella declina, junto con el mito que constituyó su razón inspiradora, a saber, la unidad del sujeto jurídico, y junto con la ilusión de una igualdad formal del derecho. Pero no sólo declina el negocio jurídico, sino también la categoría general del contrato, que se intentó salvar, de todas maneras, en nuestra codificación civil"[15].

---

composición de los diferentes intereses que los ponen en acción.
[*Ad. del T.*] El Autor hace referencia al famoso pasaje de *De Monarchia* (II, V) donde DANTE señala que el derecho "*est realis et personalis hominis ad hominem proportio*", esto es, "la proporción real y personal, de inviduo a individuo", concebida como fuente del bien, de la conservación de la Sociedad. Al respecto, cfr., por todos, G. NAPOLITANO, *Dante Alighieri*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Turín, UTET, 1960, pp. 151-152.

(14) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., p. 85. En esta misma línea de pensamiento se expresa ROPPO, *Il contratto*, Bolonia, 1977, pp. 30-38. La opinión de Francesco GALGANO, por otro lado, parece inspirarse, en lo sustancial, en las tesis de CERRONI (*Per una critica sistematica della categoria giuridica*, en *Democrazia e Diritto*, 1974, pp. 418 y ss.), quien luego de calificar el negocio como "típica construcción generalizadora, sin contenidos históricos: una abstracción-volatilización de la realidad" (*ibid.*, p. 487), afirma que "con el tipo de procedimiento abstraccionista y formalista del jurista, todos los actos de voluntad pueden ser unificados en la noción de negocio jurídico, pero es en esta formalización máxima, precisamente, donde se percibe la insuficiencia del procedimiento, porque este pasa por alto, nada menos, que la carga de significación jurídica de todo acto de voluntad (incluido el silencio) radica en la circunstancia de estar dirigido a otros sujetos" (*ibid.*, p. 487, pero cfr. también las pp. 488-489).
Con todo, estas afirmaciones totalmente personales de CERRONI no parecen tener eco en la explicación de los aspectos teóricos y prácticos del negocio jurídico, conforme a la reflexión de los estudiosos del derecho civil al respecto.

(15) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., *loc. ult. cit.* En el mismo sentido: DI MAJO, *Contratto e negozio–Linee di una vicenda*, en AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., pp. 89 y ss.
Sin embargo, la idea de sustituir la categoría de negocio por la categoría del

No creemos que esta perspectiva, aparentemente satisfactoria, sea digna de ser compartida. El negocio jurídico –y todos,

---

contrato parece ser del todo inconsistente. Al respecto, se ha destacado certeramente que "la denuncia política de las hipocresías, la distinción de niveles diferenciados de ejercicio, el empeño reductivo de la categoría negocial [...] no pueden servir de sostén a la ilusión de que los prejuicios y mitos habrán de disiparse, y que se realizará un discurso constructivo, cuando tenga lugar la sustitución del negocio por la figura concreta del contrato, o bien la imposición, al centro del discurso, de la relación, como si en las relaciones tuvieran que condensarse la riqueza y ductilidad de contenidos, y en el negocio predominaran esquemas de pura lógica abstracta" (RESCIGNO, *Contratto I) In generale*, en *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, pp. 7-8, de la separata). Hace algún tiempo, un autor (cfr. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974) identificaba las razones del declive, y al final, de la muerte de la teoría general del contrato –una teoría originalmente ubicada en un área "*of what we can call abstract relationship*" (L. FRIEDMAN, *Contract Law in America*, 1965, pp. 20-24, citado por GILMORE, *op. cit.*, p. 6)–, en la caída de las concepciones liberalistas del *laissez-faire* (*ibid.*, pp. 95-96) y en la transición del individualismo "*to the welfare state and beyond*" (*ibid.*, p. 96).

En efecto, la doctrina clásica del contrato, "*a deliberate renunciation of particular* [...] *it does not ask who buys and who sells, and what is bought and sold*" (L. FRIEDMAN, *op. cit.*, *loc. cit.*), parecía una abstracción, pero no una abstracción irreal, porque era adecuada y funcional para con los principios del libre mercado. Modificadas las condiciones y las concepciones económicas, la original y pura doctrina del contrato entra en crisis, a causa de la *explosion of liability*.

"*Indeed the decline and fall of the nineteenth century idea that tort liability is, or should be, based on negligence or other fault matches the decline and fall of nineteenth century consideration and contract theory* [...] *The two stories are, of course, halves of the same whole and the same 'explosion of liability' has manifested itself, perhaps even more dramatically, on the tort side than on the contract side.*

Let us assume, arguendo, *that it is the fate of contract to be swallowed up by the tort (or for both of them to be swallowed up in a generalized theory of civil obligation)*" (GILMORE, *op. cit.*, p. 94). En la experiencia estadounidense, concretamente, se habría verificado una nueva absorción del contrato en el "*mainstream of tort*" (*ibid.*, p. 87). Nosotros creemos que dicha tendencia sea una forma de plantear el fenómeno que identificamos con el nombre de "objetivización" del contrato. En Alemania (y por reflejo, en Italia), este fenómeno es particularmente notorio en la evolución que ha experimentado la doctrina de la presuposición, desde las

al parecer, están de acuerdo en este punto[16]– constituye "una categoría lógica, es decir una síntesis, que se acepta como tal o se rechaza como tal"[17]; y justamente por ser una categoría lógica, el negocio resulta ser compatible incluso con ciertas decisiones políticas o de clase, tal como lo demostraron las experiencias legislativas y doctrinales de los países socialistas[18].

Esta categoría, en efecto, "es un concepto, es decir, una imagen que el jurista se ha creado de su propio sistema"; como categoría, entonces, el negocio no decide nada[19]. "La específica decisión política o de clase comienza, más bien, cuando se

originarias concepciones de la *Voraussetzung* a las recientes formulaciones que aluden a la *Geschäftsgrundlage*. Sobre el problema, cfr. los §§ 5 y 6 de la Segunda Parte del presente volumen.

[*Ad. del T.*] *Voraussetzung* está, justamente, por "presuposición"; *Geschäftsgrundlage*, por "base del negocio". En el parágrafo que el Autor dedica a este punto (*infra*, Segunda Parte, § 6, nota 266 *in fine*) hemos añadido explicaciones sobre este último término.

(16) Incluso el mismo GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., p. 83.

(17) CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 345, n. 41. No disímiles son las conclusiones de un autor que ha subrayado: "El negocio jurídico no constituye una categoría general en la cual está comprendido el contrato: es una teoría del acto de autonomía privada, que es aplicable tanto al contrato cuanto a los actos negociales no contractuales" (PIETROBON, *Dal negozio al contratto?*, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padua, 1991, p. 352).

(18) CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1979, p. 175. Una referencia al respecto, de todos modos significativa, puede verse en GANDOLFI, *Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 220; en la misma línea argumental, con específica referencia al negocio jurídico, cfr. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 51-52. Una análoga afirmación, con respecto al concepto de la propiedad, se halla en VENEDIKTOV, *La proprietà socialista dello Stato* (trad. italiana de V. Dridso y R. Sacco, Turín, 1953, pp. 25-26.

(19) CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, cit. p. 179.

opta por una norma jurídica o por algo contrario [...] El legislador decide cuando nos señala dentro de qué límites (amplios o restringidos), y bajo qué condiciones, pueden negociar las partes"[20].

Al respecto, se ha resaltado con justicia y agudeza que las específicas decisiones de política general o de clase deben ser evaluadas "con las normas que protegen intereses, y no con las categorías"[21].

Es ilusorio, entonces, pensar que el punto de vista "ideológico" de desmitificación de la categoría negocial que se acaba de exponer, (a pesar de la autoridad del autor que la ha planteado) pueda constituir la vía más eficaz y creíble para poner en crisis la institución[22].

Este punto de vista –como se ha apreciado[23]– implica el riesgo de confundir dos planos distintos e inconciliables de la

(20) *Ibid.*, p. 178.

(21) *Ibid.*, *loc. ult. cit.* Por otro lado –e inspirándose, sutilmente, en el pensamiento de Franz WIEACKER, Nikolai HARTMANN y Henry BRACTON–, Luigi MENGONI (*Ancor sul metodo giuridico*, ahora en *Diritto e valori*, Bolonia, 1985, p. 101) subraya con tono enérgico que la ideologización de la dogmática, en su actuación práctica, constituye un indicio seguro y evidente de su degeneración: "La tiranía de los valores es la tiranía de un hombre, de un partido político, de una clase social o de una casta burocrática; en cambio, la dogmática jurídica tiene la tarea de garantizar igualmente, para todos, la prerrogativa de la ley, y con ella, el sentido primigenio del Estado constitucional, que nace de la voluntad de los miembros de la Sociedad para vivir *non sub homine, sed sub lege*".

(22) Por otro lado, lo infundado de esta corriente de opinión crítica también ha sido advertido, acertadamente, por autores de tendencia marxista. Cfr. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, en AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., pp. 262 y ss., y en el mismo volumen, cfr. P. BARCELLONA, *Contributo alla discussione sul negozio giuridico*, pp. 229-235.

(23) Cfr. P. BARCELLONA, *Contributo alla discussione sul negozio giuridico*, cit., *loc. cit.*

institución: "un plano **interno** a las relaciones privadas (las relaciones que se establecen sobre la base de una manifestación de voluntad) y que resume todas las reglas y criterios de composición de los conflictos que surgen entre los contratantes"[24]; un proceso de composición que "se desarrolla al interior de un tejido social esencialmente homogéneo", y que, en otras palabras, "no es expresión de los cambios de fondo en las relaciones de poder"[25]. El plano **externo** al negocio jurídico, en cambio, "se refiere al problema de la relación entre voluntad privada y poder constituido (instituciones, Estado, voluntad de la ley)"[26]. Es en el plano externo, para sumarnos a las señalaciones críticas contra las teorías en cuestión –precedentemente expuestas[27]– donde sí es posible plantear un problema de decisión política general o de clase, porque se trata de la sede en que se trazan los límites y los condicionamientos del actuar negocial, y donde se puede comprender, por lo tanto, la relación entre libertad y autonomía del particular (de la cual es expresión el negocio), así como la **autoridad** que el ordenamiento expresa.

No creemos que sea inoportuna una consideración final, puesto que se advierte, fundadamente, que muchas de las actitudes doctrinales hostiles frente a la categoría negocial nacen, ni más ni menos, de la consideración del negocio jurídico como categoría ideológica, antes que como categoría lógica.

---

(24) *Ibid., loc. cit.*

(25) *Ibid., loc. cit.*

(26) *Ibid., loc. cit.* Ya hay alusiones con el mismo tenor en PUGLIATTI, *Autonomia privata*, en *Enc. del dir.*, IV, Milán, 1959, pp. 366-367.

(27) CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, cit., en particular, pp. 175-182.

La formulación moderna y original del derecho subjetivo como **señorío de la voluntad** protegido por el ordenamiento jurídico[28] permite identificar –dada, justamente, la invocación de la voluntad, cuya "satisfacción espiritual"[29] debería estar asegurada por el ordenamiento– las demandas de ideologías individualistas-voluntaristas (y por lo tanto, la idea de una recuperación del papel que cumple el individuo en particular, en su propia relación con el Estado). Distintamente, en la definición original de negocio jurídico, como manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos[*], la referencia a la voluntad creadora de efectos, parece tener un valor eminentemente técnico-sistemático.

Lo que queremos expresar es que, a nuestro juicio, la acentuación del tema de la voluntad en el concepto de negocio jurídico no pretendía transformarse en un, llamémoslo así, "vehículo" portador de ideologías, sino en el instrumento, en el elemento que hiciera posible, en el ámbito de la categoría del he-

---

(28) En esta línea de pensamiento, cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, 1840, pp. 331 y ss.; PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, Berlín, 1847, pp. 66 y ss.; y WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. italiana al cuidado de C. Fadda y P. E. Bensa), I, 1, Turín, 1902, p. 770.
Sobre este punto, en general, cfr. DABIN, *Le droit subjectif*, París, 1952, pp. 55 y ss.; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París, 1962, pp. 221 y ss.; CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, en *Enc. del dir.*, XII, Milán, 1964, pp. 659 y ss.

(29) F. FERRARA, padre, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 318. El ilustre Maestro critica, justificadamente, esta concepción, y destaca que en ella la voluntad asumiría un papel que no le es propio. En efecto, "la voluntad se comprende en la **dinámica** y no en la **estática** del derecho" (*ibid.*, *loc. cit.*).

(*) Esta, ni más ni menos, es la definición que da el Código Civil peruano del **acto jurídico**, en la que, como es innegable, hay que identificar, más bien, al **negocio jurídico**: "Art. 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas" [*N. del T.*].

cho (y en la del acto, más específicamente), la identificación y limitación de aquella particular (y variada) categoría de actos (y de negocios, justamente) para los cuales (a pesar de su diversidad de estructuras y contenidos) era dado individuar un denominador común, a saber: el nexo, precisamente, entre la producción de los efectos y la libre y voluntaria determinación de los mismos por parte de los autores de tales actos.

En otras palabras, la definición de negocio como manifestación de voluntad nace a partir de la teoría del hecho jurídico[30], y no tanto como expresión de particulares tendencias ideológicas.

A nuestro parecer, el error en que han incurrido, y continúan incurriendo, muchos estudiosos del derecho civil es el de haberse ocupado de los conceptos de negocio jurídico y dere-

(30) Oportunamente, se ha subrayado –GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, en *Enc. del dir.*, XLVI, Milán, 1993, p. 1068– que la distinción entre acto en sentido estricto (es decir, no negocial) y negocio jurídico, tal como nosotros la entendemos actualmente, era sustancialmente extraña para la pandectística, a la cual, ni más ni menos, se debe la elaboración de la categoría del negocio.
La pandectística conocía, en el ámbito de la teoría del hecho jurídico, la distinción entre negocios jurídicos, actos ilícitos y transcurso del tiempo (como se aprecia, por ejemplo, en WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, pp. 262-264). El intento (quizá el primero, y sin duda el más orgánico y consciente) de individualizar actividades humanas distintas de la "declaración de voluntad" (es decir, distintas de los negocios jurídicos) se debe (como recuerda, asimismo, GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*), en amplia medida, a la obra de Alfred MANIGK, que se remonta a inicios del siglo XX. Del ilustre estudioso consúltese, sobre todo, el volumen *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín, 1907, pp. 27-150, donde se realiza un cuidadoso examen de las principales tendencias doctrinales en materia, y pp. 415 y ss. (donde se brinda una detallada explicación del fenómeno). Sobre el hecho jurídico en general, y sobre el acto jurídico en particular, cfr., en la bibliografía más reciente: R. SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, cit., pp. 1 y ss. (de la separata), y RESCIGNO, *Atto giuridico I) Diritto privato*, en *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, *passim*.

cho subjetivo, sustancialmente coetáneos, con el mismo parámetro interpretativo.

No cabe dudar que el negocio jurídico también es fruto de una temperie cultural (y por lo tanto, ideológica) bien determinada históricamente, es decir, contemporánea a la afirmación de la burguesía como clase emergente en la Sociedad.

Es igualmente indiscutible que la definición de negocio jurídico como **manifestación de voluntad**, también podía ser funcional y coherente con determinadas tendencias ideológicas que se estaban consolidando, precisamente, en la Sociedad de una época; pero todo ello parece haber sido –¿cómo expresarlo?– más un resultado **reconocido y encontrado *ex post***", que un resultado **lúcidamente buscado y conscientemente programado y querido**.

Por otro lado, y siempre en las formulaciones originales del concepto de negocio jurídico, la conformación estructural de la institución, así como el peso y papel efectivos de la voluntad, se expresaban a través de categorías y cuestiones que aún estaban fuertemente influenciadas por la tradición romanista y por la idea de que el *Corpus Iuris* constituía la *raison escripte*[31]; y a la

(31) Así lo sostiene CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, p. 137. En concreto, "el problema de la reducción del derecho privado a ciencia parece ser [...] para los pandectistas [...] el problema de reducir aquel a una sistemática. El ordenamiento racional de las Pandectas es elevado a cuestión fundamental de la civilística" (SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Turín, 1971, p. 34).
En el ambiente cultural de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, el iusnaturalismo, por un lado, continúa alimentándose "de las fuentes romanas, y por otro lado, aquella corriente de pensamiento influía y operaba en el estudio y en la visión misma de las fuentes romanas. A ello se debe, igualmente, el nuevo

tradición romanista se ligaron, asimismo, las primeras refutaciones de la categoría negocial, realizadas bajo la fórmula de una contraposición entre voluntad y declaración, y fundadas en la distinta importancia que estas podían asumir en el testamento y en los actos *inter vivos*.

Una aclaración "histórica" –por decirlo así– se impone, además, en torno de las matrices culturales del pensamiento alemán que elaboró las primeras categorías conceptuales. No debe asombrarnos que la creación de las categorías conceptuales a las que debemos referirnos, hasta la fecha, se haya impuesto, a inicios del Ochocientos, en Alemania (y no en otro lugar).

"Con la Restauración, los juristas alemanes tenían al frente dos caminos: o cedían terreno ante pequeños ordenamientos estatales de las cuarenta y nueve provincias alemanas soberanas, con lo cual reducían su ciencia, porque le daban dimensión municipal, o seguían elaborando la ciencia jurídica sobre base romanistas, es decir, sobre bases de un derecho que sólo era aplicable de manera subsidiaria. Optaron por la segunda solución. La labor se delegó, entonces, a los catedráticos (que prác-

impulso hacia la sistemática, ya sea en lo concerniente a la explicación del derecho natural –y del derecho romano, al mismo tiempo– o a la reelaboración de los textos del *Corpus Iuris*" (ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 82).

Sobre este punto, son sin duda valiosas las consideraciones expuestas por Vittorio SCIALOJA en la lección introductoria de su curso de Pandectas de 1885, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, Roma, 1933, p. 277. Cfr. además: PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, ahora en ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Nápoles, 1985, pp. 419 y ss. Aquí también son de leer, empero, las clásicas páginas de SAVIGNY, *Vom Beruf userer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heildelberg, 1840, pp. 27 y ss.

ticamente perdieron de vista los tribunales de las pequeñas localidades soberanas). Y por lo general, el catedrático, abandonado a su suerte, procede mediante conceptualizaciones coherentes. La coherencia significa el sistema, y el sistema empuja hacia las generalizaciones"[32].

Además, es justamente a inicios del Ochocientos cuando se impone en la cultura filosófica la exigencia de elaborar teorías generales para cada rama de la ciencia, bajo la influencia del pensamiento kantiano[33].

En resumen, las tendencias particulares de la cultura alemana, desarrolladas a inicios del siglo XIX, proporcionaron las

---

(32) CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, cit., p. 181. Por otro lado, esta forma de razonar, a través de generalizaciones, y por lo tanto, mediante conceptos, se explica, sobre todo, "por la tendencia de SAVIGNY y su escuela a dar carácter científico a toda actividad refleja concerniente al derecho. Esta fue una idea de catedráticos, y quizá típicamente alemana, también, porque los representantes de la escuela eran, en su gran mayoría, catedráticos" (KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. italiana de Biscardi, Florencia, 1962, p. 357).
Se afirma, de tal manera, aquel *Professorenrecht*, que con justicia es evocado por Paul KOSCHAKER, es decir, aquella experiencia sobre cuya base resulta que "el centro de gravedad de toda la actividad refleja concerniente al derecho se encuentra en las escuelas de jurisprudencia, y por lo tanto, en la obra de los catedráticos que lo enseñan" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*).
A diferencia de los juristas que forman parte del *Juristenrecht* (y por lo tanto, del "derecho jurisprudencial"), que "desarrollan actividad creadora de derecho, cerca a los centros del poder político del Estado, donde ellos pueden conseguir, con más facilidad, aquella autoridad de la que tienen necesidad para realizar sus tareas" (*ibid.*, p. 358), el catedrático "trabaja con su instrumental, y depende, en menor medida que el jurista práctico, de la autoridad del Estado" (*ibid., loc. ult. cit.*).

(33) Al respecto, cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heildelberg, 1960, pp. 16 y ss., y principalmente, WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* (trad. italiana de U. Santarelli y S. A. Fusco), II, Milán, 1980, pp. 32 y ss.; cfr. también EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tubinga, 1925, pp. 5 y ss., y FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milán, 1975, pp. 64-65.

condiciones ideales para semejante trabajo de racionalización. A ello contribuyó, sobre todo, la obra del discípulo de KANT, Anselm FEUERBACH, quien dedujo del antiguo método naturalista "la posibilidad de una organización ideal y racional del material jurídico"(34).

Esta reorganización científica del derecho común y del derecho privado "sin precedentes en la tradición del derecho común"(35), fue impulsada, sucesivamente, por Gustav HUGO, Niels Nikolaus FALCK y August Ludwig REYSCHER(36).

El estado de la cultura alemana brindó, entonces, el *humus* para aquella revolución, propiamente dicha, en la posición adoptada por los estudiosos frente a la experiencia jurídica.

En países como Francia, por ejemplo, donde ya tenía vigencia un Código civil, "los catedráticos iban a acostumbrarse, con el tiempo, a considerar el derecho en su aspecto de derecho aplicable y aplicado, compuesto por **reglas** (legales o judiciales, por igual). Y el derecho expresado por reglas (dejando de lado la dificultad de crear neologismos en el repertorio lingüístico francés) no tiene aquella sed de generalizaciones abstractas que sí existe en los ambientes donde el derecho se expresa mediante conceptos"(37); aun cuando las mismas reglas en las cuales se expresa el derecho contienen un determinado (y no irrelevante, a decir verdad) grado de generalización.

---

(34) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 33.

(35) *Ibid., loc. ult. cit.*

(36) *Ibid., loc. ult. cit.* Sobre este punto, cfr. el estudio de Paolo CAPPELLINI, *Systema iuris*, II, Milán, 1985, en especial, pp. 3-65.

(37) CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, cit., pp. 180-181.

Y los conceptos (los conceptos jurídicos, en particular), a pesar de ser engendrados por específicas (e históricas) experiencias ideológicas, expresan siempre –como se ha señalado– una exigencia de racionalizar y organizar datos de la realidad, sobre la base de elementos de afinidad o compatibilidad; y no está dicho que la realidad, aun cuando cambiante o ya cambiada, produzca necesariamente "novedades" que no se pueden ligar, o que son extrañas, a las categorías elaboradas en el pasado, y en distintos climas ideológicos.

Creemos que todo ello explica la permanencia (y nos gustaría anotar "la útil permanencia") de grandes categorías conceptuales comunes en las ciencias jurídicas alemana, italiana y del Este europeo.

En concreto, el momento **lógico** termina superando al momento **ideológico** que lo ha producido, y permanece por mucho más tiempo que este último.

Se ha escrito (y lo hemos referido en precedencia) que la categoría es algo más que un término lingüístico: "Ella constituye un concepto, es decir, una imagen que el jurista se ha hecho de su propio sistema. Normas idénticas pueden expresarse con vocablos, categorías o **construcciones dogmáticas** diferentes. Y no es imposible que en algún caso, construcciones dogmáticas idénticas correspondan a realidades normativas distintas.

Gift, bailment, trust, contract, conveyance, podrían ser reagrupados en una categoría unitaria, pero los juristas ingleses y estadounidenses no han acuñado una palabra (un concepto) correspondiente al *contrat* francés. *Contrat, procuration, testament*, podría ser reagrupados en una categoría unitaria, pero los juristas fran-

ceses no han heredado el *negoci* de la cultura provenzal, y no han acuñado una palabra (un concepto) correspondiente al *Rechtsgeschäft* alemán, o no lo han desarrollado.

El distinto modo de afrontar los problemas de conceptualización dependía de la calidad del sujeto que elaboraba el material jurídico en los diversos países: allá es un juez, en otro lugar, un práctico que tenía la mirada puesta en la ley, por aquí un doctrinario que creaba"[38].

(38) Así lo expresan, justificadamente, CRESPI-REGHIZZI y SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, cit., p. 180. En realidad, sin importar cuáles han sido los métodos de elaboración de los materiales jurídicos, los resultados concretos que la doctrina ha logrado en las distintas experiencias, no parecen ser demasiado distintos el uno del otro.
En la experiencia italiana, aunque los códigos civiles de 1865 y 1942 no han dictado una explícita regulación sobre el negocio jurídico, y si se exceptúan reservas esporádicas y no homogéneas, la doctrina sí ha hecho referencia –y lo sigue haciendo, de manera sustancialmente unánime– a la categoría negocial.
No es para nada casual que un autorizado autor como SANTORO-PASSARELLI, en su saludo pronunciado en el encuentro académico por *I quarant'anni delle "Dottrine generali" di Francesco Santoro-Passarelli* realizado en Roma el 4 de diciembre de 1984 (en *Riv. dir. civ.*, 1986, II, pp. 80 y ss.) haya resaltado que el contrato, si bien es el instrumento principal de la autonomía privada, no es, sin embargo, un instrumento único ni exclusivo. En consecuencia: "las críticas contra la categoría del negocio jurídico, en cuanto comprensiva del contrato, así como de los actos unilaterales de voluntad (cuando se produzcan situaciones de compatibilidad), no me parecen justificadas. La doctrina del negocio jurídico ha permitido hacer expansible a los negocios jurídicos no contractuales, con ponderación y cuidado, el régimen que se ha dictado para los contratos en el Código" (*ibid.*, pp. 82-83). Sobre este punto, cfr. más adelante, el § 1 de la Segunda Parte del presente volumen.
En la experiencia francesa, el *Code civil* ignora la figura del negocio jurídico. La doctrina misma, sobre todo la de los manuales –y quizá influenciada por las indicaciones propuestas por Carl Salomo ZACHARIAE VON LINGENTHAL en su manual de derecho francés (el cual, como precisó el autor en el prefacio a la traducción italiana, publicada en Nápoles hacia 1860, no consistía en una ilustración al pie de la letra del Código, según el orden de las materias tratadas en el mismo, sino que quería expresar, y así fue, una verdadera sistematización de las materias, según un

¿Acaso la doctrina italiana, que ha heredado la categoría conceptual del *Rechtsgeschäft* (entre otras categorías), y que sigue haciendo referencia, con utilidad, a la misma, está enferma, sin remedio, de nostalgias puramente nominalistas?

---

orden lógico-racional)–, a pesar de ignorar "oficialmente" la categoría negocial, concibe la figura del contrato como expresión de la categoría de los actos jurídicos en los cuales se manifiesta el principio de la autonomía de la voluntad (cfr. los clásicos manuales de JOSSERAND, PLANIOL y RIPERT, RIPERT y BOULANGER, el de COLIN, CAPITANT y JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, el de MARTY y RAYNAUD, etc.).

En los trabajos manualísticos, entonces, la doctrina francesa, por un lado, se aparta de la sistemática del *Code*; y por otro lado, introduce la categoría del acto jurídico, definido como "*une manifestation de volonté tendant à produire des effets de droit*" (así lo señalan, por ejemplo, y por todos, MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, París, 1961, p. 210), en la cual se vuelve a proponer gran parte de la problemática del negocio jurídico. Ello induce a pensar que, más allá de las apariencias, el concepto de negocio jurídico sea en la experiencia francesa, mucho menos "ignoto" (o "ignorado") de cuanto se cree (cfr., más en general, RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, París, 1961, pp. 5-11). Esta línea de pensamiento cultural es sustancialmente unánime en la experiencia francesa. Para la literatura más reciente, cfr., entre otros. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: formation*, 2, París, 1988, p. 1; FLOUR y AUBERT, *Les obligations-L'acte juridique*, París, 1990, p. 55, y CARBONNIER, *Droit civil*, 4. *Les obligations*, París, 1990, p. 40.

En cuanto a la experiencia inglesa y estadounidense, son ciertamente extrañas a ella tanto la categoría del negocio, cuanto la (análoga) categoría del acto jurídico (según la concepción en que la doctrina francesa entiende esta última institución), así como toda otra especie de conceptualización al respecto.

Como si fuera poco, el mismo término "negocio" parece ser del todo intraducible en el lenguaje jurídico inglés.

Con respecto a este punto, y hace algún tiempo, GALGANO (*La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici (considerazioni in sintesi)*, en *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, al cuidado de ALPA y ZENO-ZENCOVICH, Milán, 1987, p. 381), con la acostumbrada elegancia intelectual que distingue sus escritos, destacaba, en relación con la imposibilidad de traducir al inglés el término "negocio jurídico", la existencia de un delicado problema, del todo literario.

Retomando una enseñanza (¿o acaso una *boutade*?) de Gaetano SALVEMINI –quien sostenía que los conceptos intraducibles al inglés no deben ser utilizados–, GALGANO afirma que "si una gran civilización jurídica, como la anglosajona (pero en el fondo, también la francesa) se ha podido desarrollar ignorando el concepto de negocio jurídico, pues bien, nosotros podemos seguir sin problemas la

Nosotros no afirmaríamos ello. Por el contrario, ya hemos tenido la oportunidad de expresar que desconfiamos de aquellas especies de "conceptualismo magnificado" que reconstruyen, con fría abstracción, el fenómeno jurídico, desvinculándolo

---

advertencia de nuestro Código civil, donde se ha prescindido de esta categoría". Para lo concerniente a las experiencias francesa y anglosajona remitiremos a la parte final de esta nota a pie de página; sobre el Código Civil italiano vigente remitiremos, en cambio, al § 1 de la Segunda Parte del presente volumen. Por ahora, permítasenos detenernos sólo en los aspectos más exquisitamente literarios de la cuestión, que no es fácil de resolver.

Nosotros también hemos expresado nuestra duda sobre la posibilidad de traducir al inglés la **expresión** "negocio jurídico". Pero la eventual imposibilidad de traducir una palabra –y me refiero a la dificultad, si no es que a la imposibilidad, de encontrar en otra lengua el inmediato correspondiente de una palabra presente en el vocabulario de la lengua italiana, por ejemplo–, no implica que sea intraducible el concepto expresado con dicha palabra.

A decir verdad, el arte de traducir está totalmente plagado de **traiciones**; el propósito de estas es captar el verdadero y esencial sentido de lo que se traduce. El oficio de traducir es, además, un oficio antiguo y terrible, porque "nadie, como ha demostrado VALÉRY, puede entender, en el fondo, una palabra" (SARTRE, *Cos'è la letteratura?*, Milán, 1960, p. 211, n. 4). Y sin embargo, GOETHE afirmaba que cuando se traduce no es necesario ponerse a pelear con la lengua extranjera, sino que se debe proceder "hasta llegar a lo intraducible, y respetarlo, porque en ello (en lo intraducible) consiste, precisamente, el valor y el carácter de cada idioma". También Walter BENJAMIN, en su ensayo sobre "la tarea del traductor", subraya que en las traducciones, los idiomas perderían su valor y carácter específico, para pasar a integrarse, recíprocamente, en el intento de reconstruir un lenguaje único: el lenguaje 'divino, prebabélico' (he tomado estas referencias sobre GOETHE y BENJAMIN de la ponencia de Cesare CASES "Goethe traductor de Cellini", expuesta en Monselice, en 1974, con motivo de la atribución del premio *Città de Monselice* para una traducción literaria. El texto forma parte de las *Atti del Secondo Convegno sui problemi della traduzione letteraria*, pp. 33-43, publicados con el auspicio de la Administración Municipal de Monselice, en 1974).

Lo que queremos expresar es que la eventual imposibilidad de traducir al inglés el término "negocio jurídico" no añade ni quita nada para su utilización, incluso por parte de la doctrina italiana.

¿Pero es cierto, en último análisis, que no se puede traducir "negocio jurídico" al inglés? MERRYMAN (en *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1985, la 2a. edición de su volumen, traducido al italiano, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di*

de la realidad a la que pertenece, y corriendo el riesgo de reducirla a un mero juego de lógica (a veces exquisito, desde luego),

---

common law, que hemos citado, *supra*, nota 1, no sólo ha descrito, con mucha claridad, a los lectores de lengua inglesa, el significado que el concepto de negocio jurídico asume en la tradición de Europa continental, sino que ha brindado a ellos una precisa traducción del término.

El negocio jurídico es un *juridical act* (MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 75), es decir, "*a declaration of intention directed toward legal effects that the legal order recognizes and guarantees* [...] *the juridical act is a general figure elaborated by the writers drawing upon the study of particular legal figures (contracts, will, and so on). These figures present common characteristics. The fundamental characteristic consists in the fact that these are expressions of private autonomy, of the power that the legal order recognizes in individuals to regulate their own interests* [...]" (*ibid.*, p. 77).

En su brevísimo excursus, el eminente estudioso estadounidense examina, asimismo, la estructura interna del *juridical act*, e identifica en la distinción entre los *essential elements* (*whitout which the act is void*) y los *accidental elements* (*which the parties are free to include or not*) su elemento estructural caracterizador (*ibid.*, p. 78); para todo ello, da por asumido, además, tanto el encuadramiento del *juridical act* en la categoría, más general, de los *legal acts in the strict sense*, que son aquellos "*that presuppose intention and deliberation in the actor, but not intention to produce legal effect*" (*ibid.*, p. 76), cuanto el encuadramiento de los *legal acts*, en la categoría, aun más general, de los *legal facts*; el *legal fact* "*is an event* [...] *that fits a model fact situation and that therefore has certain legal consequences*" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*).

Vale la pena subrayar que el adjetivo *legal*, utilizado para calificar los hechos y los actos jurídicos en sentido estricto, confirma su naturaleza de meros presupuestos de efectos, establecidos de manera previa por el sistema normativo; permite, de igual forma, y con evidencia semántica, distinguir tales figuras, nítidamente, del negocio, que es identificado, entre los actos, con el adjetivo *juridical*.

En concreto, el consejo de GOETHE, de traducir lo **intraducible** (verdadero o supuesto) que caracteriza todo idioma, parece haber encontrado una feliz y concreta aplicación en las páginas de MERRYMAN.

En escritos posteriores (*Crepuscolo del negozio giuridico*, en *Contratto e Impresa*, 1987, pp. 750-751, y en la *Prefazione* a su volumen *Il negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, y continuado por Luigi MENGONI, Milán, 1988, p. VII), el mismo Francesco GALGANO –con quien nuestras coincidencias de pensamiento, más allá de las apariencias, parecen ser mayores, últimamente, que cuanto algún lector apresurado de nuestros estudios podría creer–, ha retomado el tema de la imposibilidad de traducir el negocio jurídico a la lengua inglesa, y ha denunciado, con justicia, la infeliz traducción del negocio jurídico como *legal transaction*, expuesta a los operadores jurídicos

anglosajones por COHN (*Manual of German Law*, Londres, 1968, p. 73).
Con todo, los errores de un traductor (sea en lo concerniente al sustantivo *transaction*, sea, a nuestro juicio, en lo que toca al adjetivo *legal*) no son imputables a lo que se quiere traducir.
Por otro lado, nos parece igualmente débil señalar, como testimonio del crepúsculo del negocio jurídico, la constatación de que los repertorios de jurisprudencia contemplen la voz "negocio jurídico" como un mero subcapítulo de la voz "contrato".
Nos preguntamos si realmente (y también si formalmente) era de esperar una solución distinta. No es difícil de entender, en efecto, la circunstancia de que los repertorios recojan las distintas decisiones jurisprudenciales que, al tener que hacer referencia a un sistema de código civil (como el italiano), donde no se regula expresamente el negocio jurídico, no pueden hacer otra cosa que dar importancia prioritaria a la institución homóloga al negocio jurídico, que sí se regula en el Código civil, es decir, al contrato.
Diríamos, inclusive, que estas consideraciones de GALGANO, si son bien apreciadas, terminan desenvolviéndose en sentido contrario al propuesto por nuestro ilustre amigo.
Ello ocurriría porque la exigencia de contemplar en un repertorio de jurisprudencia, aunque sea en el lugar de un subcapítulo, una institución que no ha sido regulada directamente en el Código Civil, expresa ampliamente, y no por casualidad, la relevancia cultural y práctica de esta figura conceptual, así como el valor y peso de su presencia en la regulación misma del contrato, contenida en el Código.
Prueba de ello es la afirmación contenida en la ponencia (también recordada por GALGANO) de la Comisión *Lombardini* –encargada de elaborar propuestas para el Ministro de Instrucción Pública, con miras a la inclusión del derecho (además de la economía) en el programa curricular de la escuela secundaria superior–, según la cual, se debían evitar "argumentaciones de carácter demasiado técnico o abstracto (como aquellas relativas a la teoría del negocio jurídico)".
Es probable que sea justo acercar a los jóvenes de las escuelas secundarias al estudio del derecho, con una búsqueda de los caminos de la simplificación, y postergando, para la educación universitaria posterior, el eventual estudio a fondo de argumentos más técnicos o teóricos.
Pero si la obra de malos traductores y el informe de una Comisión ministerial para la reforma de los programas de la escuela secundaria superior van a constituir indicios del "crepúsculo" del negocio jurídico, consideramos que en el crepúsculo del tan cuestionado concepto, el sol sigue brillando tan alto como al mediodía.
Siempre en la experiencia anglosajona, hay que anotar, además, que sea en materia contractual, sea en materia testamentaria, y sea con respecto algunos actos unilaterales *inter vivos* (de naturaleza negocial, diríamos nosotros) –como por ejemplo, *l'assignment*, que es un acto "*by which an assignor transfers a contract right to an assignee*" en el cual "*the owner of that right must manifests his intention to make a present transfer of the right whitout further action by him or by the obligor*" (FARNSWORTH, *Contracts*,

Londres, 1982, pp. 753-754; sobre este punto, cfr. también ANSON, *Principles of the English Law of Contract*, Oxford, 1959, p. 63)– la experiencia de *common law* se ha mostrado "prudente y muy atenta" (GORLA, *Il contratto*, I, Milán, 1954, p. 425) en establecer que dichos actos son expresión de la libre voluntad de sus autores. Se explica, de tal forma, el obrar de una regulación sustancialmente unitaria y homogénea para todos estas instituciones (y más allá, se entiende, de las diferencias derivadas de las diversidades estructurales de las distintas instituciones), en lo atinente a los problemas de la capacidad, de los vicios de la voluntad (*fraud, mistake, undue influence*, etc.), y de interpretación de las intenciones del autor del acto (no obstante el sistema rigurosamente formalista que rige en la materia, y sobre todo, en materia de contratos, con respecto a las declaraciones escritas). Sobre el tema, la doctrina es rica en referencias: cfr. MILES y BRIENLY, *Cases Illustrating General Principles of the Law of Contract*, Oxford, 1937, pp. 92 y ss.; CHITTY, *On Contracts*, I, Londres, 1955, pp. 577 y ss.; WILLINSTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, I, Nueva York, 1957, p. 288; ANSON, *op. cit.*, pp. 167 y ss.; KIRKPATRICK, *Initiation au droit anglais*, Bruselas, 1964, pp. 197 y ss.; WILLIAMS, *The Law Relating to Will*, Londres, 1967, pp. 14 y ss.; WILLIAMS y MORTIMER, *On Executors, Administrators and Probate*, Londres, 1970, pp. 137 y ss.; THEOBALD, *On Wills*, Londres, 1971, pp. 43 y ss.; BAILEY, *The Law of Wills*, Londres, 1967, pp. 64 y ss.; TEDESCHI, *L'interpretazione del contratto*, en *Il contratto nel diritto nord-americano* (al cuidado de TEDESCHI y ALPA), Milán, 1980, pp. 59 y ss.; y ALPA, *Contratto e common law*, Padua, 1988, *passim*.

En la realidad concreta, en las relaciones entre particulares, por lo tanto, se detectan actos de voluntad, que a pesar de ser distintos entre sí, han suscitado en el mismo sistema inglés-estadounidense la consideración de que deben ser regulados de manera sustancialmente homogénea, porque en ellos parece ser común la función y el papel primario que la voluntad está llamada a cumplir.

Así pues, partiendo del examen de las características que estos actos de voluntad presentan en la realidad concreta en la que se determinan, parece asumir una importancia relativamente determinante el hecho de que una experiencia (la alemana, precisamente), en atención, también, y sobre todo, a una particular tradición y sensibilidad culturales, los haya cristalizado en la categoría conceptual del negocio jurídico, mientras que otra experiencia (la inglesa) no lo ha hecho.

Todo ello permite afirmar que si bien la experiencia inglesa no conoce, ciertamente, la categoría del negocio jurídico, no ignora, sin embargo, el sustancial carácter unitario de aquellos actos de voluntad de voluntad que han representado el punto de referencia concreta de la categoría negocial. E ignora en tan poca medida la categoría, que al regular tales actos disposiciones análogas, demuestra que ha sabido captar, más allá, justamente, de las específicas diferencias, aquellas características comunes que los distinguen, y que **en otros escenarios** sí han permitido subsumirlos en una categoría conceptual unitaria.

Cuanto se ha señalado parece quedar confirmado, además, por aquellas tendencias doctrinales que intentaron elaborar una teoría "pura" del contrato, entendida como categoría "*highly abstract*" (cfr. GILMORE, *The Death of Contract*, cit., p. 7 y ALPA, *L'erosione*

como si se tratara, prácticamente, de un problema de ajedrez o de *bridge*"[39].

della teoria pura del contratto, en ID., *Il contratto nel diritto nord-americano*, cit., pp. 75 y ss.).
En resumen, a pesar de no haber sido explicitada en una categoría conceptual, la idea de acto de autonomía (como también nosotros la entendemos) no parece ser completamente **extraña** para la experiencia inglesa-estadounidense; del mismo modo, no ha sido extraña (en el derecho estadounidense) una hipótesis de "codificación" (es decir, de racionalización y organización en categorías generales) de múltiples *rules* del *common law* (sobre este punto, cfr. GILMORE, *op. cit.*, pp. 10 y ss.).
Para concluir, es alentador señalar, como "ulterior" y **significativo** indicio de que la crisis del negocio jurídico sólo es **presunta**, que el reciente Código Civil holandés (a pesar de ser expresión de una cultura que se ha inspirado siempre en el carácter concreto y en el buen sentido de una lógica tradicionalmente **mercantil**, y por lo tanto, no inmune a las influencias del *common law*) se ha separado del modelo francés precedente, para acercarse, esta vez, al modelo del BGB. Y también en el art. 33 del libro tercero del Código holandés, dedicado al derecho patrimonial, se ha acogido, ni más ni menos, el concepto de *rechtshandeling*, es decir, de negocio jurídico (al respecto, cfr. especialmente, HARTKAMP, *Einführung in das neue niederländische Schuldrecht*, en BYDLINSKY, MAYER-MALY y PICHLER, *Renaissance der Idee der Kodifikation*, Viena-Colonia-Weimar, 1991, en particular, pp. 89 y ss.).
Hay que añadir que la definición del concepto de *rechtshandeling* contenida en el citado art. 33 del Código holandés, dice así en la traducción inglesa: "*A **juridical act requires** an intention to produce juridical effects, which intention has manifested itself by declaration*"; en la traducción francesa, en cambio, la fórmula utilizada es: "*L'**acte juridique** nécessite un acte de volonté qui est destiné a produire un effet de droit et qui s'est manifesté par une déclaration*" (en las dos citas, el resalto es nuestro). Cfr. *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboeck–Het Vermogensrecht* (trad. de P. P. C. Haanappel y E. Mackaay), Deventer-Boston, 1990, p. 20.
[*Ad. del T.*] *Boutade* (en francés, en el original) quiere decir "chanza", dicho festivo o irónico. Es de uso común en lengua italiana.

(39) Así lo anotamos en nuestro trabajo *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, ahora en *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pp. 339-340.
Con su elegancia de refinado humanista, Filippo VASSALLI (*Arte e vita del diritto civile*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., III, 2, p. 398) recordaba que en las categorías generales del derecho civil "los datos de la vida han sufrido la transformación más plena al pasar a ser esquemas de pensamiento.
La variedad ha sido compuesta en esquemas ordenados, la materialidad de las relaciones se ha como espiritualizado y el imperativo de la ley parece ser, prácticamente, la enunciación de una armonía".

Ello no significa que desconozcamos sustanciales dotes de equilibrio y mesura a las propuestas del conceptualismo jurídico (salvo raras excepciones), consideradas en su conjunto. En efecto, en la experiencia jurídica, y aunque no sean *res* (sino *voces*, *nomina*, **lenguaje**, y por lo tanto **símbolos**), los conceptos no son símbolos vacíos, alusivos a un mundo ultraterreno imposible de conocer; no son, en otras palabras, una suerte de "*astrologie des mots*"(40), sino más bien una "sintaxis ordenante del jurista"(41) propiamente dicha. En los conceptos –como ya se ha señalado–, una realidad diversa y compleja, y un conjunto de situaciones, fenómenos, acontecimientos, problemas concretos, recomponen –dándole un orden– su propia naturaleza fragmentaria. Hacen descifrables e inteligibles sus propias característica fundamentales, para expresarse, fuera de presencias ocasionales o circunstancias episódicas, en una dimensión histórica(42) menos efímera(43).

(40) Esta es la definición de metafísica que nos da Paul VALÉRY, en *Cahiers*, I, Gallimard (Bibl. de la Pléiade), París, 1973, p. 479.

(41) GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 1986, p. 596. Este parecer no sólo es equivalente, en lo sustancial, a la posición de PUGLIATTI (*La logica e i concetti giuridici*, cit., *passim*; ID., *Crisi della scienza giuridica*, ahora en *Diritto civile-Metodo, teoria e pratica*, cit., p. 698), sino también a la de ASCARELLI (*Prefazione*, en ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, 1952, p. XIX).

(42) Sobre este punto, cfr. GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, cit., *loc. cit.* En la misma línea de pensamiento: BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 145.

(43) No es casual que se haya destacado (BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Turín, s.a., p. 15) que "constituir una ciencia jurídica significa construir un lenguaje riguroso". ¿Y entonces? ¿Los nombres, símbolos, palabras son verdaderos o falsos? Se trata, sin duda, de un dilema y de un sortilegio antiguos e inquietantes (no sólo para los juristas) pues como escribe Jorge Luis BORGES en su poema *El Golem* (en *El Otro, el Mismo*): "Si (como el griego afirma en el Cratilo) / El nombre es arquetipo de la cosa / En las letras de *rosa* está la rosa / Y todo El Nilo en la palabra *Nilo*"; y

Nos parece, en suma, y luego de todo lo expresado, que el conceptualismo representara un método y una escuela que han impuesto a los estudios jurídicos una suerte de **higiene cultural**, que, por un lado, ha impedido la reducción de la experiencia intelectual de los juristas a los estrechos confines de una idea predominantemente fenomenológica del derecho, y ha evitado por lo tanto, que sus reflexiones terminen resolviéndose, sustancialmente, en un ordenado y administrado cotejo de los datos que derivan de las tendencias jurisprudenciales(44). Por otro lado, y debido a lo anterior, ha reducido oportunamente los espacios para el análisis superficial, para el vaniloquio retórico(45).

2. Las teorías sobre el negocio jurídico.

Usualmente, el dilatado itinerario de pensamiento y de reflexión recorrido por la, más que secular, doctrina del negocio jurídico se describe teniendo en cuenta dos bandos muy generales, que se resumen en la contraposición entre teorías subjetivas y teorías objetivas. Las teorías subjetivas fundan la esencia

---

Umberto ECO pone fin a su novela *Il nome della rosa* con el hexámetro "*stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*" (que atribuye a Bernardo Morliancense, monje benedictino del siglo XII).

(44) Sobre este punto, cfr. PIETROBON, *Dal negozio al contratto?*, cit., p. 356.

(45) Ciertamente, y como bien resaltaba SACCO (*Il contratto*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1975, p. 5), por lo demás, la rigidez de los conceptos puede constituir una ingenuidad. Sin embargo, dicha ingenuidad "se subsana con la señalación de la diferencia que existe entre la noción correcta y la que se quiere criticar: para subsanarla es innecesario recurrir a expresiones no definidas, y con respecto a las cuales es posible preguntarse si son definibles" (*ibid.*, p. 5), como demasiado a menudo han hecho creer, y siguen haciendo creer, algunas tendencias anticonceptualistas.

del negocio jurídico, básicamente, en la voluntad del autor o autores del mismo; ello ocurre, ya sea cuando dicha voluntad es considerada como elemento predominante sobre la manifestación (como acontecía en las primeras formulaciones del concepto), o bien cuando la atención no se concentra tanto en la voluntad, entendida, prácticamente, como elemento psicológico (interno a la manifestación), sino en la manifestación misma, en la cual se ha exteriorizado la voluntad. En compendio, estas teorías –ligadas, esencialmente, a la definición de negocio como **declaración de voluntad**– se expresan conforme a una línea de pensamiento que, luego de atribuir preeminencia primitiva al **contenido** (la voluntad) sobre el **continente** (la declaración), ha terminado afirmándose en posiciones que, modificando la perspectiva inicialmente seguida, ven prevalecer a la declaración, por encima la voluntad.

En torno de estas teorías (que por comodidad seguiremos llamando) subjetivas, se ha advertido(46), con agudeza, que la señalada modificación de los criterios fue consecuencia de la imposición, en el seno de la teoría del negocio, de la figura del contrato (que parece desenvolver, indudablemente, un papel paradigmático y predominante en las reflexiones sobre el negocio jurídico). Ello quiere decir que "prevaleció la consideración del significado objetivo, o valor objetivo, de la declaración, tal cual el destinatario, razonablemente, la ha recibido o ha podido entenderla"(47). El vínculo jurídico o el efecto que provenían del negocio pasaron a fundarse, de esta manera, en el elemento de

(46) Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 294.

(47) *Ibid., loc. ult. cit.*

exteriorización de la voluntad, es decir "en la **declaración** entendida como **hecho** socialmente apreciable"[48].

Esta perspectiva, determinada, principalmente, por las exigencias "del primer capitalismo de la Sociedad industrial"[49] tiende a vincular "al autor del negocio con la responsabilidad –y más exactamente, con la autorresponsabilidad"[50]. Es así como

(48) P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Nápoles, 1973, p. 281. Sobre la contraposición entre *Willenstheorie* y *Erklärungstheorie*, cfr. la resumida síntesis doctrinal expuesta, no hace mucho, EISENHARDT, *Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung*, en *Juristen Zeitung*, 1986, pp. 895 y ss. Siempre sobre la *Willenstheorie* y la *Erklärungstheorie*, puede consultarse una explicación puntual en el volumen de SCHAPP, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, Tubinga, 1986, pp. 8 y ss.
También hay que señalar, por un lado, que si con respecto a las denominadas corrientes **subjetivistas** se ha dado rienda suelta a mucha fantasía, al haberse extremado el sentido de algunas de sus afirmaciones (en efecto, ninguno de los autores pertenecientes a este bando de pensamiento ha considerado jamás que una voluntad pueda tener relevancia jurídica sin una manifestación exterior, ni que, en consecuencia, la manifestación no sea el más inmediato, aun cuando no exclusivo, **indicio** de la voluntad misma, ni que, por lo tanto, el papel de la manifestación, en la teoría del negocio, no sea de importancia primaria); y por otro lado, autores, cercanos a las teorías **objetivistas**, mediante una desvalorización del papel de la voluntad (en ventaja del **acaecimiento social** en el cual ella se ha exteriorizado), corren el riesgo de considerar el fenómeno negocial en clave de **terceros** (destinatarios de la declaración) –por decirlo así–, los cuales terminarían siendo sus verdaderos protagonistas, en reemplazo de los autores o del autor del negocio jurídico.
Una perspectiva de este género nos parece, francamente, aberrante, porque el negocio jurídico, como acto de autonomía, tiene sus verdaderos protagonistas en el autor o autores de la regla que él expresa. La posición de los terceros (destinatarios de la declaración), ciertamente relevante, emergerá, bajo la especie de la protección, desde una perspectiva del todo diversa de aquella en torno de la cual estamos reflexionando en este punto. Sobre el problema, cfr. el § 5 de la Segunda Parte del presente libro (en particular, la nota 231).

(49) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, *loc. ult. cit.*

(50) *Ibid.*, *loc. cit.*

emerge el tema de la protección de la confianza[51], es decir, la protección de los destinatarios de la manifestación negocial.

El tema de la voluntad del autor del negocio jurídico, como **elemento** central de la institución, es equilibrado con las exigencias del tráfico, y conjugado con los temas de la buena fe, la apariencia y, como se ha anotado, la confianza[52].

En concreto, si las exigencias del tráfico jurídico y del comercio imponen un desplazamiento del elemento central del negocio, de la voluntad hacia la **declaración** de esta, estamos frente a un proceso que comienza a verificarse, de todas formas, en el seno de las denominadas teorías subjetivas, es decir, las que (apoyadas en el pensamiento de SAVIGNY, WINDSCHEID y del mismo JHERING) atribuyen a la voluntad (incluso a la voluntad expresada en la declaración, y no sólo a aquella considerada en clave eminentemente psicológica) la producción de los efectos jurídicos (tal es la posición, por ejemplo, de Ludwig ARNDTS, Heinrich DERNBURG, Ernst ZITELMANN, Ludwig ENNECCERUS, Andreas VON TUHR, y en Italia, de Giampietro CHIRONI y Luigi ABELLO, Pietro BONFANTE, y menos antiguamente, de Francesco FERRARA, padre, Alberto TRABUCCHI y Giuseppe STOLFI).

(51) Sobre este punto, en general, cfr. SACCO, *Affidamento*, en *Enc. del dir.*, I, Milán, 1958, pp. 661 y ss.

(52) Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., pp. 281 y ss., quien destaca, oportunamente, el florecimiento (entre la mitad del Ochocientos y los primeros años del Novecientos) de toda una serie de estudios sobre el error, una figura que (sobre todo en la especie del error obstativo) es "significativa y representativa" (p. 281) del tema de la divergencia entre voluntad y declaración.
Una eficaz síntesis de la evolución del concepto de negocio jurídico, desde la perspectiva de un mayor valor **objetivo** del mismo, puede verse, ahora, en GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, cit., en particular, pp. 1048 y ss.

Más detalladas y variadas son las denominadas teorías objetivas, en cuyo ámbito se ha acostumbrado comprender doctrinas que no siempre son del todo homogéneas, o que, en todo caso, son menos homogéneas que aquellas doctrinas que usualmente se han clasificado, bien o mal, entre las teorías subjetivas.

Por otro lado, la matriz cultural general de estas teorías objetivas parece poderse identificar en la progresiva sustitución de las propuestas de la *Zweckjurisprudenz* y de la *Interessenjurisprudenz*, en el puesto inicialmente ocupado por la *Begriffjurisprudenz*, es decir, en la progresiva afirmación de la consideración de las instituciones jurídicas "en su funcionalidad práctica, y más como instrumentos de trabajo, que permiten resumir las experiencias de la realidad, que como hipótesis de trabajo que conduzcan a la elaboración de los conceptos y a las construcciones científicas"(53); por esta vía, las instituciones se acercan a la realidad económico-social de forma más explícita, al parecer, que cuanto ocurría en las propuestas de la *Begriffjurisprudenz*, donde los datos de la realidad concreta terminaban pasando a un segundo plano y prácticamente desapareciendo (al menos a primera vista) en la impetuosa abstracción de aquella *Genealogie der Begriffe* en la que Georg Friedrich PUCHTA, por ejemplo (y con él los más rigurosos secuaces del formalismo conceptual) fundaba el sistema jurídico(54).

---

(53) Así lo expresamos en nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán, 1966, pp. 19-20.

(54) Cfr. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, cit., I, p. 101.
Es necesario aclarar, ahora mismo, que la excesiva abstracción de las teorías de los primeros pandectistas (por ejemplo, SAVIGNY, PUCHTA, y luego WINDSCHEID), es decir, el sustancial alejamiento de sus construcciones dogmáticas con respecto a los datos concretos de la realidad, ha dado lugar a muchas exageraciones. Si se aprecia bien, la misma *Genealogie der Begriffe*, formulada por PUCHTA, parece ser un

Con referencia más directa a la teoría del negocio jurídico, el problema con respecto al cual se coagularon, sustancialmente, las primeras tendencias objetivistas, consistió en considerar la relación entre la voluntad negocial declarada y los efectos. Como

---

sistema conceptual directamente, y permanentemente, vinculado con la realidad que intenta organizar; y debería ser conocida, además (y aunque se finja ignorarla), la exigencia, enérgicamente resaltada por SAVIGNY, de que el jurista deba poseer el conocimiento *des gesamten Rechtsverkehrs* [de la totalidad del tráfico jurídico], esto es, del conjunto de los datos morales, políticos, religiosos y económicos de la vida concreta (cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., I, p. 21).

Por otro lado, el denominado **dogma de la voluntad**, entendido como "omnipotencia de la voluntad individual" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1960, pp. 57), que caracterizaría las primeras definiciones del concepto de negocio jurídico (y sobre todo, la definición de negocio señalada por SAVIGNY) ligadas a la fórmula de la *Willenserklärung* (es decir, de la "declaración de voluntad") parece constituir un expediente dialéctico (bastante endeble, en realidad), al cual recurren, frecuentemente, algunos estudiosos, en su intento de diferenciar sus propias teorías, de aquellas con las cuales pretenden polemizar (incluso ideológicamente). Se trata de una técnica (de escaso espesor cultural, hay que anotarlo), a través de la cual se termina atribuyendo a las afirmaciones del interlocutor (o del adversario) un significado y alcance **extremistas**, y por lo tanto, un sentido que, si se aprecian bien las pretensiones del propio autor, ellas jamás habían querido tener. Tachar por excesivo individualismo la definición de negocio jurídico propugnada por SAVIGNY, por ejemplo (cfr. *System des heutigen römischen Rechts*, cit., III, pp. 98-99), tal cual hace BETTI (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 55 y ss.), significa, a nuestro juicio, haber malentendido el valor lógico-sistemático de la definición, y sobre todo, haber brindado a muchos estudiosos "distraídos" un cómodo atajo cultural, es decir, la coartada para expresar juicios, concentrándose en fórmulas aparentemente satisfactorias, más que en investigaciones fundadas en una serena, y sobre todo, documentada reflexión.

Con lo anotado hasta este punto, queremos poner en evidencia que SAVIGNY, PUCHTA y WINDSCHEID no eran teóricos tan **abstractos** ni distraídos a tal punto que no se dieran cuenta de que el jurista, y especialmente el civilista, deba, más allá de las categorías conceptuales elaboradas y utilizadas, sujetar su trabajo a la concreción, y por lo tanto, ordenarlo conforme a aquella realidad social que constituye su referente indispensable (sobre este punto, cfr. nuestro trabajo *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1993, pp. 157 y ss.).

Y en demostración de que ciertas teorías antiguas no son para nada obsoletas

es sabido, las teorías subjetivistas, a pesar de ciertas especificaciones efectuadas por ENNECCERUS, y especialmente por ZITELMANN y Otto KARLOWA[55], habían atribuido a la voluntad declarada la producción de los efectos jurídicos.

Las llamadas teorías objetivas (de Aloys BRINZ a Rudolf HENLE, Friedrich ENDEMANN, Franz LEONHARD, Paul OERTMANN, Heinrich LEHMANN, Dieter MEDICUS), sea en sus primeras formulaciones, sea en las más recientes, concentran su atención en el tema de los efectos, los cuales tienden a ser desvinculados de la voluntad, para pasar a ser enlazados con el ordenamiento jurídico. El negocio jurídico "bajo la forma de presupuesto para la entrada en vigor o para la extinción de ciertos imperativos [...] es el medio que el ordenamiento jurídico brinda al particular para este fin"[56].

(como pretenderían algunos), no es casual que el ya citado art. 33 del tercer libro del reciente Código Civil holandés (y recordando que la cultura jurídica holandesa, notoriamente, ha estado siempre influida por un sano realismo mercantil) ha adoptado una noción de negocio jurídico que reproduce la formulada por SAVIGNY.

(55) Cfr. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, Marburg, 1888, especialmente, pp. 152 y ss.; ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pp. 290 y ss.; KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlín, 1877, pp. 4 y ss. Ambigua y sobrecargada, pero sustancialmente subjetiva, a nuestro juicio, es la posición de WÄCHTER, *Pandekten*, I, Berlín, 1880, p. 360. Lo mismo parece poderse afirmar de J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, Leipzig, 1892, pp. 40 y ss.

(56) THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. italiana de A. Levi), Padua, 1951, p. 344. La misma línea de pensamiento es expresada por J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, cit., pp. 40 y ss., y también por EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privaterechts*, Viena, 1925, I, pp. 201 y ss. No es diferente la posición teórica de ENDEMANN, *Einführung in die Rechswissenchaft*, Berlín y Leipzig, 1927, p. 122. En resumen, en sus primeras formulaciones, las teorías objetivas se distinguen de las teorías subjetivas porque, con una valoración del elemento de la declaración por encima del elemento de la voluntad, habían hecho propia "la poderosa influencia de las exigencias de orden práctico que militan por

Las primeras formulaciones objetivas –como justificadamente se ha subrayado[57]–, no parecen ser exhaustivas ni clarificadoras, desde ningún punto de vista. Ellas se limitan a señalarnos que el negocio "constituye un medio para la producción de los efectos jurídicos, pero no tienen el cuidado de explicar en qué consiste y cómo actúa dicho medio"[58].

Una vez planteada la distinción entre voluntad y efectos, en el sentido antes indicado, se entiende por qué las llamadas teorías objetivas han terminado dividiéndose en tantos bandos.

Algunas doctrinas (representadas, sobre todo, por Philipp LOTMAR, Erich DANZ, Ferdinand REGELSBERGER, Richard SCHALL, Josef KOHLER, Hermann ISAY, Alfred MANIGK) desarrollan de manera nada homogénea, y desde un punto de vista no subjetivo, las perspectivas ambiguamente subjetivas de ZITELMANN y ENNECCERUS, y reconocen una incidencia de la voluntad en la declaración, pero no en los efectos[59]. Desde este punto de vis-

---

la protección de la confianza de los terceros para los fines de la seguridad de las relaciones" (R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico* I) *Profili generali*, en *Enc. giur.*, XX, 1990, p. 4 (de la separata).

(57) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1950, pp. 66-67.

(58) *Ibid.*, p. 67.

(59) Entre estas tendencias, la teoría más incisiva parece ser, ciertamente, la expuesta por BÜLOW, *Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg i. B., Leipzig y Tubinga, 1899, pp. 114 y ss., para quien, la *Erklärungswille* [voluntad de la declaración] sería necesaria, mientras que la *Wirkungswille* [voluntad del efecto] no tendría ninguna utilidad. Además, la voluntad constituiría un *Ursache* del precepto (*Sollen*) negocial, pero no un *Bestandteil* del mismo. La voluntad no formaría parte del contenido del negocio, y este estaría constituido por la declaración.

Ponderada, y oscilante entre perspectivas subjetivistas y objetivistas, parece ser la concepción (que iba a estar destinada a evolucionar, coherentemente, hacia las teorías preceptivas), afirmada por LARENZ en su volumen *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1930, donde el autor aclara que "*die Willenserklärung ist*

ta, el negocio es presentado como un hecho, y por lo tanto, como un objeto de valoración, en lugar de ser un **valor productor de efectos**.

Como ha tenido oportunidad de reafirmar la doctrina italiana, con una gama de matices bastante amplia (de Giacomo VENEZIAN a Gino SEGRÈ, de Carlo FADDA a Achille GIOVENE, de Nicola COVIELLO a Roberto DE RUGGIERO, y en tiempos más recientes, de Santi ROMANO a Alfonso TESAURO y Salvatore PUGLIATTI, de Domenico BARBERO a Alessandro LEVI, de Domenico RUBINO a Cesare GRASSETTI, de Aurelio CANDIAN a Antonino CATAUDELLA), y desarrollando las tendencias surgidas en la doctrina alemana (del mismo Otto von GIERKE a Otto WENDT, al menos parcialmente, entre otros), los autores o el autor del negocio sólo pueden orientarse hacia el efecto empírico (o fin práctico), pero jamás hacia el efecto jurídico, que depende del ordenamiento. La posición de Filippo VASSALLI parece ser más bien intermedia; para él la voluntad no agota todo el contenido del negocio jurídico, porque de este también pueden deducirse efectos no deseados por el particular, sino determinados por la ley(60).

---

demnach nicht eine Wollenserklärung oder Absichtserklärung, sondern Geltungserklärung" (p. 45) ["por ello, la declaración de voluntad no es declaración de un querer, ni declaración de una intención, sino declaración de un valor"].

Y sin embargo, es dudoso que esta *Geltungserklärung* sea, en sí misma, y por decirlo de alguna manera, una fuente de "efectos jurídicos, porque estos parecerían depender, en todos los casos, del ordenamiento jurídico" (p. 46).

No lejanas de las expresiones de BÜLOW parecen encontrarse las de PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, p. 57; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 7; y menos antiguamente, AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Nápoles, 1957, pp. 81-82.

(60) Así opinaba VASSALLI, *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*, cit., p. 8. Posteriormente, esta perspectiva sería desarrollada y precisada por RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1969, pp. 290 y ss.

Estas teorías, que desplazan la producción de los efectos jurídicos desde la voluntad del privado hacia la voluntad de la ley (en Italia, una teoría normativa del negocio fue intentada por Ferruccio PERGOLESI, y en tiempos más recientes, por Luigi FERRI, y nos parece que también, aunque con acentos más variados, por Pietro PERLINGIERI) tienen su punto de arribo más riguroso y cabal (pero no único) en las ideas de Ernst Rudolf BIERLING y Hans KELSEN(61).

El negocio jurídico terminará asimilándose a un precepto normativo, perteneciente a un *Stufenbau* normativo que tiene su

(61) Este último autor, acaso desarrollando la idea de BIERLING (*Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig, 1894, I, pp. 114-116), en torno de un sistema de normas supraordenadas y subordinadas ubica en su *Stufenbau* normativo "entre la ley y la sentencia, al negocio jurídico, que, en relación con el hecho condicionante, ejerce una función identificadora. Delegadas por la ley, las partes imponen normas concretas para su comportamiento recíproco, de las normas que establecen un comportamiento, y sólo su infracción constituye el hecho que debe ser determinado en la sentencia, hecho al cual se liga, en esta sentencia, la consecuencia del hecho ilícito, es decir, la ejecución. La última fase de este proceso de producción del derecho que tienen inicio en la promulgación de la Constitución es la realización del acto coactivo, como consecuencia del hecho ilícito". Las expresiones son de KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (trad. italiana de Renato Treves), Turín, 1956, p. 86.

Es singular apreciar que soluciones, no tan diversas de las adoptadas por BIERLING y KELSEN, también se encuentran, por ejemplo, e "inesperadamente", en otros autores, ciertamente alejados del pensamiento de los dos Maestros citados. Al respecto, Santi ROMANO subraya explícitamente que la autonomía negocial **deriva**, para el particular, del ordenamiento **superior** del Estado (cfr. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Florencia, s.a., p. 58, nota 47 *quater*; ID., *Autonomia*, en sus *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1953, p. 24). El mismo SANTORO-PASSARELLI afirma, igualmente, que la voluntad (negocial) del particular no es una voluntad soberana, independiente, sino que "es idónea para producir efectos, porque otra voluntad, que sí es soberana, y que es aquella expresada en el ordenamiento jurídico, la **autoriza** a ello (art. 1322, 1er. párrafo)" (SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1983, p. 126).

origen y fundamento en la *Grundnorm*, que rige, precisamente, el entero sistema del ordenamiento jurídico(*).

Desde esta perspectiva, rigurosamente formalista, el negocio asume el ropaje de un precepto que el ordenamiento jurídico autoriza a poner en acción por parte del particular.

Pero la idea del negocio jurídico entendido como precepto, como regla, también es desarrollada, si bien desde un diferente punto de vista, por aquel bando de las teorías objetivas que ha acentuado, particularmente, la distinción, y más aun, la contraposición, en el plano de los efectos negociales, entre efecto empírico y efecto jurídico.

Si se considera el negocio jurídico, en su propia realidad socioeconómica, se cae en la cuenta de que el mismo se presenta, principalmente, como un instrumento que los particulares utilizan para dar reglas a sus propios intereses. En esta línea de pensamiento, el negocio jurídico expresa una **regulación de intereses, vinculante** para aquel o aquellos que lo han llevado a cabo. El negocio jurídico constituye, entonces, un acto de autonomía privada, es decir, una expresión del poder de autorregular intereses(62). Este es el criterio en que se enmarcan –sobre la base, especialmente, del pensamiento de Emilio BETTI, Fritz VON HIPPEL, Heinrich STOLL, (del mismo Alfred MANIGK, en sus estudios de la década de 1940), de Francesco MESSINEO,

(*) *Stufenbau* está por "escala" (normativa); *Grundnorm* por "ley" o "norma" "fundamental" [*N. del T.*].

(62) En esta acepción, es evidente que el negocio, sobre todo en sus manifestaciones contractuales, representa el instrumento principal para la circulación de los bienes y de la riqueza. Así lo expresa CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padua, 1933, pp. 15 y ss.

Luigi CARIOTA FERRARA, Renato SCOGNAMIGLIO, del más reciente Karl LARENZ, y de Werner FLUME– las actuales teorías dominantes relativas al negocio jurídico.

Pero este bando "preceptivo" de las teorías objetivas se desarrolla en el marco de una concepción que atribuye la juridicidad de los efectos al ordenamiento estatal, en cuanto fuente (históricamente) exclusiva de calificación jurídica; según esta concepción "preceptiva", el negocio jurídico se distinguiría, sea de la norma jurídica (fuente de calificación), sea de los hechos y actos (que son meros presupuestos de efectos). Como expresión de autonomía privada, el negocio plantea "una reglamentación directa, individual, concreta, de determinados intereses, por obra de los mismos interesados. Aquí existe una inmediata coincidencia entre el interés regulado, el poder y la voluntad reguladora (este es el punto característico): porque son el interés, el poder y la voluntad de las mismas personas"[63].

(63) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 47. Debe atribuirse al pensamiento de Emilio BETTI, principalmente, la formulación del concepto de negocio jurídico como acto de autonomía privada. Al respecto, cfr. la fugaz referencia que ya está presente en su ensayo de 1928, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 35, nota 3. Tal formulación sería retomada por el mismo autor, con mayor detalle, en *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padua, 1935, pp. 202 y ss., y luego en sus *Istituzioni di diritto romano*, I, Padua, 1942, pp. 94 y ss. (antes de encontrar su tratamiento más cabal en el citado volumen *Teoria generale del negozio giuridico*).

El pensamiento de BETTI, sobre el concepto de autonomía privada como manifestación de la realidad social, ya de por sí compromisoria (y por ello, en condición de expresarse en una dimensión que contiene un **principio** de "juridicidad"), se enmarca, a nuestro juicio, en un ambiente cultural no disímil de aquel que era común a los estudios de Max WEBER y Eugen EHRLICH, y a los realizados por Santi ROMANO y Widar CESARINI SFORZA en torno del ordenamiento jurídico (*L'ordinamento giuridico*), y del derecho de los particulares (*Il diritto dei privati*), respectivamente.

En conclusión, este precepto negocial, que no es fuente de derecho objetivo, que tampoco es, por lo tanto, norma de un *Stufenbau* legal, y que ni siquiera constituye una mera *fattispecie* (como el hecho y el acto), parece desenvolverse, en su relación con el ordenamiento, en una dimensión propia. La verdad es que en el negocio, "a diferencia de otros casos, la *fattispecie* a la cual la norma enlaza el efecto jurídico, ya contiene, en sí misma, **la enunciación o la actuación de un precepto** que debe ser observado cuando se entrecruzan esferas de intereses: un precepto que el orden jurídico evalúa según su soberana apreciación, y traduce en relación jurídica, con las restricciones y modificaciones que estima oportunas. En efecto, con el negocio jurídico los particulares disponen, para el futuro, una regulación vinculante de intereses propios en el marco de sus relaciones"(64).

En otras palabras, como acto de autonomía privada, el negocio jurídico **no es un valor**, entendido como criterio original de valoración (porque este carácter original es exclusivo de la norma jurídica); y **no es un hecho**, entendido como mero objeto de valoración (o, si se quiere, como mero presupuesto de efectos que ya han sido rígidamente preestablecidos en las normas del ordenamiento jurídico): a menos que hayamos malen-

(64) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 49. No lejana de esta postura parece encontrarse la solución sugerida por SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 126. En el mismo sentido: PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, en *Circ. giur.*, 1960, pp. 40, 48, y CATAUDELLA, *Negozio giuridico*, en *Enc. forense*, V, Milán, 1960, p. 25. En la doctrina alemana, el tema del negocio jurídico, como acto de autonomía privada, ha sido recientemente retomado y desarrollado, sobre todo, por FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, en *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, Berlín-Heildelberg-Nueva York, 1965, p. 123.

tendido el sentido de la autorizada doctrina que acabamos de exponer brevemente, el negocio jurídico constituye un valor (puesto que es una regulación de intereses) que es evaluado según otro valor (expresado en la norma jurídica).

Da la impresión de que este intento de superar el *impasse* entre negocio entendido como hecho y negocio entendido como valor, se hubiera logrado sólo parcialmente.

Porque si el negocio es un **valor a ser evaluado** el problema consiste en establecer si en la relación entre el **valor** (negocial) objeto de evaluación y el **valor** (normativo) fuente de valoración, el primero está o no –y qué medida, en todo caso–, subordinado al segundo, o si es autónomo con respecto a este último. La teoría de Emilio BETTI, no obstante la feliz intuición sobre la dimensión social de la autonomía de los particulares, termina afirmando la preeminencia del ordenamiento estatal sobre el negocio jurídico (como afirmaron, por ejemplo, MANIGK, STOLL, y VON HIPPEL). Equivale a sostener, entonces (y para retomar, sustancialmente, las indicaciones expresadas por las teorías objetivas en sus primeras formulaciones), que los efectos jurídicos (justamente por ser jurídicos) derivan siempre del sistema normativo del ordenamiento estatal.

Conforme a lo señalado, y si se aprecia bien, también es posible resaltar que esta última perspectiva no se aparta tanto de aquellas teorías preceptivas que son más **puras** en el aspecto formal, y que sin mediaciones ni concesiones socioeconómicas hacen del negocio jurídico, inserto en un sistema normativo a escala descendente, por decirlo así, una fuente de derecho objetivo, subordinada, si se quiere, a fuentes "superiores", pero de todas formas, una fuente de derecho objetivo propiamente dicho.

En la doctrina italiana, y no desde hace poco tiempo, se ha intentado superar la perspectiva trazada por BETTI, que a pesar de resultar imponente en el fresco social donde se insertaba el negocio jurídico, no parecía plantear el problema de la institución con un discurso sustancialmente distinto del propuesto por doctrinas precedentes.

Por un lado, hay que rendir cuenta del intento, del noble intento, de revalorar las concepciones voluntaristas. Se ha afirmado enfáticamente, desde este punto de vista, que "la consecuencia más importante del dogma de la autonomía de la voluntad es que el efecto de los negocios jurídicos tiene por causa inmediata la voluntad de la parte o de las partes interesadas"(65).

Otro autor, partiendo de la definición de negocio jurídico como "acto de autonomía privada", es decir, como instrumento para la regulación de intereses privados, propone un sutil y convincente replanteamiento del fenómeno.

"Al concebir la noción de negocio, el ordenamiento reconoce el acto de autonomía privada con arreglo a su esencia real"(66). En el ámbito de la realidad social, el acto de autonomía negocial brinda un orden vinculante a los intereses de las partes que lo han llevado a cabo(67).

---

(65) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XVI. Las concepciones del ilustre autor son confirmadas en su ensayo *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, en *Giur. it.*, 1948, IV, pp. 41 y ss., y en su escrito *Negozio giuridico*, póstumamente publicado en su volumen *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milán, 1981, pp. 787 y ss.

(66) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 147.

(67) *Ibid.*, p. 148. Y ello, justamente, porque, en la realidad social actúa y rige "la regla de oro: *pacta sunt servanda*" (ID., *Negozio giuridico* I) *Profili generali*, cit., p. 8 de la separata).

Dicho orden es reconocido por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el acto negocial, "fenómeno social caracterizado por una peculiar esencia dinámica, constituye, luego de su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, un fenómeno jurídico *mutatis mutandi*, de la misma naturaleza"[68].

En otras palabras, el negocio jurídico, a pesar de que su propia formalidad jurídica deriva del reconocimiento (que es, sin embargo, un reconocimiento técnico)[69] realizado por el ordenamiento, constituye, en la realidad misma, una regla, y tiene, por lo tanto, capacidad para producir efectos. Esta regla y los efectos que derivan de ella son reconocidos, como tales, por el ordenamiento, que de tal forma los vuelve operantes –por decirlo así– en el plano jurídico.

La intervención del ordenamiento realizaría, entonces, una **juridificación de los efectos empíricos** producidos por el acto de autonomía negocial, en la realidad social.

Desde esta perspectiva, se explica claramente por qué los efectos jurídicos no pueden hacer otra cosa que corresponderse "*grosso modo* con las disposiciones tomadas por las partes"[70].

---

(68) *Ibid.*, *loc. ult. cit.*
Similar es la afirmación de Luigi CARIOTA FERRARA (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, s.a., pp. 61-62), quien, luego de subrayar que la voluntad negocial está encaminada al fin **práctico**, aclara: dado que "los efectos jurídicos corresponden –por lo general– al resultado práctico, deviene de escasa importancia, entonces, determinar si se han querido esto o aquello".

(69) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 149.

(70) *Ibid.*, p. 150.

ES PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

A este intento, indudablemente interesante, de componer, o mejor aun, de superar la alternativa del negocio entendido sólo como hecho (objeto de valoración) o sólo como valor (criterio de valoración), se suma un criterio que se sustenta en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos(71). En esta línea de pensamiento, partiendo de la noción de autonomía, que indica "subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y objetivamente, el carácter particular de un ordenamiento jurídico elaborado por los propios individuos o entes, en contraposición al carácter de los ordenamientos que otro ha constituido para ellos"(72), se arriba a la conclusión de que "la autonomía faculta a la autodeterminación dirigida a la creación de ordenamientos privados, de grupos y de relaciones"(73).

Por otras vías y con otras técnicas, y tanto en esta última doctrina cuanto en la anterior, se atribuye a la autonomía privada (y al negocio, que es expresión de ella) un valor de distinta proveniencia y relevancia, pero al mismo tiempo, y de alguna manera, un valor autónomo y original con respecto al ordenamiento jurídico.

Ello nos permite expresar nuestra impresión de que está en lo justo quien ha destacado, con su acostumbrada agudeza, que no existe incompatibilidad entre las dos definiciones de ne-

(71) Salvatore ROMANO, *Autonomia privata*, Milán, 1957, pp. 3 y ss.

(72) Santi ROMANO, *Autonomia*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 14.

(73) Salvatore ROMANO, *Ordenamento sistematico*, cit., II, p. 125. Para este autor, por otro lado, la autonomía privada estaría siempre fundada "en el reconocimiento del ordenamiento privado por parte del ordenamiento estatal, en el sentido lógico que se debe atribuir al término: se reconoce lo que ya existe, y para atribuir ulteriores efectos" (ID., *Autonomia privata*, cit., p. 27).

gocio: la más antigua (en la que el negocio se presentaba como una declaración de voluntad) y la más moderna (que aprecia en el negocio un acto de autonomía privada, es decir, una autorregulación de intereses, vinculante para el que la ha llevado a cabo)[74]: "la primera se refiere a la estructura; la segunda se concentra en la función de los negocios"[75].

Según este punto de vista, quisiéramos resaltar que en las teorías que se acaban de resumir (de Giuseppe STOLFI, Renato SCOGNAMIGLIO y Salvatore ROMANO, respectivamente)[76], se presenta, a nuestro parecer, y aunque sea por caminos diversos y con intensidad diversa, cierta recuperación de las teorías subjetivas; de las teorías que tienden a reconocer en la libertad o en la autonomía de los particulares el **elemento** caracterizador del concepto de negocio, y que, por tanto, parecen querer considerar el negocio más como un **valor** que como un **hecho**, o mejor aun, que ponen en evidencia, en el reconocimiento de la regla negocial por parte del ordenamiento jurídico, la circunstancia de que el "reconocimiento" tiene que recaer en una entidad que, por sí propia, expresa un **valor** que condiciona y limita, en alguna medida, y por decirlo así, la **soberanía** y la **autonomía** del criterio legal de valoración. En resumen, el criterio de valoración normativa terminaría adecuándose al objeto (el negocio, ni más ni menos) de la valoración; y ello podría querer decir que

(74) Así lo sostiene RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 296.

(75) *Ibid., loc. cit.*

(76) Es conveniente subrayar que Salvatore ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., II, pp. 125 y ss., a pesar de negar la utilidad de la categoría del negocio jurídico, tal cual ha sido elaborada por la doctrina, no desconoce la utilidad de hacer referencia a ella, pero siempre que sea replanteada conforme a la idea de una acción "ordenante", es decir, constructora de "ordenamientos".

la regla negocial, o es aceptada por el ordenamiento jurídico, o es rechazada, en atención a lo que es. Sin embargo, en ambos casos, da la impresión de que la regla negocial tuviera que ser "acogida" o "rechazada" por aquellos componentes normativos y productores de efectos, y por aquella función que ella ya expresa en la realidad socioeconómica que la ha producido (y no es casual, al respecto, que Renato SCOGNAMIGLIO subraye el valor eminentemente técnico del reconocimiento realizado por el ordenamiento jurídico).

Estas conclusiones no deben ser motivo de asombro, ni deben ser consideradas como expresiones de actitudes superadas y retrógradas.

Ya un autorizado representante de las teorías objetivas ha resaltado que una teoría del negocio sólo es concebible si se admite que las consecuencias, derivadas del acto negocial, se fundan en el principio del reconocimiento "de la voluntad privada por parte de la ley"(77).

Más recientemente, un ilustre historiador ha resaltado que, desde su primera concepción, el negocio jurídico ha sido visto como "síntesis de sus dos elementos estructurales, voluntad y fin práctico"(78).

Tampoco es casual, si se aprecia bien, que las polémicas y discrepancias generadas en la doctrina sobre el negocio jurídico, como figura general, y con referencia a la causa, que constituye el más problemático de los elementos esenciales del nego-

(77) VENEZIAN, *La causa nei contratti*, ahora en *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, pp. 345 y ss.
(78) CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 29.

cio, giren en torno de las expresiones más subjetivas de la institución, en su relación con el sistema del ordenamiento estatal.

3. Consideraciones adicionales sobre el papel de la voluntad en la teoría del negocio jurídico.

Como hemos visto, los *incipit* para una reflexión sobre la teoría del negocio jurídico pueden ser de lo más variados. Es claro, sin embargo, que la aceptación, rechazo o repaso de la institución, sin importar el resultado, deben partir, necesariamente, del papel de la voluntad, con respecto al cual la cultura jurídica ha elaborado y sometido a debate la idea misma de acto de autonomía privada.

Aquí no se pretende replantear las contraposiciones entre las teorías voluntaristas y objetivistas, sobre las cuales se ha venido interrogando la doctrina hasta nuestros días. Tampoco viene al caso tomar partido en favor o en contra de dichas contraposiciones.

De lo que se trata, más bien, es de constatar, a partir de aquellas contraposiciones y reflexiones (de las que hemos rendido cuenta, en alguna medida, en las líneas anteriores), hoy más que seculares, que el negocio jurídico, quiérase o no, fue concebido y teorizado como una manifestación de libres determinaciones, en la cual la voluntad está destinada, fisiológicamente, y de todas formas, a cumplir un papel determinante.

Esta es otra de las razones por las cuales el papel de la voluntad, en su relación con los efectos derivados del negocio, ha terminado constituyendo el *punctum dolens* de toda la teoría del negocio jurídico. Actualmente, además, esta temática parece haber cobrado un nuevo vigor, a causa del florecimiento en

algunas doctrinas –como veremos– de la tentación de frenar, cada vez más, la idea de una **objetivación** del negocio jurídico.

Como es sabido, con la fórmula "objetivación del negocio jurídico" (y luego tendremos oportunidad de examinar algunas aplicaciones de la misma) se ha pretendido subrayar la circunstancia de que la regla negocial, desde el momento en que se realiza concretamente y se hace socialmente "perceptible", termina teniendo –por decirlo así– una **existencia**, la cual tiende a ser autónoma con respecto a los acuerdos individuales (y por lo tanto, autónoma con respecto a la voluntad) del autor o autores que la han dictado; y es evidente que desde dicha perspectiva no puede tener lugar más que una marginación sustancial del papel de la voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, nosotros queremos referirnos, justamente, al papel de la voluntad, aún fundamental, en la teoría del negocio jurídico, como anticipación de lo que tendremos oportunidad de especificar y profundizar más adelante, y bien conscientes, por otro lado, de que dicha temática, hoy más que nunca, puede parecer fuera de contexto, si no es que *demodée*, y de que el estudio de la misma puede parecer provocador, desde cierto punto de vista. Y además se corre el riesgo (un riesgo que vale la pena de correr por honestidad intelectual) de dar la impresión de que somos retrógrados, porque, como anotaba Georges RIPERT, más de medio siglo atrás, "*qui défend les principes traditionels est accusé de nier le progrès*"[79].

---

[79] RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París, 1948, p. 415. [*Ad. del T.*] "Quien defiende los principios tradicionales es acusado de negar el progreso" (en francés en el original).

Permítasenos, entonces, exponer algunas consideraciones sobre el punto, con carácter totalmente general, y reservándonos, para un momento posterior, la propuesta de algunos detalles específicos.

En relación con la perspectiva que debe servir para examinar el papel de la voluntad en el actuar autónomo de los particulares, no existe más que el problema de tomar una decisión. Y se podría recordar, al respecto, una afirmación, antigua y genérica, de Francesco CARNELUTTI, que era quizá una evocación de sus pasadas lecturas kantianas.

Para CARNELUTTI, la voluntad "que es la zona limítrofe entre el pensamiento y la acción, donde el pensamiento alcanza su tensión más alta y se descarga en el mundo exterior, es, entre todas las demás zonas, la que menos se presta a ser explorada"(80). En tal sentido "la voluntad es verdaderamente la materia prima del derecho"(81).

En cuanto a la cultura civilista italiana de la posguerra, preferimos partir, de la manera más descontada y previsible, de la posición de Giuseppe STOLFI, que daba a la introducción de su volumen sobre el negocio jurídico el inequívoco título de *Libertas est radix voluntatis*, para subrayar que el negocio jurídico constituye "el paradigma típico de los actos voluntarios destinados a realizar la intención de las partes"(82); y de las ideas de Emilio BETTI, quien criticaba tal criterio, por considerarlo expresión del "dogma de la voluntad", que "hace creer en la om-

(80) CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padua, 1939, p. 48.

(81) *Ibid.*, *loc. cit.*

(82) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. VII.

nipotencia de la voluntad individual (la cual, en efecto, no encuentra límites extrínsecos en el foro interno de la conciencia), y que conduce, así, a desconocer los múltiples límites sociales y jurídicos de la autonomía privada"[83], cuando lo cierto es que el sentido de todo negocio, que es expresión de la autonomía, "demuestra que en el mismo se encuentra en primer plano la regulación de intereses dispuesta para el futuro, mientras que la voluntad está sólo en segundo plano [...] ella pertenece más bien a la génesis, y no al contenido del acto de autonomía como hecho social"[84].

Estas pocas líneas resumen una discrepancia originada en las distintas opciones ideológicas que servían de base a ambos estudiosos, y que, como es sabido, animó por años, además de renovarlo, el debate de la doctrina italiana sobre el negocio jurídico.

Y a Emilio BETTI, quien le reprochaba la persecución, con su obra, del anacrónico propósito "de instaurar un nuevo culto del individuo o nuevas formas de atomismo social"[85], Giuseppe STOLFI replicó, de manera inmediata: "pues bien, dado que para mí el derecho en general, y el derecho civil en especial, tienen sentido en atención a que se proponen la protección del Individuo, no puedo concebir cómo se puede escribir del negocio jurídico sin considerarlo la más alta expresión de la autonomía de la voluntad humana"[86].

---

(83) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 57-58.

(84) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 55.

(85) BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, en *Giur. it.*, IV, 1947, 144.

(86) G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, cit., p. 32 (de la separata).

En síntesis, BETTI partía, notoriamente, de una elección de campo precisa, favorable al "primado" del ordenamiento estatal, sobre la base de una concepción ética del Estado como "ente soberano en el que se realiza íntegramente la unidad moral, económica y política de la Nación"(87); Giuseppe STOLFI, formado (durante sus años juveniles, transcurridos en Turín) en la escuela de Piero GOBETTI(*), partía de una concepción liberal del papel del Estado; y por lo tanto, sin negar el papel del ordenamiento estatal en la experiencia jurídica, él proclamaba el **primado** del individuo, frente al cual el ordenamiento estatal está llamado a desarrollar una función, prácticamente **instrumental**, de garantía.

Si estas opciones se traducen a los términos, más técnicos, del negocio jurídico, la divergencia ideológica inicial parece atenuarse. De BETTI –como ya hemos tenido oportunidad de anotar en otro lugar(88)–, era legítimo esperar la afirmación (que él realiza después) de que la real dimensión jurídica del comportamiento del individuo (sin perjuicio de su tendencia a ser

(87) BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, en *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. LXXIV, fasc. II, 1940-1941, p. 306.

(*) Piero GOBETTI (1901-1926) fue un renombrado político y hombre de letras turinés, fundador de periódicos y semanarios (*Energie Nuove*, *Rivoluzione Liberale*, *Il Baretti*), que denunció el fracaso del *Risorgimento* y combatió el fascismo por considerarlo paternalista, en cuanto expresión de las pretensiones de un pequeño grupo (que no había calado en la conciencia del pueblo). Sus ideas prefiguraron las del movimiento *Giustizia e Libertà*. Fue perseguido y obligado al exilio, en Francia, donde falleció, como secuela de las golpizas sufridas. Un famoso instituto de su ciudad de origen lleva su nombre, y recientemente, se ha procurado la inmensa biblioteca del filósofo Norberto BOBBIO.

(88) Cfr. nuestro trabajo *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1995, pp. 693 y ss.

vinculante en el plano social) **deriva** de su **reconocimiento** por parte del ordenamiento del Estado; ello significaba que en virtud del reconocimiento "los negocios de la vida privada ascienden a la dignidad de negocios jurídicos y se transforman en **instrumentos** que el derecho pone a disposición de los particulares"(89). Giuseppe STOLFI, al definir el negocio como "la manifestación de voluntad de una o más partes dirigida a producir un efecto jurídico"(90), y al aclarar que este último debe ser entendido como efecto "protegido de la norma"(91), también parece reconocer, a fin de cuentas –y aunque sea en clave más declaradamente subjetivista, en comparación, por ejemplo, con el pensamiento de Emilio BETTI (una clave subjetivista que nos parece más económicamente liberal que políticamente liberal)(92)–, una suerte de primado del ordenamiento estatal con respecto a los demás sistemas normativos que la realidad social expresa de manera espontánea; así pues, termina atribuyendo al ordenamiento estatal la exclusividad de un monopolio, propiamente dicho, de **lo jurídico**.

---

(89) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 43.

(90) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 1.

(91) *Ibid.*, pp. 5-6.

(92) Sobre este punto, cfr. las precisiones efectuadas *infra*, en la nota 145.
[*Ad. del T.*] He tenido que recurrir las fórmulas "económicamente" y "políticamente" liberal para traducir las voces *liberismo* y *liberalismo*. Incluyo, para mayor claridad, las definiciones dadas en el diccionario *Garzanti* de lengua italiana (edición de 1987). *Liberismo* vale por "liberalismo económico, en particular, corriente de pensamiento favorable al intercambio y hostil frente a cualquier forma de proteccionismo en el comercio internacional". *Liberalismo* vale por "ideología o movimiento político que afirma la existencia de derechos individuales y asigna al Estado la tarea de garantizarlos; en economía, tendencia que ve en la libre manifestación de comportamientos económicos individuales la condición para el mejor funcionamiento de un sistema económico, y en salvaguarda de tal condición la tarea esencial del Estado". El autor dice que la posición de STOLFI le parece "*quasi più liberista che liberalista*".

A las mismas conclusiones (y también hemos tenido oportunidad de anotarlo anteriormente)[93] arribará otro Maestro del derecho civil, en quien no se pueden sospechar nostalgias estatalistas, y que con una terminología de sabor publicístico, inclusive, subrayaba que la voluntad negocial no es soberana ni independiente, sino "idónea para producir efectos porque otra voluntad, que sí es soberana, y que se expresa en el ordenamiento jurídico, la autoriza para ello"[94]; y confirmaba, con ello, la idea de la "atribución" al ordenamiento estatal de la **dimensión jurídica** de los efectos negociales.

Esta perspectiva no parece modificarse en la posición de quien ha atribuido, con elegante y maliciosa fórmula, un valor **meramente técnico** al reconocimiento del negocio jurídico por parte del ordenamiento estatal; con lo cual demuestra, a nuestro juicio, su intención de subrayar que la juridicidad atribuida por el ordenamiento estatal al negocio jurídico corresponde, sustancialmente, en el plano de los efectos (jurídicos), a las determinaciones que han sido asumidas por las partes[95].

Y tampoco se modifica en el criterio de quien ha subrayado que la voluntad puede ser un elemento necesario, pero no suficiente, de la *fattispecie*. Y así como "el ordenamiento impone al mismo legislador, que pretenda crear una norma, el cumplimiento de ciertas cargas"[96], el mismo ordenamiento puede dejar libres, en mayor o menor medida "a los miembros de la Sociedad, en la elección del procedimiento que estos deben seguir

(93) Cfr. nuestro trabajo *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, cit., p. 700.
(94) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 175.
(95) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 149-150.
(96) SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, en *Digesto 4a. ed.*, I, Turín, 1987, p. 518.

para crear la regla jurídica. Pero no puede hacer derivar las cargas por debajo de un cierto mínimo: un particular no puede crear reglas con el pensamiento. Es posible, y justo, hacer que la autonomía del sujeto consista también en la libertad de elegir el procedimiento con que él creará reglas. Pero comprender en esta libertad de elección la libertad de crear reglas con el pensamiento, o con la voluntad, sería una locura, hermosa y buena"[97].

De todo ello se deduciría, por lo tanto, que "la autonomía no comienza, [...], cuando el particular puede crear reglas libremente (si 'libremente' significa 'sin cargas'). La autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, más o menos rápidos y fáciles de actuar, con cuya adopción el particular consigue crear la regla"[98].

A pesar de que está saturada, comprensiblemente, de valores igualmente ideológicos, el tema de la relevancia de la voluntad en la teoría del negocio jurídico está enraizado (y es probable que siga enraizado, más o menos conscientemente) en las polémicas de predominante matriz técnica, siempre que en la reflexión sobre las instituciones jurídicas fuera posible tener separadas la dimensión estrictamente técnica y la dimensión ideológica (pero esto no es algo comprobado).

Y así, a partir del momento (desde la definición de SAVIGNY, digamos) en que maduró en la doctrina alemana una conciencia consolidada sobre la idea y sentido del negocio jurídico, comenzaron a aflorar –como es sabido, y como sigue ocurriendo

(97) *Ibid., loc. cit.*
(98) *Ibid., loc. cit.*

en nuestros días[99], aunque con variantes con respecto a los temas originales– las contraposiciones entre la *Willenstheorie* y la *Erklärungstheorie*[*].

Conviene subrayar que estas corrientes de pensamiento, más allá de la etiqueta, general y común, no son para nada homogéneas; por el contrario, el apresurado imaginario de los civilistas ha comprendido en ellas, apresuradamente, a juristas que son muy diversos entre sí, tanto por sensibilidad, cuanto por los resultados a los que han arribado en sus investigaciones.

La *Erklärungstheorie* tendía, básicamente, a acusar a la *Willenstheorie* de haber colocado en primer plano (y de manera casi exclusiva) la voluntad individual, con todos los caprichos que podrían expresarse mediante ella, con lo cual se había terminado perdiendo de vista la relevancia de la declaración y de la dimensión social de esta.

Desde tal perspectiva –y en la misma línea de pensamiento que después iba a ser retomada, sustancialmente, por Emilio BETTI–, la *Erklärungstheorie* resaltaba que la voluntad era *Ursache* (causa) del negocio, y ya no *Bestandteil* (es decir, componente del contenido).

Conforme a este planteamiento del problema del papel de la voluntad (y por consiguiente, el del papel de la declaración) en la teoría del negocio jurídico, no debería sorprender que el

---

(99) Cfr., por ejemplo, las expresiones de BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 50 y ss., y de SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 518.

(*) La "teoría de la voluntad" (*Willenstheorie*) y la "teoría de la declaración" (*Erklärungstheorie*), respectivamente [*N. del T.*].

mismo haya terminado por dar rienda suelta a la fantasía de los juristas, que emprendieron toda una serie de polémicas **variaciones** sobre el tema, las cuales parecen ser imposibles de cuantificar, dado el considerable número de escritos en los que fueron consignadas(100).

Por otro lado, las explicaciones sobre las tendencias de la *Willenstheorie*, propuestas por la *Erklärungstheorie*, sólo pueden parecer satisfactorias a primera vista, porque una más serena reflexión pone en evidencia que en realidad ellas son proclives a ser ficticias, fuera de la bizantina elegancia que a veces las caracteriza. Ello se debe a que en tales tendencias (quizá como consecuencia de la pretensión de una **visibilidad** científica autónoma), cada autor terminaba atribuyendo a un interlocutor –exagerando su alcance– opiniones y convicciones que este no había tenido jamás, o al menos, no en con el tono extremo que le era atribuido.

En resumen, el hecho de que los autores de la denominada *Willenstheorie* jamás hayan pensado en dar al papel de la voluntad en el negocio jurídico una dimensión del todo autónoma con respecto a la **declaración** –y autónoma, por lo tanto, con respecto a la dimensión social que esta expresa– es atestiguado por cuanto han escrito SAVIGNY o WINDSCHEID, por ejemplo, quienes son considerados los exponentes más ilustres y autorizados de la *Willenstheorie*.

(100) Así lo expone RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'aprés les doctrines allemandes du XIXe siècle*, en *Le rôle de la volonté dans le droit – Arch. Phil. du Droit*, 1957, p. 125.

Además, el hecho de que una voluntad no pueda tener relevancia jurídica (ni social) a menos que asuma alguna forma –socialmente perceptible, ni más ni menos (sobre todo la forma de la declaración, pero no sólo esta, porque a veces el silencio también es **reconocible** semánticamente según la **costumbre**)[101]–, es algo que nadie ha negado jamás. Y contra lo que parece haberse supuesto, nadie ha sostenido nunca que se puedan crear reglas con una voluntad oculta, ni mucho menos con el mero pensamiento[102].

Y que la declaración (como tradicional vehículo social para la percepción del propósito del autor o autores del negocio) constituya un elemento esencial del negocio jurídico es algo que afirmaba SAVIGNY, precisamente, al resaltar que los tres elementos esenciales del negocio son *der Wille*, *die Erklärung*, "*und Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung*"[103].

En la misma línea de pensamiento se ubica WINDSCHEID, cuando define el negocio jurídico como una declaración de voluntad[104] y elabora su teoría de la **presuposición**, con la aclaración de que "una presuposición puede resultar querida, no solamente del contenido restante de la declaración de voluntad, sino también de las **circunstancias** que la acompañan, aun cuan-

(101) Sobre este punto, cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 141 y ss.

(102) Tal como parece sugerir, maliciosamente, SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 518.

(103) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., III, p. 99.
[*Ad. del T.*] La "voluntad" (*der Wille*, es masculino en alemán), la "declaración" (*die Erklärung*) y la "conformidad de la voluntad a la declaración" (*und Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung*).

(104) Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, 1, p. 266.

do ella no sea manifestada expresamente como querida"[105]. Así afirmaba el papel de la voluntad y la importancia de su dimensión social, desde una perspectiva que no es tan lejana –y ello no debería sorprender a nadie– de las posiciones "objetivas" y "funcionalistas" (en sentido social) de Emilio BETTI, quien arriba a resultados análogos, especialmente en materia de interpretación objetiva del negocio jurídico[106].

Las teorías "objetivas" terminan siendo sustancialmente concordantes, asimismo, en el hecho de que la voluntad entendida como *Ursache* del negocio jurídico, y no como componente (*Bestandteil*) de su contenido, puede tener relación con la declaración. Y sin embargo, la **voluntad** y la **declaración** no integrarían un todo inescindible, porque bien pueden presentarse hipótesis de "declaraciones sin voluntad" e hipótesis de "voluntad sin declaración". De acuerdo con tal perspectiva, también se ha llegado a sostener que si bien se puede hablar de **voluntad de la declaración** (*Erklärungswille*), no se puede hablar de **voluntad de los efectos** (*Wirkungswille*), porque "*Jede Rechtswirkung ist eine Wirkung des Gesetzes*"[107]. Por lo tanto, los **efectos** del negocio, por ser **jurídicos**, no pueden derivar sino del ordenamiento estatal, al que se reconoce una suerte de "monopolio de la juridicidad"[108].

---

(105) *Ibid.*, p. 400. El resalto es añadido.

(106) Sobre la interpretación objetiva o técnica cfr. BETTI, *Teoria gemerale del negozio giuridico*, cit., pp. 343 y ss.

(107) ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, cit., p. 152. [*Ad. del T.*] "Todo efecto jurídico (*Rechtswirkung*) es efecto de la ley (*Gesetz*)".

(108) Al respecto, para una explicación más puntual de las distintas tendencias doctrinales, cfr. nuestro trabajo *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, en *Dir. e Giur.*, 1997, pp. 13-15.

Y corriendo el riesgo de comprimir el papel del negocio jurídico en el plano del **hecho**, de un mero **objeto** de valoración y calificación, por parte del ordenamiento estatal, se ha escrito que a los particulares se podría reconocer, a lo sumo, la posibilidad de dirigir su propio propósito únicamente hacia efectos **prácticos** o **empíricos**.

Consecuencia de las tradiciones de los códigos, esta idea de un sustancial carácter estatal del derecho civil (cuya carencia de fundamento se comienza a apreciar hoy en día, y que Filippo VASSALLI rechazó de manera enérgica, sin ser escuchado)[109] ha logrado enraizarse, aunque con diferentes matices, en el pensamiento de civilistas italianos bastante distintos entre sí, por ideologías, sensibilidades y culturas; estos civilistas, sobre todo (y no por casualidad) en lo concerniente al papel de la autonomía de los particulares, y por lo tanto, al entero andamio teórico del negocio jurídico, han terminado logrando un punto de encuentro (y ya hemos dado algunos ejemplos de ello), ciertamente imprevisible, en el plano del encuadramiento general del fenómeno y de la institución.

En resumen, y si se aprecia bien, la comprometedora tendencia ejemplarmente expresada en las ideas de ZITELMANN y ENNECCERUS[110], por ejemplo, parece haber calado, de manera

---

(109) Del ilustre Maestro, remitimos al famoso ensayo *Estrastatualità del diritto civile*, cit., pp. 753 y ss. Más recientemente, cfr. nuestros trabajos *Il diritto statuale e il suo doppio*, ahora en *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padua, 1994, pp. 125 y ss., e *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, ahora en G. B. FERRI y ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Turín, 1997, pp. 131 y ss.

(110) Cfr. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., pp. 288 y ss., y ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, cit., pp. 154 y ss.

más o menos consciente, en todas las disputas en torno del negocio jurídico, hasta nuestros días.

En otras palabras, las posiciones oficiales de la doctrina (proclamadas, igualmente, hasta en las ambiguas definiciones de negocio jurídico que se proponen a los estudiantes en los textos de instituciones de derecho privado)[111] parecen estar fundadas en el intento de lograr, precisamente, una coexistencia entre una dimensión **objetiva** del negocio jurídico (cuya eficacia, por tratarse de una ***fattispecie***, sería de todos modos atribuible al ordenamiento estatal) y una dimensión **subjetiva**, donde la voluntad declarada estaría llamada a desarrollar, incluso en el plano de la producción de efectos, un papel que no es exclusivo, porque la ley, junto con la voluntad, también cumple el papel de causa (*Ursache*) de los efectos.

En esta certeza se apoyarán nuestras reflexiones ulteriores sobre el negocio jurídico y la autonomía de los particulares, de la que él es expresión, y que desde sus primeras formulaciones, por lo tanto, ha tenido que proporcionar su propia identidad, por un lado, con la libertad de quien lo lleva a cabo, y por otro, con las reglas impuestas por el ordenamiento estatal.

4. El negocio jurídico entre libertad y norma.

La evolución que el concepto de negocio jurídico ha experimentado en la doctrina, según la breve descripción que hemos expuesto, nos permite, y nos impone, ciertas consideraciones

(111) Cfr., por ejemplo, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Nápoles, 1998, pp. 82 y ss., y TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padua, 1999, p. 135.

que, lejos de querer arribar a una nueva (y enésima) teoría del negocio, pretenden recoger algunas reflexiones, y perfilar, por lo tanto, algunas hipótesis sobre la institución y el significado de la misma.

El concepto de negocio jurídico, que como se ha escrito no hace mucho[112] es fruto, por un lado, de la combinada contribución de la escuela del derecho natural y de la escuela histórica (la primera, certificada en la afirmación del primado de la razón; la segunda, en el redescubrimiento del *Volksgeist*), y por otro lado, de la *Begriffsjurisprudenz*[113], tiene su formulación, si no primera, sí ciertamente más autorizada y completa, en la célebre definición de SAVIGNY (ya citada) de declaración de voluntad a la que se puede vincular directamente la constitución o extinción de relaciones jurídicas.

Según esta definición, en suma, los efectos jurídicos (es decir, las modificaciones en el plano de la realidad jurídica) dependen de la voluntad (o mejor aun, de la declaración de voluntad).

Si consideramos esta primera formulación, plenamente centrada en la afirmación de la predominancia del binomio voluntad-libertad, y los planteamientos más recientes de la doctrina italiana, inclusive, que considera el negocio en el marco de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos (Salvatore ROMANO), o bien como acto de autonomía privada (Emilio BETTI, Francesco SANTORO-PASSARELLI, Renato SCOGNAMIGLIO), es de-

(112) Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., pp. 291-294.

(113) Sobre este punto, una explicación del pensamiento jurídico alemán puede verse en LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*, cit., pp. 17-25; y WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit., II, *loc. cit.*

cir, como acto de autorregulación, privada y vinculante, de intereses, nos parece que está en lo justo quien sostiene –como ya se ha referido[114]– que el pensamiento jurídico se ha desenvuelto con arreglo a directrices de compatibilidad. En resumen, la primera y última doctrinas señaladas, aunque distintas, no son antitéticas, y si se aprecia bien, tampoco son contrastantes.

Lo que se percibe, a lo sumo, es una suerte de adaptación de la abstracta definición de una categoría conceptual (recordemos que fue SAVIGNY, precisamente, quien allanó el camino para PUCHTA y su *Genealogie der Begriffe*, y luego, para la escuela conceptualista)[115] al concreto fenómeno económico-social implícito en ella.

Por otro lado, las verdaderas razones del paso de la *Begriffjurisprudenz* a la *Interessenjurisprudenz* se encuentran en la exigencia de entender la concreta dimensión de la categoría conceptual que, dada su abstracción, corría el riesgo de devenir totalmente evanescente, y por ello, también un poco incomprensible[116].

Creemos que este discurso explica, igualmente, la afirmación con respecto, por ejemplo, al derecho subjetivo, que cons-

(114) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, pp. 295-296.

(115) LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*, cit., *loc. cit.*, y pp. 12-13.

(116) Sobre este punto, cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*, cit., pp. 42 y ss. Clásico es el escrito de JHERING, *Nel cielo dei concetti* ["En el cielo de los conceptos"], en *Serio e faceto nella giurisprudenza* (trad. italiana de G. Lavaggi), Florencia, 1954, pp. 271 y ss. Con respecto al fenómeno, en general, cfr. WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit., II, pp. 123-162; BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, París, 1968, pp. 183 y ss., y las hermosas páginas de PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, cit., *loc. cit.*

tituye, según la definición de JHERING, un interés jurídicamente protegido (posteriormente desarrollada en Italia por Francesco FERRARA, padre, Salvatore PUGLIATTI y Rosario NICOLÒ, como poder dado al individuo para la realización de un interés propio), en reemplazo de la definición que veía en el derecho subjetivo un señorío de la voluntad (WINDSCHEID)[117].

En tal sentido, y en materia de negocio jurídico, el paso de la primitiva doctrina de la declaración de voluntad destinada a realizar efectos jurídicos, a las tesis más recientes, que hablan de ordenamiento o acto de autorregulación de intereses, transcurre siguiendo una línea de desarrollo coherente, y se basa en una concepción de fondo, que, a nuestro juicio, permanece inmutable.

Precedentemente, hemos descrito el pensamiento de quien, expresándose en el sentido compartido por nosotros, destacaba que las teorías más antiguas, las llamadas teorías "voluntaristas", tenían más cuidado en la estructura del negocio (donde se considera que la voluntad cumple un papel eminente); mientras que las teorías más recientes, parecen concentrar más su atención en la función de la institución (y por lo tanto, en su concreta dimensión en la realidad socio-económica)[118].

---

(117) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., I, 1, p. 170; así también, PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, cit., I, pp. 55-56.
Un breve, pero preciso análisis de las principales tendencias al respecto puede verse en EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privaterechts*, cit., I, pp. III y ss. Para la doctrina italiana, cfr. F. FERRARA, padre, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., I, pp. 295 y ss.; y FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 172 y ss.

(118) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 296. El mismo autor reafirma su punto de vista en *Contratto* I) *In generale*, cit., p. 7 (de la separata).

En efecto, las diferencias entre la concepción de la *Begriffjurisprudenz* y de la *Interessenjurisprudenz* (y de la *Zweckjurisprudenz*, sobre todo), pueden resumirse, con carácter general, en el juego de la diversa atención concedida –como se ha dicho– al aspecto estructural, por la primera, y al aspecto funcional de las instituciones jurídicas, por la segunda.

Pero una vez señalado lo que divide la antigua y la nueva forma de concebir el negocio, es necesario indicar aquello que, por el contrario, las unifica; por lo tanto, es necesario indicar aquellas características del fenómeno, que más allá de las diversidades derivadas de los diferentes puntos de vista desde los cuales era considerado, se han mantenido comunes.

Esta afirmación es válida (sobre todo) con respecto al carácter vinculante que la regla negocial tiene para su autor o autores (particularmente resaltado por las concepciones del negocio jurídico que lo definen como acto de autonomía privada), que no era para nada extraño, sino más bien presupuesto, en las teorías que apreciaban en el negocio una declaración de voluntad dirigida hacia los efectos; así permite entenderlo el eminente papel que se atribuía a la voluntad, y así lo enseñaba, además, toda la tradición romanista (y en ella, la función del formalismo contractual como expresión del carácter vinculante del acuerdo)[119], que estaba bien presente para los teóricos del negocio.

(119) Sobre este punto, cfr. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nel diritto romano*, I, Nápoles, 1984, pp. 230 y ss. Cfr. también PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Milán, 1928, pp. 128 y ss., y FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 172 y ss.

Desde esta perspectiva, los autores más recientes han afirmado de manera más explícita cosas que ya se sabían.

La idea de negocio jurídico se funda, si se aprecia bien, en la comprobación de la insuprimible libertad que los particulares tienen, en los hechos, en la realidad (por más que su "medida" parezca limitada por los dictados del ordenamiento estatal), para regular sus propios intereses. La idea misma de negocio jurídico fue elaborada, y es acogida, en sistemas jurídicos que brindan, y pretenden ofrecer, un espacio a esta libertad, así como una protección a la misma; por lo tanto, la idea de negocio ha sido considerada como expresión de la relación entre **libertad** (del particular) y **autoridad** (del ordenamiento estatal). A nuestro juicio, este aspecto, que ha sido definido como "plano externo"[120], o si se quiere, como contorno del negocio, ha constituido la verdadera base sobre la cual se han planteado, no sin algo de énfasis, todas las reflexiones sobre la institución.

Ubicándonos en tal perspectiva, y evitando interpretaciones excesivamente ideologizantes, podemos resolver, teóricamente, el problema de la relación **libertad-autoridad**, afirmando la predominancia de la segunda. Y el negocio se presenta, entonces, como un acto "autorizado" por el ordenamiento jurídico (en tal sentido, creemos que las teorías más coherentes son las teorías "normativas", que consideran el negocio como una de las gradas de una escala de normas); en cambio, si damos preeminencia a la libertad, tenemos que afirmar la autonomía original del negocio con respecto al ordenamiento jurídico, y

(120) La definición es de P. BARCELLONA, *Contributo alla discussione sul negozio giuridico*, cit., p. 230.

atribuir a este último una función sucedánea e instrumental. No disímil de la alternativa que estamos describiendo, si se aprecia bien, es la posición que define el negocio como un hecho (es decir, como objeto de valoración) o como valor (es decir, como un criterio de valoración propiamente dicho, que no está subordinado a otros criterios)[121].

Pero tal forma de plantear el problema suscita las mismas perplejidades que aquellas doctrinas, menos recientes, que luego de insertar la figura del negocio jurídico en el ámbito de la teoría del hecho jurídico, se dividieron en torno del problema de si los efectos jurídicos podían depender o no, directamente, de la voluntad del autor del negocio.

Como ya hemos referido, en la sistematización tradicional de la teoría del hecho jurídico (elaborada, desde luego, sobre la base del diseño normativo expresado por el ordenamiento jurídico estatal), el negocio jurídico ha terminado contraponiéndose al hecho jurídico, y sobre todo, al acto jurídico en sentido estricto, en atención a que este último parece ser un mero presupuesto para la verificación, en concreto, de efectos rígidamente, y previamente, establecidos por el ordenamiento jurídico; de tal forma, cuando tiene lugar un hecho o un acto sólo se pueden producir aquellos efectos (y no otros) que ya con precedencia ha sido fijados por el ordenamiento jurídico; con referencia al acto, (que constituye un hecho voluntario), ello significa que los efectos serán enlazados al mismo una vez que se haya podido constatar, en el caso concreto, la voluntariedad del mero

(121) Sobre este punto, cfr. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1958, en particular, pp. 90 y ss.

acto, sin necesidad de indagar, por otro lado, si ha también ha existido una voluntad del efecto, la cual resulta siempre irrelevante(122).

En síntesis, tanto en el acto jurídico en sentido estricto, cuanto en el hecho jurídico, se produce una calificación (plasmada en la producción de efectos) de ciertos acaecimientos, la cual tiene origen en una **iniciativa** y en una **decisión meramente unilateral** del ordenamiento jurídico. El acto y el hecho son meros **objetos**, susceptibles de valoración(123).

En cambio, en el negocio jurídico los efectos no están previamente, ni taxativamente, previstos por el ordenamiento; por el contrario, tales efectos deben vincularse, según el caso, con la declaración de voluntad (conforme a las doctrinas más antiguas), o con la estructura de intereses establecida en la regla que es expresada por el negocio(124).

---

(122) Y entonces, es evidente que la distinción entre actos y negocios, en las llamadas teorías **subjetivas** o **voluntaristas** del negocio jurídico "resultaba más nítida, porque estaba fundada en un seguro papel atribuido a la voluntad del sujeto en relación con los fines perseguidos por el mismo; las concepciones posteriores del negocio, en cambio, la han vuelto bastante dificultosa" (GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, cit., p. 1069).

(123) En tal sentido, se ha destacado (Santi ROMANO, *Atti e negozi*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 13, entre otros) que el acto, distintamente del negocio, "no es más que la condición necesaria y suficiente para que las consecuencias" previstas por la ley puedan producirse. En el acto, en suma, la voluntad constituye un presupuesto, y como tal, resulta ser un elemento extraño a la estructura del acto; en el negocio, en cambio, puesto que se trata de un acto de voluntad, es "el núcleo estructural esencial del acto" (PUGLIATTI y FALZEA, *I fatti giuridici*, Mesina, s.a., p. 41).

(124) En esta línea de pensamiento tradicional, KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, cit., p. 4, destacaba que, en relación con el vínculo entre acaecimiento y efectos, los actos representaban "*Voraussetzungen der Wirkungen*" [presupuestos de

No cabe dudar que esta concepción, de valor ciertamente funcional para ordenar la teoría de los hechos jurídicos, ha condicionado las reflexiones de la doctrina sobre el negocio.

En cuanto al tema de la dependencia o no de los efectos jurídicos (o sólo de los efectos empíricos) de la voluntad, y en cuanto a la particular y específica importancia que la voluntad asume, de todos modos, en la teoría del negocio, se han desarrollado –como hemos anotado, y a pesar de las diferentes formulaciones, exageraciones y polémicas– todas las corrientes de opinión menos recientes (pero también las más recientes, si se aguza la vista) de la doctrina que ha reflexionado en torno de la institución.

Por lo tanto, a quien asociaba directamente los efectos del negocio con la voluntad que gobierna el mismo, se ha objetado que los efectos jurídicos sólo pueden depender del ordenamiento, que constituye la única fuente de **juridicidad**; otros autores han destacado, siguiendo esta línea de pensamiento, que los particulares sí se orientan, a través del negocio, hacia algunos efectos, pero estos se identificarían con el fin, el resultado, práctico y empírico, es decir, sustancialmente económico, y no jurídico.

---

efectos]; en cambio, los negocios no eran simples "*Voraussetzungen oder Bedingungen*" [presupuestos o condiciones], sino "*die* causa efficiens *der Rechtswirkung*" [la causa eficiente del efecto jurídico].

Si se aprecia bien, a pesar de las diversas formulaciones, este parecer no es tan distinto del de otros ilustres autores, de VON TUHR (*Der allgemeine Teil des deustchen bürgerlichen Rechts*, II, Leipzig, 1910, p. 10) a HENLE (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlín, 1926, p. 30), y con anterioridad a ellos: ENDEMANN (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlín, 1900, pp. 245 y ss.).

A esta tendencia pertenecen también, a la larga, aquellas doctrinas que se sustentan, como hemos visto, en la existencia de una esfera de autonomía económica y social o de una pluralidad de ordenamientos.

El negocio tendría, pues, una relevancia original (es decir, no dependiente del ordenamiento jurídico), pero para que esta adquiera connotaciones jurídicas siempre es necesario un reconocimiento de la regla negocial (aunque sea de carácter técnico), por parte del ordenamiento estatal.

El negocio como hecho o valor, la voluntad de los efectos jurídicos o empíricos, tienden, conjuntamente, a generar una suerte de camino sin salida en la doctrina.

La verdad, a nuestro juicio, es que la solución que la doctrina tiende a proponer con respecto a la relación entre "libertad" y "autoridad" (de la cual han partido nuestras últimas consideraciones) jamás se plantea bajo las drásticas fórmulas de una alternativa que contemple siempre, y necesariamente, el sacrificio de uno u otro de los dos términos que la componen.

En la realidad, los dos términos (autoridad y libertad) están destinados a convivir y a confrontarse.

En la realidad existen, como manifestaciones espontáneas de libertad, actos y actividades de los particulares que expresan reglas vinculantes para ellos, y que se presentan como criterios de valoración y organización con respecto a estructuras de intereses privados; y existe, por otro lado, un ordenamiento del Estado que predispone un haz de criterios de valoración de la realidad social, económica, política, moral, cultural, etc., a la cual se refiere.

En relación con el negocio jurídico, la dificultad surge del hecho de que este es un valor (si retomamos, en lo sustancial, el discurso de la alternativa antes citada) cuyo destino es ser confrontado con el sistema de valores que expresa el ordenamiento jurídico estatal.

El problema consiste, entonces, en apreciar si una confrontación como la señalada puede permitir que emerjan (como se ha acostumbrado a creer), en papeles distintos y contrapuestos, por un lado, el negocio, que es siempre y necesariamente un objeto de valoración, y por otro, el ordenamiento estatal, que es siempre y necesariamente un criterio de valoración; o que se compruebe, más bien, que la relación entre ordenamiento y negocio puede realizarse fuera de dicho esquema.

Una solución para tal problema puede surgir –y en nuestra opinión, debe surgir– fuera de todo esquematismo conceptual demasiado rígido, y sobre la base de un examen que permita valorar con realismo los datos concretos que están implícitos en la institución.

Si nos ubicamos desde el punto de vista del autor o autores del negocio, no existe duda que éste se presenta como un instrumento para la realización de intereses privados.

El autor o autores del negocio se valen de la institución, en lo esencial, para la realización de sus fines personales, cuya naturaleza es predominantemente (pero no exclusivamente) económica. No se alejaban de la verdad (al menos de la verdad que salta a primera vista), entonces, aquellas doctrinas que destacaron (aunque haya sido para descartar el poder de las partes para orientarse hacia efectos jurídicos o para querer efectos jurídicos) que los particulares, través del negocio, se dirigen, por naturaleza, hacia efectos económicos y prácticos.

Hay que señalar que el término "efectos", empleado por las tendencias doctrinales citadas, requiere, como veremos, algunas explicaciones; por ahora, consideramos preferible hablar de "finalidades" (predominantemente económicas y prácticas).

Sin embargo, el negocio, como instrumento para realizar tales finalidades, expresa, en la realidad social misma, una regulación de intereses.

De tal forma, el negocio se presenta como un instrumento que permite a los particulares la realización de determinadas finalidades **a través de** una regla; y ello significa que el particular confía a una regulación de intereses el resultado económico por él pretendido.

Pero toda regla (y la actividad reguladora, en general), una vez que ha sido impuesta, introduce siempre un factor de novedad con respecto a la estructura de intereses, antes de que la regla fuese dictada; y siempre es expresión de un sistema de orden y racionalidad, y por lo tanto, de un sistema nuevo, que justamente por ser "de orden y racionalidad", expresa, necesariamente, un principio de fuerza vinculante y de estabilidad en relación con las novedades que introduce.

Con todo ello, queremos expresar que, incluso desde una mera perspectiva social del fenómeno, nos es posible constatar que los autores del negocio no apuntan únicamente a determinadas finalidades prácticas, sino que filtran estas finalidades, dada la naturaleza del instrumento utilizado para realizarlas (el negocio, ni más ni menos), mediante una regulación que inevitablemente modifica, con algunos aspectos innovadores, la estructura de intereses que existía en precedencia con respecto a ellos, y

que también tiende a imponer, por lo tanto, las **novedades** que ellos introducen con carácter vinculante y estable.

Así pues, si el fin primario de los autores del negocio es la obtención de un resultado, ellos no pueden dejar de pretender, con este resultado, aquellas necesarias modificaciones (incluso materiales) de la situación preexistente (que son instrumentales, por otro lado, para la obtención del resultado mismo). Tales modificaciones constituyen los **efectos** de "su" negocio.

Podemos constatar, entonces, que ya *in rerum natura* (es decir, en la realidad social, y por lo tanto, antes y al margen de toda participación o intervención del ordenamiento estatal), tanto el **resultado** cuanto las modificaciones respectivas, es decir, los **efectos** introducidos por la regla negocial, son asumidos por los autores del negocio, como compromisorios, y por ende, como vinculantes.

Y afirmar, entonces, (tal cual ocurría en las doctrinas más antiguas), que los autores del negocio **quieren** los efectos jurídicos que se derivan de este, es algo que ha parecido discutible –no sin fundamento, quizá–, y hasta inexacto, a muchos estudiosos; en cambio no creemos que sea inexacto afirmar que las modificaciones queridas, los efectos queridos, ya en el plano empírico-práctico, se ubican (en relación con las novedades generadas con respecto de la estructura de intereses preexistente) en un área y dimensión **ineluctablemente** "jurídicas"; la razón de ello es, justamente, que los autores del negocio han asumido (y es imposible que no hayan hecho) la nueva estructura de intereses derivada de la regla negocial como una estructura compromisoria, vinculante, estable, y por lo tanto, inderogable.

Ahora bien, puesto que el ordenamiento del Estado (aunque sea desde una óptica pluralista de una realidad compuesta por varios ordenamientos) se ha impuesto a los demás, históricamente, por la eficiencia de su organización y la calidad de su producción normativa, y por la coordinación de esta última, que no tiende a regularo intereses individuales, sino una gama indefinidamente amplia de los aspectos y exigencias propias del cuerpo social, considerado en su conjunto, del cual es expresión; y en vista, por lo tanto, de la **soberanía** del ordenamiento del Estado, que permite a sus reglas tener una fuerza vinculante(*) particularmente intensa (debido, asimismo, a la mayor eficacia que gobierna el respeto de ellas) y que ha hecho del ordenamiento estatal, históricamente, la unidad de medida de lo que es jurídicamente lícito o ilícito en una Sociedad; en atención a todo ello, parece inevitable el encuentro entre el fenómeno negocial, considerado en su dimensión social, y el ordenamiento del Estado; que no es sólo el encuentro entre criterios de vinculación distintamente intensos, sino también (como la doctrina ha tenido oportunidad de destacar), y sobre todo, entre distintos sistemas de valores: el expresado por el negocio, y el expresado por el ordenamiento.

Por lo tanto, se imponen dos consideraciones. Por un lado, el ordenamiento jurídico estatal valora todas las complejas

(*) En el original dice *vincolatività*, que en italiano vale, específicamente, por "carácter limitativo u obligatorio". Traduciré, según el caso, "fuerza vinculante" o "carácter vinculante". Evito, conscientemente, las expresiones *obligatoriedad*, para no asociar las ideas de este punto con los efectos obligatorios, propiamente dichos, y las incorrectas *vinculatoriedad* y *vinculatividad*, que, por lo demás, son inexistentes en lengua castellana [*N. del T.*].

imbricaciones y manifestaciones que caracterizan la realidad social a la que está referido, a la luz de aquellos principios generales (de índole moral, ideológica, económica, etc.) que constituyen su fundamento; en consecuencia, el ordenamiento expresa criterios de valoración adecuados y coherentes con los principios señalados. Por otro lado, el autor del negocio encuentra en la eficiencia de la fuerza vinculante y protectora expresado por el sistema del ordenamiento, el instrumento más idóneo para volver **estables** las modificaciones determinadas por el negocio, y por lo tanto, para hacer más seguras y certeras las finalidades que apunta a realizar mediante el negocio.

El sentido, y la función, diríamos nosotros, del encuentro entre el ordenamiento estatal y el negocio, no consiste tanto en plegar o adaptar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal; a lo más, consiste en **verificar el grado de compatibilidad** entre el valor expresado por la regla negocial y el valor expresado por las normas del ordenamiento.

Para el ordenamiento estatal, en suma, dicha compatibilidad existe o no existe; en el primer caso, el negocio podrá realizar, incluso en coincidencia con el ordenamiento estatal, aquellas finalidades y efectos de los que ha sido caracterizado por su autor o autores; si dicha compatibilidad no existe, o no existe completamente, el negocio no podrá acceder (o no lo podrá del todo) a aquel carácter definitivo y estable, y más intenso, que el ordenamiento jurídico estaría en condición de asegurarle.

No es casual que la sanción de la nulidad –que es la institución que identifica el momento de mayor, e insubsanable, incompatibilidad entre el **valor-negocio** y el ordenamiento estatal– sea sinónimo de ineficacia (para el mismo ordenamiento).

Ello quiere decir que las finalidades y modificaciones que el autor o autores del negocio querían realizar en concreto, si bien pueden operar en el plano de la realidad social, no llegan a hacerlo en el plano del sistema jurídico-estatal.

De manera fundamental, el autor o autores del negocio tienden, ciertamente, a finalidades concretas; pero, si se tiene muy presente la distinción que hemos propuesto, entre finalidad y efectos (entendidos como modificaciones consiguientes al negocio), debemos afirmar que ellos, sin duda, quieren tales modificaciones; lo que puede variar es el grado de capacidad vinculante y estabilidad del negocio, en dependencia de su coherencia, o no, para con los valores expresados por el ordenamiento del Estado.

Con respecto a este punto, es necesario aclarar algo más. El encuentro entre el negocio y el ordenamiento estatal ha sido concebido, por las más recientes doctrinas, como un **reconocimiento** del primero por parte del segundo; en esta línea de pensamiento, y como hemos visto, algunas doctrinas han atribuido una dimensión meramente "técnica" a dicho reconocimiento; otros han propuesto la idea de que existiría, por parte del ordenamiento estatal, una suerte de juridificación de los efectos empíricos (en la creencia de que con ello se salvaría, por un lado, el origen negocial de los efectos prácticos queridos por las partes, y por otro, el origen necesariamente estatal de la calificación jurídica). Otras doctrinas, en fin, han recurrido a la idea –más publicística que civilista, a decir verdad– de una suerte de **delegación**, de una **autorización** al particular, por parte del ordenamiento estatal, para poder realizar negocios.

No obstante la diversidad de las formulaciones específicas, todo lo señalado parece seguir desenvolviéndose, en concreto,

con una lógica y desde una óptica, aún fuertemente influenciadas por el planteamiento pandectista original de la institución, y por las críticas que se dirigían contra este (críticas que no pocas veces, y quizá de manera inconsciente, continuaron manteniendo la lógica y óptica que, justamente, pretendían cuestionar).

Nosotros no pensamos que se pueda recurrir a la idea de un **reconocimiento** (aunque sea meramente **técnico**), ni de una **juridificación**, ni de una **autorización**. Estos términos parecen aludir, en concreto, a una suerte de procedimiento de intervención (*ex post* o *ex ante*) sobre el negocio, por parte del ordenamiento estatal, de la cual habría que derivar, sea una "aprobación" que legitime, por decirlo así, el actuar negocial, sea una "denegación" que se plantee en sentido contrario. Sin embargo, la realidad es distinta. Entre el negocio y el ordenamiento estatal (o entre libertad y autoridad, como considera algún autor) tiene lugar, más bien, un encuentro entre sistemas con **valores** autónomos.

En ciertos aspectos, tales valores son funcionalmente extraños, el uno del otro, y están destinados mantener dicha condición según las lógicas que los comandan; por lo tanto, y por decirlo así, ambos valores son originales y autónomos, el uno respecto del otro[125].

---

(125) Este comentario puede dar la impresión de proponer, de nuevo, las interesantes concepciones sobre la relación entre la autonomía privada y la pluralidad de los ordenamientos, formuladas por Salvatore ROMANO. Sin embargo, el ilustre autor, a diferencia de cuanto afirmamos nosotros, aclara su pensamiento al subrayar (en *Autonomia privata*, cit., p. 26): "Cuando el ordenamiento privado adapta sus propios esquemas de actos y relaciones a las configuraciones estatales que condicionan la atribución de la eficacia, crea una suerte de dependencia de otro ordenamiento, que por esta misma razón, debe calificarse como superior". Y añade (*ibid.*, p. 27):

Por un lado, el ordenamiento estatal predispone una red de reglas y principios; la adquisición de la mayor estabilidad y capacidad vinculante que el sistema estatal asegura para el negocio (para los efectos y fines que sus autores o autor se comprometen a realizar con el mismo) está subordinada al respeto de tales reglas y principios. El particular, por otro lado, actúa para sus propios fines a través del negocio, el cual, no por casualidad, es expresión de autonomía.

"La autonomía privada se funda, entonces, en el **reconocimiento** del ordenamiento privado por parte del ordenamiento estatal, en el sentido lógico que debe atribuirse al término: **se reconoce** lo que existe ahora, para atribuirle ulteriores efectos" (el resalto es añadido). Me parece que no está lejos de esta solución la tesis de DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 115-116, quien a pesar de negar la existencia de una jerarquía entre ordenamientos, y por lo tanto (y al parecer), de una jerarquía entre los valores que estos expresan, destaca que en el fenómeno negocial se debe hablar, más bien, de normas (del ordenamiento estatal) "que imponen límites de validez a la acción de un ordenamiento necesariamente original" (*ibid.*, p. 116), tal cual lo sería, precisamente, el negocio.

Pero es justamente la referencia a los límites de **validez**, que son expresión, ciertamente, de los **valores** propios del ordenamiento que los produce, termina volviendo a proponer, bajo otros ropajes, aquel sistema de **valoraciones** (y por ende, una jerarquía de **valores**), es decir, de **dependencia** del negocio (en su fuerza reguladora y productora de efectos) con respecto al ordenamiento. Desde esta perspectiva (que, si se aprecia bien, es sustancialmente la misma que es inherente a la idea de un control-reconocimiento, tan grata para algunos autores de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos) estaría inevitablemente destinado a mantenerse como **objeto** de valoración, en el área del **hecho**, y ya no en el área del **valor**.

En cambio, la idea del reconocimiento es ajena a nuestra explicación del fenómeno. Una tesis imposible de demostrar, que apreciaba en el negocio jurídico una manifestación del querer **autorizada** por la voluntad general, y provista de efectos jurídicos idóneos para satisfacer una exigencia del espíritu humano, fue planteada por FERRANTE, *Negozio giuridico*, Milán, 1950, pp. 47 y ss.

Y justamente porque el negocio es un acto de autonomía, lo que quieren las partes no es solamente aquel **resultado práctico** en el cual se concretizarían los denominados **efectos empíricos** (que para una autorizada corriente doctrinaria, como hemos visto, serían los únicos disponibles para el autor del negocio), sino también, y tenemos que corroborarlo, aquellas modificaciones de la situación precedente (necesariamente ligadas con el resultado), es decir, aquellos **efectos** que, normalmente considerados en clave de calificación jurídica, son reservados, con carácter exclusivo, al ordenamiento estatal, con arreglo a una detallada distribución de competencias, al interior del fenómeno negocial(126).

A nuestro modo de ver, por lo tanto, la compatibilidad del actuar negocial con los principios del ordenamiento estatal puede ser constatada ex post; el actuar negocial, por decirlo así (y eventualmente), es "**encontrado**" en los hechos concretos, pero no deriva –como afirma difundidamente en la doctrina– del **reconocimiento de un control**, ni mucho menos de una **autorización**.

En otras palabras, serán los hechos concretos (y por lo tanto, la forma de ser del negocio, en la realidad en que se ha determinado) los que establecerán si lo llevado a cabo las partes es coherente o no, y compatible, con cuanto ha predispuesto el ordenamiento.

(126) Esta parece haber sido la línea de pensamiento seguida por VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milán, 1929, p. 68 cuando destacaba que "los elementos esenciales y connaturales de una institución no requieren una explícita declaración [...] legal para ser reconocidos".

Como hemos anotado, no es casual que (para el ordenamiento estatal) la nulidad del negocio sea sinónimo de la ineficacia jurídica del mismo (es decir, sinónimo de la frustrada adquisición de aquella capacidad vinculante y de aquella estabilidad que el mismo ordenamiento puede asegurar); pero ello no quiere decir que las partes no puedan realizar las finalidades y modificaciones que se han propuesto.

De tal forma, un pacto que es nulo para el ordenamiento estatal (y que está desprovisto, por lo tanto, de aquella capacidad vinculante y de aquella estabilidad que es propia de este) puede tranquilamente ser ejecutado y respetado, en concreto, por los interesados. Así, el resultado, y las respectivas modificaciones introducidas para conseguirlo, bien pueden realizarse; aun cuando privadas de la "protección" que el ordenamiento estatal está en condición de ofrecer.

Se ha destacado que el hecho ilícito es "**algo posible, prohibido o reprobado, pero no un imposible**"[127]. Y entonces, dado, precisamente, que los resultados a los que apuntan los negocios ilícitos sí son **posibles**, aunque estén **prohibidos** por el ordenamiento jurídico estatal, no es difícil comprender (y la realidad está en capacidad de brindar múltiples ejemplos de lo que nos disponemos a comprobar) por qué las convenciones, y los consiguientes vínculos nacidos de dichos negocios (fuera de la ley, y en contra de ella) no son otros, si se aprecia bien, que aquellos paradójicamente (pero no demasiado) respetados y cumplidos, con celo y rigor particulares. Ello ocurre por la simple razón de que tales convenciones, tales vínculos (prohibidos,

(127) F. Ferrara, padre, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milán, 1914, p. 9.

como los negocios que los han producido), representan, en el específico caso concreto, los únicos o los más eficaces instrumentos en condición de realizar plenamente el resultado específico al cual apuntan las partes (y que es imposible de realizar, ciertamente, de manera lícita). En resumen, la *force des choses* termina siempre, en el bien o el mal, por tener la ventaja e imponerse.

Al parecer, el legislador se ha dado cuenta, perfectamente, de todo aquello. Y no nos estamos refiriendo únicamente al **salvamento** de ciertos negocios contrarios a la moral (art. 2035 cod. civ.)[128], o de aquellos negocios que por una tradición consolidada en la historia son considerados, ciertamente, con disfavor, como ocurre con el juego y la apuesta (art. 1933 cod. civ.)[129];

---

(128) Sobre el problema, un encuadramiento general en torno de la actual y efectiva operatividad de la norma puede consultarse en RESCIGNO, *"In pari causa turpitudinis"*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1966, *passim*.
[*Ad. del T.*] La norma citada se refiere al pago de lo indebido:
"2035. *Prestación contraria a las buenas costumbres.*- Quien ha ejecutado una prestación para un fin que, incluso frente a sí mismo, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir por lo pagado".
También en el Código Civil peruano, a pesar de la inexacta ubicación de la normativa al respecto, "no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad o para obtener un fin inmoral o ilícito" (art. 1275, 1er. párrafo).

(129) Sobre el punto, y para referencias bibliográficas sobre el mismo, cfr. nuestro trabajo *La "neutralità" del gioco*, ahora en *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993, pp. 151 y ss.
[*Ad. del T.*] Se cita la norma que da inicio al capítulo del Código Civil italiano dedicado al juego y la apuesta:
"1933. *Carencia de acción.* No existe acción para el pago de una deuda de juego o de apuesta, aun cuando se trate de juego o apuesta que no estén prohibidos.
Sin embargo, el perdedor no puede repetir por lo que ha pagado espontáneamente, luego del resultado de un juego o de una apuesta en los cuales no haya existido ningún fraude. La repetición siempre es admitida cuando el perdedor es incapaz".

nos referimos, sobre todo, a cuanto emerge de la misma normativa sobre la nulidad. En esta materia, el legislador italiano, luego establecer, por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción para obtener la declaración de nulidad (art. 1422 cod. civ.), y la inadmisibilidad de la convalidación de los contratos nulos (art. 1423 cod. civ.), **reconoce** (y admite) varias formas directas e indirectas de **recuperación** del acto nulo, que vuelven **efímeros** los principios antes indicados[130] (porque el negocio, no obstante la nulidad, puede llegar a producir en el mismo plano jurídico, si bien por itinerarios indirectos, aquellas modificaciones que pretendían las partes, y a realizar el resultado buscado por estas. Los ejemplos que se pueden citar al respecto, aunque no sean homogéneos, van desde la denominada "subsanación" del negocio nulo a la publicidad registral subsanatoria, la usucapión, la prescripción misma[131], el **salvamento** de las prestaciones derivadas de un contrato de trabajo nulo (art. 2126 cod. civ.); y nada digamos sobre los principios que regulan la circulación en el Código Civil italiano, y sobre todo, la circulación mobiliaria[132].

En el Código Civil peruano la acción no se concede únicamente cuando se trata de juego o apuesta prohibidos ("Art. 1944.- El juego y la apuesta prohibidos son los expresamente indicados en la ley. No existe acción para reclamar su resultado y, en caso de producir el pago, es nulo de pleno derecho").

(130) Así lo sostiene BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bolonia, 1956, p. 91.

(131) Sobre este punto, y por todos, cfr. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., loc. cit., y SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 248 y ss.

(132) Al respecto, cfr. el trabajo de NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Nápoles, 1981, *passim*; asimismo, las precedentes y precisas indicaciones de SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 899 y ss. Cfr., en fin, nuestro trabajo *Il c.d. recupero dell'atto invalido*, en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 1 y ss.

[*Ad. del T.*] Código Civil italiano: "2126. *Prestación de hecho con infracción de la ley.*- La nulidad o anulabilidad del contrato de trabajo no produce efecto por el período

Por lo tanto, el dilema de la voluntad de los efectos empíricos y/o de la voluntad de los efectos jurídicos, a pesar de haber constituido uno de los problemas centrales de los debates entre los estudiosos del negocio jurídico, se presenta, a la luz de lo que venimos anotando, como un sustancial generador de confusión, que está privado, en síntesis, de un fundamento real.

Lo que queremos expresar es que existe una compatibilidad entre el sistema del negocio y el sistema del ordenamiento estatal, la cual es idónea por lo tanto, para operar, siempre que –como hemos anotado varias veces en las líneas anteriores–, pueda ser constatada **en** los hechos y **a partir** de los hechos. Y no asume ninguna importancia el hecho de que tal compatibilidad haya tenido lugar de manera totalmente involuntaria, o que haya sido querida, específicamente, por los autores del negocio, movidos por la intención de diseñar su concreta regulación de sus intereses conforme a los modelos establecidos por el ordenamiento estatal (y de "ceñirlo", tal vez, a estos modelos), en atención a aquella protección mayor y a aquella estabilidad más intensa que pueden quedar aseguradas si la regulación es coherente con los esquemas normativos.

Para resumir con un ejemplo cuanto se acaba de expresar, si yo vendo un inmueble y plasmo en un documento privado tal negocio, la operación económica que he realizado es ciertamente coherente con lo dispuesto en el art. 1350 cod. civ.; esta coherencia se realiza, por lo demás, con prescindencia de la circuns-

---

en el cual la relación ha sido ejecutada, a menos que la nulidad derive de la ilicitud del objeto o de la causa.
Si el trabajo ha sido prestado con infracción de normas establecidas para la protección del trabajador, este siempre tiene derecho a la retribución".

tancia de que yo la haya pretendido conscientemente, porque ella está en los hechos. Es cierto que los contratantes pueden tener como mira esta compatibilidad; pero si ellos han redactado el acto escrito solamente para su documentación personal, y si, por lo tanto, la compatibilidad y coherencia con los principios del sistema no fueron específicamente queridas o prefiguradas, o incluso si fueron ignoradas o desconocidas (por paradójica o irreal que pueda parecer esta hipótesis), no se afecta en modo alguno la existencia de dicha compatibilidad. Corresponderá a los particulares extraer las consecuencias de ello, por ejemplo, en el plano del empleo de la protección predispuesta por el ordenamiento, que por otro lado, no es imperiosa, ni está destinada a imponerse a ellos (tal cual lo testimonian, además, el detallado sistema de renuncias y remisiones previsto por el ordenamiento jurídico, así como la posibilidad que tienen los particulares para mantenerse inertes frente a la protección brindada, con consecuencias **jurídicas** relevantes).

Por lo tanto, no parece tener utilidad enlazar la eventual eficacia jurídica del negocio con la voluntad del autor o autores del negocio, por la sola razón de que dicha eficacia, aunque fuera operante, puede no haber sido querida por estos; y tampoco con una presunta "voluntad" de la ley, la cual no está llamada a **pronunciarse** sobre el negocio específico.

En resumen, y en los hechos, los particulares sólo pueden disponer de su concreta estructura de intereses; aunque ellos hubieran pretendido predisponer dicha estructura de una manera coherente con la red de principios previstos por el ordenamiento estatal, no parece ser aceptable explicar dicha situación con la figura conocida como "voluntad de los efectos jurídicos".

Si algo es querido por los particulares, en el caso específico, ello no es otra cosa que entre la regla negocial a la que han dado vida y los principios del ordenamiento.

Esta compatibilidad no puede ser confundida con los **efectos** jurídicos, porque ella constituye, a lo sumo, un **presupuesto lógico** de estos últimos, y que sea querido o no (porque puede, asimismo, revelarse involuntario), sigue existiendo en la realidad, pero no está destinado a atraer irreversiblemente la regla privada hacia la esfera del ordenamiento, dado que –como sabemos– los particulares siempre pueden, en concreto, escapar a su influencia.

Por otro lado, si se examina el mismo fenómeno desde el punto de vista del ordenamiento, hay que apuntar que no es correcta la afirmación de que los efectos jurídicos del negocio **compatible** sean **queridos** por el ordenamiento.

Como hemos anotado, el ordenamiento no manifiesta ninguna voluntad que exprese una aprobación; a lo más, una vez verificada aquella compatibilidad, es imposible que el ordenamiento (siempre que queramos seguir utilizando la referencia, algo animista, a su **voluntad**) no "quiera" que la regulación de intereses expresada por los particulares posea relevancia jurídica, porque esta relevancia opera automáticamente, y **escapa**, por lo tanto, al ordenamiento mismo.

No es improbable que la constatación de la autonomía sustancial de los dos sistemas (del negocio y del ordenamiento) permita una superación de las doctrinas, antiguas y recientes, que han terminado haciendo del negocio jurídico una figura híbrida, resultante de una suerte de compromiso que veía comprometidos a ambos sistemas, y al mismo tiempo, en la configuración de esta institución.

De esta manera, el contenido y los efectos del negocio han dado la impresión, por ciertos aspectos, de ser atribuibles a los particulares, y por otros, de ser atribuibles al ordenamiento estatal. Ello ha generado aquella figura amorfa, ambigua, y contradictoria, por lo general, que justifica, ampliamente, las reservas expresadas por gran parte de la doctrina.

La realidad parece señalarnos otras soluciones, que son menos comprometedoras y más precisas, al mismo tiempo.

Asimismo, y desde la perspectiva que nosotros pretendemos asumir, la propia *hypothèse du non-droit*[133], planteada por los sociólogos del derecho[134], es decir, la constatación de que "*il y a de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence et le droit l'accident. Le droit, le plus souvent, n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéresses, tandis que leur volonté implicite suffit à le tenir l'écart*"[135], parece ser

(133) La expresión es de CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, en *Arch. Phil. du Droit*, 1963, pp. 55 y ss.

(134) Sobre este punto, cfr. TERRÈ, *Sur la sociologie juridique du contrat*, en *Arch. Phil. du Droit*, 1968, pp. 71 y ss.

(135) CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, cit., p. 62. ["Por algún instante de derecho existen largos días de no-derecho. En realidad, el no-derecho es la regla, y el derecho es la excepción. Las más de las veces, el derecho entra en escena sólo si es invocado por la expresa voluntad de por lo menos uno de los interesados; en cambio, para mantenerlo al margen es suficiente la voluntad implícita de estos"]. Por otro lado –y sin duda, no por el mero placer de la paradoja–, Salvatore SATTA (*Il mistero del processo*, ahora en ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padua, 1968, p. 7) afirmaba, en relación con el proceso penal: "en realidad, quien mata no es el legislador sino el juez, no es la disposición legislativa, sino la disposición judicial". Con todo ello (que parece querer aludir al hecho de que, si se aprecia bien, todo el sistema normativo, en cuanto tal, está formado, ¿cómo decirlo?, por materiales **inertes**, destinados a cobrar vida solamente si son requeridos, de algún modo, **desde el exterior**), y aunque sea de manera indirecta, se termina dando razón a

menos frívola, en materia de negocio, (y siempre que el derecho se entienda como "derecho estatal"), de cuanto podría pensarse a primera vista. Avanzando aun más, en esta misma dirección, se ha podido afirmar que "*en face de l'institution iuridique se dresse*

CARBONNIER, cuando este último resaltaba el distinto grado de "vitalidad" propio del sistema de regulación de intereses abstractamente expresado por las normas jurídicas (un sistema que no entra en escena, sino cuando al menos uno de los interesados hace referencia al mismo, por lo cual tendría, entonces, una "vitalidad" meramente potencial), y el contenido en la regla negocial, que **inexorablemente** (incluso cuando resulta incompatible con el diseño normativo) está destinado a tener, en el plano de la producción de efectos, aquella **inmediata** "vitalidad" para sus autores, que deriva del hecho de que en él también se expresan, sobre todo (pero no exclusivamente), aquellas decisiones prácticas y aquellos fenómenos que conforman "un sistema eventualmente más real que el deducible del Código (o de categorías abstractas tradicionalmente obtenidas de este)" (SANTINI, *Il commercio – Saggio di economia del diritto*, Bolonia, 1979, p. 16).

Además, toda la historia del comercio, del tráfico jurídico, y más en general, de la civilización (sobre este punto cfr. también lo anotado por BONFANTE en su célebre estudio sobre la *Storia del commercio*, reimpr. de la 2a. ed., Turín, 1946, en especial, pp. 5-29) es la prueba de la existencia y de la actuación, en la realidad social, no solamente económica, de este sistema **paralelo**, vinculante y productor de efectos (lo que no quiere decir que sea siempre, y necesariamente, **conflictivo** o **alternativo**) al sistema estatal.

De todo ello, por otro lado, son conscientes (y no desde hoy) muchos estudiosos del derecho. Fue autorizadamente subrayado (EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Múnich y Leipzig, 1929) que "*der Zwang is nicht eine Eigentümlichkeit der Rechtsnorm*" (p. 50) [la capacidad vinculante no es una característica de la norma jurídica], y que, por lo tanto, "*nicht alle menschlichen Verbände werden durch Rechtsnormen bestimmt*" (*ibid.*, p. 32) [no todas las uniones humanas son determinadas por las normas jurídicas]. Y dado que "*der Mensch handelt immer im eigenen Interesse*" (*ibid.*, p. 49) [la persona actúa siempre en su propio interés], la misma "*gesellschaftliche Natur des Vertrages*" (*ibid.*, p. 37) [naturaleza social del contrato] comporta, de suyo, la instauración entre los contratantes, más allá de toda actuación de la norma estatal, de un vínculo en el plano interindividual.

Si afinamos la mirada, no nos parece tan alejado de las citadas indicaciones de la doctrina (reciente y menos reciente) R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., pp. 349-350, quien subraya, de igual forma, que "en la hipótesis de la *fattispecie* se está en presencia de hechos que por lo general pertenecen a la

une sorte de shadow-*institution, dont les structures sont similaires, quoique plus floues. Il y manque les effets juridiques, l'exigibilité, l'action en justice*"[136].

realidad natural, y que están dotados, ya en dicho ámbito, de eficiencia causal propia: circunstancia que hace más difícil establecer que también aquí –pasando al plano del derecho– se produzca una creación de la norma".

En realidad, la perspectiva sugerida por nosotros es más antigua de cuanto se podría suponer a primera vista.

Efectivamente, no es casual que la emersión del papel de la voluntad en el actuar de los particulares, "con fuerza y latitud propias" (CALASSO, *Umanesimo giuridico*, ahora en *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951, p. 203), **paralelas**, aunque no sean **antitéticas**, a las del sistema del ordenamiento, haya sido intuida por los más sutiles intérpretes del humanismo jurídico. Fórmulas como la de Giovanni D'ANDREA, para quien "*quilibet in domo sua dicitur rex*" (recordada por CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 204), brindan un testimonio precioso y atendible sobre la toma de conciencia de esta nueva dimensión de autonomía. A mayor abundamiento, tales doctrinas se iban desarrollando como reflejo "de la célebre fórmula que había servido de base para el trabajo de la doctrina publicística, italiana y europea, del siglo anterior –*rex in regno suo est imperator*–" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*).

En resumen, parece configurarse en la esfera de los individuos específicos, y en el ámbito de la protección de los intereses privados, una suerte de "soberanía", en atención, prácticamente, a una idoneidad **original** para dictarse reglas que, en alguna medida, son **vinculantes** por sí mismas.

Por lo demás, el *Rechtsgeschäft*, antes de ser tal, es decir, antes de insertarse en una dimensión jurídica, tiene una validez autónoma y preliminar, una propia dimensión práctica en la realidad social y económica, en la que se manifiesta, justamente, como *Geschäft* [negocio], y por lo tanto, como transacción, operación, o más precisamente, como regulación de intereses concretos y privados (del mismo parecer es R SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 28, nota 29).

(136) CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, cit., *loc. ult. cit.* ["Frente a la institución jurídica se alza una suerte de *shadow*-institución, con estructuras similares, si bien más fluidas. Les faltan los efectos jurídicos, la exigibilidad, la acción ante el juez"].

Por otro lado, el mismo Emilio BETTI, no obstante las conclusiones, sustancialmente normativistas, a las que habría de arribar (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., en particular, p. 49), señalaba que "La iniciativa privada no sólo se expresa en el hecho de aspirar a determinados fines prácticos, sino también en el de crear medios correspondientes para ello. Ya en la vida en sociedad, incluso antes de toda

No quisiéramos llegar a tanto, ni a afirmar que "*aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi*"[137]; es indudable, sin embargo, que un planteamiento, una hipótesis sobre el negocio jurídico,

intervención del ordenamiento jurídico, los particulares proveen por sí mismos para procurarse los medios idóneos. Ahora bien, los negocios jurídicos son, por excelencia, medios de tal naturaleza. Bastante ilustrativa, al respecto, es la que suele ser su génesis en el terreno social. Los negocios jurídicos tienen su génesis en la vida de relación: surgen como actos con los cuales los particulares disponen, para el futuro, una regulación vinculante de intereses en sus relaciones recíprocas, y se desarrollan espontáneamente, con el empuje de las necesidades, para cumplir variadas funciones económico-sociales, fuera de la ingerencia de ningún ordenamiento jurídico" (*ibid.*, p. 42). Por lo tanto, el negocio, como acto de autonomía privada, "es ya considerado como vinculante por la conciencia social [...], es decir, no sólo como un programa puro y simple" (BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 95), al cual las partes "están libres de someterse o no [...], sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que exige ser observada, y que, en caso de inobservancia, es acompañada, en la vida social, de sanciones más o menos enérgicas y seguras, sea de carácter específico (por ejemplo: medidas de presión y autoprotección), sea de carácter genérico (por ejemplo, pérdida o disminución del crédito social, con la consiguiente imposibilidad o dificultad para celebrar nuevas transacciones)" (*ibid.*, *loc. cit.*). El derecho no hace otra cosa que reconocer, en atención a su función económico-social, el vínculo que se deriva de tales negocios, y que "según la conciencia social, los particulares mismos tenían ya la sensación de estar asumiendo en sus relaciones. No hace otra cosa que reforzar dicho vínculo, y hacerlo más seguro, al añadirle su propia sanción" (ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 43).

No disímiles son los problemas generados por la hipótesis de una autónoma "*normative Kraft des Faktischen*" ["fuerza normativa de los hechos"] (sobre este punto cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Múnich y Berlín, 1956, p. 247), puesta en evidencia por el tema de las denominadas "relaciones de hecho". En la doctrina italiana reciente al respecto cfr. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milán, 1984, *passim* y ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, en *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, *passim.*

(137) RIPERT, *Le contrat et le droit*, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, II, París, 1934, p. 350 ["Hoy en día, el contrato tiene más fuerza que la ley"].

Esta orientación también es adoptada por SANTORO-PASSARELLI, en su citado saludo en *I quarant'anni delle "Dottrine generali"*, p. 83, quien anota, enfáticamente: "parece ser contrario al rumbo de los tiempos, pero es verdad, que el contrato, instrumento

sobre su papel, sobre su relación con el ordenamiento estatal, no puede prescindir de la constatación de la realidad, tal cual la hemos venido expresando.

Y entonces, si en verdad es posible formular una hipótesis sobre el negocio jurídico, y proponer una definición del mismo, nosotros nos inclinaríamos por identificar el negocio jurídico como un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume "relevancia" positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento.

Se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad

---

esencial de la autonomía privada, en atención a que son los particulares los que regulan sus propios intereses, mediante la confrontación de los mismos, ha ganado terreno".

Este era también, y sobre todo, el criterio de VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., II, p. 361, quien resaltaba: "El derecho privado, que hemos heredado de los romanos, es independiente de la organización estatal: salvo en el ejercicio de la acción, que representa un elemento posterior y secundario con respecto a la realización de los fines privados". Además, las mismas normas de derecho privado, expresadas por el sistema del ordenamiento jurídico estatal, "por más que puedan limitar de cerca, por razones de interés social, la libertad privada –y las limitaciones se han acrecentado en los tiempos modernos– no la eliminan en la persecución de determinados fines [...]. La vocación de las normas de derecho privado consiste, esencialmente, en realizar ciertas exigencias de justicia en las relaciones que se desenvuelven libremente entre las personas: y no en determinar de manera concreta estas relaciones, ni las actividades respectivas" (*ibid.*, p. 344).

En el mismo orden de ideas se inscribe CAPOGRASSI, *L'esperienza etica come difesa dal male*, ahora en ID., *Opere*, II, Milán, 1959, en especial, pp. 120-125, y, con precedencia, el mismo JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi* (trad. italiana al cuidado de R. Racinaro), Milán, 1989, p. 121.

(expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal), que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde el punto de vista cualitativo, sea desde el punto de vista cuantitativo.

Se puede entender, sin problemas, que entre la definición (la "hipótesis", como preferimos denominarla) del fenómeno negocial –conforme a los términos en que hemos intentado proponerla– y la concreta regulación del mismo, que ha tenido mediata o inmediata acogida en las grandes codificaciones, puede no existir sincronía. Por el contrario, lo normal es que sea así; en realidad, el ordenamiento estatal (incluso el más liberal), justamente por ser expresión de decisiones (ideológicas, políticas, morales, etc.) que tienden a dar forma organizada a la entera Sociedad a la cual él está dirigido, establece –en coherencia, ni más ni menos, con sus propias decisiones– gradaciones de compatibilidad y límites de factibilidad frente a los muchos, heterogéneos, y a menudo contradictorios, intereses que son perseguidos por los particulares, componentes del cuerpo social, y por lo tanto, frente a las actividades individuales y de grupo que se transforman en portadores de tales intereses.

Y nada digamos, por otro lado, de las hipótesis (típicas de los ordenamientos menos liberales o autoritarios) en las cuales la red de los principios expresados, como criterios de valoración, por el ordenamiento estatal, y a cuyo respeto está condicionada la relevancia "jurídica" del negocio concreto (y por lo

tanto, la adquisición de la capacidad vinculante y del grado de protección que son propios del ordenamiento estatal) resulta tan gravosa, que tiende a circunscribir y a incidir en la libertad misma de los particulares; en los hechos, para dar relevancia "jurídica" a su negocio, los particulares se encontrarían en necesidad de tener que someter a decisivas limitaciones su propia esfera de autonomía. Y sin embargo, no obstante la rigidez del sistema estatal, los particulares pueden, en concreto, y de todas formas, regular "negocialmente" sus propios intereses; pueden, por lo tanto, hacer referencia a aquella capacidad vinculante que, por naturaleza, es expresada por dicha regulación, aunque tal capacidad vinculante sea de menor grado que aquella que el Estado puede, ciertamente, asegurar, pero con perjuicio para su plena autonomía. En tal sentido, la reciente afirmación[138] de que "la autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, en mayor o menor medida expeditos y fáciles de actuar, con cuya adopción el particular logra crear la regla jurídica", sólo parece poder tener el valor de haber resaltado que el ordenamiento jurídi-

(138) SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 518. Este autor anota que "hacer que la autonomía del sujeto consista también en la libertad de elegir el procedimiento con el cual él mismo creará reglas, es algo posible, y justo. Pero hacer que esta libertad de decisión comprenda la libertad de crear reglas con el solo pensamiento, o con la voluntad, constituiría una locura, hermosa y buena". Compartimos plenamente estas consideraciones. Además, la exigencia de que el particular que pretenda dictarse una regla tenga que desarrollar "un mínimo de actividad" en la cual se manifieste, de alguna manera, la regla misma, por medio de su exteriorización, constituye una exigencia que se impone –por decirlo así–, ya *in rerum natura*.

La verdad es que nadie ha dudado jamás de lo que se acaba de señalar; ni siquiera aquellos autores a los cuales se ha acostumbrado atribuir un planteamiento subjetivista o voluntarista en la teoría del negocio.

co predispone una red de normas y principios; y la compatibilidad con estos condiciona (obviamente), y tal como hemos señalado varias veces, la adquisición, por parte del concreto acto de autonomía privada, de aquella capacidad vinculante mayor, y de aquel grado de protección mayor, que el ordenamiento puede asegurarles. Pero no puede ser asumida, a nuestro juicio, como una definición de la autonomía de los particulares, la cual comienza mucho más allá (y mucho antes) de la verificación, en los hechos, de esta compatibilidad.

No cabe dudar, entonces, de que en el sistema del Código Civil italiano de 1942, al menos en su versión original (o mejor aun, de acuerdo con las concepciones del sistema político del cual fue expresión), la idea y el papel del negocio jurídico fueron fuertemente condicionados en sentido limitativo, y como veremos más adelante, por las concepciones dirigistas que gobernaban el sistema, y con respecto a las cuales el Código debía constituir el principal instrumento de actuación.

Como ha ocurrido con otras instituciones, el negocio jurídico fue entendido, por decirlo así, de manera desnaturalizada.

Se atribuyeron al negocio tareas en gran medida extrañas a aquellas que habían determinado sus primeras formulaciones, y justificado su nacimiento; dejó de ser, por lo tanto, un instrumento exclusivo para la realización de intereses privados, y pasó a convertirse también (y sobre todo) en un medio para realizar aquellos fines generales que las directrices económicas y políticas iban a fijar, de manera paulatina.

Ciertamente, esta "funcionalización" del negocio con miras a perseguir finalidades generales no sólo representó una notable novedad, sino también, y no podemos negarlo, una deci-

dida alteración de la idea-matriz de negocio jurídico: de la idea que permitía ubicarlo, con fisonomía autónoma, en la teoría del hecho jurídico; y sobre todo, de la idea que justificaba el notable interés demostrado por los estudiosos de la institución.

Con todo, una vez caído el sistema dirigista, junto con el régimen político que lo expresaba, el Código Civil de 1942 ha demostrado una gran capacidad de adaptación al sistema de libertad y democracia posteriormente trazado en nuestra Constitución(*).

Ello permite afirmar, de igual forma, que incluso a tenor de la lógica **delimitadora**, inevitablemente expresada por la red de principios y normas predispuesta por el ordenamiento estatal (aunque se tratara del más liberal de ellos, tal como hemos anotado), la idea de negocio podrá ver reconocidos, en el sistema mismo del Código Civil, aspectos sustanciales de aquel valor que, de hecho, le es conferido por la realidad (y con mayor amplitud, ciertamente): su valor como manifestación de autonomía.

Como es evidente, un criterio como el anterior no puede ser confirmado sin un análisis de las directrices fundamentales que fueron seguidas en el desarrollo del Código Civil vigente. Y este, precisamente, es el tipo de examen que pretendemos efectuar en las páginas que siguen(**).

(*) La Constitución de la República italiana es de 1948 [*N. del T.*].

(*) Información bibliográfica.

Nota (25) *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, de Karl LARENZ, por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea: *Derecho civil–Parte general*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

Nota (27) *Nozioni istituzionali di diritto civile*, de Aurelio CANDIAN (1890-1971), por

Blanca P. L. de Caballero; traducción revisada por Alvaro Pascual Leone: *Instituciones de derecho privado*, México, UTEHA, 1961.

Nota (28) *Erbrecht*, de Theodor KIPP (1862-1931) y Helmut COING, 11a. ed., por Blas Pérez González y José Alguer (traducción actualizada por EduardoValentí Fiol): *Derecho de sucesiones*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón María Roca Sastre, 2a. ed. al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona, Bosch, 1976.

Nota (36) *Il diritto di famiglia*, de Antonio CICU (1879-1962), por Santiago Sentís Melendo: *El derecho de familia*, Buenos Aires, EDIAR, 1947.

Nota (38) *Il matrimonio*, de Calogero GANGI, por Miguel Moreno Hernández: *Derecho matrimonial*, Madrid, Aguilar, 1960.

Nota (53) *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, de Tullio ASCARELLI (1903-1959), por Evelio Verdera y L. Suárez-Llanos: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1964.

Nota (58) *Manuale di diritto civile italiano* (4a. ed., 1924) de Nicola COVIELLO (1867-1913), por Felipe J. Tena, concordado con el derecho mexicano por Raúl Berrón Mucel: *Doctrina general del derecho civil*, México, UTEHA, 1938.
Istituzioni di diritto civile (4a. ed.), de Roberto DE RUGGIERO (1875-1934), por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929-1931.

Nota (69) *Nozioni di diritto del lavoro*, de Francesco SANTORO-PASSARELLI, por Fernando Suárez González: *Nociones de derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

Nota (102) *Sociologie et philosophie*, de Emile DURKHEIM (1858-1917), por José María Bolaño, hijo: *Sociología y filosofía*, Buenos Aires, G. Kraft, 1951.

Nota (109) *Teoria generale delle obbligazioni*, de Emilio BETTI, por José Luis de los Mozos: *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969-1970.

Nota (219) *Diritto civile*, de Ugo NATOLI (1915-1992), Lina BIGLIAZZI-GERI, Francesco Donato BUSNELLI y Umberto BRECCIA, por Fernando Hinestrosa: *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, 2 vols.

Nota (238) *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa contrattuale*, de Gian Pietro CHIRONI (1855-1918) por Adolfo González Posada: *La culpa en el derecho civil moderno. La culpa contractual*, Madrid, Hijos de Reus, 1907.

Nota (255) *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, de Luis JOSSERAND (1868-1939?), por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, hijo: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado: teleología jurídica*, Puebla (México), 1946.

Nota (264) *Il negozio giuridico indiretto* de Domenico RUBINO (1912-1966), por Lino Rodríguez-Arias Bustamante: *El negocio jurídico indirecto*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

Nota (266) *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, de Karl LARENZ, por Carlos Fernández Rodríguez: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Editorial

Revista de Derecho Privado, 1956.

Nota (276) *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, de Erich DANZ (1850-1914), por Wenceslao Roces: *La interpretación de los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.)*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1926.

Nota (283) *Teoria generale del diritto*, de Francesco CARNELUTTI, por Francisco Javier Osset: *Teoría general del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. *De la cause des obligations*, de Henri CAPITANT (1865-1937), por Eugenio Tarragato y Contreras: *De la causa de las obligaciones*, Madrid, Góngora, s.a.

Nota (297) *Cours de droit civil positif français* de Louis JOSSERAND: *Derecho civil*, por Santiago Chunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1950-1952.

Nota (398) *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, de Vittorino PIETROBON, por Mariano Alonso Pérez: *El error en la teoría del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.

Nota (399) *L'autonomia privata*, de Luigi FERRI, por Luis Sancho Mendizábal: *La autonomía privada*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

SEGUNDA PARTE

EL NEGOCIO JURÍDICO Y EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

1. La presunta ausencia del negocio en el Código Civil italiano de 1942.

La relación entre el negocio jurídico y el Código Civil italiano de 1942 suscita dos tipos de problemas.

El problema principal, y preliminar, consiste en responder a una pregunta: si la idea de negocio jurídico, como categoría general, está o no presente en los esquemas sobre la autonomía privada trazados por el legislador italiano de 1942. En segundo lugar, y siempre que la solución a la primera interrogante sea afirmativa (es decir, favorable a la presencia y aplicación del concepto de negocio jurídico en el Código Civil italiano), surge la cuestión de precisar el papel y función para los cuales el concepto ha sido llamado a operar.

Es cierto que la idea de negocio estuvo ausente en Código Civil italiano de 1865; por tratarse de una traducción prácticamente literal del *Code Napoléon* –e influenciada, entonces por la cultura jurídica francesa que tuvo expresión en el *Code*–, el texto de 1865 parecía estar muy lejano de los resultados ya obtenidos por la literatura civilista alemana de la época, y de los que estaban por alcanzarse en la elaboración del concepto de hecho jurídico, en general, y del negocio jurídico, en particular.

Mientras que en el BGB de 1900 se acogió la institución y se le dio una normativa como categoría general, el legislador italiano de 1942, a su turno, siguió ignorando formalmente la figura; y a ello se debe que no existan huellas de la presencia de esta en nuestro Código Civil.

La visible ausencia del negocio jurídico en el Código Civil italiano de 1942 ha suscitado la creencia en un **rechazo** de la institución por parte del legislador. En tal sentido, se ha destacado que dicho rechazo o repudio se enmarcaba "en un esquema más amplio, que pasa a través de la unificación de los códigos de derecho privado y de la forzosa **mercantilización** de las relaciones civiles que ella generó. El Código Civil deja de constituir el **estatuto** de la Sociedad civil, como sociedad separada del Estado: el Código, en sí mismo, deviene un programa de política económica [...] el Código Civil unitario no acoge el concepto de negocio jurídico [...] es el contrato, y no el negocio jurídico, el que recibe una regulación con carácter general"(1).

En resumen, la producción industrial en masa plantea problemas nuevos, que no pueden resolverse mediante abstracciones conceptuales.

En tal forma de organización económica "el concepto inspirador es que cuanto más intensa y más rápida sea la circulación de bienes, mucho mayor será la cantidad de bienes que el empresario podrá introducir en el mercado, y que el valor de los bienes será mayor mientras más segura sea la circulación de estos [...] el proceso de objetivación del acto de intercambio se

(1) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., pp. 75-76.

acentúa notablemente con ello: liberado de la matriz conceptual del negocio jurídico, el contrato es promovido en el área de las perspectivas tecnocráticas de la Sociedad industrial, en la cual prevalece la valoración de las exigencias **objetivas** de la producción.

El contrato tiende a liberarse de una abstracción que fue concebida conforme a la voluntad, para ser capturado en otra abstracción, configurada conforme a la necesidad"[2].

Esta doctrina, cuyos aspectos más estrictamente ideológicos ya hemos examinado antes[3], se sustenta, al igual que otras[4], en la idea de que la ausencia de una previsión expresa y de una regulación explícita del negocio jurídico en el Código italiano actual constituye un indicio del rechazo de dicha categoría conceptual por parte del legislador de 1942.

No creemos que la situación real se ajuste a la descripción expuesta.

Como acertadamente se ha destacado, "no es del todo claro el porqué de un **rechazo** semejante"[5], y que, por otro lado, no se comprende si el legislador de 1942 consideró el negocio jurídico "engañoso, lo que sería bastante extraño, en verdad, o si lo consideraba más bien inútil"[6].

---

(2) *Ibid.*, p. 76.

(3) Cfr. el § 1 de la Primera Parte del presente volumen.

(4) Por ejemplo: ROPPO, *Negozio giuridico, stato, società civile*, en AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., p. 212.

(5) NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, cit., p. 263.

(6) *Ibid., loc. ult. cit.*

Esta línea de pensamiento es la misma en que se ubica un autor que ha destacado, convincentemente, que la ausencia de una explícita regulación del negocio jurídico en el Código Civil se puede explicar –tal cual consta, además, en la misma *Relazione al Codice civile*– por el respeto a nuestra tradición (de matriz francesa), y quizá también por "factores ideológicos que deben ser asociados con la creencia de (poder) conciliar capital y trabajo en aquella forma que es el contrato"(7).

Por otro lado, "pretender deducir algo adicional equivaldría a forzar el dato normativo y a emprender un proceso contra las intenciones del *conditor iuris*"(8).

Personalmente, pensamos que si se desarrolla esta última perspectiva, es posible afirmar algo adicional, y esto es, que la teoría del negocio jurídico no fue extraña a las ideas del legislador, sino que, por el contrario, tuvo incidencia e influencia decisivas en ellas.

Asumida la premisa, anteriormente referida, de que los problemas de la circulación de los bienes en una economía de producción en masa pueden ser resueltos (o no), ya sea mediante la abstracción representada por el concepto de negocio, o bien a través de la abstracción representada por el concepto de contrato, es legítimo anotar que el concepto de negocio jurídico fue adquirido por la doctrina civilista italiana mucho tiempo atrás, y que ha pasado a formar parte de manera estable, por lo tanto, de aquel bagaje cultural de fondo que

(7) Di Majo, *Contratto e negozio–Linee di una vicenda*, cit., p. 107.

(8) *Ibid., loc. ult. cit.*

todo estudioso posee (lo cual es sostenible, asimismo, de los estudiosos que se ocuparon materialmente de la reforma del Código Civil). Por lo demás, en la misma *Relazione al Codice civile*, al exponerse los fundamentos de las decisiones del legislador en favor de una regulación del contrato (y no del negocio), se detecta una actitud que no es, en absoluto, hostil, ni de rechazo, frente a la categoría conceptual. Allí se subraya (n. 604), en efecto, que "en la redacción del nuevo Código, de conformidad con nuestra tradición jurídica, no se han dictado normas para regular el negocio jurídico; se ha regulado, en cambio, aquel negocio que constituyen el eje de la vida de las transacciones, que se llama contrato, y con una disposición general (art. 1324), se ha declarado que las normas dictadas para los contratos son aplicables a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial", lo cual "no descarta la posibilidad de una extensión análoga de las normas aplicadas, igualmente, a actos unilaterales de naturaleza no patrimonial". En tal sentido, y en clara alusión a los negocios bilaterales con contenido patrimonial, inclusive, la *Relazione* puntualiza (n. 602): "**las normas establecidas para los contratos tienen alcance expansivo, tal cual se deduce de la disposición del art. 1324, que aportará a la doctrina, con seguridad, el instrumento y el sustento legislativo para una cabal elaboración científica del negocio jurídico. Análogamente, la regulación sustancial del contrato se extiende a los acuerdos, salvo en lo concerniente a las particularidades que estos presentan (por ejemplo, en la formación y en los efectos)**".

Por lo tanto, la capacidad expansiva de la regulación del contrato a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial o (repárese bien) no patrimonial, a pesar de las caracte-

rísticas estructurales (bilaterales) de la institución, hace del contrato un suerte de sinónimo del negocio jurídico[9].

(9) Tal es el criterio de SANTORO-PASSARELLI, en su citado saludo en *I quarant'anni delle "Dottrine generali"*, pp. 82-83, y CATAUDELLA, *Il contratto–Parte generale*, Turín, 1990, p. 17.
Como se sabe y como se ha repetido hasta el cansancio, el legislador italiano ignora, entonces, la fórmula "negocio jurídico". Sin embargo, digámoslo así, hasta HOMERO se queda dormido algunas veces... y se da el caso que, al dejarse vencer por el sueño, permite que se le escapen algunas confesiones de verdades sepultas en lo profundo de su inconsciente.
Filippo VASSALLI (*Sommario delle lezioni sulla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 3), por ejemplo, recuerda que la fórmula "negocio jurídico" comparece, de forma imprevista, en el texto de una disposición legal.
En el art. 7 del Real Decreto Legislativo n. 2207, del 20 de agosto de 1923, que contiene **disposiciones sobre la navegación aérea**, se afirma:
"El Registro aeronáutico nacional italiano tendrá carácter público y será accesible a todo aquel que tenga interés en él.
Para ser válidos, incluso entre las partes, los cambios de propiedad y los actos de constitución, modificación o renuncia de derechos reales, incluida la hipoteca aeronáutica referida en el art. 9, deben ser inscritos en el Registro.
En países extranjeros, los **negocios jurídicos** antes citados deben realizarse mediante acto recibido en la mesa de partes del Cónsul Real y ante la oficina consular, y no tienen efecto, ni siquiera entre las partes si no se transcriben en los registros del consulado. El Cónsul debe transmitir copia del acto, por él autenticada, a la alta Dirección de Aeronáutica, que deberá proveer para su anotación en el Registro aeronáutico nacional italiano.
En todos los casos, los **negocios jurídicos antes citados** deben ser anotados en el certificado de matrícula.
Los administradores del Registro aeronáutico nacional italiano, y los funcionarios italianos no pueden recibir ni transcribir ningún acto relativo a los **negocios jurídicos antes citados** si en ellos no se presenta el certificado de matrícula, y si en este no se han efectuado las anotaciones prescritas [...]" (el resalto es añadido).
Así pues, y sin pretender atribuir a esta norma valores adicionales a aquellos, circunscritos, que objetivamente expresa, es imposible que no suscite sorpresa la singularidad (para nada casual, en nuestra opinión) de que justamente durante la vigencia de un código civil (el de 1865) notoriamente inspirado en el modelo francés, el legislador italiano, con el quiebre de toda una tradición consolidada, haya decidido calificar con la fórmula "negocio jurídico", completamente inédita

Hay otras normas que hacen referencia a los actos unilaterales (como los arts. 1334 y 1414, 3er. párrafo cód. civ.). En todas estas hipótesis, es claro que cuando el legislador, con una

---

en nuestro sistema normativo, los cambios de propiedad y los actos de constitución, modificación y o renuncia de derechos reales (en el correspondiente art. 865 del Código de Navegación se utilizará el genérico término "actos").

En este punto, y no por detallismo, sino en respuesta a la exigencia de brindar al lector una información más completa, y algún elemento adicional para su reflexión, no quisiéramos dejar de rendir cuenta de una reciente intervención legislativa, en la cual, siempre de forma imprevista (como en otras ocasiones), ha comparecido, renovada y preciosa, en flor, la fórmula "negocio jurídico".

Nada de ello nos sorprende ni exalta; a lo sumo, nos invita a reflexionar. Y al lado nuestro, deberían ponerse a meditar (y a dudar) sobre la presunta *Dämmerung* que estaría sufriendo el negocio, todos aquellos que han tenido alguna parentela no inconstante con esta institución. La Ley n. 101 del 8 de marzo de 1989, que contiene "**Normas para la regulación de las relaciones entre el Estado y la Unión de las comunidades judías italianas**" hace expresa referencia a la institución en el n. 5 de su art. 25 (donde se afirma que "las entidades judías civilmente reconocidas pueden celebrar negocios jurídicos sólo si han sido previamente inscritas en el registro de personas jurídicas"), y también en el n. 3 del art. 28, donde se establece la **nulidad** de los actos y **negocios** que comporten infracción de las limitaciones a las que están sujetos los edificios destinados para el culto (y sus pertenencias), construidos con contribuciones regionales o municipales.

Tomando en cuenta las decisiones terminológicas adoptadas por el legislador, parece ser oportuno resaltar que, en el n. 3 del art. 28, junto con la pertinente y oportuna invocación de la distinción (consolidada en la tradición de las doctrinas dominantes) entre actos y negocios, cobra relevancia el empleo incorrecto de la referencia a la sanción de la nulidad, respecto de los actos no negociales. En efecto, si estos últimos son efectuados (como en el caso concreto) en infracción de las limitaciones por razón de destinación, dan vida a un fenómeno de ineficacia (consiguiente a la carencia, en el autor del acto, de la legitimación para cumplirlo), pero jamás a un fenómeno de nulidad. Como se sabe, además, la nulidad constituye una categoría conceptual y normativa que sólo opera respecto de los negocios jurídicos, en cuanto actos de autonomía privada.

[*Ad. del T.*] En el segundo párrafo de esta nota el Autor recuerda el famoso pasaje de HORACIO (*Arte poética*, 359): "*Quandoque bonus dormitat Homerus*", esto es "cuando el buen HOMERO se queda dormido", comúnmente citada para subrayar las discordancias de actitud y altibajos de opinión de un mismo escritor (legislador, en este caso).

terminología genérica y cautamente matizada, hace referencia a los **actos** (unilaterales), pretende dar a entender los **negocios** unilaterales; la comprensión y previsión de estos "actos" en el ámbito de la regulación del contrato, en efecto, no puede dejar dudas sobre su naturaleza negocial[10].

Pero aquí calzaría perfectamente –y no omitiré anotarlo– una especulación sobre la incierta figura de HOMERO, que Jorge Luis BORGES recordaba en alguno de sus hermosos pasajes: el aedo habría sido en realidad un esclavo troyano, que escribió la *Ilíada* para denuesto de sus amos griegos. El verdadero héroe del poema, conforme a esta interpretación, sería Héctor y no Aquiles, y esta es la verdad, la toma de posición, que saldría a la luz cuando HOMERO "se duerme" o desconcentra. En el plano jurídico, y con arreglo a la aguda observación del Autor, el legislador italiano haría evidente su verdadero criterio (favorable) con respecto al negocio jurídico, ni más ni menos, en sus momentos de distracción.

Dämmerung se traduce como "crepúsculo" (es de género femenino en alemán).

(10) En opinión de Francesco GALGANO la perspectiva que exponemos aquí estaría fundada, por un lado, en una valoración apriorística del contenido del art. 1324 cód. civ., ya que dicho artículo haría referencia, en realidad no sólo a los meros actos negociales, sino también a los actos no negociales. Esta crítica se sustentaría en las mismas tendencias jurisprudenciales mismas, donde el juicio de compatibilidad *ex* art. 1324 cód. civ. tiene en cuenta más la unilateralidad que el carácter no negocial del acto" (GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, cit., p. 743). Por otro lado, nuestra perspectiva sería una suerte de *non-sense*, porque "afirmar que las normas sobre el negocio jurídico, recabadas de la regulación sobre los contratos, se aplican por analogía a los negocios jurídicos distintos de los contratos" constituye "una proposición equivalente a la que sostiene que las normas generales no se aplican directamente, sino por analogía, a los casos particulares comprendidas en ellas" (*ibid.*, p. 747).

Consideramos que en las objeciones formuladas por Francesco GALGANO en relación con nuestras propuestas se confunden problemas distintos, y se malentienden, al mismo tiempo, algunas de nuestras afirmaciones.

Para comenzar, no creemos haber hecho referencia a ninguna aplicación analógica (y no directa) de la regulación del contrato a los actos bilaterales con contenido no patrimonial, ni a los actos unilaterales *mortis causa*.

En primer lugar, hemos hablado de **capacidad expansiva** de la regulación sobre el contrato, con respecto a los actos unilaterales con contenido patrimonial o no patrimonial, lo cual hace del contrato "una suerte de sinónimo de negocio jurídico".

En segundo lugar, hemos destacado que la regulación sobre el contrato no puede

Así pues, la idea de negocio, como categoría general, no resulta para nada extraña a las concepciones del legislador italiano de 1942; se trata, por el contrario, de una categoría que influye en todo el régimen legal de los contratos.

---

aplicarse *tout-court* al testamento o al matrimonio, sea en razón de la peculiaridad y especificidad de estas instituciones, sea porque en estas materias el Código Civil italiano dicta una regulación particular, la cual tiene en cuenta, justamente, aquella peculiaridad y especificidad.

Hemos hablado de capacidad expansiva de la regulación sobre los contratos con respecto a las referidas especies de actos unilaterales porque tal **capacidad expansiva** ha sido atribuida expresamente a los contratos en el art. 1324 cód. civ., y en la *Relazione al Codice civile* (n. 604), en el punto donde se ilustra el alcance y contenido del artículo en mención. En el mismo sentido que nosotros proponemos –pero con mayor elegancia, claro está–, RESCIGNO (*Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia nella materia dei contratti)*, cit., pp. 13-14) destaca el "poder persuasivo" y la "posición central" que el contrato está destinado a asumir en el marco de la autonomía negocial, gracias, precisamente, a lo dictado en el art. 1324 cód. civ. En el fondo, no nos hemos inventado nada; nos hemos limitado, por el contrario, a tomar en cuenta los presupuestos del legislador de 1942 tal como constan en el Código Civil y en la *Relazione*.

Por estas mismas razones, jamás hemos hablado de aplicación analógica en lo tocante al testamento y al matrimonio; pero también, y principalmente, por la existencia de una puntual y específica regulación de estas dos instituciones en el Código Civil. Lo que hemos afirmado, en todo caso, es que muchos fenómenos que se presentan en materia contractual parecen ser extraños a las instituciones en cuestión. Además, hablar de analogía en tal contexto sería a todas luces errado, por la sola razón de que faltaría el presupuesto fundamental que se requiere para recurrir a ella, es decir, la ausencia de una norma en el sistema.

Lo cierto es que Francesco GALGANO rechaza el negocio jurídico como categoría general, y por lo tanto, rechaza también la idea de que el contrato pueda ser considerado como sinónimo de negocio jurídico en el diseño de nuestro Código Civil.

Sin embargo, nosotros creemos que dicho papel ha sido atribuido por el mismo legislador italiano de 1942. En otras palabras, creemos que el legislador, al dictar la regulación sobre los contratos, tenía bien presente la categoría, más general, del negocio jurídico. Los indicios de esta actitud están presentes en el Código Civil (art. 1324 cód. civ.), y principalmente en la *Relazione al Codice civile* (nn. 602, 604,

Estas opciones del legislador de 1942 explican por qué la doctrina, ante la ausencia, justamente, de una normativa específica sobre el negocio jurídico, y cuando se ha visto en la necesidad de identificar el régimen legal de la institución, ha hecho

646) donde es explícita y reiterada la referencia al negocio jurídico como categoría inmanente al sistema de los contratos.

Al respecto, y como no es desconocido, en la *Relazione* se aclara, a propósito del contenido patrimonial del concepto de contrato, definido en el art. 1321 cód. civ., que está al margen de la regulación de esta figura "una categoría fundamental de los negocios jurídicos, cuyo contenido no puede valorarse económicamente, como son, por ejemplo, los negocios de derecho familiar" (n. 602); y se resalta –como hemos visto– que mediante el contrato se ha pretendido regular "aquel negocio jurídico que es eje de la vida de las transacciones" (n. 604). Se habla explícitamente de negocios a propósito de la simulación, y no únicamente de contratos, porque "la simulación también se puede configurar en los actos *inter vivos* destinados a persona determinada (art. 1414, 3er. párrafo, cód. civ.), o sea, en los actos unilaterales recepticios (n. 604)" (*Relazione*, n. 646).

Esta referencia adicional a los actos unilaterales recepticios, y a la parte respectiva de la *Relazione* (el n. 604, donde se comenta el art. 1324 cód. civ.), nos confirma que con el vocablo "**actos**", presente en este artículo del Código Civil y en la parte de la *Relazione* que hace referencia al mismo, se pretende hacer referencia a los negocios unilaterales.

Y no podía ser de otra manera (este es un punto en el que, además, la doctrina dominante está de acuerdo; cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 129 y R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo a la teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 81-82). La razón principal es que, una vez descartada, en homenaje a la tradición, la explícita referencia al negocio, el único vocablo que se podía emplear para denotar la compleja y nada homogénea categoría de los negocios jurídicos unilaterales era "**actos**". También hay que tener en cuenta que la aplicación del régimen legal de un acto de autorregulación de intereses, como es el contrato, no podía hacer referencia, fisiológicamente, sino a otros actos de autorregulación, aunque diversos desde el punto de vista estructural, es decir, a los demás actos de naturaleza negocial; frente a estos últimos, por lo tanto, aquellos límites de compatibilidad aludidos en el art. 1324 cód. civ. tienen, evidentemente, un alcance técnico que se explica bien en consideración, justamente, de la distinta naturaleza (bilateral o unilateral) de las instituciones en cuestión. Tampoco hay que olvidar, por último, y en confirmación de la **capacidad expansiva** del régimen legal del contrato, que algunas de las normas dictadas por el legislador de 1942, en materia de interpretación del contrato (por ejemplo, los arts. 1362 a 1365, 1367 y 1371

referencia, sobre todo, y acaso exclusivamente, a la regulación sobre los contratos (en especial, a la relativa a los contratos de intercambio).

1er. párrafo, cód. civ.) son considerados aplicables al testamento por parte de la doctrina, "como efecto de la norma expansiva tantas veces recordada (art. 1324)" (cfr., por todos, SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 233-234). Otros autores, si bien desde distintos punto de vista (cfr., por ejemplo, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano,* III, Milán, 1948, p. 286, y BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, I, Milán, 1976, pp. 191 y ss.), consideran que también es aplicable al testamento el art. 1366 cód. civ. (para un análisis más amplio, v. *infra* § 6).

Francesco GALGANO considera que si el procedimiento de expansión del régimen legal del contrato a las demás figuras negociales se realizara, no mediante una aplicación directa, sino mediante un procedimiento analógico, se perjudicaría el alcance general del contrato, es decir, aquel papel –que sí cumple, según nosotros– de sinónimo de negocio jurídico. Ahora bien, si el régimen legal del contrato puede extenderse en vía analógica a otras figuras no contractuales, se refuerza su papel y alcance de categoría general en el sistema del Código Civil italiano, y de sinónimo de negocio jurídico; ello acontece en consideración de los presupuestos en que se sustenta el procedimiento analógico, que son, como es sabido, y por un lado, la existencia de una laguna en el sistema normativo, y por otro lado, la existencia de disposiciones que regulen casos similares o análogos (en virtud del art. 12 de las "Disposiciones sobre la ley en general" del Código Civil). Ahora bien, justamente porque tales disposiciones pueden ser aplicadas más allá de las hipótesis para las que fueron previstas, y porque pueden regular, entonces, los casos similares o análogos, es indudable que ellas terminan teniendo un papel y un alcance más generales que aquellas normas que, por el contrario, no son susceptibles de ser aplicadas más allá de los taxativos confines de las hipótesis para las que han sido previstas. Tales disposiciones testimonian, además, la sustancial afinidad (al menos en relación con la naturaleza negocial) de los casos a los cuales se extienden. Por lo tanto, contraponer una aplicación directa a una aplicación analógica, para los fines de determinar el alcance general (o no) de una institución parece ser algo realmente improponible; al final, y como quiera que sea, dicha propuesta conduciría –a nuestro juicio– a resultados exactamente contrarios a los preconcebidos por Francesco GALGANO.

Para terminar, está el problema, ensombrecido por GALGANO y por la misma *Relazione al Codice civile* (n. 604, donde se afirma la posibilidad de que el régimen sobre los contratos se aplique también a los actos unilaterales con contenido patrimonial), de establecer si es posible extender la regulación sobre el contrato (y

Todo ello explica bien por qué no todas las instituciones específicas que emergen de la normativa sobre los contratos sean propias de las demás figuras asimilables al fenómeno

del negocio jurídico, en general) a los actos no negociales. Es un problema distinto, o más bien, una *vexata quaestio*, sobre la cual la doctrina se ha interrogado desde hace mucho tiempo, y continúa haciéndolo (sobre este punto, cfr. lo anotado *infra*, en la nota 69, donde también se brinda una breve indicación bibliográfica), y que concierne, sobre todo (y no por casualidad), a la posibilidad de aplicar a los actos no negociales ciertos aspectos del régimen legal sobre la capacidad y los vicios de la voluntad, dictado para los contratos, es decir, para los negocios (sobre este punto, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, en *Enc. del dir.*, IV, Milán, 1959, pp. 211-212, y GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, cit., pp. 745 y ss.; para el tema de la incapacidad natural: PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, en *Contratto e Impresa*, 1987, pp. 759 y ss.).

En el acto jurídico no negocial, como hecho voluntario, aunque no asuma importancia aquella "voluntad de los efectos" de la que hablaban antiguas doctrinas, sí desarrolla un papel preeminente la voluntariedad del comportamiento, que constituye el presupuesto a cuya verificada presencia están asociados, automáticamente, los efectos que el ordenamiento jurídico ha predispuesto con anticipación.

Teniendo en cuenta ello, es bastante recomendable que para el acto jurídico en sentido estricto también puedan tener importancia (aunque sus consecuencias sean distintas) algunas de aquellas situaciones que, sin importar el modo, hayan viciado la voluntad del comportamiento o la libre determinación y conciencia del mismo; ello no es distinto de cuanto ocurre para el negocio jurídico, el cual pertenece, a pesar de sus peculiaridades, a la gran familia de los actos voluntarios.

Sin pretender brindar una ejemplificación cabal y exhaustiva, y limitándonos a la hipótesis de la incapacidad natural, no podemos dejar de compartir la opinión de PIETROBON (*op. ult. cit.*, pp. 774 y ss.), quien ha destacado que la incapacidad natural también tiene importancia en los actos no negociales, porque la capacidad requerida para estos actos (sobre la base de lo dispuesto, combinadamente, por los arts. 2046 cód. civ. y 85 cód. pen.) no es otra que la capacidad de entender y querer.

Pero las consecuencias de la ausencia de tal capacidad, por un lado, en el negocio jurídico, y por otro, en los actos no negociales, serán distintas.

En el negocio jurídico dicha ausencia tendrá relevancia como causal de anulabilidad (según lo dispuesto, expresamente, en el art. 428 cód. civ.; y cfr. también arts. 591, inc. 3 cód. civ.); en los actos no negociales, ella tendrá relevancia como "ausencia de un elemento de la hipótesis requerida por la ley para la producción de sus efectos típicos" (PIETROBON, *op. ult. cit.*, pp. 776-777).

negocial, y por qué no tienen los mismos contenidos o la misma fisonomía en todas las hipótesis negociales.

Vaya una última aclaración: los actos unilaterales a los que se hace referencia en el 1er. párrafo del art. 428 cód. civ. –por todo lo que se ha anotado– no pueden ser más que actos de naturaleza negocial (distinta es la opinión de RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, 1950, p. 38), en vista de que la falta de la capacidad de entender o de querer, en su autor, determina la anulabilidad (y no la ineficacia). Ello confirma, una vez mas, que en la urgida terminología del legislador (a causa de la referencia meramente implícita a la categoría general del negocio jurídico), el vocablo "acto" (en cuanto contrapuesto al contrato o diferenciado del contrato) tiende, sobre todo, a asumir el significado de **negocio unilateral** (así ocurre en el art. 1324 cód. civ., en el 3er. párrafo del art. 1414 cód. civ., y también, precisamente, en el 1er. párrafo del art. 428 cód. civ., en el cual, a pesar de la ausencia del adjetivo "unilateral", la unilateralidad de los actos está fuera de discusión, dada la identificación del sujeto, individuo, del cual provienen dichos actos, y la contraposición de estos a los contratos, a los que se refiere, en cambio, el 2do. párrafo del art. 428 cód. civ.; fuera de estas hipótesis, es interesante anotar que el art. 587 cód. civ. define el testamento como "acto").

Asimismo, *last but not least*, en lo tocante a la interpretación del art. 1324 cód. civ., el hecho que las cosas se presentan en los términos precisos que nosotros proponemos está confirmado en la misma *Relazione al Codice civile* (n. 793), cuando se aclara, de una manera que nos atreveríamos a calificar de inapelable, sin sucumbir a un optimismo excesivamente fácil, y con un involuntario (dado el lugar en que aparece esta afirmación) *coup de théatre*, que ha "parecido más exacta la denominación **hechos ilícitos**, en lugar de **actos ilícitos**, porque en otra parte del libro de las obligaciones (arts. 1324 y 1334) con la voz **actos** se han designado a los negocios jurídicos". Y más aun: la *Relazione* (n. 781) no evita precisar que "la promesa unilateral es una subespecie de la categoría, mucho más amplia, del negocio jurídico unilateral". A los **actos** referidos en los arts. 1324 y 1334 se pueden, y se deben, añadir los actos a los que se refieren, específicamente, el 1er. párrafo del art. 428 cód. civ., y sobre todo, la definición de testamento, contenida en el 1er. párrafo del art. 587 cód. civ., como "acto revocable con el que alguien dispone, para el momento en que habrá dejado de vivir, de todos sus bienes propios o de parte de ellos", además de las promesas unilaterales.

Cuanto hemos señalado, sobre el alcance y contenido del art. 1324 cód. civ., no es, por lo tanto, el resultado de una opción apriorística, como ha dictaminado el mismo Francesco GALGANO en su volumen *Il negozio giuridico*, cit., p. 11 (insistiendo, por otro lado, en lo que ya había expresado en su escrito *Il crepuscolo del negozio giuridico*, cit., *loc. ult. cit.*). En lo que nos concierne, se trata de una opinión que, de

Con cuanto venimos exponiendo no se pretende contradecir la unitariedad del concepto de negocio jurídico[11].

---

alguna manera, resulta **inevitable**, que nace de la constatación de los explícitas determinaciones del mismo legislador, que, a nuestro parecer, tienen que ser imprescindiblemente tomadas en cuenta. No es casual que, siempre en relación con el art. 1324 cód. civ., ZWEIGERT y KÖTZ (*Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, II, Tubinga, 1969, p. 4) hablen de *einseitige Geschäfte* ["negocios unilaterales"].

Por otro lado, y justamente en virtud de lo expresado en el art. 1324 cód. civ., parece ser algo consolidado en la doctrina alemana el convencimiento, acertado, de que la categoría del contrato es sinónima del negocio jurídico en el sistema italiano.

No debe llamar la atención que el mismo FLUME (*Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 31) exponga una interpretación análoga a la propuesta por nosotros, con respecto al alcance del citado art. 1324 cód. civ.

Podrá parecer una mera curiosidad, actualmente pasada a la historia, pero es interesante señalar, de todas maneras, que el art. 48, inc. 2 del Código Civil de 1975 de la extinta República Democrática Alemana, al afirmar que "*Die allgemeinen Bestimmungen über Verträge gelten entsprechend auch für eiseitige Rechtsgeschäfte sowie andere nicht durch Vertrag begründete Rechte und Pflichen, soweit in folgenden nichts anderes bestimmt ist*", terminaba adoptando un principio similar al expresado por el art. 1324 del Código Civil italiano.

[*Ad. del T.*] La citada disposición del Código de la RDA se traduce como sigue: "Las disposiciones generales sobre los contratos son igualmente aplicables, de ser compatibles, a los negocios jurídicos unilaterales, así como otros derechos y deberes no nacidos de contrato, a menos que se haya determinado cosa distinta".

Es destacable que en el Código Civil peruano, no obstante la general preferencia por la expresión "manifestación de voluntad" (desde el mismo art. 140, definitorio del negocio jurídico), se emplee la expresión "declaración de voluntad" en la definición de la promesa unilateral: "Art. 1956.- Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola *declaración de voluntad*, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona". La decisión es acertada, si se tiene en cuenta que la "manifestación" (*Äußerung*) es más amplia que la "declaración" (*Erklärung*), entre otras cosas, porque en la primera se comprenden el silencio y los comportamientos que no son declaraciones propiamente dichas, que no son aplicables en relación con la promesa unilateral.

(11) Este alcance unitario del negocio es confirmado por MIRABELLI, *Negozio giuridico (Teoria del)*, en *Enc. del dir.*, XXVIII, Milán, 1978, pp. 15-16.

El negocio jurídico, en efecto, no es una mera noción técnica, que se pueda deducir sólo de la actitud concreta de un régimen legal determinado; el negocio jurídico constituye una categoría lógica, que por su alcance, necesariamente general, debe enmarcarse en los sistemas lógicos de los que es expresión.

Por tratarse, asimismo, de una noción técnica, para ser más específicos, es imposible pasar por alto el hecho de que ella se basa, por un lado, en el modo de entender la experiencia jurídica en su relación con la realidad social a la que se dirige; y por otro lado, en el modo de considerar la relación entre autoridad y libertad.

Pero si queremos sumergirnos en el ámbito de la regulación del negocio jurídico dictada en el Código Civil, no sólo a través del régimen sobre el contrato, sino también a través de la regulación sobre las distintas figuras negociales, y aunque el testamento merezca un discurso un poco más detallado (porque el testamento, junto con el contrato, es generalmente considerado como eminente figura negocial), se impone, igualmente, algún comentario relativo al matrimonio.

Es necesario comenzar con una aclaración. Contrariamente a cuanto se pueda pensar, y a lo que usualmente se cree, la máxima expansión de la autonomía negocial en el sistema del Código Civil está representada por el contrato y no por el testamento. Ello sucede no obstante el hecho de que en los manuales más difundidos se destaquen el carácter unipersonal del testamento, la solemnidad del formalismo, y su naturaleza esencialmente revocable, es decir, aunque se tienda a poner en evidencia la fuerza creadora, que tendría en el denominado *favor testamenti* una manifestación particularmente significativa y elocuente.

Pero si se examina bien la regulación dictada en el Código Civil a propósito del contrato y del testamento, respectivamente, podemos verificar que la cuestión no se plantea en los términos que se acaban de señalar: la verdad es que el testamento no constituye, bajo ningún aspecto, una manifestación de autonomía negocial que sea más intensa y relevante que la que se puede realizar con el contrato.

A tenor de la definición de contrato dictada en el Código Civil (art. 1321) y en la definición misma de autonomía contractual (art. 1322) resulta claro que la regla contractual no sólo es la fuente de creación, modificación o extinción de la relación entre las partes: la regla contractual es también la fuente ordenadora de la relación específica(*).

En el contrato, en efecto, las partes parecen ser "soberanas", por decirlo así, en lo que concierne a su decisión sobre el orden que darán a sus intereses.

En el testamento la situación es completamente distinta. Su fuerza "creadora" tiene características y contenidos particulares.

En algunos estudios fundamentales, aparecidos a propósito de la reforma de 1942, y dirigidos a profundizar las relacio-

(*) En el Código Civil peruano se han adaptado estos artículos del Código italiano. De resultas, también entre nosotros, "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (art. 1351, que añade "modificación" al art. 1321 del texto italiano); y "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo" (art. 1354 cód. civ. peruano, prácticamente coincidente con el art. 1322 cód. civ. italiano) [*N. del T.*].

nes entre sucesión legítima y sucesión testamentaria, se ha puntualizado que la fuente del fenómeno sucesorio es una sola (la ley), ya sea que exista o no un testamento[12].

En el sistema del Código italiano[13] "la sucesión *mortis causa* tiene lugar y se desenvuelve, en su totalidad, sólo sobre la base de una vocación que es su fuente exclusiva de legitimación, y la [...] vocación hereditaria, cualquiera que sea la dirección y forma de desarrollo que se presente en concreto, encuentra su fuente inmediata y directa en la norma legal"[14].

Hay que señalar que cuando se propone a la ley como fuente única del fenómeno sucesorio, no se descarta totalmente la relevancia de la voluntad. Es indudable que "la ley toma en consideración, al menos normalmente, la voluntad del *de cuius* manifestada de manera legítima"[15], pero esta voluntad sirve para imprimir una "determinada" dirección a la vocación, "busca designar un determinado destinatario de esta, pero no puede tener la eficacia de crear la vocación por sí misma, es decir, el

---

(12) Ya lo sostenía PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni*, en *Annali dell'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Università di Messina*, Mesina, 1930-1931, pp. 392-396; pero el tema fue ampliamente estudiado y desarrollado por NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, en los mismos *Annali*, Messina, 1934-1935, pp. 8-24.

(13) El Código a que se hacía referencia era el de 1865, pero como ya se ha precisado, las disposiciones fundamentales del Código italiano de 1865, en lo concerniente a las sucesiones, han pasado inalteradas al Código de 1942.

(14) NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 24; cfr. también BETTI, *Diritto di successione (Appunti di diritto civile)*, Milán, 1927-1928, pp. 5-20.

(15) NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 17. Hasta este punto, la posición del autor citado parece ser coincidente con la de SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, ahora en ID., *Scritti di diritto civile*, II, Nápoles, 1961, p. 586.

título jurídico para la atribución de la compleja posición jurídica hereditaria"[16].

En tal sentido, "la voluntad del testador es ineficaz, en todo o en parte, si se lesiona la cuota de los legitimarios, y si [...] particulares incapacidades afectan a los designados por el testamento, y pueden paralizar, aunque sea parcialmente, su designación"[17]. Por lo tanto, la norma no establece previamente un ámbito de autonomía en la creación de la relación; lo que hace es desarrollar "una influencia posterior", en atención a que "hace que la vocación, esencialmente determinada por la norma, se mueva en la dirección indicada por la voluntad humana, a la cual la ley reconoce, inmediatamente, esta eficacia dirigista"[18].

La voluntad humana daría lugar concretamente, entonces, a un fenómeno en una determinada dirección, la cual puede, de todos modos, ser rectificada, o incluso modificada, por la misma ley[19].

---

(16) NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., pp. 17-18.

(17) *Ibid.*, p. 18.

(18) *Ibid.*, p. 19.

(19) *Ibid.*, p. 19, nota 2 *in fine*.
También BRUNETTI (*Le condizioni impossibili e illecite nei testamenti secondo il Codice civile italiano e il Codice civile austriaco*, en ID., *Scritti giuridici vari*, V, Turín, 1925), a pesar de seguir un razonamiento distinto (de carácter netamente voluntarista), y demasiado formal, desde cierto punto de vista, había arribado a conclusiones muy parecidas. El ilustre autor afirmaba: "el testamento no es concebible, seriamente, como acto creador de relaciones jurídicas, y por lo tanto, no es posible explicar y justificar la facultad de testar si se pretende considerarla como facultad de crear relaciones jurídicas" (*ibid.*, p. 110); y añade, luego, a propósito de los contratos (contraponiéndolos al testamento), que "en estos, la voluntad del particular [...] es creadora de relaciones jurídicas" (*ibid.*, p. 111).
El mismo BRUNETTI, *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*, en ID.,

En los negocios *inter vivos*, sería la voluntad del "transferente la que crea en el adquirente el título jurídico para la adquisición, en atención a que la misma voluntad tiene la eficacia, al mismo tiempo, de extinguir la relación entre el derecho y el titular original, y de reconstruirla con respecto a otro sujeto, y representa, además, el medio de ejercicio del derecho"(20).

Completamente distinta parece, en la teoría que se describe, la función de la voluntad en los negocios *mortis causa*; en efecto, tal voluntad no es "la causa productiva de la extinción del vínculo entre la persona y el derecho, porque la causa exclusiva e inmediata de dicha extinción es la muerte, ni [...] la causa eficiente de la adquisición, que se debe identificar totalmente en la posición del adquirente (heredero), tal cual está configurada en la norma"(21). Con ello, parece ser limitada la función de la voluntad del *de cuius*, la cual puede, dentro de ciertos límites, "determinar la dirección en la que debe operar el título que

Scritti giuridici varii, cit., IV, p. 298), para explicar la complejidad del fenómeno negocial, en el aspecto de la eficacia, había destacado también que el derecho de testar no es tanto el derecho de transmitir los bienes propios después de la muerte, sino más bien el derecho de "realizar un acto (el testamento) que constituye aquella condición, la cual, cuando se verifica el evento de la muerte, hace surgir en el Estado el deber de distribuir de una determinada manera los bienes que fueron de propiedad del disponente". Por otro lado, mientras sería contradictorio "admitir la **muerte** como presupuesto legal de la eficacia del testamento, si contemporáneamente se quiere concebir la **voluntad del testador** como **creadora** de la relación jurídica [...] no es contradictorio admitir aquel presupuesto, si se considera **única voluntad creadora** de la relación jurídica la **voluntad** del **Estado**" (*ibid.*, *loc. cit.*).

(20) NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 21.

(21) *Ibid.*, *loc. ult. cit.* Esta perspectiva ha sido agudamente desarrollada por GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milán, 1954, pp. 58 y ss. Cfr., igualmente, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milán, 1970, pp. 112 y ss.

legitima la adquisición, y modificar, parcialmente, el contenido del fenómeno, así como la forma de su desarrollo"[22].

Hay que reconocer que a esta posición se objetó, autorizadamente, y en el intento de valorar la función del testamento, que si "la voluntad del testador puede operar en atención a que la ley la admite, y dentro de los límites en que la admite", y si "además, y en adición al efecto querido por el testador, existen efectos que deben atribuirse a la voluntad de la ley"[23], el sistema de límites que la ley impone al actuar del particular "es cierto, para toda manifestación de autonomía privada, y por lo tanto, no puede ser suficiente para negar la admisibilidad de una vocación privada a la sucesión"[24]. Se ha sostenido, igualmente, que si se entiende por vocación hereditaria "ya no la predisposición de una sucesión cualquiera, sino el llamado de una cierta persona, en un modo y medida determinados, a la sucesión, no puede negarse que junto con la vocación legal debe quedar espacio para una vocación testamentaria"[25].

---

(22) NICOLÒ, *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., *loc. ult. cit.*

(23) SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, cit., *loc. cit.*

(24) *Ibid.*, *loc. cit.*

(25) *Ibid.*, *loc. cit.* Luego se destacará, siempre a propósito del testamento, que si es verdad que toda hipótesis negocial puede ser definida, sea en el plano de su contenido, sea en el plano de su eficacia, parece ser más lógico, sin embargo, definirla en el plano del contenido (es decir, del resultado que los particulares pretenden realizar con ella) "porque la eficacia de un negocio, es decir la consideración normativa del mismo, constituye un *posterius*" (ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Turín, 1957, p. 26). En tal sentido, se aprecia que la definición del testamento contenida en el art. 587 cód. civ. hace emerger, más bien, el aspecto de la eficacia; lo más lógico, en cambio, habría sido definir el testamento desde el

La voluntad del testador tiene entre sus tareas fundamentales y peculiares, ciertamente, la de encaminar el fenómeno sucesorio[26]; sin embargo, ella también tiene una fuerza "reguladora", aunque sea de distinto alcance en comparación con la que emerge del contrato. Se entiende bien, entonces, por qué las intervenciones del ordenamiento jurídico en este ámbito se diferencian también de las previstas para el contrato, y por qué, entonces, la regulación del testamento, contenida en el Código Civil, tiene características propias.

En el caso de la vocación ineficaz, respecto de uno de los designados por el *de cuius*, o en el caso de lesión a la legítima, por ejemplo, el ordenamiento jurídico puede mantener parcialmente con vida al testamento[27]. Ello tiene lugar, evidentemente, con prescindencia de toda consideración sobre la esencialidad o accesoriedad de las cláusulas que integran el testamento, y de los criterios que norman la aplicación de la nulidad parcial en materia de contratos.

---

punto de vista del contenido, y por lo tanto, ya no como "el acto con el cual alguien **pretende disponer**" (*ibid.*, *loc. cit.*). No disímil nos parece la posición de BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia-Le successioni*, Milán, 1981, p. 492, quien anota que es dable identificar en el testamento "aquel elemento dispositivo de la propia esfera jurídica que puede asumirse como característica común de los actos negociales".

En la doctrina alemana, en el mismo sentido, FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 136, y LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Múnich, 1983, p. 82.

(26) Cfr. NICOLÒ, *Vocazione testamentaria diretta e indiretta*, cit., p. 21. Contra esta interpretación del fenómeno: BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 19 y ss. En similar sentido se han pronunciado, sustancialmente, BIN, *La diseredazione*, Turín, 1966, pp. 162 y ss., y VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1972, pp. 36 y ss.

(27) NICOLÒ, *Vocazione testamentaria diretta e indiretta*, cit., p. 18. Cfr. también CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto civile*, Milán-Varese, 1953, p. 588.

Más en general, también hay que debe señalar que la autonomía de las partes, en el contrato, es la establecida en el art. 1322 cód. civ., pero que los principios de esta autonomía no se pueden aplicar *tout-court* al testamento. Y no sólo en lo que concierne al problema del tipo –dado que las distintas especies de testamento podrían ser consideradas, impropiamente, como **tipos**, sea por su alcance rigurosamente formal, sea por que no se plantean con respecto a ellas (salvo las formas excepcionales, pero, en todo caso, de limitada validez temporal) alternativas atípicas, por todo lo cual no reproducen la problemática del art. 1322 cód. civ.[28]–, sino también en lo que concierne a la relevancia del interés merecedor de protección. Se ha destacado que, dadas las peculiaridades del testamento, el art. 1322 cód. civ. resulta inaplicable en relación, por ejemplo, con las declaraciones eventualmente extravagantes del testador, que son perfectamente válidas y aplicables[29]. Tampoco la causa, entendida como es común hacerlo –en su naturaleza de función económico-social, mediante la cual las partes persiguen un interés social típico–, se podría considerar aplicable. El ordenamiento jurídico "aprueba y protege la autonomía privada, no porque siga el capricho del momento, sino porque persigue un interés objeti-

(28) KIPP y COING, *Erbrecht*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Tubinga, 1955, pp. 41 y ss., después de haber definido la *Testierfreiheit* ["libertad de testar"], como la posibilidad de dar "*rechtswirksamem Bestimmungen*" ["disposiciones con eficacia jurídica"] sobre su propio patrimonio, posibilidad estrictamente vinculada con el reconocimiento de la propiedad privada, precisaban que la *Testierfreiheit* no significa, como sí ocurre para los contratos, *Gestaltungsfreheit* ["libertad de configuración"].

(29) RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Nápoles, 1952, pp. 143-147, y GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 168, quien también nos parece suscribir esta opinión. Distinta es la opinión de BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 253 y ss.

vo y típico en la variación del estado de hecho, y porque está orientada a funciones sociales dignas de protección"[30].

Dado que nada de ello tiene lugar, es evidente que toda la problemática experimenta cambios que no son irrelevantes en materia de validez, eficacia, interpretación, tipos, y también de causa (al menos cuando esta es entendida según las acepciones corrientes), motivos, etc. Por otro lado, la misma dialéctica entre sucesión testamentaria y sucesión legítima, como es natural, no se propone como dialéctica entre una esfera de autonomía (sucesión testamentaria) y los límites a la misma (sucesión legítima), porque esta última representa una previsión (la legal) de disposiciones de la relación, y no tiene que ver con un problema de valoración del interés económico que se habrá de realizar.

Con cuanto venimos señalando, y queremos confirmarlo por última vez, no se pretende excluir al testamento de la categoría del negocio.

A pesar de sus peculiares características, el testamento es, y seguirá siendo, un acto de autonomía privada; por lo tanto, se trata, con todos los títulos, de un negocio jurídico.

La fuerza eminentemente **dirigista**, propia de la voluntad del testador no se limita a identificar los sujetos; tal voluntad, por el contrario, expresa también una **autorregulación de intereses**; no es casual que en el 1er. párrafo del art. 587 cód. civ. el testamento sea definido como el acto con el cual el testador **dispone** de sus bienes propios, o de parte de ellos, para el mo-

(30) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 181.

mento de su fallecimiento. Por lo tanto, el testamento es un negocio (en las líneas anteriores hemos podido constatar que el término **acto** ha asumido el significado de **negocio** en el lenguaje del legislador de 1942) **dispositivo**, que contiene una **autorregulación de intereses** (no necesariamente de naturaleza patrimonial, en vista de que el 2do. párrafo del art. 587 cód. civ. permite que el testamento contenga **disposiciones** de carácter no patrimonial), cuyas fases y alcance, y cuyas características estructurales, tienen, frente al ordenamiento jurídico, una valoración comprensiblemente distinta de la que el mismo ordenamiento expresa con referencia a otras figuras negociales.

Aquella red de principios y criterios de valoración, que hemos definido anteriormente, y que el sistema del ordenamiento estatal predispone (y a cuyo respeto el sistema subordina la atribución, a la regla negocial, de aquella estabilidad y capacidad vinculante mayores, que aquel está en grado de asegurarle) parece ser elástica, y está destinada a cambiar de acuerdo con el papel y relevancia que las específicas hipótesis consideradas desarrollan, o deberían desarrollar, en la realidad, según el ordenamiento estatal.

Hoy como ayer, se ha discutido ampliamente sobre el fundamento del derecho hereditario, al cual pertenece, en posición eminente (al menos desde el punto de vista teórico)[31] el testamento; se ha inquirido, no sin fundamento, sobre cuánto han influido en él, y siguen influyendo hasta hoy, los problemas de derecho de familia vinculados con la exigencia (que sería propia

[31] Sobre las razones del declive del derecho sucesorio (vinculadas, igualmente, a la política tributaria) cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., pp. 561 y ss.

de la ideología burguesa) de asegurar la conservación de los patrimonios y riquezas (y por lo tanto, de asegurar el régimen de la propiedad)[32].

Todo ello explica la distinta consideración (respecto del contrato) que el derecho hereditario ha merecido por parte del ordenamiento estatal, y la consiguiente regulación específica para el testamento, que se ha adoptado en el Código Civil, teniendo en cuenta, asimismo, su estructura, el momento en que los efectos están destinados a realizarse, y el papel que cumplen al menos algunos de los llamados a la sucesión en la concreta realización de las disposiciones contenidas en el testamento[33].

---

(32) Sobre este punto, RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., pp. 563 y ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 1-17, y más en general, SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): Parte generale*, en *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Turín 1971, p. 748.

(33) En realidad, no nos parece exacto ubicar nuestra opinión en materia de testamento (como hace GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 514, nota 1), entre aquellas que niegan o ponen en duda (como lo hace, por ejemplo, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., pp. 198 y ss.) aquella naturaleza negocial a la que parece aludir, por lo demás, la misma previsión constitucional (art. 42, 4to. párrafo), al hacer referencia al testamento como medio para la circulación de la propiedad.
Aunque seguimos, esencialmente, la línea de pensamiento trazada por nuestro Maestro, Rosario NICOLÒ, en torno de la predominante función dirigista de la vocación hereditaria, que la referida institución está llamada a realizar en nuestro ordenamiento jurídico (además, NICOLÒ no dudó nunca de la naturaleza negocial del testamento; en tal sentido cfr. también *Disposizione dei beni mortis causa in forma "indiretta"*, ahora en ID., *Raccolta di scritti*, I, Milán, 1980, pp. 308 y ss.), hemos tratado de aclarar, sobre todo (cfr. nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 52 y ss.), y en el ámbito de la categoría general del negocio jurídico, la peculiaridad de la figura del testamento, que en consideración de su naturaleza de acto de última voluntad, y de su estructura unilateral, no es pasible de una aplicación integral de las normas dictadas en materia de contratos. En efecto, el mismo art. 1324 cód. civ. y la *Relazione al Codice civile* limitan la capacidad expansiva de la regulación sobre los contratos sólo a los negocios unilaterales *inter vivos* (cfr., *infra*, nota 148). Sin embargo, en atención a la naturaleza de actos de voluntad, que es común al testamento y al contrato, si bien no se puede aplicar al primero la regulación integral sobre el segundo,

A nuestro juicio, es indudable que también debe comprenderse en la categoría de los actos de autonomía privada (y por lo tanto, en la categoría del negocio jurídico) el matrimonio, una institución cuya naturaleza, como es sabido, ha resultado de difícil y problemática identificación para la doctrina.

A pesar de todas las específicas peculiaridades que la distinguen, se trata de una figura (cuyo papel fundamental en nuestra organización social es reconocido en el art. 29 de la Constitución)(*) en que la libre voluntad de los contrayentes está llamada a cumplir, de igual manera, un papel fundamental.

El hecho de que para la constitución del vínculo sea esencial la presencia del funcionario del registro civil (*ufficiale di stato*

---

siempre es posible aplicarle, a nuestro juicio, algunos de los criterios consagrados como principios, aun cuando dictados para el contrato; recuérdese, al respecto, el sistema de la interpretación de los contratos (establecido en los arts. 1362 y siguientes cód. civ.), así como los criterios que inspiran su diseño, los cuales parecen poder gobernar también, como veremos más adelante, la interpretación del testamento (cfr., sobre este punto, *infra*, § 6 de esta Segunda Parte).

El hecho de que el intérprete, llegado el momento de asignar contenidos normativos a la regulación del negocio jurídico, tenga que recurrir a aquellas disposiciones del régimen del contrato no significa, en modo alguno, que él piense fundamentalmente en este último, y no en el primero (como cree GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 32, nota 35). La referencia a la regulación del contrato nace de una evidente necesidad, debida a las decisiones efectuadas por el legislador italiano de 1942, que cuando habla de contrato sí está pensando en "otra cosa", es decir, en aquella categoría más general de acto de autonomía privada que es, justamente, el negocio jurídico.

La *Relazione al Codice civile* brinda preciosos e incuestionables testimonios de esta escisión –llamémosla así– entre palabra y pensamiento del legislador italiano de 1942 (como hemos señalado oportunamente).

(*) Constitución de la República Italiana (1948):

"29. La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio.

El matrimonio está ordenado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar" [*N. del T.*].

civile) ha suscitado la creencia de que el matrimonio, más que una hipótesis de acuerdo (o de contrato), constituya, en efecto, una hipótesis de negocio complejo[34].

En realidad, al margen de la consideración de que, para el funcionario del registro civil, "el pronunciamiento es un deber imprescindible [...] siempre que concurran ciertos presupuestos objetivos"[35], el papel, la función, y más en general, la actividad de este, no son otra cosa "que una forma de reconocimiento requerida *ad substantiam*"[36]. A nuestro juicio, desde el punto de

---

(34) Sobre este punto, cfr. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Padua, 1932, pp. 85 y ss. No falta quien (GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 487 y ss.) ha equiparado el matrimonio con aquellos actos "de consenso, absolutamente libres e incoercibles, con los cuales se ejercen derechos de la personalidad" (p. 491); tales son los actos a los cuales, por ejemplo, se refieren los arts. 5 cód. civ. y 32, 2do. párrafo, de la Constitución; respecto de estos últimos, todos de estructura unilateral, el matrimonio se caracterizaría por ser un "acto bilateral, en atención a la reciprocidad de la condición del cónyuge, que deriva del matrimonio" (p. 491). Para esta doctrina, el matrimonio no sería asimilable a la figura del negocio jurídico. Sin embargo, lo real parece ser que la libertad y la incoercibilidad constituyen características fundamentales de todos los actos de autonomía negocial (al respecto, cfr., por todos, RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., pp. 296-297).
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano: "Art. 5. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean, de cualquier forma, contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres".
En el art. 32, 2do párrafo, de la Constitución italiana se establece: "Nadie puede ser obligado a recibir un determinado tratamiento médico si no es por disposición de ley. En ningún caso la ley puede violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana".

(35) JEMOLO, *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1957, p. 43.

(36) *Ibid.*, p. 45.
Distinta es la opinión de CICU (*Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, pp. 213 y ss.), quien negando la naturaleza contractual del matrimonio, destaca la importancia que tiene en esta institución un interés del Estado (que sería, justamente, el interés de la familia), testimoniado por el papel que cumple el funcionario del registro civil.

vista estructural, el matrimonio pertenece, sin lugar a dudas, a la categoría de los acuerdos[37], y quizá más específicamente, a la de los contratos[38], si el matrimonio entendido como instrumento para regular intereses contrapuestos, y no intereses paralelos.

Señalado ello, es posible convenir, desde luego, en el resalto de que la regulación general de los contratos, con contenido exclusivamente patrimonial (arts. 1321 y siguientes cód. civ.), no es aplicable *tout-court* al matrimonio, en atención, asimismo, a la precisa normativa que se dicta para esta institución en el Código Civil, donde se tienen en cuenta la especificidad y peculiaridad de la misma[(*)].

Y sin embargo, a pesar de admitir (p. 222) la naturaleza **negocial** del matrimonio (aunque se trataría de un negocio familiar, con contornos no exclusivamente civilistas), el ilustre autor aclara que la voluntad común de los contrayentes no es más que una "**condición** para el pronunciamiento: este, y nada más que este, es constitutivo del matrimonio" (p. 219).

Una perspectiva no tan alejada de la aquí ilustrada también se puede encontrar en ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, cit., II, pp. 611 y ss.

(37) Sobre este punto, cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 312 y ss., y JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pp. 47-48.

(38) Tal era el parecer de GANGI, *Il matrimonio*, Milán, 1953, p. 42, y de SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 213, y más recientemente, de RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, cit., p. 17.

(**) En el Código Civil peruano no se brinda una definición del matrimonio, pero el título que da inicio a la normativa sobre esta institución dice "*El matrimonio como acto*". Siempre que se convenga –y se debe convenir– en la asimilación de la voz "acto" al concepto de "negocio" en nuestro Código, así como en la breve, y no menos inobjetable, exposición del Autor en este punto, creo que no existen problemas para reconocer la naturaleza negocial del matrimonio [*N. del T.*].

Pero estos detalles y diferencias de régimen que las distintas categorías de negocios encuentran en el Código Civil, lejos de representar un defecto, y acaso una negación, propiamente dicha, de la unitariedad del concepto de negocio, sólo quieren testimoniar una imperiosa consideración de las peculiaridades de las distintas figuras que componen esta amplia categoría conceptual; en las específicas, y aunque diversas, categorías de negocios, cualquiera que sea su naturaleza, estructura o contenido (patrimonial o no), el elemento recurrente y unificante consiste en el hecho de que en todas siempre es posible identificar una manifestación de la autonomía privada[39].

2. El negocio jurídico de la ideología corporativista al sistema actual.

Luego de la elección del contrato como paradigma de la actuación negocial en el Código Civil italiano de 1942 se hizo

---

[39] Son de este parecer: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 298; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile* al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Bolonia-Roma, 1970, p. 52; y FINOCCHIARO, *Matrimonio*, en *Commentario del Codice civile* al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Bolonia-Roma, 1971, pp. 307 y ss.
Al respecto, en la *Relazione al Codice civile* (n. 602) se destaca que la naturaleza patrimonial del contenido del cotnrato, fijada en el art. 1321, habían hecho aconsejables, tanto la exclusión, de la regulación directa del Título segundo del libro de las obligaciones, de los negocios con estructura bilateral (por ejemplo, los negocios de derecho familiar, como el matrimonio o la promesa de matrimonio) con contenido no patrimonial, cuanto la previsión para ellos, por consiguiente, de una normativa autónoma que tuviera en cuenta su específica naturaleza.
Y sin embargo, en dichas hipótesis se deberán considerar, de todos modos, "las reglas concernientes a los contratos, dentro de los límites en que ello resulte posible".
Una vez más, por lo tanto, la regulación del contrato (como sinónimo de negocio jurídico) está destinada a tener un alcance general.

necesario insertar esta figura conceptual en el sistema político-económico que el legislador de la época pretendía instaurar, y que se fundaba en una idea de relación entre Estado y ciudadano profundamente distinta de la que había tenido influencia en el Código Civil de 1865, y que continúa inspirando al Código francés. El Código Civil de 1942 quiso ser el código del Estado corporativista, que era un Estado dirigista en el plano económico. La *Relazione al Codice civile* brinda una valiosa documentación sobre el nuevo papel que el Estado tenía que asumir en la sociedad, y en relación con los individuos en particular, cuando aclara (n. 6) que: "El ordenamiento de nuestra economía a través de las Corporaciones, creadas por la fuerza política y sólidamente enmarcadas en aquel, respeta las iniciativas privadas, pero el individuo ha dejado de ser un átomo disperso: su actividad está coordinada y asociada con las de los demás, y todos están subordinados al interés del Estado. Ello no implica opresión ni disminución de la personalidad humana; constituye, más bien, potenciación y valoración de esta. Solamente las ideologías en que se inspiró la Revolución francesa pretendieron separar al individuo del organismo social donde este vive y actúa. Ellas hicieron del interés privado y del interés público dos campos diversos y opuestos, a menudo inconciliables entre sí, y hablaron de derechos individuales naturales, anteriores al Estado, pero dejaron el olvido el carácter eminentemente social del derecho. No existe derecho que no sea atribuido al individuo con finalidad social, y la protección que la ley concede al interés del individuo no recae en un interés egoísta; es, más bien, la protección directa o indirecta del interés nacional. No existe, por lo tanto, una oposición, sino una armonía, entre el interés privado y el interés público". Desde esta perspectiva, como se destaca, igualmente, en la *Relazione* (n. 8): "La exigencia de subordinar al inte-

rés público los intereses particulares de los individuos, y de realizar una armónica coordinación entre ellos ha puesto en evidencia los aspectos publicísticos de las instituciones de derecho civil, y ha orientado la propiedad y la autonomía privada hacia la solidaridad corporativista, la cual a dado lugar a que relaciones eminentemente privatistas queden sometidas a una regulación inspirada en el interés público, que predomina siempre en el nuevo Código" (y también puede verse el n. 7 de la *Relazione*). En resumen, tal cual se confirma, una vez más, en la *Relazione* (n. 11): "Nuestra doctrina contrapone, frente a la figura del *citoyen* de la Revolución francesa, la figura concreta y emergente del productor, de la persona que participa activamente, con su propia acción individual, a la acción común en pro de un aumento, cada vez mayor, del poderío y bienestar de la Nación, que es el poderío y bienestar de todos".

En lo que se lee en la *Relazione al Codice civile* parecen estar claramente trazados la fisonomía y papel del Estado dirigista en la economía.

El Estado, más que intervenir en la economía, mediante una gestión directa de las iniciativas y actividades, se convierte, sobre todo, en árbitro de la economía de la entera Sociedad nacional, y establece las finalidades a realizar, así como los itinerarios para alcanzarlas (al respecto, puede verse también la declaración IX de la *Carta del Lavoro*)(*). En este marco, si bien se

(*) La *Carta del Lavoro* fue dada el 21 de abril de 1927 por el Gran Consejo del Fascismo y está compuesta de treinta "declaraciones" que cifran los principios básicos del ordenamiento sindical-corporativista-fascista.
Pese al carácter político de su origen (el Gran Consejo era el órgano máximo del Partido) la *Carta* se convirtió, definitivamente, en fuente de normas jurídicas

ha mantenido y protegido el principio de la libre iniciativa privada, este ya no está destinado a trascender en su papel tradicional, de expresión de intereses principalmente, si no exclusivamente, privados, sino que se presenta, cada vez más, como un mecanismo del sistema en su conjunto; por lo tanto, su papel primario se transforma y pasa a ser el de instrumento a través del cual también se deben realizar (en concreto, y quizá sobre todo) finalidades generales, y ya no más el papel tradicional, de instrumento a través del cual sólo se podían expresar finalidades exclusivamente particulares.

Para ello se requiere un control de todas las fases en que se plantea un problema de riqueza, desde aquel proclivemente estático (de la propiedad) a aquellos, más bien dinámicos, de la producción de la riqueza (empresa), y de la circulación de ésta (el contrato, en particular, y el negocio, en general)[40].

---

mediante la Ley n. 14 del 30 de enero de 1941, que reconoció a sus "declaraciones" el valor de principios del ordenamiento jurídico del Estado, y el valor de criteros para la interpretación y aplicación de las leyes. En las primeras ediciones del Código Civil italiano de 1942, la *Carta* precedía el texto propiamente dicho del *Codice*. Sobre este importante documento, cfr. la óptima reseña de R. CORRADO, *Carta del lavoro*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., vol. II, 1958, p. 967-968.

(40) Estas detalladas formas de control del patrimonio habían sido enfáticamente demandadas por BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, en *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milán, 1940, pp. 301 y ss., con argumentos y explicaciones no muy disímiles de las posteriormente expresadas en la misma *Relazione al Codice civile*, y como justificativo de la nueva regulación creada con la reforma de 1942, en materia de propiedad, autonomía privada y empresa. Es interesante recordar, sin embargo, que el propio BETTI, apenas un año antes de la aparición del escrito citado, había tenido oportunidad de expresar ideas en materia de propiedad que parecían estar bastante alejadas de las que expuso poco después (cfr. BETTI, *Il quarto libro nel quadro del progetto di codice civile*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padua, 1939, pp. 18-20, de la separata). Como se sabe, sin embargo, la propiedad desarrolla

En lo que concierne a la propiedad, es siempre en la *Relazione al Codice civile* donde se traza su nuevo alcance:

"Hoy la posibilidad de configurar la propiedad se desplaza hacia otro plano: ya no se trata de un derecho primigenio o natural del individuo, al cual se imponen específicas limitaciones, en correlación con determinadas exigencias sociales, o exigencias de coordinación con otros derechos. La medida misma del derecho se deduce, orgánicamente, de las finalidades para las cuales el poder es reconocido, y es distinta, por lo tanto, de acuerdo con los distintos bienes susceptibles de apropiación"(n. 402).

---

un papel central en materia patrimonial, y la definición de este papel no puede dejar de influir también en los aspectos dinámicos de àquella, como son, justamente, la autonomía privada y la empresa.

Tienden, fundadamente, a reducir el peso de la ideología corporativista, los autores que juzgan las limitaciones aportadas con la reforma de 1942, sea en materia de propiedad y autonomía privada, sea en materia de empresa (con la introducción de la figura del empresario, en el lugar del comerciante), como "un natural proceso de adecuación de la legislación civil a las cambiantes condiciones sociales y económicas" (ACQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, I, Turín, 1966, p. 287; en el mismo sentido, sustancialmente, ya se había pronunciado VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., III, 2, pp. 615 y ss., y CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, ahora en ID., *Scritti e discorsi politici*, Florencia, 1965, pp. 90 y ss. Estas opiniones parecen encontrar confirmación en las afirmaciones del autor que destaca, en relación con las declaraciones de la *Carta del Lavoro*, que la atribución a estas del valor y alcance de los principios generales del derecho, y de "criterio directivo para la interpretación y aplicación de la ley" (como establecía el art. 1 de la Ley n. 14 del 30 de enero de 1941), no significó "la consagración de ideologías en mayor o menor medida definidas como de pretendido tinte fascista" (VASSALLI, *op. ult. cit.*, p. 613, nota 1). En efecto, "estas declaraciones, comúnmente enfáticas e imprecisas, no son otra cosa que el reflejo de una orientación general ampliamente operante, aunque con tonalidades diversas, en todos los países" (*ibid.*, p. 614); por otro lado, su vigencia "ha podido ser abrogada con una pincelada, en 1943, sin que la interpretación y aplicación del Código Civil hayan sufrido cambios de rumbo" (*ibid.*, p. 613, n. 1).

Por otra parte, en la temprana posguerra, cuando se afirmó la tendencia, algo

Y más aun: "El orden corporativista respeta el principio de la propiedad privada. La propiedad privada complementa la personalidad humana: es un derecho; y si es un derecho, es también un deber. Tanto es así que creemos que la propiedad priva-

infantil, a dar cada cosa una etiqueta fascista, no faltó quien pidiera, a grandes voces (y rápidamente olvidado su entusiasmo político del día anterior) la abrogación del Código Civil (cfr., al respecto, las irónicas expresiones de Giuseppe FERRI, *Del codice, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, Nápoles, 1990, *passim*). En cambio, a quien se limitaba a proponer la abrogación del Capítulo I, dedicado a las "Disposiciones sobre la ley en general", se le hizo notar (así, G. FERRI, *False apparenze di novità nella legislazione civile*, en *Meridiano*, año I, núm. 6, Roma, 15 de abril de 1945) que en aquel Capítulo I, fuera de algunas disposiciones "puramente decorativas", no existía ninguna novedad sustancial; que todo, por el contrario, era "tradicional, hondamente tradicional". El problema de la jerarquía de las fuentes, por ejemplo, resultaba ser "muy antiguo, pues ya en el Código de Comercio de 1882 (art. 1) se había considerado la necesidad de afrontarlo". Así pues, la preeminente importancia que se da, en el Código Civil de 1942, a la organización de la producción y del trabajo (contra el papel central que desempeñaba la propiedad en el Código Civil de 1865) parece ser, si se considera con serenidad el problema, no la expresión de ideas corporativistas, sino algo que se sustenta "en la lógica de las cosas" de una economía moderna. Tal es la opinión de ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1967, pp. 7 y ss.).

Los autores que participaron en la reforma del Código Civil trataron, ciertamente, de limitar el peso y la presencia de la ideología corporativista en el texto. Giuseppe FERRI (*Del codice, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, cit., p. 34) recuerda que "durante los trabajos de codificación se hablaba normalmente, ante el grave escándalo de BETTI –quien sintió la necesidad de recordarlo en una memoria del *Istituto Lombardo delle Scienze*, inclusive–, de **inyecciones corporativistas** en un código, evidentemente, no corporativista". Sin embargo (e inevitablemente, como veremos), y justamente en materia de propiedad, autonomía privada y empresa, ha quedado en el Código Civil (a pesar de todos los loables esfuerzos para mantenerla alejada) más de una huella (no irrelevante) de la ideología dirigista y corporativista, propia del régimen político de la época.

En resumen, el juicio de algunos autorizados estudiosos (Giuseppe FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 33-35, y CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 91-92, por ejemplo), a tenor del cual fueron limitadísimos los sectores del Código Civil en los que el régimen fascista logró imponer sus propias ideas políticas y soluciones, está en lo justo.

Los pedidos de una dosis más incisiva de **inyecciones corporativistas**, en el

da debe ser entendida en función social; por lo tanto, no como propiedad pasiva, sino como propiedad activa, que no se limita a usar y disfrutar los frutos de la riqueza, sino que los desarrolla, los aumenta, los multiplica" (n. 403).

---

diseño del Código Civil, que se sucedían, enérgicamente, en muchos ambientes cercanos a las ideas del régimen (pero no por parte de Dino GRANDI, quien por su estima y reconocimiento hacia Filippo VASSALLI, concedió a este ilustre Maestro una gran libertad de acción), testimonian que los reformadores no fueron animados, en modo alguno, por "un sincero ardor de convicción" (BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale*, cit., p. 303).

En efecto, a pesar de las **inyecciones** señaladas, la orientación del Código Civil no era (y por lo tanto, permanece así) antiliberalista. La habilidad de los reformadores (o al menos de algunos de ellos, bajo la sabia guía de Filippo VASSALLI) consistió, a nuestro juicio, en saber reducir, por un lado, la presencia y validez ideológica del estatalismo dirigista en fórmulas que podía ser fácilmente canceladas por el montaje del Código Civil (tal cual ocurrió, precisamente, durante la posguerra, luego de la caída del régimen fascista); y por otro lado, en haber previsto algunas formas de dirigismo económico para instituciones que presentaban nuevos planteamientos, y para las cuales –como luego habremos de señalar– una regulación dirigista parecía ser, ni más ni menos, y dadas las circunstancias del momento, técnicamente **funcional**, y desde cierto punto de vista, hasta **imperiosa**. Sobre este punto, cfr. nuestro trabajo *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile, en Diritto privato*, 1996, pp. 593 y ss.

La razón de ello es que no todo el dirigismo **estatalista** presente en las decisiones del legislador de 1942, constituía "expresión" –digámoslo así– de un homenaje triunfalista e irracional a la mística de concepciones hegelianas.

Por otra parte, las novidades introducidas en el Código Civil, para adecuar el diseño a la cambiada realidad socioeconómica eran el fruto de más que decenales elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, que no tenían nada que ver con el fascismo, y que, por lo tanto, se habrían impuesto de todos modos al legislador (al respecto, cfr. G. FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 33-35; CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, pp. 90 y ss.; y más recientemente, ACQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, cit., *loc. cit.*; y GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985, p. 285).

De todas formas, en materia de propiedad, de empresa y de economía contractual, las decisiones del legislador (incluso si se tienen en cuenta algunas enfatizaciones ideológicas que, a pesar de estar afianzadamente presentes en la *Relazione al Codice civile*, lo eran en medida muy limitada en el tejido normativo de este último) no han asumido jamás, más allá de ciertas tonalidades que dan la impresión de ser perentoriamente **estatalistas**, una sustancia dirigista y antiliberal en lo intrínseco.

También existen huellas de todo ello, si bien expresadas en términos comprensiblemente más matizados y genéricos, en

---

Vale la pena recordar, a propósito del liberalismo económico, los términos del garboso intercambio de opiniones que tuvo lugar entre Benedetto CROCE y Luigi EINAUDI. Destacando la falta de coincidencia entre liberalismo político y liberalismo económico, CROCE admitía la compatibilidad con el primero de algunas formas de socialización o de intervenciones económicas del Estado, si estas conducían a un mejoramiento general, justamente, en el plano económico (CROCE, *Le fedi religiose opposte*, ahora en CROCE y EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, al cuidado de Paolo SOLARI, Milán-Nápoles, 1957, en particular, pp. 41-43). EINAUDI sostenía que si "el espíritu" era libre, este creaba una economía variada (EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, ahora en CROCE y EINAUDI, *op. cit.*, p. 130), pero comprobaba que históricamente (citando, como ejemplo, el liberalismo arancelario de NAPOLÉON III), el **liberalista** económico "puede ser autor de un sistema de gobierno absoluto" en algunos casos (EINAUDI, *op. cit.*, p. 127), y que en otros casos (en relación con el Conde de CAVOUR, liberal político y económico) "puede suceder lo contrario" (*ibid.*, *loc. cit.*). Por otro lado, la idea de **gobierno absoluto** (o no liberal) no siempre coincide con la de gobierno colectivista (o comunista) en economía, y por lo tanto, con un sistema necesariamente antiliberalista (*ibid.*, pp. 127-130). Y de esta falta de coincidencia podrían ser ejemplos no solamente el régimen de NAPOLÉON III (y, aun antes, el cesarismo de NAPOLÉON I), sino el mismo régimen fascista, expresado en la codificación de 1942, a través, igualmente, de la unificación del Código Civil y del Código de Comercio, que parece ser, más bien, una solución funcional y orgánica para con una perspectiva liberal en el plano económico.
Sobre este punto, en general, cfr. nuestro estudio *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, II, 1999, *passim*.
En efecto, y si se aprecia bien, el mismo legislador de 1942, por un lado, había tenido oportunidad, de alguna manera, de reconocer la naturaleza esencialmente **privada** de la propiedad (en cuanto complemento de la personalidad humana; cfr. el n. 403 de la *Relazione al Codice civile*), de la autonomía negocial (entendida como poder de los particulares para regular una estructura de intereses propia; cfr. el n. 603 de la *Relazione*) y de la iniciativa económica (cfr. la declaración VII de la *Carta del Lavoro*, recordada en el n. 403 de la *Relazione*); y todo ello, no obstante la opción por un sistema ideológico y normativo que funcionalizaba su ejercicio para la persecución, asimismo, de finalidades generales.
Por otro lado (casi como queriendo escapar de toda sombra, posible o residual, de equívoco o duda) el legislador de 1942 ha querido destacar aquello que, según nos parece, ya estaba claramente expresado en la declaración IX de la *Carta del Lavoro*, es decir, que "la economía corporativista no es una economía orientada hacia el estatalismo" (*Relazione al Codice civile*, n. 837); y luego pasa a confirmar que "la *Carta del Lavoro* protege y promueve, en efecto, la iniciativa privada en el campo

algunas disposiciones del Código Civil. El art. 832, por ejemplo, al definir el contenido del derecho de propiedad, hace refe-

---

de la producción, como el instrumento más eficaz y útil en el interés de la Nación (declaración VII)" (*Relazione*, n. 837, cit.).

Además, y como es sabido, la declaración IX de la *Carta del Lavoro* afirmaba que "la intervención del Estado en la producción económica sólo tiene lugar cuando falte o sea insuficiente la iniciativa privada, o cuando estén en juego intereses políticos del Estado. Dicha intervención puede asumir la forma del control, de la promoción y de la gestión directa". Es evidente que la gestión directa de la producción económica, que es el rasgo característico de una economía estatalista, está prevista, en la citada declaración IX, como una hipótesis claramente residual, del todo excepcional, y con características esenciales de contemporaneidad.

Por lo tanto, ya sea en el marco de una **funcionalización** en sentido social, y por lo tanto, de la posibilidad de su sometimiento a controles y directivas de tipo publicista, el legislador de 1942 reconoce la naturaleza, siempre intrínsecamente privada, de las formas de adquisición de la propiedad, de circulación y producción de la riqueza, en cuyo proceso de actuación se quiso otorgar relevancia, del mismo modo, a la protección de la integridad física y a la personalidad moral del trabajador (art. 2087 cód. civ.).

Por otro lado, las decisiones **funcionalizadoras** del legislador, fuera del énfasis de ciertas proclamas ideológicas dispersas en la *Relazione al Codice civile*, parecen estar concretamente condicionadas, también (y quizá sobre todo), por la exigencia de efectuar un control de las actividades de adquisición de la propiedad, de producción y de intercambio de riquezas, en un momento histórico en que se estaba afirmando el proceso de industrialización de la economía, con una amplitud y plenitud que, si bien no tenían las cabales características que presenta en la realidad actual, sí permitían prever, claramente, sus resultados.

Con lo que venimos afirmando, queremos expresar nuestra convicción de que el legislador de 1942, a través de su decisión **funcionalizadora** (con relación a la propiedad, el contrato, y las actividades de producción e intercambio, llevadas a cabo por el empresario) intentó **también** (y quizá principalmente) gobernar el paso, nada fácil, de una Sociedad de *rentiers* (donde la riqueza estaba constituida, casi exclusivamente, por patrimonios inmobiliarios y de tierras) a una nueva Sociedad de productores de riqueza: empresarios grandes y pequeños, propietarios-productores, trabajadores subordinados, trabajadores autónomos, profesionales intelectuales (al respecto, cfr., por todos, G. FERRI, *Esperienza scientifica e diritto commerciale*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 52 y ss.).

En la Sociedad que se estaba perfilando, las exigencias de la producción industrial requerían novedades y cambios. Por ejemplo, si las racionalidades y lógicas de la empresa imponían, por un lado, la utilización de la técnica de la contratación de masa, por otro lado, las mismas estructuras económicas emergentes inducían a una reflexión sobre el concepto mismo de "**bien**" en sentido jurídico, más allá de

rencia, ya no (como sí se hacía en el art. 436 del Código de 1865)(*) solamente a los límites que pueden derivar de la ley para

los términos rigurosos de **materialidad**, en torno de los cuales, por un lado, la tradición había consolidado la teoría de los derechos reales heredada del derecho romano, y por otro, los códigos decimonónicos, al recibir esta tradición, habían construido los modelos de adquisición de la propiedad de la riqueza.
Con el nuevo Código Civil, por lo tanto, se pretendió gobernar también un período de transición, que luego se volvió difícil por el hecho de que el nuevo Código entró en vigor en el segundo año de la Guerra, y ello –anotémoslo al margen de nuestras reflexiones– también puede explicar la magnificación del sistema económico de la autarquía (cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 616). Con relación a estos problemas, cfr. nuestro estudio *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà*, cit., *passim*.
El legislador italiano de 1942 era perfectamente consciente de la importancia de esta transición, que no parece excesivo calificar de como "revolucionaria", hacia la industrialización de la producción económica (y de la exigencia técnica de gobernar los primeros pasos). A pesar de cierta concesión a la retórica, de la que ya hemos tratado, la *Relazione al Codice civile*, a propósito de la nueva figura del empresario, que sustituyó la figura del comerciante, sobre la cual se fundaba el viejo Código de Comercio (entonces definitivamente incorporado al Código Civil), destacaba que el concepto de empresa era conforme "con el panorama de la economía italiana: una economía no monotípica, sino multiforme; que extrae su solidez de la tierra, pero que confía su fuerza expansiva a la industria y al comercio; una economía no concentrada en pocas manos, como en los países plutocráticos, sino organizada de acuerdo con las distintas exigencias de la producción; una economía que sigue alimentando de la gloriosa tradición artesana del pueblo italiano, pero que ha alcanzado, al mismo tiempo, la robustez de la maquinaria requerida por el progreso de la técnica y de la ciencia, que han eliminado las distancias, y que han impuesto, en una escala cada vez más amplia, la gran producción de masa" (*Relazione*, n. 830; sobre las exigencias de la producción de masa, con relación a la regulación dictada en los arts. 1341 y 1342 cód. civ., cfr. la misma *Relazione*, n. 612). También sobre este punto, cfr. nuestro estudio *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà*, cit., *loc. cit.*
Con respecto a este problema, cfr., en general, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., *passim*. Menos recientemente, D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativista*, Milán, 1942, pp. 1-41. En lo atinente al particular tema de la circulación de los bienes, cfr., además, la clásica obra de CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., pp. 15 y ss.

(*) Código Civil italiano de 1865:
"436. La propiedad es el derecho de usar y disfrutar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta y siempre que no se dé a ella uso prohibido por las leyes o reglamentos" [*N. del T.*].

el propietario, sino también (y sobre todo) a los **deberes** que pueden derivar de ella; es probable que esta sea la razón, asimismo, de que en el mismo art. 832 cód. civ. no se haga referencia a la institución de la propiedad (como ocurría en el art. 436 del Código de 1865), sino a la **persona** del propietario, al que toca cumplir dichos deberes. Además, en concordancia con la regulación corporativista dictada en el importante art. 811 cód. civ. (que afirmaba "los bienes están sometidos a la regulación del ordenamiento corporativista en relación con su función económica, y con las exigencias de la producción nacional")[41], se crea, en el art. 838 cód. civ., un nuevo tipo de expropiación, de natu-

(41) Vale la pena destacar la posición central que este artículo ocupa en el sistema dirigista que quería imponer el ordenamiento corporativista.
Con la norma en mención se sustituía la tradicional *summa divisio* de los bienes, fundada en la distinción entre bienes muebles e inmuebles, por aquella basada, más bien, en la división entre bienes relevantes e irrelevantes en la economía nacional (así se señala en la *Relazione al Codice civile*, n. 386). Ello no sólo iba a tener un inmediato reflejo en la configuración del contenido del derecho de propiedad (cfr. *Relazione*, n. 402), y constituyó, por decirlo así, el presupuesto lógico de la definición de la institución contenida en el art. 832 cód. civ., sino que iba a tener influencia en la **producción**, y también en la **circulación** misma de los bienes. En efecto, en la *Relazione* (n. 386) se afirma, a propósito de esta última: "en otros casos, la regulación corporativista contempla la circulación o distribución de los bienes; lo que también se expresa en el art. 811, al invocar, más en general, su función económica". Distintamente de cuanto sucedía con respecto al correspondiente art. 574 del Código de 1865, el art. 844 cód. civ. se inspira en una lógica productivista (sobre este punto, cfr. *Relazione*, n. 412). Al respecto, cfr. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, ahora en ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954, especialmente, pp. 6-7. En torno de la concepción del derecho de propiedad adoptada por el legislador de 1942, es importante el volumen *La concezione fascista del diritto di proprietà*, Roma, 1939 (donde pueden consultarse estudios de Widar CESARINI SFORZA, Francesco FERRARA, padre, Lorenzo MOSSA, Salvatore PUGLIATTI, Filippo VASSALLI y Salvatore ROMANO). Sobre el problema, cfr., asimismo, nuestro estudio *Proprietà e impresa in agricoltura: variazioni su un vecchio tema*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1987, pp. 317 y ss., ahora en *Proprietà produttiva e impresa agricola*, Turín, 1992, pp. 11 y ss.

raleza punitiva, que se suma a la expropiación tradicional, fijada en el art. 834 cód. civ. (art. 438 del Código de 1865). En buena cuenta, quien resulta sancionado con la expropiación referida en el art. 838 cód. civ. es el propietario que "abandona la conservación, el cultivo o el ejercicio de bienes que son de interés para la producción nacional, en forma tal que lesiona gravemente las exigencias de la producción misma".

Con ello se termina erradicando del concepto de propiedad, al menos respecto de los bienes que interesan a la producción nacional, el tradicional principio a tenor del cual la falta de uso del bien constituía, de todas formas, una expresión del "señorío" del propietario. En el sistema del Código Civil de 1942, en resumen, emerge (junto con la tradicional, y en adición a la tradicional) la "nueva" figura del **propietario-productor**, del propietario que es, a la vez, **propietario-funcionario**[42]; de un

(42) Esta es la fórmula de John Stuart MILL, recordada por VASSALLI, *Aspetti della crisi attuale del diritto di proprietà*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., III, 2, p. 787. En clave de solidaridad corporativista se puede leer, y se debe leer, el mismo art. 833 cód. civ., que fue introducido en el Código Civil de 1942 con una validez claramente inspirada en la solidaridad (corporativista). Sobre este punto, cfr. también la *Relazione al Codice civile*, n. 408. Recuérdese, además, que en uno de los proyectos del libro tercero, publicados en 1940, durante los trabajos de reforma del Código Civil (como es sabido, los proyectos elaborados por la subcomisión encargada de esta materia fueron más de uno en aquel año; pero aquí nos estamos refiriendo al que lleva por título "De la propiedad", que es algo posterior al proyecto intitulado "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones"), el art. 32 (correspondiente en la sustancia del actual art. 838 cód. civ.) preveía (1er. párrafo) que en caso de que el propietario abandonase o descuidase "el cultivo o ejercicio de los bienes que son de interés para la producción nacional, en forma tal que lesiona gravemente las exigencias de la producción misma", la sanción (similar, por las modalidades que la caracterizan, a la prevista en el art. 2091 cód. civ., en materia de empresa) de la "gestión temporal de los bienes" a ser confiada a "persona o entidad idónea, con o sin fianza". La expropiación habría podido tener lugar

PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

propietario, por lo tanto, que no se puede limitar a usar y disfrutar **pasivamente** el bien, sino que debe, con su iniciativa y trabajo, y sobre todo si el bien es productivo (y si es de relevante interés para la economía nacional), reforzar la productividad "natural" del mismo bien.

En resumen, estamos frente a un propietario que está llamado a "ponerse en acción", por decirlo así, y que de tal forma termina asemejándose cada vez más a un empresario, y frente a una propiedad que termina asumiendo, entonces, un nueva dimensión **dinámica**.

No es casual que en la agricultura (que involucra, esencialmente, bienes fructíferos, y por lo tanto, productivos), por ejemplo, la figura del *rentier* tienda a ser sustituida, de manera cada vez más explícita, por la figura, aunque ambigua, del "empresario" agrícola (arts. 2135 y siguientes cód. civ.).

Esta tendencia se reafirma, por otro lado, en las ideas del legislador de 1942, con referencia al concepto, más general, de la propiedad (cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 403)[43].

(4to. párrafo del art. 32 cit.) sólo en los casos en que la resolución de **gestión temporal** no era "correspondiente al fin"; y en tal situación, la autoridad administrativa encargada de la expropiación habría tenido que proveer a la liquidación de una "indemnización".

La referencia a la **sanción** consistente en la "gestión temporal" desaparece de los sucesivos proyectos del libro tercero y del art. 838 cód. civ.

(43) Sobre este punto, cfr. nuestro estudio *Proprietà produttiva e impresa agricola*, cit., *passim* (donde incluimos algunas referencias bibliográficas). A propósito del nuevo modelo de propiedad, trazado por el legislador italiano de 1942, Rosario NICOLÒ (*Codice civile*, ahora en ID., *Raccolta di scritti*, cit., II, pp. 1457-1458) escribió: "La crisis del derecho de propiedad, según la configuración que se le daba en el *Code Napoléon*, era advertida por sociólogos, políticos, filósofos y juristas, algunos de los cuales

No debe sorprender, por lo anotado hasta este punto, que la actitud del legislador de 1942 con respecto a la empresa sea análoga a la asumida en relación con la propiedad.

En efecto, en lo concerniente a la empresa, el 1er. párrafo del art. 2085 cód. civ. afirmaba "el control del destino de la producción y de los intercambios en relación con el interés unitario de la economía nacional es ejercido por el Estado, en las formas previstas por la ley y las normas corporativistas". La declaración VII de la *Carta del Lavoro* definía explícitamente la organización privada de la producción –es decir, la empresa– como "función de interés nacional". Remitiéndose a los principios reconocidos en la *Carta del Lavoro*, la *Relazione al Codice civile*

---

llegaban a vislumbrabar la crisis de la categoría misma del derecho subjetivo; desde tantos sectores se comenzaba a hablar, inicialmente en términos vagos, y luego en términos más concretos, de la necesidad de reconocer una función social de la propiedad, por lo menos con respecto a particulares categorías de bienes [...] en varios ámbitos se comenzaba a investigar aquel proceso de "mobilización" de la riqueza, que estaba destinado a generar una desvaloración (en sentido ideal) de la propiedad inmobiliaria, y en particular, de la propiedad de terrenos, lo que constituye, sin duda, un aspecto bastante interesante del capitalismo moderno (piénsese en las participaciones accionarias y en las situaciones que pueden surgir en las hipótesis de participaciones mayoritarias, o bien de participaciones minoritarias que sean suficientes, de todos modos, para crear una posición de "control" de la sociedad). En el Código, ciertamente, no se han ignorado estos síntomas: en efecto, se ha brindado una sistematización de los derechos de propiedad, bastante alejada, en lo sustancial, del mito intangible que estuvo presente en el *Code Napoléon* [...] ha faltado, quizá, pero ello era prácticamente inevitable, la conciencia de que la revisión de la categoría jurídica de la propiedad debe realizarse desde el interior, es decir, transformando la denominada función social de mero momento teleológico, exteriorizado en una forma de ser de la protección de la situación de interés propia del *dominus*".
El Código Civil de 1942 ha dejado de ser "*le Code de la propriété terrienne*" (SAVATIER, *De l'importance vitale et ignorée du droit agraire*, en *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, III, París, 1959, p. 212) ; cambia la realidad económica y es nueva "*la physionomie du patrimoine*" (*ibid.*, p. 214).

establece de manera precisa (n. 837) que "la economía corporativista no es una economía orientada hacia el estatalismo". Conformemente, la *Carta del Lavoro* "protege y promueve la iniciativa privada en el campo de la producción, como el instrumento más eficaz y útil en el interés de la Nación".

Y, sin embargo, "a la posición del empresario como jefe de la empresa, se vincula su responsabilidad frente al Estado por la observancia de los principios del ordenamiento corporativista y de los deberes que derivan para él de los intereses superiores de la Nación" (*Relazione al Codice civile*, n. 840).

Desde esta perspectiva, se suman al art. 838 cód. civ., en materia de empresa, los arts. 2088 a 2092 cód. civ. (hoy abrogados)(*)(44), y el art. 2595 cód. civ., que se mantiene vigente,

---

(*) Código Civil Italiano (1942):
"2088. *Responsabilidad del empresario.*- En el ejercicio de la empresa, el empresario se debe uniformar a los principios del ordenamiento corporativista y a los deberes que derivan del mismo, y responde frente al Estado por la orientación de la producción y de los intercambios, de conformidad con la ley y las normas corporativas" (texto original) [*N. del T.*].

(44) Las tendencias predominantes entre los estudiosos consideran que dichos artículos han sido abrogados. Y ello es cierto, a nuestro juicio, desde el momento que constituyen la directa expresión del ordenamiento corporativista.
En el art. 2088 cód. civ., en particular, se recalca la declaración VII de la *Carta del Lavoro*.
Se ha hecho notar que en el D. L. Lgt. n. 287 del 14 de septiembre de 1944 (intitulado "Disposiciones relativas a la reforma de la legislación civil") no se hace referencia explícita a esta norma (así: G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Turín, 1986, p. 81); se ha hecho notar, asimismo, que con la caída del ordenamiento corporativista y con la supresión de sus organismos centrales (R.D.L. n. 721 del 9 de agosto de 1943), la aplicación práctica de estas normas resulta irrealizable (*ibid.*, *loc. cit.*).
Para algunos autores (SANTORO-PASSARELLI, en su intervención en *Aspetti privatistici*

excepto en la parte (evidentemente abrogada) que establecía los límites legales de la competencia, donde también se hacía referencia a las normas corporativistas. Con dichos artículos se completa el diseño del legislador de 1942.

---

della programmazione economica, II, Milán, 1971, pp. 235-237), en un "sistema de economía guiada, como el nuestro" (*ibid.*, p. 235), si bien no pueden ser inmediatamente invocadas las normas en cuestión, se impone de todas maneras, incluso a través de la mediación de una ley específica (así, BUONOCUORE, ponencia remitida, en *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., p. 391), un principio "de control, de sanción, de intervención directa del Estado, en el caso de inobservancia de los deberes de producción del empresario" (SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 235).

Me parece necesario aclarar dos puntos. Lo principal es que el sistema de economía "guiada" configurado en el 3er. párrafo del art. 41 de la Constitución, aun con la referencia, contenida en él, a los **fines sociales** (que los programas y controles predispuestos por la ley deberían tender a realizar) es una cosa bien distinta del sistema **dirigista** del cual se había hecho portador el ordenamiento corporativista. Ello es válido para afirmar que los controles y programas eventualmente expresados (con referencia al 3er. párrafo del art. 41 de la Constitución) deberían tener contenidos profundamente distintos de los configurados en los arts. 2088 y ss. cód. civ.

Y justamente en relación con la posibilidad de utilizar, de alguna manera, los arts. 2088 y ss. cód. civ., en relación con los programas y controles (referidos en el 3er. párrafo del art. 41 de la Constitución), se ha advertido con precisión que es "de dudar, seriamente, que se puedan adecuar a dichos fines las instituciones y medidas que tenían otras finalidades, a saber: el fin de volver **funcionales** la propiedad de los bienes productivos y las actividades de los particulares en el diseño general de una economía dirigida y coordinada desde el más alto nivel" (RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 846); la razón precisa es que el sistema de la iniciativa económica, configurado por la Constitución, no prevé un Estado que dirija y coordine, desde lo alto, la producción (sobre este punto, en general, cfr. nuestro trabajo *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, ahora en *Persona e formalismo giuridico*, cit., pp. 101 y ss.).

Pero al lado de estas razones sustanciales, existen también algunas razones formales. Con la supresión del ordenamiento corporativista –y ya lo hemos anotado– no han sido abrogados explícitamente los artículos en cuestión. Pero a pesar de que no se ha producido una abrogación expresa, es indudable que sí ha tenido lugar (tal cual lo prevé, por lo demás, el art. 15 de las "Disposiciones sobre la ley en general") una abrogación tácita.

El sistema trazado en dichos artículos preveía, además (art. 2091 cód. civ.), la suspensión (y la consiguiente sustitución en la dirección de la empresa) del empresario que no observaba "los deberes impuestos por el ordenamiento corporativista en el interés de la producción", en forma tal de determinar un grave daño para la economía nacional" (art. 2089 cód. civ.).

Como es sabido, el ordenamiento corporativista tuvo su constitución de principios en las declaraciones de la *Carta del Lavoro*, que, según lo afirmado en el art. 1 de la Ley del 30 de enero de 1941 (con el cual se daba valor jurídico, justamente, a los principios de la *Carta del Lavoro*), habrían tenido que constituir "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado", y brindar "el criterio directivo para la interpretación y aplicación de la ley".

Sobre el papel que la *Carta del Lavoro* habría debido desarrollar en el sistema del derecho privado, trazado por el legislador de 1942, hay interesantes consideraciones en los dos discursos del Ministro de Gracia y Justicia, Dino GRANDI, *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani*, Roma, 1939, pp. 10-14, y *La riforma fascista dei codici*, Roma, 1940, pp. 9-10.

El ordenamiento corporativista, con sus declaraciones de principio, constituía el perno central del sistema económico-jurídico que el legislador de 1942 pretendía introducir. La *Carta del Lavoro* expresaba, por lo tanto, la *Grundnorm* de dicho sistema, en la cual "encuentra su base el significado normativo de todos los hechos que constituyen el ordenamiento jurídico" (KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 74).

La supresión del ordenamiento corporativista, con los principios que lo caracterizaban, y la introducción del sistema constitucional vigente, ha comportado la cesación del antiguo ordenamiento y el inicio de la eficacia del nuevo (KELSEN, *op. cit.*, pp. 75-76).

Ello significa que todas aquellas específicas normas que tenían, en los principios abrogados, sus premisas formales y sustanciales, lógicas e ideológicas, cesan de tener eficacia, aun que no hayan sido abrogadas explícitamente.

Todo ello nos induce (contra la predominante, aunque no unánime *communis opinio*, testimoniada, además, por los comentarios sobre el Código Civil, redactados por distintos autores) a considerar abrogado, igualmente, el art. 838 cód. civ.

Este artículo, que regulaba la expropiación de bienes que interesan a la producción nacional o de predominante interés público, introducía una nueva forma de expropiación, autónoma y distinta de la "tradicional", por decirlo así, expresada en el art. 834 cód. civ. (que en concreto, volvía a proponer el dictado del art. 438 del Código de 1865).

Se trataba de una forma de expropiación, la del art. 838 cód. civ., que no por

Tanto la expropiación (prevista en el art. 838 cód. civ.), cuanto la sustitución del empresario (prevista en el art. 2091 cód. civ.), constituían, por lo tanto, instrumentos de control e intervención en las distintas fases de la riqueza: la fase **estática**, expresada, como se ha dicho, en el derecho de propiedad (tradicionalmente entendido), y la fase **dinámica**, concerniente a la producción de la riqueza, expresada en la empresa y en la propiedad productiva.

Queda por examinar la técnica de control relativa a un ulterior aspecto de la fase **dinámica** de la riqueza: aquella referida a la circulación de la riqueza, y que atiene, por lo tanto, al contrato, y más en general, al negocio jurídico, que son, notoriamente, instrumentos esenciales de la circulación de los bienes y derechos[45].

---

casualidad era autónoma y distinta; en efecto, dicho art. 838 cód. civ., en la referencia a los bienes relevantes para la producción, encuentra su directo antecedente en el art. 811 cód. civ. (sobre el cual cfr. lo señalado en esta parte del presente volumen), que constituía el único artículo (titulado "régimen corporativista") de la Sección I (titulada "De los bienes en el ordenamiento corporativista"), Capítulo I, Título I del Libro III del Código Civil.

El art. 811 cód. civ. introduce, precisamente, aquella nueva y fundamental (para el ordenamiento corporativista) distinción entre bienes, en razón de su función y relevancia económicas en la producción nacional, que, bien vistas las cosas, es también el presupuesto de la expropiación regulada en el art. 838 cód. civ.

En efecto, es justamente de la falta de utilización, o del abandono, de los bienes que fueran relevantes para la producción nacional, que podía derivarse aquel daño notable que habría justificado la grave resolución de expropiación.

Sin embargo, el art. 811 cód. civ. ha sido expresamente abrogado (juntamente con el último párrafo del art. 31 de las Disposiciones sobre la ley en general, y el segundo párrafo del art. 1371 cód. civ.) por el art. 3 del citado D. L. Lgt. n. 287 de 1944. De tal modo, a nuestro juicio, parece haber sido erradicado el punto de referencia objetivo del art. 838 cód. civ.

(45) Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., pp. 210 y ss., y PELLICANÒ, *Causa del contrato e circolazione dei beni*, Milán, 1981, pp. 66 y ss.

Con gran coherencia, respecto del sistema que se había trazado en materia de propiedad y empresa, y con el fin de completar su diseño, el legislador de 1942 interviene en la regulación sobre el contrato (negocio).

Es comprensible que las técnicas y modalidades de control sean diversas de las adoptadas en las instituciones precedentemente examinadas.

Rompiendo con la tradición formada en el Código Civil de 1865, y con las tradiciones en que este se había inspirado, el legislador de 1942 identificó en la causa, justamente, el elemento del contrato (negocio) al cual hacer referencia para controlar que el actuar autónomo de los particulares fuera conforme a las disposiciones que el ordenamiento corporativista se había impuesto.

En la teoría del negocio, la causa asume el nuevo papel que emerge de la misma expresión "**función social**", a la que el legislador italiano de 1942 había recurrido en materia de propiedad y empresa, y que reencontraremos en la *Relazione al Codice civile*, a propósito, precisamente, de la causa[46].

---

(46) La fórmula **función social** es, en sí misma, y desde cierto punto de vista, superflua y ambigua. Así lo había advertido, si bien con referencia al derecho de propiedad, VASSALLI (*Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., II, p. 334), quien destacó, precisamente, que era "superflua la mención de la **función social** en la definición de la propiedad. Una función social, o mejor aun, la actuación de un interés público, es propia de todo poder reconocido por el derecho objetivo, y sin dudar, por lo tanto, del derecho de propiedad. Pero solamente la ley puede determinar, en concreto, la actuación de la denominada función social: lo que hace, justamente, con la regulación positiva de cada relación". Una explícita referencia, en materia de propiedad, a la **función social** estaba expresada en la definición de la institución, contenida en el art. 18 del proyecto

Desde esta perspectiva, nos parece indispensable exponer algunas premisas; en especial, el hecho de que en el Código Civil de 1942, como ocurría en el de 1865 (art. 1122), se continúan identificando, con referencia a la causa, los criterios de licitud del contrato en su integridad.

El art. 1343 cód. civ. identifica dichos criterios en las normas imperativas (que han dejado de llamarse "prohibitivas" como se hacía en el art. 12 de las disposiciones preliminares del Código de 1865, y que ya no se identifican mediante el término genérico de "ley", sin adjetivos adicionales, como se hacía en el art. 1222 en el Código de 1865), en el orden público y las bue-

---

del libro "De las cosas y de los derechos reales" del Código Civil, presentado por la Comisión Real en agosto de 1937. El art. 18 afirmaba: "La propiedad es el derecho de usar y disfrutar, y de disponer de la cosa en forma exclusiva, de conformidad con la función social del derecho mismo.
El propietario debe observar, además, los límites impuestos por las leyes y reglamentos, y los derechos correspondientes a los terceros sobre la misma cosa". Por otro lado, la función social de la propiedad estaba reconocida en el *Statuto del Carnaro*, dictado por Gabriele D'ANNUNZIO en 1920, y quizá en el art. 74 del Proyecto italiano-francés de código de las obligaciones y contratos (aunque bajo la indirecta figura del abuso del derecho). En este último artículo se afirmaba que "todo hecho culposo que ocasione daño a otro obliga a aquel que lo ha cometido a resarcir el daño. Está igualmente obligado al resarcimiento el que ha ocasionado daño a otro por exceder, en el ejercicio de su propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o por el fin para el cual el derecho le fue reconocido" (lo recuerda VASSALLI, *Aspetti della crisi attuale del diritto di proprietà*, cit., pp. 791-792).
Las consideraciones de Filippo VASSALLI son, en realidad, susceptibles de ser extendidas a todas las instituciones (empresa, contrato, específicas figuras contractuales, testamento, etc.) **reconocidos** por el derecho objetivo, justamente porque su "reconocimiento" se funda, necesariamente, en un juicio positivo, por parte del ordenamiento jurídico, en torno de su **funcionalidad** para con la organización de la sociedad que el ordenamiento mismo expresa. Es verdad que el significado que el legislador de 1942 pretendió atribuir a la fórmula **función económico-social**, va más allá de la acepción en la cual Filippo VASSALLI parece asumirla.

nas costumbres[47]. Por otro lado, se intentó dar una fisonomía más específica al principio del orden público (puesto que definir su contenido ha constituido siempre un verdadero dolor de cabeza para la doctrina civilista), y enlazarlo con el orden corporativista. El 2do. párrafo (abrogado por el art. 3 del D. Leg. n. 287 del 14 de septiembre de 1944) del art. 31 de las disposiciones preliminares establecía, expresamente, que "el orden corporativista es parte integrante del orden público".

Con ello tenía lugar la lógica conclusión del sistema configurado en el art. 1 de la Ley n. 14 del 30 de junio de 1941 (con el cual se daba valor jurídico a los principios de la *Carta del Lavoro*), donde se establecía: "las declaraciones de la *Carta del Lavoro* constituyen principios generales del ordenamiento jurídico del Estado y brindan el criterio directivo para la interpretación y aplicación de la ley", y también en el art. 12, 2do. párrafo, de las mismas disposiciones preliminares, donde la referencia a los principios generales del derecho (contenida en el homólogo art. 3 de las disposiciones preliminares del Código Civil de 1865), en materia de interpretación analógica de la ley, fue sustituida por la referencia (ciertamente más orgánica para con el nuevo régimen) a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado[48].

---

(47) Cfr. nuestro volumen *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milán, 1970, *passim*. El art. 31 de las disposiciones preliminares fue abrogado por el art. 73 de la Ley n. 218 del 31 de mayo de 1995, que dicta nuevas normas en materia de derecho internacional privado. Sin embargo, el principio del orden público, en la nueva estructura que la reciente normativa ha trazado, se mantiene operante en su función tradicional de salvaguarda del sistema jurídico estatal. Véanse, al respecto, los arts. 16, 64, literal g), y 65 de la Ley n. 218 de 1995.

(48) Fundamentales, al respecto, son las actas del congreso celebrado en Pisa en 1940, compilados en el volumen *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943 (donde pueden leerse los escritos de algunos de los más prestigiosos juristas del momento).

En materia de orden público, la *Relazione al Codice civile* (n. 9) destaca, de manera particularmente detallada, toda la transformación radical que esta noción general ha experimentado en el nuevo Código: de noción meramente negativa, como fue en las concepciones liberales, consistente "en un homenaje puramente formal a la ley", el orden público pasaba a desempeñar un papel positivo, sobre todo con referencia a las actividades económicas.

Según la concepción corporativista "la posición asumida por todos los que participan en la producción nacional en la organización corporativista del Estado comporta, para cada uno, particulares deberes, y particulares obligaciones en relación con la producción; en efecto, esta última no debe ser considerada como interés exclusivamente individual, sino como fuente de utilidad general. La regulación corporativista se refleja en todos los campos de la vida social y exige vínculos íntimos de colaboración y solidaridad entre todos los que participan en la vida en común para la obtención del interés general.

Así pues, el orden corporativista constituye parte viva e integrante del orden público; es, por decirlo así, la parte operante del orden público, que mantiene la solidaridad entre los particulares en el proceso totalitario de la producción, e integra su vinculación en el cuerpo social para asegurar la satisfacción de las necesidades éticas y sociales de la vida pública" (*Relazione al Codice civile*, n. 10).

Por lo tanto, no soló a través de las normas corporativistas (cfr. el art. 1, inc. 3, y los arts. 5 y 6 de las disposiciones preliminares), sino también a través del orden público, los principios del orden corporativista terminaban siendo asumidos como cri-

terios para valorar la licitud del actuar negocial. Todo ello permite precisar, ulteriormente, y en concreto, el alcance de los límites de las normas corporativistas, establecidos en el art. 7 de las disposiciones preliminares (al respecto, cfr. el n. 18 de la *Relazione al Codice civile*).

Un problema posterior y adicional surge del art. 1322 cód. civ., que, luego de asegurar a los contratantes la libertad de establecer el contenido del contrato "dentro de los límites impuestos por la ley y las normas corporativistas" (1er. párrafo), preveía, y prevé (en el 2do. párrafo), para los contratos "que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular", un control de los intereses de los cuales se hacían portadores, relativo a si estos son o no merecedores de protección[49].

---

(49) Sobre este punto, en general, cfr. nuestros estudios *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, y *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, ahora en *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984, pp. 314 y ss.
Además, el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ., se vincula, sustituyéndola, a la fórmula contenida en el art. 1103 del Código Civil de 1865, en la cual, en lugar de contratos típicos, se habla de contratos con una particular denominación. Sería un error, sin embargo, considerar el 2do. párrafo del art. 1322 como la simple reproducción, con fórmula distinta, del art. 1103 del Código de 1865.
La introducción del término "tipo", en sustitución de "denominación particular", no tiene únicamente valor descriptivo. La tipicidad legal de los contratos asumía un distinto, y más decidido, significado, en el Código Civil de 1865, en razón de que representaba el reflejo "de la rigidez del sistema de las fuentes de las obligaciones" (GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 71).
Desde este punto de vista se explica la necesidad de vincular la figura del "contrato" (en cuanto fuente típica de las obligaciones, precisamente) toda forma de manifestación de autonomía (*ibid.*, pp. 72-74); y asimismo la tendencia a hacer depender solamente de la utilización del específico esquema típico contractual, la realización de las operaciones económicas correspondientes.
En tal sentido, toda forma de tipicidad producida por la realidad social tenía un alcance jurídico, sólo en cuanto representada y expresada en la "particular denominación" propia de los contratos directamente nominados por el

Con la fórmula "intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico" –y mediante el criterio de la **protegibilidad**(*), por lo tanto–, al que se alude en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ., el legislador, si bien de manera limitada a los contratos atípicos, parecería haber querido introducir un criterio nuevo, y distinto del criterio de la licitud, y que este último, por el contrario, estaría destinado a integrar, en alguna medida.

Pero aunque tales parezcan haber sido los propósitos del legislador de 1942 (cfr. los nn. 603 y 613 de la *Relazione al Codice civile*), no podemos afirmar que los mismos se hayan realizado.

Hay que tener en cuenta, sobre todo, que al establecer cuáles tenían que ser los criterios a la luz de los cuales evaluar si el interés contractual merecía o no protección, la *Relazione al Codice civile* (siempre en el n. 603), luego de aclarar que el ordenamiento jurídico no puede brindar protección "al mero capricho individual, sino a funciones útiles que tengan una relevancia social", invoca (con específica y expresa referencia al art. 1322,

ordenamiento jurídico. Tanto es así que para lo concerniente a la regulación de los contratos **innominados** la doctrina predominante termina siempre remitiéndola a la de los contratos **nominados**, con lo cual el contrato innominado presentaba un mayor número de analogías (en tal sentido, y en general, cfr. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Turín, 1925, p. 89, y parcialmente, MESSINA, *I negozi fiduciari*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, Milán, 1948, pp. 85-92. Cfr. igualmente, y de lo menos antiguo, nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 229 y ss.).

(*) En el original dice *meritevolezza*, voz común en el lenguaje jurídico italiano, pero ausente en los diccionarios. Vale por "aptitud" (de un interés) para merecer protección jurídica. He descartado, por obvias razones, alternativas como "merecibilidad" o "mérito jurídico" [*N. del T.*].

2do. párrafo) el orden público, las buenas costumbres, la conciencia civil y política y la economía nacional[50].

Ello quiere decir no pueden recibir protección aquellos contratos por medio de los cuales los particulares se prometen recíprocamente perseguir un fin contrario al interés público y a las buenas costumbres; pero significa, igualmente, que no merecen ser protegidos los contratos que persigan fines que no sean admitidos, precisamente, "por la conciencia civil y política y por la economía nacional".

A esta fórmula vaga, y desde cierto punto de vista, hasta sibilina, es posible atribuirle una validez inconsistentemente declamatoria, y como tal, del todo inútil, desde el momento que, según esta acepción, el contenido de la **protegibilidad**, sólo circunscrito, necesariamente, al orden público y las buenas

(50) Ya en 1940, BETTI (*Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222) escribía: "la autonomía privada no es protegida sino en cuanto persiga funciones socialmente útiles y correspondientes con la economía nacional y el orden público, no siendo más suficiente, como en el régimen liberal, el límite puramente negativo que la causa del negocio no sea ilícita".
Esta perspectiva devendrá, posteriormente, la posición oficial del Guardasellos, quien, con particular referencia a la materia de las obligaciones, tendrá oportunidad de subrayar la función predominante de los principios de la *Carta del Lavoro*. Ello, en el sentido de que del Código Civil "no desaparece la institución del contrato, ya que la autonomía contractual se vuelve a enlazar ella también al principio de la iniciativa privada que la *Carta del Lavoro* reconoce, no ciertamente como expresión de egoísmo individual, sino como instrumento más eficaz y más útil en el interés de la Nación. Pero, a la par con la iniciativa privada, también la autonomía contractual no puede divergir de aquellos que son los objetivos unitarios de la producción nacional y la reglamentación corporativista propia de la economía organizada prevalece y domina; respecto de ella, la autonomía contractual permanece en estado de subordinación" (GRANDI, *Relazione al disegno di legge "Valore giuridico della Carta del Lavoro"*, en *Relazione al Codice civile*, p. 11).

costumbres (expresamente invocados en la *Relazione al Codice civile*, n. 603), resultaría del todo privado de autonomía, con respecto al criterio de la ilicitud, del cual terminaría constituyendo, por el contrario, una suerte de duplicado, por lo demás incompleto. La otra posibilidad es atribuirle una validez que pueda asumir, de alguna manera, una operatividad concreta y autónoma. Pero también desde esta última perspectiva, el contenido de la **protegibilidad** terminaría identificándose, en relación con los criterios que lo deberían caracterizar, con el de la **licitud**: la razón efectiva de ello era que en un régimen dirigista, como el que se buscó realizar con la reforma del Código Civil, la conciencia civil y política y los principios que debían gobernar la economía nacional podían asumir el carácter de criterios de valoración de intereses contractuales en tanto fueran vinculantes del actuar autónomo de los privados. Y podían asumir carácter vinculante en tanto fueran expresados por normas imperativas, o por el orden público (del cual, por otro lado, era parte integrante el orden corporativista, de acuerdo con lo afirmado en el 2do. párrafo del art. 31 de las disposiciones generales, abrogado en 1944), o bien, en última instancia, del principio mismo de las buenas costumbres, eventualmente interpretado a la luz de las concepciones corporativistas.

Pero dado que en la *Relazione al Codice civile* –como ya hemos visto–, se había hecho referencia expresa (como criterios para la valoración de la protegibilidad de los intereses) al orden público y a las buenas costumbres, la autónoma invocación (con respecto a los principios antes citados) de la conciencia civil y política, y de las orientaciones de la economía nacional, deja entender que con ello se habría querido aludir a la única forma **ulterior** en que la conciencia civil y política, y la economía na-

cional, podían emerger como criterios **vinculantes** de valoración: es decir, a normas y reglas, necesariamente imperativas.

En resumen, no obstante el eventual intento del legislador de 1942 para diferenciar el concepto de **protegibilidad** del concepto de **licitud**, los principios a los que hacía referencia, para identificar los criterios de valoración, en uno y otro caso, resultaban ser los mismos, y la **sanción** (la nulidad) a aplicar frente al contrato ilícito y al contrato que **no era merecedor** de protección habría sido necesariamente idéntica.

Ello quiere decir que en el sistema original del Código Civil de 1942, los conceptos de protegibilidad y licitud ya eran exactamente coincidentes. Y todo intento de diferenciarlos está destinado a encontrarse con evidencias textuales que no pueden ser ignoradas.

Y si, por un lado, el legislador italiano de 1942, con la referencia a las normas imperativas en el art. 1343 cód. civ., ha indicado, por decirlo así, el ***continente*** (la norma) y su necesaria naturaleza imperativa, por otro lado, en la *Relazione al Codice civile*, él mismo parece haber preferido indicar el **contenido** (la conciencia civil y política, y la economía nacional), y dar por descontado que el continente "residual" no podía sino la norma imperativa, puesto que el orden público y las buenas costumbres ya habían sido expresamente invocados.

Por lo tanto, si los conceptos de protegibilidad y licitud resultan ser coincidentes, la exigencia de la protegibilidad que en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ. parece deber operar sólo en relación con los contratos atípicos, asume un alcance y significado que no pueden dejar de imponerse, también, a los contratos típicos. De ello también tenemos evidencia en la

Relazione al Codice civile (n. 613), donde, luego de definirse la causa como **función económico-social del contrato**, se afirma: "función que, por lo tanto, no sólo debe ser conforme con los preceptos legales, el orden público y las buenas costumbres, sino también a los amplios reflejos del art. 1322, segundo párrafo, que responde a la necesidad de que el fin intrínseco del contrato sea socialmente apreciable, y como tal, merecedor de protección jurídica".

Así pues, un control bajo la forma de la protegibilidad también se impone en relación con aquel elemento esencial de todos los contratos (cfr. art. 1325 cód. civ.) que es la causa, sin distinción entre contratos típicos o atípicos (al respecto, y más en general, cfr. el art. 1323 cód. civ.).

Da la impresión, pues, de que la *Relazione al Codice civile* sea particularmente contradictoria en este punto.

Lo que se percibe principalmente en la *Relazione* es un esfuerzo en dar autonomía al concepto de protegibilidad con respecto al concepto de licitud, para lo cual se limita la aplicación del primero a los contratos atípicos (*Relazione*, n. 603, y art. 1322, 2do. párrafo); pero hemo visto que luego, y por un lado, los criterios a tenor de los cuales se evalúa la protegibilidad terminan siendo coincidentes, en lo sustancial, con los de la licitud (y por lo tanto, su aplicación no parece limitable sólo a los contratos atípicos); por otro lado, en materia de causa, se destaca la exigencia de que este elemento esencial de todos los contratos sea sometido a un control desde el punto de vista desde la protegibilidad. Al respecto, no hay que olvidar que el tema de la protegibilidad de los intereses perseguidos por las partes con el contrato nace, legislativamente, como un problema de **idonei-**

dad –por decirlo así– de la causa; y por ende, como un problema de **idoneidad** de un elemento esencial de todos los contratos, típicos o atípicos, sin distinción. En relación con este punto, era significativa la definición de **causa idónea** contenida en el proyecto ministerial del libro de las obligaciones, de 1940 (confirmada en un proyecto posterior, del mismo año).

En el art. 183 (del proyecto citado), después de afirmarse la exigencia de que la causa fuera lícita e idónea, se aclaraba: "la causa es idónea cuando el contrato está dirigido a realizar intereses merecedores de protección según los principios de la *Carta del Lavoro* y del ordenamiento jurídico del Estado" (3er. párrafo).

Así pues, al sustraerse el tema de la protegibilidad de los intereses contractuales desde su sede original y natural (la de la causa, justamente); al desplazarse este tema hacia el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ.; y al limitarse explícitamente la relevancia del problema de la protegibilidad sólo a los contratos atípicos (introducida, ni más ni menos, en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ. pero ausente, con justicia, en el proyecto citado); se ha contribuido, de forma conjunta, y en no poca medida, a generar una confusión de ideas que ya de por sí eran ambiguas y confusas. Ello es demostrado por las interpretaciones que la doctrina sigue proponiendo en nuestros días.

Además, la misma identidad sustancial entre el concepto de "licitud" y el concepto de "protegibilidad", que hemos destacado en el sistema del Código Civil de 1942, ya emergía en el proyecto ministerial de 1940, como identidad, en este caso, entre el concepto de "licitud" y el concepto de "idoneidad". En efecto, siempre en el citado art. 183 (2do. párrafo) se afirmaba:

"la causa es lícita cuando no es contraria a la ley, a las normas colectivas, al orden público y a las buenas costumbres. En el orden público está comprendido el orden corporativista" (en el posterior proyecto de 1940, por lo demás, la invocación a las normas colectivas se sustituía con la invocación a las normas corporativistas).

Como es notorio, la definición de causa, entendida como función económica-social del contrato, y adoptada en la *Relazione al Codice civile* (n. 613) tiene un origen ideológico, y al mismo tiempo, doctrinario[51]. La fórmula, introducida en Italia por

(51) Sobre el concepto de causa en la doctrina italiana, cfr. los fundamentales estudios de VENEZIAN, *La causa nei contratti*, cit., p. 345 y ss.; BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 115 y ss.; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, ahora en ID., *Diritto civile*, cit., p. 76 y ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, p. 894 y ss.; GORLA, *Il contratto*, cit., I, p. 199 y ss.; GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 547 y ss. Más recientes son nuestros trabajos *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim* (allí, referencias bibliográficas) y *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 y ss. En este último, tuvimos oportunidad de precisar que "las nuevas tendencias de la doctrina en materia de cusa, son expresión, no sólo, y no tanto, de decisiones de orden técnico-dogmático, por decirlo así, sino de directrices ideológicas bien precisas que se estaban afirmando en Alemania e Italia.
El formalismo jurídico tradicionalmente expresado por las corrientes de pensamiento conceptualistas, y también por las exegéticas, se colorea de estatalismo e imperativismo. Pero la culpa, es necesario puntualizarlo, no es como acaso se podría creer, de KELSEN (cuya obra, por lo demás, tenía poca difusión en Italia); a lo mejor fue culpa de otros autores de formación alemana (pienso en Fritz VON HIPPEL, Heinrich STOLL o Alfred MANIGK). Bien vistas las cosas, la doctrina pura del derecho de Hans KELSEN (natural de Praga, como Franz KAFKA, y sólo dos años mayor que el escritor) no es otra cosa que una metáfora del Imperio de los Ausburgo, visto con los ojos (los mismos ojos de KAFKA) de quien ha nacido en los confines" (*Tradizione e novità nella teoria della causa del negozio giuridico*, cit., p. 133). Más recientemente, en materia de causa, cfr. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, en *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, *passim*.

Roberto DE RUGGIERO y Emilio BETTI, principalmente, y presente en las ideas de Fritz VON HIPPEL, Heinrich STOLL y Alfred MANIGK, marca una profunda revolución en la doctrina general de la institución(52). La costumbre es considerar las teorías funcionalistas de la causa como un desarrollo de las teorías objetivas (es decir, de aquellas teorías que veían en la causa, no el fin subjetivo del autor del negocio, ni el motivo principal que ha inducido a celebrarlo, sino el fin económico "objetivado" resultante de la regulación negocial). A nosotros no nos parece que la cuestión se plantee en estos términos. Desde el momento en que se hace referencia a la causa como "fin" del negocio (con todas las acentuaciones subjetivas y objetivas que se quieran o puedan dar al término), la causa parece estar siendo considerada desde el punto de vista del contratante, y continúa correspondiendo, en lo sustancial, al papel que la tradición le había confiado. Con la introducción del término "función" en la teoría de la causa, no sólo se realiza una reforma terminológica, del todo externa y formal, sino que se cambia la perspectiva, y hasta el papel, con que la causa está destinada a tener relevancia en la teoría del negocio jurídico.

(52) Es muy cierto (como hace notar GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 88, nota 50) que el término "función" (entendido como sinónimo de fin, sin embargo) es utilizado, a propósito de la causa, ya por Vittorio SCIALOJA, en sus célebres lecciones romanas del año académico 1892-1893 (luego recogidas en su volumen Negozi giuridici, cit., p. 89 y ss.) Pero, apréciese bien, el ilustre maestro utilizaba el término **función**, en realidad sin adjetivos ni calificaciones, con referencia a la causa **objetiva** (es decir, al esquema contractual típico); en cambio, en lo relativo a la causa **subjetiva**, escribía: "esta consideración que el ánimo del agente hace de la causa, este motivo próximo de la voluntad, constituye la **causa subjetiva**. La causa, por lo tanto, desde este punto de vista, es aquel motivo próximo del agente por el cual se presenta en su ánimo, precisamente, la intención dirigida hacia aquel fin que es

El cambio del papel de la causa en las ideas del legislador de 1942 sale a la luz, justamente, del término **función** que se ha empleado para definirla.

El significado de la palabra **función** expresa, de suyo, la idea de una relación entre "una cosa" y "otra cosa", que está al servicio de la primera, y a la cual la primera ha demandado una tarea específica a desenvolver.

Y la tarea confiada por el ordenamiento jurídico a la causa, en el sistema del Código Civil italiano de 1942 ya no es, como se destaca en la *Relazione al Codice civile* (n. 613), el de representar "el fin subjetivo, cualquiera que sea el mismo, perseguido por el contratante en el caso concreto [...] sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines, y que sola significa la protección de la autonomía privada".

Esta función –como hemos visto– "responde a la necesidad de que el fin intrínseco del contrato sea socialmente apreciable, y como tal, merecedor de protección jurídica" (*Relazione*, n. 613).

Por lo tanto, se ha atribuido a la causa un papel de control, para establecer si los fines privados, perseguidos por los contratantes, son coherentes con los fines generales establecidos por el ordenamiento.

Tal cual hemo anotado, entonces, la causa surge en el sistema del Código Civil italiano de 1942 como un valor que expresa, no el punto de vista del contratante (como sí ocurría en la tradición de la institución), sino el punto de vista del ordenamiento jurídico.

El diseño que estaba siendo trazado con la regulación de la propiedad y de la empresa encuentra su complemento y conclusión en el nuevo papel atribuido a la causa.

La función social que la propiedad y la empresa estaban llamadas a desarrollar también debe caracterizar la autonomía negocial, que ve, en el específico elemento de la causa, el indicador que permite constatar la coherencia del fin privado con las finalidades públicas.

De tal forma, toda fase, todo momento (dinámico o estático, sin distinción) de la riqueza, resulta sometido a un estricto control (cfr. el n. 386 de la *Relazione al Codice civile*, que es bastante explícito al respecto).

Esta posibilidad de intervención del Estado, que estaba afirmada, en relación con la propiedad y la empresa, por la regulación de los arts. 838 y 2088 y ss. cód. civ., respectivamente, también es asegurada en el contrato, mediante el control de la causa de este, desde el punto de vista de la licitud, que en el sistema del Código Civil de 1942, es enriquecida con elementos positivos a través del principio del orden público (integrado por el orden corporativista). Ello significa que el actuar de los contratantes es lícito, no solamente cuando no se opone a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, sino cuando se haga portador, además de las finalidades privadas a las que tiende fisiológicamente, de finalidades generales fijadas por el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, cuando devenga un instrumento para la realización de estas.

En este contexto, es indudable que las intenciones expresadas en la *Relazione al Codice civile* se han traducido en las normas del Código Civil sobre la propiedad y la empresa de mane-

ra más inmediata y explícita que en el régimen sobre el contrato, porque en esta última sede, en su conjunto, no parece que se hayan satisfecho cabalmente las demandas de la *Relazione*.

Sin embargo, es notable papel que habría podido desarrollar, en la aplicación de las disposiciones contenidas en la *Relazione* en materia de contratos, el 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ. (párrafo abrogado por el art. 3 de la Ley n. 287 del 14 de septiembre de 1944), que la doctrina parece haber descuidado. En

---

la causa objetiva; en otras palabras, es la causa objetiva, en cuanto es concebida y querida por el agente" (p. 90-91).

La moderna problemática de la causa (entendida como elemento esencia de todos los negocios, típicos y atípicos, por igual) corresponde, claramente, en el pensamiento de Vittorio SCIALOJA, a aquella de la causa subjetiva. Por otro lado, no resulta que el ilustre maestro haya concebido la causa subjetiva en los términos de **función**, como había hecho para la causa objetiva. Nos parece que ello demuestra lo infundado de la sensación expresada por GALGANO (*Il negozio giuridico, loc. cit.*) para quien la definición de cusa como función económico-individual, propuesta por nosotros (en nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 y ss., y corroborada en muchas oportunidades posteriores) encontraría una referencia en el pensamiento de Vittorio SCIALOJA.

A nuestro juicio, el pensamiento de Vittorio SCIALOJA ha sido malentendido por un joven estudioso (MONATERI, *La sineddoche*, Milán, 1984, p. 208, 213-215), quien parece haber influido en las consideraciones de Francesco GALGANO, y que ha afirmado: "entre los varios intentos de identificar conceptualmente la causa, el más amplio puede decirse que sea el que sigue la enseñanza del mismo SCIALOJA, es decir, el que sostiene la idea de la causa como función económico-social del negocio. Esta concepción de la causa se encuentra en las obras de Giuseppe OSTI, Renato SCOGNAMIGLIO, Pietro RESCIGNO, Andrea TORRENTE y Piero SCHLESINGER, Francesco GALGANO, y en muchos otros más" (*ibid., loc. cit.*; pero hay que señalar que ya habían incurrido en el mismo error de MONATERI, autores como GORLA, *Il contratto*, cit., I, p. 204, nota 5, y BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Turín, 1962, p. 415 nota 3).

Por lo demás, lo infundado de las tesis que pretenden presentar a Vittorio SCIALOJA como un precursor de las teorías **funcionalizadoras** surgidas, en materia de causa (pero, como sabemos, también en materia de propiedad y empresa), con ocasión de la reforma de los códigos, y adoptadas por el mismo legislador de 1942 (como

el mismo se expresaba, ni más ni menos, que "la común intención de las partes debe ser interpretada en el sentido más conforme con los principios del ordenamiento corporativista".

Con dicho enunciado, el ámbito de aplicación del párrafo citado podía resultar más amplio, en los hechos, que el que parecía atribuirle su ubicación específica en el Código, y podía involucrar (más allá de una referencia directa y limitada a la hipótesis regulada en el 1er. párrafo) al sistema de la interpreta-

---

lo testimonia, en varios puntos, la *Relazione al Codice civile*), resulta totalmente evidente; basta pensar, nada más, y por un lado, en la formación cultural, en la sensibilidad del ilustre estudioso y en las "ideologías" jurídicas del momento en el que él reflexionaba sobre el negocio jurídico; por otro lado, en el específico significado "político" que el legislador de 1942 pretendía asignar (en una perspectiva dirigista y corporativista) a la palabra "función" (y en particular a la fórmula **función económico-social**), en relación, precisamente, con las instituciones de la propiedad, la empresa y el negocio.

En realidad, el pensamiento del antiguo Maestro, particularmente atento a la contraposición entre negocios causales y negocios formales de la tradición romanista, tiene un espesor y detalla mucho mayores, respecto de aquellos que parecen emerger de las interpretaciones a las que hemos hecho referencia.

Quizá vale la pena recordar, al final de nuestras precisiones, que sobre el problema de la causa, hacia una solución no disímil de la indicada por Vittorio SCIALOJA, se haya movido ciertamente no olvidadizo de la experiencia romanista, Filippo VASSALLI (*Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*, cit., p. 50 y ss.), quien luego de destacar que todos los negocios tienen una causa propia (y por lo tanto, no sólo los contratos, sino también los negocios unilaterales y el matrimonio mismo, que, como hemos visto, era considerado por VASSALLI como un negocio jurídico complejo) aclaraba: "Sólo que existen contratos que portan –por decirlo así– su causa esculpida en su misma conformación (la compraventa, la donación, el mutuo, la constitución de hipoteca), que declaran su función económico-social en su estructura, y otros contratos cuya estructura no está determinada de modo unívoco por la función: son ahora formas capaces de recibir el contenido de voluntades varias y por lo tanto de actuar finalidades diversas (la mancipatio, la stipulatio en derecho romano, la letra de cambio en el derecho moderno). Se habla, en el primer caso, de negocios causales, en el segundo, de negocios abstractos (o formales)" (*ibid.*, p. 56).

ción en su conjunto. En resumen, el procedimiento hermenéutico habría podido ser utilizado, no tanto para identificar la común intención efectiva de las partes (como establecía, y establece, por lo demás, el art. 1362 cód. civ.), sino más bien su acepción más consonante y correspondiente con las finalidades que expresaba el ordenamiento corporativista; y ello con prescindencia, en lo sustancial, del hecho de que tal acepción sí representara, con la debida exactitud, la común y verdadera intención de las partes[53].

---

(53) De dicho riesgo fue consciente OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bolonia, 1943, pp. 70-71, quien luego de destacar lo inapropiado de la referencia a la **común intención de las partes**, contenida en el 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ., ratificaba, por un lado, que la regla fundamental de la búsqueda de esa **común intención** estaba encomendada, íntegramente, al art. 1362 cód. civ.; y por otro lado, que el 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ. (con la referencia a los principios del ordenamiento corporativista, en él contenida) podía entrar en función sólo cuando fuera imposible "identificar la intención **concreta** de las partes" (*ibid.*, p. 71); en resumen, este párrafo del artículo no tendría un contenido normativo inmediato, ni una posibilidad de aplicación directa (*ibid.*, p. 107).
A nuestro juicio, sin embargo, el intento del autor citado, si bien cauto y elegante (y plenamente sustentado en una rigurosa exégesis), para proteger la autonomía de los particulares, habría debido confrontarse, durante el vigor del sistema corporativista, con la objetiva formulación del 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ., sobre cuyo alcance y significado la *Relazione al Codice civile*, acaso no casualmente, prefiere guardar silencio (sobre este punto, cfr., *infra*, nota n. 251).
En la línea argumental descrita por nosotros, empero, ya BETTI, *Sui principi generali nel nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222, destacaba: "en la duda entre una interpretación que resuelva un conflicto de intereses en favor de un interés privado, y una que lo resuelva en favor de un interés del cuerpo social, se debe dar preferencia a esta última". Sintomáticamente coherente con este diseño dirigista parece ser (aunque en un aspecto distinto del negocial) el contenido del art. 1175 cód. civ., que en su texto original, se refería, con respecto a las relaciones entre acreedor y deudor, no sólo a la corrección contractual, sino también a los principios de la **solidaridad corporativista** (sobre este punto, cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 558). No llama la atención, aunque con referencia a la iniciativa económica privada, que Tullio ASCARELLI, por ejemplo, haya negado que los límites previstos en el art. 41 de la

La misma lógica dirigista en que se inspiraba el 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ. parece haber influido en otros dos principios establecidos en materia de objeto del contrato (negocio). En el primero (art. 1346 cód. civ.), en actitud innovadora con respecto al sistema del Código Civil de 1865, se indica que la licitud es uno de los requisitos del objeto. El segundo principio está contenido en el 3er. párrafo del art. 1349 cód. civ., donde se afirma: "al determinar la prestación, el tercero debe tener en cuenta también las condiciones generales de la producción a la cual el contrato, eventualmente, haga referencia". Al respecto, en la *Relazione al Codice civile* (n. 616) se precisa: "para la protección de las exigencias productivas se ha previsto, en el art. 1349, último párrafo, que si el objeto del contrato debe ser determinado por un tercero, este debe tener en cuenta también las condiciones generales de la producción a las cuales el contrato, eventualmente, haga referencia, y que debe uniformizar a dichas condiciones la determinación de la cualidad y cantidad del objeto mismo. En un régimen autárquico, que es la forma esencial, y motivo conductor, de la actividad económica fascista, una regulación de las relaciones individuales que eleve por enci-

---

Constitución pudieran comportar, precisamente, aquella suerte de **funcionalización** del actuar de los particulares (que sí intentó realizar el legislador de 1942, como hemos visto), que se habría traducido en una negación propiamente dicha de la libertad de iniciativa (cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni inmmateriali*, Milán, 1956, p. 12).

[*Ad. del T.*] Constitución de la República Italiana: "Art. 41.- La iniciativa económica privada es libre.

No puede ser ejercida en oposición a la utilidad social, o en modo tal que ocasione daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana.

La ley determina los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda ser dirigida y coordinada según los fines sociales".

ma de toda otra razón el interés en el incremento de la riqueza nacional constituye el aporte que el derecho debe brindar para la realización del postulado de la justicia social; es la condición necesaria para la progresiva regeneración de la economía nacional".

En otro plano (y con todas las diferencias que se pueden exponer, incluso de orden técnico-económico), una hipótesis de manumisión del acto de autonomía privada (que si se aprecia bien no es disímil, en la *ratio* que la sostiene, de la que regía las intervenciones expropiatorias y sustitutivas previstas, respectivamente, en los art. 838 cód. civ. y 2088 y ss. cód. civ.) está expresada por lo que se dispone, de forma combinada, en el art. 1339 cód. civ. (que no por casualidad contenía también una explícita referencia a las normas corporativistas) y del 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ.

Por otro lado, el mecanismo **ortopédico** previsto en las citadas normas, que ha introducido una técnica de sustitución, por imperio de la ley, de las cláusulas de los particulare con las normas corporativistas e imperativas que fueran infringidas, y que ha derogado el tradicional sistema de la nulidad-ineficacia, representa una suerte de "expropiación", si bien anómala, de la autonomía que los particulares manifiestan en su negocio. En efecto, y como es conocido, dicho procedimiento hacía mantener en vida una regulación de intereses que, en su origen, era una indudable expresión de autonomía privada, pero que luego de las modificaciones introducidas, no podía seguir siendo atribuida a ella.

Además, el hecho de que el art. 1339 cód. civ. y el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ. estén todavía en vigor, a diferencia de lo ocurrido con otras normas, sobre las cuales hemos

reflexionado previamente, nos parece, a decir verdad, un poco incongruente.

Por un lado, con la caída del sistema dirigista han desaparecido muchas referencias y presupuestos normativos que hacían comprensible, y hasta coherente, desde cierto punto de vista, su presencia en el Código Civil; por otro lado, el nuevo diseño político-económico trazado en la Constitución 1948, orientado en sentido opuesto al que era propio del sistema corporativista, no parece poder acoger, si no difícilmente, un mecanismo como el descrito; sí se adaptaría mejor, en cambio, a la forma de operar tradicional de la nulidad pura y simple, y por lo tanto, sin posibilidad de salvamento[54].

---

[54] Aunque inspirados en la misma lógica (que en realidad sigue siendo aceptable hasta la fecha) que indujo al legislador de 1942 a hacer del trabajo "en toda su expresión, organizativa y ejecutiva" (*Relazione al Codice civile*, n. 804) una de las bases del Código Civil, parecen haber sido fruto de una opción técnica quizá inconscientemente dirigista (y por ello, en resumen, incompatible con el sistema constitucional italiano) algunos aspectos de la normativa plasmada en los arts. 25 y siguientes de la Ley n. 203 del 3 de mayo de 1982, que contiene normas sobre una figura denominada "**conversión**" (y en este punto no interesa ocuparnos del problema del uso, para nada correcto, de esta expresión), y sobre una **asimilación** entre los contratos agrarios asociativos y el arrendamiento.
La verdad es que esta institución a la que se ha dado el nombre de conversión (que, por lo demás, fue parcialmente "anunciada" en el art. 3 de la Ley n. 756 del 15 de septiembre de 1964, que establecía la prohibición de que se celebren nuevos contratos de aparcería (*mezzadria*), da la impresión de inspirarse en una lógica que, aunque basada en presupuestos diferentes y técnicas de intervención diversas, nos parece presentar algunos interesantes puntos de contacto con la lógica en que se inspiran, por un lado, lo dispuesto del art. 1339 cód. civ. (una referencia, no casual, en tal sentido, puede verse en GALLONI, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola*, Nápoles, 1984, pp. 464-465) concordado con el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ., y por otro lado, los mismos arts. 2088 y ss. cód. civ.
Desde el punto de vista estrictamente negocial, las hipótesis de la denominada conversión, introducidas con la Ley n. 203 de 1982, atentan contra la autonomía privada, en medida no menor, por cierto, de cuanto la lesionan, justamente, con

Actualmente, extinto el sistema político-económico al que se refería en su origen el Código Civil de 1942, y recuperados los valores de la libertad y democracia con la Constitución republicana, tanto la autonomía privada cuanto la iniciativa económica privada y la propiedad han perdido el papel de **funciones** que les había atribuido el modelo corporativista o dirigista.

---

una técnica precisa y sobre la base de presupuestos del todo específicos, el art. 1339 y el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ.

Como es sabido, los citados artículos, mediante el procedimiento **ortopédico** a que hemos hecho referencia, y sin alterar el tipo negocial (que sigue siendo el que las partes han elegido previamente), hacen que se mantenga en vida una regulación de intereses que sería nula en su conjunto (*ex* art. 1419, 1er. párrafo, cód. civ.), debido a que contiene una cláusula igualmente nula (pero esencial, de acuerdo con la lógica de la operación global que expresa), por ser contraria a normas imperativas.

Además, el sistema creado por los arts. 25 y ss. de la Ley n. 203 de 1982 se estructura en una serie no homogénea de técnicas de intervención (sobre este punto, y por todos, cfr. el exhaustivo ensayo de FRANCARIO, *Tecniche di trasformazione e di riconduzione dei rapporti agrari e problemi di costituzionalità*, en *La riforma dei contratti agrari*, Nápoles, 1982, p. 211 y ss.).

La conversión, que se puede ejercer hasta por cuatro años contados a partir de la entrada en vigor de la ley (art. 25), y salvo en los casos en que sea descartada por distinto acuerdo de las partes, prevé dos hipótesis (art. 29): una que deriva del pedido del concesionario (art. 25), y otra que deriva del pedido del concedente (art. 28). Además, en el caso de que no tuviera lugar un pedido de **conversión** (de parte del concedente, o del concesionario, sin distinción) se establecen (siempre en ausencia de un distinto acuerdo de las partes) diferentes términos de duración, transcurridos los cuales, la relación parece extinguirse (art. 34).

La **conversión** requerida por el concedente opera sobre bases consensuales (art. 28); en cambio, la técnica en que se funda el pedido de conversión por parte del concesionario parece ser distinta. La ley atribuye a este último el derecho potestativo (a decir de FRANCARIO, *op. cit.*, p. 217) de convertir unilateralmente la estructura contractual (asociativa) originalmente elegida, en una estructura de intercambio (como es, justamente, la del contrato de arrendamiento); se le concede, en otras palabras, el poder de transformar unilateralmente (y de manera automática, sobre la base de la oportuna comunicación, por parte del concesionario, del pedido de conversión), el tipo y la estructura de intereses previamente acordado.

Por lo tanto, una vez inserta en un sistema que conjuga la afirmación del papel central de la personalidad humana con los deberes de solidaridad política, económica y social, la autonomía negocial ha recobrado características fundamentales que la tradición le había conferido.

Por lo tanto, esta técnica de **conversión** se funda en una intervención legislativa que se inserta en relaciones contractuales vigentes, y que da la posibilidad a sólo uno de los contratantes para transformar los contenidos originalmente **concordados**, y sustituirlos con otras relaciones, derivadas de otro contrato (el arrendamiento), y a las cuales, por lo demás, ninguno ha acordado dar vida, en ningún momento. Esta es una **conversión** que, por lo demás, ni siquiera deriva de un negocio, sino de un mero acto no negocial, como creemos que debe ser considerado el acto de ejercicio del derecho potestativo que la ley atribuye al concesionario.

Esta es una hipótesis de **ortopedia** contractual ciertamente distinta, desde el punto de vista de la técnica empleada, de la prevista en los arts. 1339 y 1419, 2do. párrafo, cód. civ., pero que parece inspirarse, como hemos anotado, en una lógica que en definitiva no es tan disímil.

En efecto, lo que queda "con vida" en la hipótesis regulada en los arts. 1339 y 1419, 2do. párrafo, cód. civ., es sólo en apariencia una expresión de autonomía privada, porque es gracias a las intervenciones legislativas, y únicamente en estos últimos, que ella encuentra la fuente y justificación de su existencia.

En esta denominada hipótesis de "conversión", la ley, mediante la atribución al concesionario del poder de "convertir" unilateralmente un contrato asociativo vigente en un contrato de arrendamiento, activa, aunque sea a través de la mediación del concreto ejercicio del poder de **convertir**, un mecanismo **legal** al que es directamente atribuible la nueva estructura de intereses, y que, por lo tanto, no puede seguir siendo considerado como expresión de autonomía **contractual**, por ser, en realidad, el resultado de la actuación de aquel poder que la ley ha atribuido a sólo uno de los contratantes.

Desde el punto de vista empresarial, la normativa sobre la denominada "conversión" –siempre en la hipótesis en que esta sea solicitada por el concesionario (que parece representar la hipótesis básica, de la que parte el legislador)–, es perfectamente conforme con el *favor* al concesionario, que está difundido, indudablemente, en toda la Ley n. 203 de 1982 (sobre este punto cfr. FRANCARIO, *Commento all'art. 25*, en *La riforma dei contratti agrari*, cit., pp. 225-229); esta actitud favorable al concesionario es destacada, además, en la sentencia n. 138 de la Corte Constitucional, del 7 de mayo de 1984 (en *Foro it.*, 1984, I, 1170), en la que se

Porque una vez que el individuo ha sido despojado de aquel ropaje de "funcionario" que el sistema corporativista prentendía endosarle, él vuelve a ser considerado, para bien o para mal, e incluso desde el punto de vista económico, como persona (tal cual se afirma, por lo demás, en los arts. 2 y 3 de la Constitución); y no, ciertamente, como persona aislada, egoísta o asocial,

---

señala que el dictado del art. 25 de la Ley n. 203 de 1982 (relativo a la hipótesis de conversión requerida por el concesionario) no conflagraría con el art. 41 de la Constitución, porque la empresa de aparcería era administrada, en concreto, sólo por el aparcero, al haberse transformado el concedente "de hecho, en el mero perceptor de una renta". Desde tal perspectiva, este tipo de conversión termina "expropiando" al concedente (tal como lo hacían los arts. 2088 y ss. cód. civ.) de su condición de empresario agrícola, que le era reconocida –salvo en la hipótesis de la aparcería de ganados (*soccida*) con conferimiento de pasturaje, según lo dispuesto en el 2do. párrafo del art. 2186 cód. civ.– en el ámbito de la estructura asociativa de los contratos agrarios; por otro lado, la titularidad de la empresa era exclusiva, en el diseño original del Código Civil –en el sentido de los arts. 2145, 2169 cód. civ., para lo atinente a la aparcería, la *colonia parziaria* y la aparcería de ganados simple) para el concedente, y luego de la Ley n. 756 del 15 de septiembre de 1964, y si bien pasó a ser compartida con el aparcero o con el *colono*, la seguía conservando.

Y el hecho de que se trate de una suerte de "expropiación punitiva" es igualmente confirmado en la citada sentencia n. 138 de la Corte Constitucional (cfr. *Foro it.*, 1984, I, 1170-1171) cuando destaca que el art. 25 de la Ley n. 203 de 1982 es ilegítimo sólo en la parte que prevé la posibilidad de ejercer la conversión, sea cuando el concedente sea empresario a título principal (es decir, según la definición dada en el art. 12 de la Ley n. 153 del 9 de mayo de 1975, cunado dedique a la actividad agrícola al menos dos tercios de su tiempo, y recabe de ella al menos dos tercios de su propia renta), sea cuando el concedente brinde un adecuado aporte a la codirección de la empresa.

Ello significa, en compendio, que la "conversión" es permitida (y por lo tanto, que bien puede el concedente perder su cotitularidad en la empresa) cuando no se cuide adecuadamente de la administración de la empresa, o cuando se cuide de la misma en forma del todo ocasional, por no ser la empresa agrícola la fuente principal de renta del concedente (como sí ocurre, en cambio, cuando este sea empresario a título principal), y por lo tanto, cuando este sea un empresario "ausente" (tal cual ha sido calificado, no casualmente, en la citada sentencia de la Corte Constitucional).

sino como protagonista, en la Sociedad, de su propia existencia y de su propia autonomía, la cual vuelve a tener manifestación en el actuar negocial.

En esta hipótesis, por cierto, el procedimiento es técnicamente distinto del fijado en los arts. 2088 y siguientes cód. civ.; pero la "filosofía" que lo inspira parece tener puntos de contacto con la que inspiró los citados artículos. Es conveniente destacar que el parecer adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia referida, ha sido acogido en la Ley n. 29 del 14 de febrero de 1990, que en sus arts. 2-4 (que complementan las hipótesis de exclusión de la conversión, reguladas en el art. 29 de la Ley n. 203 de 1982) afirma que la conversión no puede tener lugar, sobre la base del solo pedido del concesionario, cuando el concedente sea una empresario agrícola a título principal y haya dado un aporte adecuado a la dirección de la empresa.

Distinta es la "filosofía" que parece inspirar, por otro lado, la institución de la **asimilación** al arrendamiento de los contratos agrarios celebrados después de la dación de la Ley n. 203 de 1982 y "que tengan por objeto la concesión de fundos rústicos" (art. 27). Se trata de una técnica de intervención autoritativa, destinada a incidir tanto en el plano de la autonomía privada, cuanto en el plano de la libre iniciativa empresarial, y que debería operar, además, no sólo con respecto a los contratos ilícitos (y que sean nulos, por ejemplo, al ser contrarios a lo que se dispone en el art. 45 de la Ley n. 203 de 1982), sino también con respecto a contratos, perfectamente lícitos, sobre la base de principios y normas que caracterizan el sistema del Código Civil italiano (al respecto, cfr. FRANCARIO, *op. cit.*, pp. 214-215).

[*Ad. del T.*] La *mezzadria* (que aquí he traducido por su exacto equivalente castellano "aparcería") es el contrato en virtud del cual el concedente y el jefe de una familia de labriegos (*mezzadro*) se asocian para el cultivo de un fundo rústico, y luego se distribuyen las utilidades, normalmente a medias (art. 2141 del cód. civ. italiano). En la *colonia parziaria* el concedente y uno o más labriegos (*coloni*), individualmente, se asocian para el cultivo de un fundo rústico y para el ejercicio de las actividades conexas a esta labor, par luego distribuirse las utilidades, conforme a lo mutuamente acordado o a los usos (art. 2164 cód. civ. italiano). He preferido mantener la denominación original, aunque no falta un equivalente preciso en nuestro medio, a saber, la vieja institución del *yanaconaje*.

En la aparcería de ganado (*soccida*), en fin, el concedente (*soccidante*) y el aparcero (*soccidario*) se asocian para la cría y reproducción de cierta cantidad de animales, para luego repartirse las utilidades que resulten de esta actividad (art. 2170 cód. civ. italiano). En la aparcería de ganado con conferimiento de pasturaje (*soccida con conferimento di pascolo*), el ganado y el trabajo son aportados por el aparcero; el

En este marco institucional, profundamente renovado, el orden público encuentra su punto de referencia en los principios de la Constitución(55).

Incluso las buenas costumbres, siempre entendidas como suplemento de moralidad en el actuar negocial, son definitivamente apartadas de la tentación de vincularse, como quiera que sea, con costumbres "corporativistas".

Con la caída de la ideología dirigista y el advenimiento de una Constitución liberal-democrática, también el negocio vuelve a ser un instrumento para la realización de intereses eminentemente privados, y la causa vuelve a ser un elemento del negocio; ya no como **instrumento** ni como **mecanismo de con-**

terreno con los pastos es aportado por el concedente (art. 2186 cód. civ. italiano). Aquí el aparcero tiene la dirección de la empresa y el concedente ejerce el control de su gestión (art. 2186, 2do. párrafo, cód. civ. italiano).

En reveladoras páginas, que evidencian el ocaso del derecho agrario, Antonio JANNARELLI (*Contratti agrari*, en *Istituzioni di diritto privato* al cuidado de Mario BESSONE, 8ª. ed., Turín, 2001, p. 944) postula que el único contrato agrario asociativo actualmente practicable sobre la base en el Código Civil italiano es la aparcería de ganado. El legislador habría procedido a la "eliminación de la escena socio-económica de los contratos agrarios de *mezzadria* y de *colonia parziaria*, hoy obsoletos, y mantenidos con vida gracias a las prórrogas, y a la idea de favorecer la imposición del arrendamiento como único modelo contractual puesto a disposición de la autonomía privada para efectos de la explotación de los fundos rústicos" (*ibid.*, p. 941).

En algunos lugares de la sierra peruana, y me ha tocado comprobarlo directamente, existe todavía la figura del cultivo "a medias". Una parte aporta las semillas y el trabajo; la otra aporta el terreno; las utilidades se dividen por mitades. La regulación de estos "contratos" estaría confiada, a lo sumo, a los usos, a la costumbre.

(55) No hace mucho (CARRESI, *Il contratto*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, Milán, 1987, p. 342, nota 429) se ha cuestionado la claridad de nuestra opinión, a tenor de la cual, los principios del ordenamiento jurídico del Estado, que son expresión de los valores fundamentales de este último, pueden, por un lado, dar lugar al

trol del actuar autónomo de los particulares, tal cual pretendía el legislador de 1942; a lo sumo (y conforme a la lógica del ordenamiento estatal en que la encuadra, por lo demás, su misma inclusión entre los elementos esenciales del contrato, en virtud del art. 1325 cód. civ.), constituye un **objeto de control**, que permite constatar, en concreto, la existencia y el grado de compatibilidad entre los valores expresados por el negocio, y los valores expresados por el ordenamiento estatal.

En el negocio están presentes aspectos subjetivos (el propósito de las partes) y aspectos objetivos (la concreta estructura dada a los intereses, según resulta de la regla en que se ha objetivado el propósito). En esta línea de pensamiento, toda regla negocial es **expresión objetivada** de **finalidades subje-**

---

surgimiento de situaciones jurídicas subjetivas, y por otro lado, constituir, a través del orden público, el criterio el cual se valora la licitud o ilicitud del actuar autónomo de los particulares.

Esta perplejidad no nos parece admisible. En efecto, los principios generales del ordenamiento jurídico, debido, precisamente, a que expresan los valores fundamentales del ordenamiento, están llamados a desarrollar una serie de diversas, mas no incompatibles, funciones. Y dado que tales principios, como ocurre en el sistema de la Constitución italiana, son útiles, ni más ni menos, para configurar algunas situaciones subjetivas fundamentales, resulta inevitable y descontado que la posibilidad de disponer de aquellos valores –que dichas situaciones afirman como fundamentales, justamente– esté prohibida para el actuar autónomo de los particulares. Dicha prohibición está expresada por la actuación del **orden público**, que desde su aparición en el sistema de los códigos civiles, debida a NAPOLÉON, y en todos los sistemas donde es invocado, ha tenido la función de garantizar la conservación de los valores fundamentales del ordenamiento, frente a las infracciones que pueden derivar del ejercicio de la libertad negocial.

Además, los principios generales también cumplen, necesariamente, el papel de criterios de clausura a los que se recurre en el ámbito de la interpretación (tal cual se afirma en el art. 12 de las Disposiciones preliminares del Código Civil).

En resumen, el carácter fundamental de tales principios ubica a estos en el centro del sistema, y les confiere la descrita pluralidad de papeles. Sobre este punto, cfr. nuestro volumen *Ordine pubblico e buon costume e teoria del contratto*, cit., pp. 173 y ss.

tivas específicas. Por lo tanto, la regla negocial no sólo vale en función de su objetividad, sino también por aquellas finalidades subjetivas de las que ella es portadora y que deben objetivarse en ella; esta compleja realidad, al estar configurada por aspectos subjetivos y aspectos objetivos, necesita un empalme y una amalgama. Y es justamente este papel de empalme y amalgama el que la causa está llamada a cumplir. Más que ser sólo **uno** de los elementos del negocio, y más que ser aquel motivo determinante enunciado por antiguas doctrinas, la causa representa **el** elemento de unión de toda la regulación negocial: es **el** elemento a través del cual la regulación negocial evidencia, en su entereza (o en su significado concreto y alcance real, si se quiere), la estructura de intereses perfilada en ella.

Por ello, si se quiere conservar la calificación de "función" para la causa, no se deberá hablar de ella como función económico-social, sino como función económico-individual; es decir (y lejos de toda interpretación de índole psicológica), de función de la específica operación negocial, considerada en su totalidad, a través de la cual las partes han entendido regular, **racionalmente**, intereses propios, específicos y concretos, y teniendo en cuenta, precisamente, la concreta especificidad de los mismos[56].

---

[56] Así lo hemos sostenido en nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 y ss. El planteamiento ha recibido la adhesión de BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1969, p. 262 y ss.; CARRESI, *Il contratto*, cit., I, p. 245-252; y GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Nápoles, 2000, p. 787 y ss.
En el mismo sentido, Corte de Casación Italiana (Salas civiles reunidas): Sentencia n. 63 del 11 de enero de 1973, en *Foro it.*, I, 1973, 1086 y ss.
Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la *Relazione al Codice civile* (n. 602 y n. 604) atribuye al régimen sobre el contrato una capacidad expansiva frente a los actos unilaterales *inter vivos* y los acuerdos sin contenido patrimonial (para el

3. Sobre algunas novedades "técnicas" del Código Civil italiano de 1942.

Desde cierto punto de vista, la afirmación de las tendencias dirigistas en el Código Civil italiano de 1942 ha dado lugar a una situación híbrida con respecto al negocio jurídico.

---

testamento, véase, en cambio, el 2do. párrafo del art. 587 cód. civ.). Desde tal perspectiva, y para una mejor comprensión de la definición de causa como función (económico-)individual, que nosotros proponemos, vale la pena destacar –aunque ello, de alguna manera, pueda parecer obvio–, que si es bien cierto que la causa constituye, en relación con el contrato, y dada la dimensión patrimonialista que se propone de la figura en el art. 1321 cód. civ., la función **económico**-individual, en relación con aquellos negocios cuyos contenidos no son patrimoniales, en cambio, la causa conserva su papel de función individual, pero sin la connotación económica.

Por otro lado, si el negocio es considerado, como hacemos nosotros, como un fenómeno **jurídicamente realizado** en la misma realidad social que lo ha producido (y por lo tanto, antes de su **encuentro** con el sistema del ordenamiento jurídico estatal), se ha destacado agudamente que el negocio **comprende** su causa **y coincide** con su causa; conforme a esta línea de pensamiento, la inexistencia de causa "coincide con la inexistencia del negocio" (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 258; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 583, sostiene, por su parte, que que la causa tiene relación con el negocio *in toto*).

No hay que olvidar, por otro lado, que el sistema del Código Civil italiano, al reconocer los efectos traslativos del consentimiento (art. 1376 cód. civ.), ha superado, definitivamente, en relación con la transferencia de la propiedad, el mecanismo fundado en la actuación autónoma, por un lado, de la promesa obligatoria (*promissio*), y por otro lado, del acto de transferencia (*traditio*). La causa, por lo tanto, ha dejado de ser la **causa de la obligación contractual** (cfr. art. 1104 del Código Civil de 1865); ahora es la **causa del contrato** (cfr. art. 1325 cód. civ.), y por lo tanto, la **causa del negocio**. Desde este punto de vista, es justamente la idea de **función** (económico-)individual que nosotros hemos propuesto, vinculada con el tema de la **causa**, la que parece posibilitarnos una sistematización más estable de la institución, al permitir que esta se separe en definitiva de los condicionamientos de la experiencia alemana (aun fuertes, como es comprensible, en lo atinente a la reflexión sobre la teoría del negocio jurídico), que en ausencia de específicos indicios normativos, y con cierta incertidumbre, ha oscilado (cfr., por ejemplo, VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., II, 2, p. 62 y ss.), y lo sigue haciendo, en lo sustancial

Un sistema dirigista –al menos tal cual este era entendido por el legislador de 1942– no descartaba, por sí mismo, que la acción negocial continuara siendo portadora de intereses y finalidades privados; lo que el sistema requería era, más bien, que el sujeto, al actuar negocialmente, se transformara, asimismo, en portador de intereses y finalidades generales.

Ello explica por qué en la normativa del Código Civil italiano, y con los límites y condiciones del modelo dirigista (que hemos descrito precedentemente), el negocio siguió siendo considerado como expresión de cierto ámbito de autonomía, y por lo tanto, de libertad. Y aquí la libertad es entendida –como se

---

(cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 316 y ss.), entre una idea de causa entendida como fin de la prestación (*Leistung*) –a la que se alude, por lo demás, en el mismo § 812 del BGB–, y una idea de causa entendida, en los negocios de atribución patrimonial, como una suerte de justificación, precisamente, de tal atribución patrimonial (*Zuwendung*) (al respecto, cfr. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 554-557). En suma, la idea de **función** (económico-)individual, por nosotros propuesta, puede permitir a la causa, como uno de los elementos esenciales (si queremos seguir considerándola como tal) de todo el acto de autorregulación de intereses privados (que es en lo que consiste el negocio jurídico), el cumplimiento de un papel de empalme y síntesis entre los elementos **subjetivos** y **objetivos** (estaríamos tentados de decir entre los elementos del *Zweck* y del *Grund*); un papel que permite **unificar** y **resumir** las distintas construcciones teleológicas y estructurales en las que se manifiesta toda regla privada, en su concreta realización, y en las que, más aun, se expresa su esencia de **regla.**

Desde una perspectiva que aparentemente no difiere de la nuestra, otros autores (CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, cit., p. 582), perpetuando, si bien de modo más matizado, una concepción todavía **estatalista** de la causa, identifican esta como la **función práctica-social** del negocio, "reconocida" por el derecho.

En el sentido en que nosotros entendemos el concepto de causa, se puede comprender bien, asimismo, lo fundado de aquellas doctrinas que consideran inadmisible la existencia, en el sistema italiano, de los denominados **negocios abstractos**, entendidos como negocios carentes de causa (así, por todos, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, p. 416-418; y SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 175). En las hipótesis que la doctrina ha acostumbrado

aclara, por lo demás, en el art. 1322 cód. civ.– en dos sentidos: por un lado, como libertad de determinación del contenido del negocio, por un lado, y por otro, como libertad de dar vida a contratos "que no corresponden a los tipos que disponen de una regulación particular" (art. 1322, 2do. párrafo, cód. civ.)[57].

---

identificar como **negocios abstractos** se verifica, efectivamente, no una falta de causa, sino "una especial **relevancia de la forma**" (BARBERO, *op. ult. cit.*, I, p. 418). En resumen, como se ha destacado correctamente, lo que caracteriza el fenómeno de la abstracción negocial "no es la supresión de la causa, ni mejor aun, su relevancia indirecta, sino más bien la separación entre esta –tratándose de negocio patrimonial– y la causa de la atribución" (R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 267).
Por otro lado, y siempre desde la perspectiva que hemos adoptado, también se deduce con evidencia que todo negocio debe tener una causa, y que en los llamados negocios "abstractos" no está ausente la causa; la verdad –como han resaltado autorizadas voces– es que ella sí está presente, sólo que, de acuerdo con las distintas hipótesis, es **relegada**, o **no es mencionada**. Tal es la opinión, respectivamente, de SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit. loc. ult. cit.*; y de BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 202. Sobre el mismo punto, cfr., asimismo, GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 564-568, y más recientemente, DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 4-6 (de la separata).
[*Ad. del T.*] Código Civil alemán (1900)
§ 812. Quien mediante prestación ajena o de cualquier otro modo consigue alguna cosa a costa de otro, sin una causa (*Grund*) jurídica, está obligado a la restitución. Esta obligación existe incluso cuando la causa jurídica falta en un momento posterior, o si el resultado que se buscaba con la prestación, según el tenor del negocio jurídico, no se verifica.
También vale como prestación el reconocimiento, producido mediante contrato, de la existencia o inexistencia de una relación de débito.

(57) Al respecto, cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 303 y ss.
Por otro lado, la amplia fórmula utilizada en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ. –al que se atribuía un significado más restringido en la *Relazione al Codice civile* (n. 603), pues en esta se hacía referencia a "contratos de nuevo tipo", es decir, a una novedad que es expresión de un fenómeno negocial que con prescendencia ya ha sido asumido como tipo, y por lo tanto, repetidamente practicado en la realidad social– no descarta, según su texto, operaciones contractuales que expresan regulaciones puramente individuales, y que no pertenecen, entonces, a una difundida práctica social ni están sedimentadas en esta. En otras palabras, los contratantes pueden dar vida a reglas contractuales construidas *ad hoc*, esto es, creadas a la medida de su específicos y contingentes intereses. Sobre este punto, cfr. nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 135 y s.

Lo que es innegable, en relación con la normativa sobre el contrato (y más en general, con la normativa sobre el negocio jurídico), es que el Código de 1942 presenta numerosas novedades **técnicas** con respecto al Código de 1865 (además, como es lógico suponer, de las novedades de índole ideológica que ya hemos citado). En este punto pretendemos ofrecer, pues, un breve panorama de tales novedades, elegidas en atención a los aspectos que resultan ser los más significativos y relevantes, a nuestro juicio, para los fines de las reflexiones que estamos efectuando.

En este marco se inserta, principalmente, la sistematización de la materia de la invalidez, ahora segmentada en dos instituciones: la nulidad (diferenciada de la rescisión) y la anulabilidad, en torno de las cuales, durante la vigencia del Código de 1865, no daba la impresión de que la doctrina tuviera siempre ideas claras y unívocas, como lo demuestra la terminología que se empleaba para identificar las respectivas hipótesis, en la que eran recurrentes, con harta libertad, las fórmulas más variadas: de la **impugnabilidad** a la **inexistencia**, la **ineficacia**, la **nulidad absoluta** y la **nulidad relativa** (además, naturalmente, de las fórmulas en las que hubo de inspirarse el legislador de 1942, que postulaban la alternativa entre **nulidad** y **anulabilidad**)[58].

[58] Además, en la doctrina formada en el marco del sistema del Código Civil de 1865, era generalizada la insatisfacción frente a la variedad e incertidumbre del lenguaje al que recurrían el legislador, la jurisprudencia y la doctrina misma, en materia, justamente, de invalidez. Sobre este punto, cfr. por ejemplo: N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milán, 1910, p. 313; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Mesina y Milán, 1934, pp. 288-289; y CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa* (*Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici*), en *Studii in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, pp. 73 y ss.

En el Código Civil vigente se han sancionado con la anulabilidad, tanto los vicios de la voluntad debidos a la acción "de causas perturbadoras internas o extrañas al autor"[59], cuanto los casos de ausencia de capacidad de obrar (art. 1425, 1er. párrafo, cód. civ.) y de capacidad natural (arts. 1425, 2do. párrafo, y 428 cód. civ.), es decir, aquella falta de aptitudes que permite presumir la existencia de un proceso volitivo que no se ha formado conscientemente en su totalidad, y que, por lo tanto, se encuentra viciado de alguna manera[60].

Si con la anulabilidad el legislador italiano de 1942 parece haber querido dar importancia a los vicios o defectos atinentes al *iter* formativo de la voluntad, con la nulidad, en cambio, parece haber tomado en consideración graves carencias en la estructura del negocio, o bien patologías en la función expresada por la regla negocial.

En el 2do. párrafo del art. 1418 cód. civ., que enumera las causas de nulidad del contrato (y del negocio en general, por lo

(59) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 327. Quizá con más coherencia, en el sistema del Código Civil de 1865, el error obstativo (que ahora ha sido equiparado, en lo concerniente a sus consecuencias, al denominado "error-motivo") daba lugar a la nulidad (y no a la anulabilidad), porque en dicho error, al producirse un fenómeno de divergencia entre voluntad y declaración, tenía lugar una hipótesis de ausencia de voluntad. En resumen, aquí se apreciaba que la declaración no había sido querida.

(60) Aquí hay que llamar la atención sobre el recurso **anómalo** (con respecto a la normativa sobre los contratos) a la institución de la anulabilidad en el caso del testamento ológrafo, que es nulo cuando no ha sido redactado por escrito o cuando falta la firma, pero que es meramente anulable cuando falta la fecha (art. 606 cód. civ.), a pesar de que los tres requisitos en cuestión (el carácter autógrafo, la firma y la fecha) están indistintamente prescritos, de manera taxativa, en el 1er. párrafo del art. 602 cód. civ.

tanto), se sancionan, entonces, la imperfección de la estructura del negocio (ausencia de alguno de los elementos indicados en el art. 1325 cód. civ.), así como la ilicitud de la causa o de los motivos, y la ausencia de los requisitos del objeto, establecidos en el art. 1346 cód. civ.

En el 3er. párrafo del art. 1418 cód. civ. se expresa un principio más bien amplio –y ambiguo, desde cierto punto de vista–, según el cual "el contrato es nulo, igualmente, en los demás casos establecidos por la ley".

Esta última disposición permite explicar la razón de la nulidad cuando concurren aquellas patologías que afectan elementos (condiciones, cargos) que a pesar de no ser esenciales o necesarios en la estructura abstracta del negocio, terminan singularizando, de modo determinante, su momento funcional, cuando son incluidos en la estructura de un negocio determinado (véanse los arts. 634, 794 y 1354 cód. civ.). En tal sentido, la amplia fórmula contenida en el 3er. párrafo del art. 1418 cód. civ. se complementa con las nulidades específicas previstas en las normas citadas, lo que permite encuadrar estas hipótesis en la misma lógica del 2do. párrafo del art. 1418 cód. civ.

Pero existen otras hipótesis expresamente descritas, por la misma normativa del Código Civil como casos de nulidad o a asimiladas a esta por la doctrina y jurisprudencia; hipótesis en las cuales, a nuestro juicio, no es dado identificar un fenómeno de grave carencia estructural o de patologías funcionales, sino más bien un fenómeno de falta de idoneidad del negocio para producir los efectos a los cuales está destinado, debida a la carencia de presupuestos subjetivos, en el autor o autores del negocio, que es más grave que aquellas faltas de idoneidad (incapacidades) que dan lugar a la anulabilidad.

Tal es el caso en la hipótesis regulada en los incisos 1 y 2 del art. 1471 cód. civ., en los cuales se presenta, a partir de la prohibición contenida en ellos, un fenómeno de incapacidad jurídica relativa; y los mismo en el art. 1966 cód. civ., donde se presenta un fenómeno de falta de legitimación con respecto a la situación subjetiva de la que se pretende disponer(61). Estas hipótesis son calificadas en el Código Civil como casos de nulidad, pero en ellas no están presentes las graves carencias estructurales, ni las patologías funcionales que deberían caracterizar, precisamente, la institución, tal como resulta del esquema contenido en el 2do. párrafo del art. 1418 cód. civ. y en los artículos asimilables a este (634, 794 y 1354 cód. civ.).

Otras veces, ha sido la jurisprudencia la que ha considerado como fenómeno de causa ilícita (y por lo tanto, de nulidad) aquella hipótesis que, según una lectura más cuidadosa, se presenta, esencialmente, como un supuesto de falta de legitimación del sujeto para el cumplimiento de un determinado acto(62).

---

(61) Una autorizada doctrina (SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Nápoles, 1975, pp. 98, 118 y ss.) identifica en esta disposición una hipótesis de nulidad derivada de la imposibilidad del objeto. Pero sobre el tema de la transacción véase lo que a continuación se detalla en el presente volumen.

(62) Para el examen de una hipótesis semejante, identificada (incorrectamente, a nuestro juicio) por la Corte de Casación como un supuesto de negocio en fraude a la ley, cfr. nuestro trabajo *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, ahora en *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 369 y ss.

Un problema análogo se ha presentado con respecto a las prohibiciones expresadas, mediante distintas fórmulas, en los arts. 2357, 2358, 2359-*bis*, y 2361 cód. civ. Por un lado, se han identificado casos de nulidad en dichas prohibiciones (por infracción de normas imperativas); por otro lado, se ha hablado de incapacidad jurídica (y presumiblemente, de ineficacia); y también se ha hablado, en fin, de una nulidad destinada a operar en el ámbito interno de las sociedades, pero no frente a terceros. Sobre este punto, cfr. G. FERRI, *Le società*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido

A nuestro juicio, la referencia realizada, en todas estas hipótesis, por las decisiones del legislador o por la obra del intérprete, no parece ser conforme a la fisonomía que el legislador mismo ha pretendido atribuir a la institución de la nulidad con el 2do. párrafo del art. 1418 cód. civ.

En todas las hipótesis que se acaban de examinar, da la impresión de que se presentara, más bien, un fenómeno de ineficacia, y no de nulidad.

Ello ocurre a menos, obviamente, que se quiera asimilar toda la estructura de intereses expresada en la hipótesis considerada a una improbable idea de falta de protegibilidad, y por lo tanto, de ilicitud (tal cual fluye de la sentencia de la Corte de

---

por Filippo VASSALLI, Turín, 1987, pp. 560-564.

[*Ad. del T.*] Las normas citadas se refieren, respectivamente: (*i*) a los límites para la adquisición de acciones propias por parte de una sociedad. Sólo pueden adquirirse acciones plenamente liberadas, por un monto nominal no mayor de la décima parte del capital social, y es necesaria la autorización de la junta general de socios (*assemblea*). En este caso, cuando se infringen los límites, las acciones adquiridas deben ser transferidas según modalidades a determinarse por la junta general, dentro de un año de su adquisición. En caso contrario debe procederse, sin retardo a su anulación (*annullamento*) y a la correspondiente reducción del capital" (art. 2357 cód. civ. italiano, conforme a la reforma de 1986); (*ii*) a la prohibición de que la sociedad conceda préstamos u otorgue garantías para la adquisición o subscripción de sus propias acciones, y al impedimento para que la sociedad acepte acciones propias en calidad de garantía (art. 2358 cód. civ. italiano, conforme a la reforma de 1986); (*iii*) a la prohibición para la sociedad controlada de adquirir acciones o cuotas de la sociedad, sino dentro de los límites de las utilidades distribuibles y reservas disponibles resultantes del último balance aprobado (art. 2359*bis* cód. civ. italiano, conforme a la reforma de 1991); y (*iv*) al impedimento de asumir participaciones en otras empresas, aunque esta posibilidad estuviera prevista en el acta de fundación (*atto costitutivo*), cuando la medida y el objeto de la participación conllevan una modificación sustancial del objeto social original de la sociedad (art. 2361 cód. civ. italiano).

Casación, en el caso al que nos referimos en una nota a pie de página anterior).

Por otro lado, el legislador de 1942 no ignora la categoría **sancionatoria** de la **ineficacia**. Esta especie (y no la nulidad) ha sido evocada, justamente, en el 3er. párrafo del art. 1444 cód. civ., y en el art. 2731 cód. civ., con respecto a situaciones en las que entran a tallar carencias de poderes o capacidades, tal cual sucede en las hipótesis antes descritas.

Ahora bien, aunque es verdad que el negocio nulo no produce efectos, la ineficacia y la nulidad parecen ser conceptos totalmente autónomos y no coincidentes. La ineficacia constituye, por decirlo así, una **consecuencia**; la nulidad es, a lo sumo, una **causa**. Las razones de la ineficacia son múltiples; una de ellas es, ciertamente, la nulidad, pero no es la única. Por otro lado, la **ineficacia** de un negocio no deriva siempre, ni necesariamente, de aquellas carencias estructurales o patologías funcionales a las que se ha hecho referencia. Existen negocios (como la compraventa sometida a condición suspensiva) cuya estructura está completa, y que están libres de patologías funcionales, pero que de todos modos son ineficaces; en otras palabras (y momentáneamente, en mayor o menor medida), son negocios inidóneos para producir aquellas modificaciones, a las cuales están destinados, en las situaciones subjetivas existentes[63].

(63) En esta línea argumental hay que destacar, por ejemplo, que la compraventa sometida a condición suspensiva, a pesar de ser inidónea para producir de forma inmediata los efectos a los que está fisiológicamente destinada (a tenor del art. 1470 cód. civ.), sigue teniendo como mira la producción de un efecto (es decir, una modificación en el sistema de las situaciones subjetivas existentes). Este efecto consiste en la adquisición, por parte del comprador, de aquella situación jurídica

Aquí vale la pena destacar que la diferencia entre nulidad e ineficacia, en general, y entre las **sanciones** de la nulidad y de la ineficacia, en particular, no está destinada a **operar** únicamente en el plano abstracto de la mera sistematización conceptual, sino que también presenta –o puede presentar– consecuencias prácticas.

Piénsese en la posibilidad (no infrecuente, aunque no siempre se realice) de **ratificar** el negocio ineficaz (en el caso de falta de poder para efectuarlo, por ejemplo), que se reconoce al sujeto titular de dicho poder; no cabe duda de que se trata de una especie de **recuperación** del negocio que no puede operar, ciertamente, en el supuesto del negocio nulo.

Las consideraciones expuestas hasta este punto, a través de las cuales hemos intentado evidenciar algunas ambigüedades de las soluciones adoptadas en materia de ineficacia y nulidad (aunque sea verdad que en un texto legislativo la preocupación más grande siempre es resolver problemas concretos, con cierta dosis de pragmatismo, y no elaborar construcciones dogmáticamente inatacables) no pretenden, en modo alguno, disminuir el gran mérito del legislador de 1942, que ha elaborado, en esta materia, un sistema a todas luces más orgánico y coherente que el emanante del Código Civil de 1865.

---

activa **menor** que es la **expectativa**. Se trata de un efecto legal que se realiza al verificarse el **evento**-compraventa sometida a condición suspensiva. En este caso, la compraventa es asumida por el ordenamiento jurídico como un **acto** en sentido estricto, y no como un **negocio jurídico**.
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano:
"1470. La compraventa es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho a cambio del pago (*corrispettivo*) de un precio".

La específica normativa dictada en materia de nulidad ha permitido, asimismo, que el legislador de 1942 regule las hipótesis de nulidad parcial (art. 1419 cód. civ.) y de conversión del negocio nulo (art. 1424 cód. civ.; pero véase, igualmente, el art. 607 cód. civ.).

Adicionalmente, la normativa dictada para la representación, y en consecuencia, el alcance más amplio de esta institución, ahora completamente independizada "del ámbito del mandato, dado que la representación puede provenir de relaciones distintas del mandato"(64), también permite poner en orden, y distinguir, las instituciones de la convalidación del negocio anulable (art. 1444 cód. civ.), la sanatoria del negocio nulo (arts. 590 y 799 cód. civ.), y la ratificación de los actos realizados por el representante sin poder (art. 1399 cód. civ.). Esta última figura se confundía, en el art. 1309 del Código Civil de 1865, con el fenómeno de la convalidación del negocio anulable.

En los arts. 1414 y siguientes del Código Civil de 1942 se ha regulado, igualmente, "la compleja materia de la simulación de los negocios jurídicos, que hasta hoy estaba confiada a la doctrina, que hubo de elaborarla sobre la base de dos esqueléticas disposiciones del Código Civil (arts. 1055 y 1319)"(65).

---

(64) *Relazione al Codice civile*, n. 634.

(65) *Relazione al Codice civile*, n. 646.
Adviértase, para dejar en claro que el legislador de 1942 tenía bien presente la idea de negocio, que en lo que sigue del acápite citado de la *Relazione* se señala: "se habla de negocios, y no de contratos, porque de conformidad con la doctrina, se ha reconocido expresamente que la simulación también puede configurarse en los actos unilaterales *inter vivos*, destinados a una persona determinada (art. 1414, 3er. párrafo), es decir, en los actos unilaterales recepticios".
Esta referencia a los negocios (o actos) unilaterales parece ser, aquí y en otros

La acción de rescisión (desligada, como hemos anotado, del ámbito de la nulidad, con la cual era asociada en el sistema del Código de 1865) cuenta con una regulación autónoma.

Se trata de una institución que el legislador de 1942 ha elaborado sobre la base de los resultados obtenidos por la doctrina formada durante la vigencia del Código de 1865, a propósito de los contratos con prestaciones recíprocas que se celebraban en estado de peligro, y de los contratos usurarios (cfr. art. 644 cód. pen.)(*).

---

puntos, un reflejo de la distinción entre contrato unilateral y acto unilateral, introducida con los arts. 1333 y 1334 cód. civ., mediante la cual el legislador de 1942 ha pretendido aclarar "la sibilina disposición contenida en el último párrafo del art. 36 del Código de Comercio" (*Relazione*, n. 606; sobre el art. 1333 cód. civ., en particular, y sobre el tema de la naturaleza bilateral de la formación del contrato, cfr. la posición, personal y aguda, de SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 15 y s.).

Se debe recordar, además, que el mismo esquema recepticio regulado en el art. 1334 cód. civ. tiene alcance general. En otras palabras, dicho esquema también puede adaptarse a hipótesis de actos no negociales. Sobre el problema, en general, cfr. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milán, 1959, *passim*.

Como quiera que sea, la solución adoptada por legislador, que en el art. 1321 cód. civ. identifica el contrato con el acuerdo, y en el art. 1325 cód. civ. prevé el acuerdo como un de los llamados "elementos esenciales" de la institución depende, por un lado, de la definición y papel del acuerdo contractual, y por otro, de la formación del contrato. Al respecto, se ha advertido que estos dos artículos indican "dos distintas definiciones del mismo fenómeno; una de las dos es superflua; su duplicidad podría dar lugar, más bien, a contradicciones" (SACCO, *op. ult. cit.*, p. 6). Al respecto, cfr. lo que señalaremos más adelante.

El Autor remite al artículo del Código Penal italiano (1930) donde se sanciona el delito de usura en general. Transcribo el 1er. y 2do. párrafos de la norma en cuestión: "Aquel que, fuera de los casos previstos en el art. 643, se hace dar o prometer, bajo cualquier forma, para sí mismo o para otro, a cambio de una prestación en dinero o de otra utilidad, intereses o demás ventajas usurarias, es sancionado con pena de reclusión de uno a seis años y con multa de seis a treinta millones de liras. Está sujeto a la misma pena aquel que, fuera del caso de concurso en el delito previsto en el primer párrafo, procura a alguien una suma en dinero u otra utilidad, haciendo dar o prometer, a sí mismo o a otro, y por la mediación, una retribución usuraria" [*N. del T.*].

La rescisión (como se aclara en la *Relazione al Codice civile*, n. 656) constituye una reacción contra la iniquidad y la desproporción de la ventaja obtenida por una de las partes, con daño para el otro contratante, a consecuencia "de una condición subjetiva anormal" en la cual se encuentra este último.

Sin perjuicio de lo anterior, la relevancia de una condición subjetivamente anormal (estado de peligro o situación de necesidad) puede hacer pensar que estamos ante un fenómeno que, desde cierto punto de vista, no se diferencia de aquellas hipótesis de voluntad viciada que dan lugar a la anulabilidad.

Y lo cierto es que la institución aún conserva cierta ambigüedad, a pesar de que el legislador, para distinguirla de la anulabilidad, precisamente, haya excluido expresamente, por un lado (art. 1451 cód. civ.) que el negocio rescindible pueda ser convalidado, algo que sí es posible, en cambio, para el negocio anulable (art. 1440 cód. civ.); por otro lado (art. 1450 cód. civ.) está el hecho de que el legislador haya previsto la posibilidad de que el contratante, contra el cual se demanda la rescisión, evite que esta se concrete, "ofreciendo una modificación del contrato, suficiente para volverlo equitativo".

En resumen, toda la institución[66] tendría como fundamento la violación de un principio de equidad, y no la libre formación

---

(66) En cambio, la rescisión en la división de los bienes que conforman la masa hereditaria (art. 763 cód. civ.) sí se asienta sobre puras bases objetivas, porque ella posee una fisonomía sustancialmente autónoma con respecto a la regulada en los arts. 1447-1452 cód. civ., a la que nos referimos en el presente acápite.
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano:
"763. *Rescisión por lesión.*- La división puede ser rescindida si uno de los coherederos prueba hacer sido lesionado por encima de un cuarto.

de la voluntad negocial "a cuya protección ella se dirige de manera efectiva, aunque indirectamente"(67).

No menos relevante parece ser la definición normativa, más orgánica y cabal, dictada por el legislador de 1942 en torno de la institución de la resolución, cuya detallada normativa –que opera, al igual que la rescisión, con respecto a los contratos con presta-

---

La rescisión también procede en el supuesto de la división realizada por el testador si el valor de los bienes asignados a uno de los coherederos es inferior, por más de un cuarto, a la entidad de la cuota que le correspondía.

La acción prescribe a los dos años de producida la división".

(67) TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 29ª. ed., Padua, 1988, p. 913.

Sin embargo, hay que destacar que las decisiones del legislador de 1942, en materia de rescisión, han adoptado una perspectiva a todas luces más **objetiva** que aquella que inspiraba el Proyecto italiano-francés de Código de las obligaciones y contratos, en cuyo art. 22 se describía la institución, unitariamente, como vicio subjetivo del contrato (sobre este punto, cfr. MIRABELLI, *La recissione del contratto*, Nápoles, 1962, pp. 41-42).

En el 1er. párrafo del citado art. 22 se afirmaba: "si las obligaciones de uno de los contratantes son del todo desproporcionadas con respecto a las ventajas que este obtiene del contrato o de la prestación de la otra parte, de manera tal que, según las circunstancias, deba presumirse que su consentimiento no ha sido suficientemente libre, el juez puede anular el contrato o reducir las obligaciones, si así lo demanda la parte lesionada".

Por otro lado, la regulación dictada sobre la acción general de rescisión, en el art. 1448 cód. civ., ha resuelto las antiguas incertidumbres de la doctrina y jurisprudencia (expresadas, durante el vigor del Código Civil de 1865, al momento de la introducción del art. 644 cód. pen.) con respecto a la caracterización del negocio usurario. Las tendencias consolidadas, que consideraban anulable dicho negocio, terminaron siendo reemplazadas, en definitiva, y justamente en atención al art. 644 cód. pen., por las que decretaron su nulidad (en cuanto negocio *contra legem*, ni más ni menos).

El vigente art. 1448 cód. civ. (que repite, en esencia, los elementos del art. 644 cód. civ.) dicta una nueva y distinta regulación para el fenómeno, que es compatible, por lo demás, con el sistema de la nulidad.

En realidad, aunque se pueda considerar el art. 644 cód. civ. como una norma sustancialmente imperativa (dado que expresa un implícita, pero inequívoca,

ciones correspectivas– tiende a sancionar varias, y no homogéneas, anomalías funcionales del sinalagma (cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 660)[68]. Se trata de una sistematización legislativa que, para la perspectiva desde la cual, y hacia la cual, se encaminan nuestras reflexiones, parece ser de gran interés, sobre todo en lo concerniente a la normativa sobre la resolución por excesiva onerosidad, con la cual se introduce "de manera expresa y general, el principio de la implícita sujeción de los contratos con prestaciones recíprocas a la cláusula *rebus sic stantibus*, tras las huellas del derecho común" (*Relazione*, n. 665).

En el art. 1325 cód. civ., donde se identifican los elementos esenciales de la estructura del contrato (negocio), desaparece, con justicia, la referencia a la capacidad de contratar (que por constituir una idoneidad del sujeto, resulta extraña a la estructura del contrato), expresamente considerada en el art. 1104 del Código Civil de 1865 (correspondiente, ni más ni menos, al ac-

prohibición de la usura), el concreto negocio usurario, que sin duda es sancionado en aquella norma, no es nulo (como se debería deducir de lo dispuesto en el art. 1343 concordado con el art. 1418, 2do. párrafo, cód. civ.).

Es necesario recordar, en efecto, que el primer párrafo de art. 1418 cód. civ. no descarta que el contrato contrario a normas imperativas pueda recibir una calificación diferente de la nulidad. Desde esta perspectiva, el art. 1418 cód. civ. podría constituir una aplicación de dicho principio.

(68) Acerca de la incertidumbre manifestada por la doctrina en relación con el fundamento de la institución, y para una eficiente síntesis de las principales tendencias doctrinarias al respecto, cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 931 y s., quien pone en duda la utilidad de interrogarse y buscar el fundamento de la resolución, ya sea por la obviedad (en sistemas económicamente y jurídicamente liberales) del remedio que ella brinda, o bien por la ausencia, en el esquema normativo de la institución adoptado en el Código, de aquella unicidad del fenómeno que conlleva siempre la búsqueda de un fundamento.

tual art. 1325 cód. civ.)[69]; allí hace su aparición, en cambio, la referencia a la forma "cuando es prescrita por la ley bajo sanción de nulidad".

---

(69) Sobre el problema de la relevancia de la capacidad en la regulación del negocio (y cfr. al respecto, por todos, FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, en *Enc. del dir.*, V, Milán, 1960, pp. 8 y s., y más recientemente, nuestro trabajo *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, en *Quadrimestre*, 1989, pp. 1-9) hay que señalar que a pesar de que las mismas capacidades –la capacidad jurídica y la capacidad de entender y querer– puedan suscitar discusión en materia de validez del negocio jurídico (cfr., por un lado, los incs.. 1 y 2 del art. 1471 cód. civ., y por otro, los arts. 428 y 591, inc. 3, cód. civ.), la doctrina conviene, por lo general, en considerar que "la capacidad de la que se discute como presupuesto de validez del negocio jurídico es la capacidad de obrar de la parte" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 218); y con respecto a ella esta parece haberse afirmado en la doctrina su vínculo, aparentemente inescindible (pero, a nuestro juicio, totalmente discutible, por la drasticidad con que es propuesto), con el negocio jurídico. El sentido de tal afirmación es doble: por un lado, se considera que a partir de la naturaleza negocial de un acto se deduce la exigencia de que el autor, para llevarlo a cabo, deba ser capaz de obrar; por otro lado, cuando se requiere la capacidad de obrar para un acto (o una capacidad que sea considerada por el intérprete, más allá de la fórmula utilizada por el legislador, a menudo de manera ambiguo, como capacidad de obrar) se deduce la naturaleza negocial del mismo. Sobre este punto, cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Nápoles, 1975, pp. 149-155.

En realidad, la existencia de dicho vínculo, si bien podía encontrar una explícita confirmación en el art. 1104 del Código Civil de 1865, donde se señalaba, ni más ni menos (y con inexactitud), entre los requisitos esenciales del contrato, el de la capacidad de contratar, no encuentra un homólogo y explícito apoyo en el sistema actual.

En el sistema italiano actual, efectivamente, fuera del art. 2 cód. civ. (sobre el cual, véase lo que anotaremos seguidamente), que reproduce, en lo básico, la genérica fórmula del art. 323 del Código de 1865, la única norma en la cual se puede apreciar una genérica alusión al vínculo entre la capacidad de obrar y el negocio jurídico está representada por el 1er. párrafo del art. 1425 cód. civ., donde se establece el principio de anulabilidad del contrato "si una de las partes era legalmente incapaz de contratar" (pero cfr. también el art. 591 cód. civ.).

En otro lugar (nuestro trabajo *Il c.d. recupero del negozio invalido*, cit., pp. 33 y 34, nota 113, donde se brinda una bibliografía esencial), hemos tenido la oportunidad de expresar dudas, aun cuando de modo breve, sobre la rígida interpretación que la doctrina propone sobre el vínculo en cuestión.

En resumen, podemos convenir con la afirmación de que para llevar a cabo un negocio jurídico, el ordenamiento requiere, como máxima, su autor o autores tengan la plena capacidad de obrar, pero ello no siempre es así. Lo que queremos decir es que dicho principio cuenta con excepciones nada irrelevantes (cfr. nuestro trabajo *Il c.d. recupero del negozio invalido*, *loc. cit.*).

A propósito, vale la pena recordar que parte de la doctrina, en particular relación, justamente, con los temas de la capacidad de obrar (y de algunos vicios de la voluntad), admite la posibilidad de aplicar, de manera analógica, la regulación sobre el negocio jurídico (y por lo tanto, la normativa sobre el contrato, en el sistema italiano) a los mismos actos jurídicos en sentido estricto, que conforman la mayor parte de las hipótesis de actos unilaterales *inter vivos* con contenido no patrimonial, y también a algunas hipótesis de actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial. La razón de ello es su naturaleza de hechos humanos voluntarios y conscientes, y por lo tanto, la importancia que la voluntad asume en ellos, destinada a trascender, al menos, y como se sabe, en el comportamiento. En tal sentido, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, cit., pp. 211-213 (quien considera, sin embargo, en *ibid.*, p. 212, sobre la base de lo dispuesto por los arts. 2046 cód. civ., concordado con el art. 85 cód. pen., que la capacidad para los actos jurídicos en sentido estricto, con carácter general, es la capacidad de entender y de querer; esta última ha parecido poder constituir, además, y no sin fundamento, una suerte de presupuesto justificativo de la capacidad de obrar misma; al respecto, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 34). Sin embargo, es conveniente recordar que también se ha afirmado la presencia de un **aspecto funcional** (si bien con características propias) con referencia al acto jurídico en sentido estricto (SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, cit., pp. 209-210).

En efecto, la consideración de dicho aspecto tendría un valor "no sólo descriptivo de los efectos del acto" (SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 210), sino que serviría para descartar la posibilidad de su utilización para finalidades diversas de las rígidamente previstas por el ordenamiento jurídico, así como para valorarlo según los términos de aquella **utilidad** o **inutilidad**, que no se podría deducir, ciertamente, de la mera consideración "de los efectos, o incluso de la estructura del acto" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*).

Otro autor considera, en cambio, que la normativa sobre el negocio no es aplicable a los actos jurídicos en sentido estricto (R. SCOGNAMIGLIO, *Atto giuridico*, en *Enc. Forense*, I, Milán, 1958, pp. 592 y ss.).

No hace mucho, Pietro RESCIGNO, *Atto giuridico*, en *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 3, ha destacado (modificando, a nuestro parecer, la posición que defendía anteriormente: RESCIGNO, *Capacità di agire*, en *Noviss. Dig. it.*, II, Turín, 1958, p. 866) que el sistema del Código Civil italiano exige la capacidad legal de obrar incluso para los actos lícitos no negociales.

Este criterio se sustentaría en el hecho de que el 1er. párrafo del art. 2 cód. civ. requiere "la capacidad legal de obrar para todos los actos lícitos, con excepción de aquellos para los que se hubiere establecido expresamente una edad distinta"

4. Los requisitos del contrato según el art. 1325 cód. civ.

Con la nueva sistematización de la normativa sobre la forma, el legislador de 1942 ha pretendido aclarar las distintas funciones (sustanciales y probatorias) que pueden ser realizadas por la forma en el sistema de los contratos; estas funciones, cierta-

(RESCIGNO, *Atto giuridico*, cit., p. 3).

Sin embargo, el 1er. párrafo del art. 2 cód. civ., aunque ciertamente afirma que quien tiene capacidad de obrar puede llevar a cabo todos los actos (negociales o no negociales, sin distinción), no afirma, asimismo, que quien **no** tiene la capacidad de obrar **no pueda** realizar actos no negociales (en vista, igualmente, de lo dispuesto, justamente, en los arts. 2046 cód. civ. y 85 cód. pen.).

Sobre el tema hay referencias en ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 34 y MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín, 1907, pp. 710 y ss. Más ampliamente, en la doctrina italiana: MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1954, *passim*, y CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milán, 1958, *passim*. Cfr., asimismo, PANUCCIO, *La dichiarazione non negoziale di volontà*, Milán, 1959, pp. 179 y ss.

Téngase presente, igualmente, la objetiva dificultad que la doctrina ha tenido, y sigue teniendo, para clasificar algunas hipótesis concretas, cuya naturaleza de negocio jurídico o de acto en sentido estricto se presenta bastante problemática y ambigua. Esta situación, como es evidente, no puede no estar destinada a tener la misma relevancia en el tema de la capacidad de obrar, dadas las posiciones predominantes en la doctrina.

Ello ocurre, por ejemplo, con respecto a las discutidas figuras del cumplimiento de las obligaciones (del cual, sobre la base, principalmente, de lo dispuesto en el art. 1191 cód. civ., se ha llegado a sostener, quizá no del todo infundadamente, que tiene naturaleza de hecho jurídico: BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1946; para un panorama sobre las distintas teorías, cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, Milán, 1984, pp. 1-40), y con respecto a los denominados negocios jurídicos "de actuación" (al respecto, cfr. CAMPAGNA, *op. cit.*, cit., *passim*), y a los actos de administración (cfr. MESSINETTI, *L'atto di amministrazione nel diritto privato*, edición preliminar, Milán, 1974, pp. 31 y ss.).

En relación con estos últimos actos, es conocida la distinción (bastante clara desde el punto de vista teórico) entre actos de administración ordinaria (entre los que se acostumbra identificar a los actos destinados a la conservación del patrimonio) y

los actos de administración extraordinaria (que comprenden los actos que comportan una disposición del patrimonio, y que son proclives a tener una invariable naturaleza negocial).

Para los primeros, son capaces, con carácter autónomo, incluso aquellos que no tienen la plena capacidad de obrar (cfr. arts. 394 y 424 cód. civ.), es decir, los inhabilitados y los emancipados no autorizados para el ejercicio de la actividad empresarial; en cambio, para realizar actos de administración extraordinaria, siempre de manera autónoma, es necesario contar con la plena capacidad de obrar.

Ahora bien, fuera de las hipótesis en las que el acto de administración extraordinaria constituye un acto en sentido estricto (en cuyo caso el mismo menor de edad, capaz de entender y de querer, conforme a las enseñanzas predominantes en la doctrina, tendría la capacidad para llevarlo a cabo), no está claro (siempre en la doctrina) si para efectos de la distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria se debe considerar preeminente el aspecto **funcional** (que concierne, por lo tanto, a las finalidades que el acto pretende perseguir) o el aspecto **estructural** (que concierne a la naturaleza negocial o no del acto). Es cierto que en la práctica cotidiana existen actos de administración ordinaria –debido, justamente a que tienden a la conservación del patrimonio– que a pesar de tener naturaleza negocial, parecen poder ser realizados también, autónomamente, por los que no tienen una plena capacidad de obrar, como el inhabilitado, o el emancipado no autorizado para el ejercicio de la actividad empresarial (sobre este punto, cfr. BONFANTE, *Il concetto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato*, en *Riv. dir. comm.*, 1905, II, pp. 489 y ss.; TRABUCCHI, *Amministrazione (atti di)*, en *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Turín, 1957, pp. 554 y ss.; LOJACONO, *Amministrazione (atti di)*, en *Enc. del dir.*, II, Milán, 1958, pp. 152 y ss., y F. FERRARA, padre, *Amministrazione (atti di)*, en *Nuovo Dig. it.*, I, Turín, 1937, pp. 399-400, donde se puede apreciar una amplia y detallada relación de actos de administración ordinaria con naturaleza negocial). Por otro lado, el inhabilitado (mas no el emancipado) puede otorgar testamento, y este constituye, sin duda, un acto de disposición, y no, por lo tanto, un acto de administración ordinaria.

La exclusión (argumentada *ex* art. 591, inc. 1, cód. civ.) de la posibilidad de otorgar testamento para el emancipado, es por demás singular. Ello porque este se encuentra, sustancialmente, en la misma posición del inhabilitado (tal cual hace ver, fundadamente, BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, p. 148).

Queda por explicar, por último, si la incapacidad prevista en el art. 591, inc. 1, cód. civ., también opera, debido al sentido bastante amplio del 3er. párrafo del art. 397 cód. civ., frente al emancipado autorizado para el ejercicio de la actividad empresarial comercial, al cual se ha dado la posibilidad, justamente, de "realizar por sí solo los actos que exceden la administración ordinaria, incluso si extraños al ejercicio de la actividad empresarial". A nuestro juicio, lo dispuesto en el 3er. párrafo del art. 397 cód. civ. está destinado a prevalecer sobre el inciso 1 del art. 591 cód. civ.

Por otro lado, las modificaciones que la Ley n. 39 de 1975 ha aportado en la

institución de la emancipación conllevan novedades nada irrelevantes en materia de capacidad de obrar.

Al haberse bajado a los dieciocho años la adquisición de la mayoría de edad (cfr. art. 2, 1er. párrafo, cód. civ.) desaparece del sistema del Código Civil italiano la emancipación judicial y sólo queda en vida la emancipación de derecho (arts. 390 y siguientes cód. civ.). Ahora bien, teniendo en cuenta que "el menor queda emancipado de derecho con el matrimonio" (art. 390 cód. civ.), y que se puede permitir el matrimonio (por motivos graves, y según el texto y con los procedimientos establecidos en el 2do. párrafo del art. 84 cód. civ.) del que "ha cumplido dieciséis años", ello quiere decir que el individuo de dieciséis años (emancipado a consecuencia del matrimonio) puede cumplir, autónomamente, actos de administración ordinaria (sin embargo, sobre los problemas generados por estas dudosas figuras, cfr. lo que hemos referido, brevemente, en los párrafos anteriores). Además, cuando el menor emancipado es autorizado para el ejercicio de la actividad empresarial (en virtud de lo previsto en el art. 397 cód. civ.) adquiere, anticipadamente, la plena capacidad de obrar.

También hay que destacar, empero, que si bien el 1er. párrafo del art. 2 cód. civ. (en la versión vigente, que es posterior, por lo tanto, a la Ley n. 39 de 1975) reproduce (excepto en la distinta edad para la adquisición de la mayoría de edad) el 1er. y 2do. párrafos del art. 2 cód. civ. (según la versión original del Código Civil de 1942), el sistema de la capacidad de obrar (debido, justamente, a que la adquisición de la mayoría de edad tiene lugar con el cumplimiento de los dieciocho años) parece haber cambiado.

En el sistema original del Código Civil de 1942, la capacidad de obrar se adquiría, con carácter general, al cumplimiento de los veintiún años de edad, pero se permitía, entre otras cosas, que quien cumplía dieciocho años de edad celebrara contratos de trabajo (art. 3 cód. civ., abrogado por la Ley n. 39 de 1975), otorgara testamento (art. 591, inc. 1, cód. civ., ahora modificado por la Ley n. 39 de 1975), celebrara contratos relativos a obras del ingenio (cfr. el 2do. párrafo del art. 2580 cód. civ. y el art. 108 de la Ley de Derechos de Autor, abrogado y modificado, respectivamente, por la Ley n. 39 de 1975).

El sistema vigente (menos coherente que el anterior), en el 2do. párrafo del art. 2 cód. civ., que sustituye y modifica el art. 3 cód. civ. (ahora abrogado), por ejemplo, ya no prevé la capacidad de celebrar contratos de trabajo; afirma, más bien, que no se perjudican "las leyes especiales que establecen una edad inferior en materia de capacidad para prestar los propios servicios laborales. En tal caso, el menor está habilitado para el ejercicio de los derechos y acciones que dependen del contrato de trabajo".

Esta singular, y a nuestro juicio discutible, escisión (desconocida, como hemos visto, en el sistema original del Código Civil de 1942, que resultaba del art. 3,

ahora abrogado, e implícita en el 2do. párrafo del art. 2 cód. civ.) entre capacidad de celebrar el contrato y para prestar servicios laborales, y capacidad para ejercer los derechos y acciones que derivan de los mismos (discutible, porque no es fácil justificar, lógicamente, cómo es que el menor con capacidad de ejercer autónomamente derechos y acciones derivadas del contrato de trabajo, carezca de la capacidad de celebrarlo autónomamente), ha hecho surgir, por su ambigüedad, algunos problemas sobre el papel –si de asistencia o representación (en el primer caso, se trataría de una capacidad de obrar limitada del menor; en el segundo, de una incapacidad de obrar propiamente dicha)– que los padres o el tutor deben cumplir en la celebración del contrato de trabajo, para la cual el menor, según lo que se deduce del 2do. párrafo del art. 2 cód. civ., resulta incapaz –cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Nápoles, 1987, pp. 142-145, quien duda, fundadamente, que el menor de dieciocho años tenga necesidad de la mera asistencia (y no, asimismo, de la representación) del padre o tutor, y de que sólo tenga, por lo tanto, una capacidad contractual "limitada"; la capacidad para el trabajo, que se adquiere, por regla, a los quince años, parece constituir una capacidad jurídica especial (tal cual opina RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 122) que no debe confundirse con la capacidad de celebrar el contrato de trabajo, la cual se adquiere, en cambio, a los dieciocho años– y de la cual, en cambio, no es verdad que el emancipado sea capaz con carácter autónomo (cfr. CATTANEO, *Emancipazione*, en *Noviss. Dig. it.*, Apéndice, III, Turín, 1980, p. 330, quien propende, justificadamente a nuestro parecer, hacia la capacidad del emancipado de celebrar autónomamente el contrato de trabajo, que no parece ser, en realidad, un acto asimilable al acto de administración ordinaria).

Por otro lado, el emancipado no puede celebrar válidamente convenciones matrimoniales, si no es asistido "por los padres que ejercen la patria potestad sobre él, o por el tutor o por el curador especial nombrado en virtud del art. 90" (art. 165 cód. civ.).

Con todo, en el sistema actual, el individuo de dieciséis años no emancipado puede reconocer al hijo natural, y asentir a su propio reconocimiento (cfr. los párrafos 5to. y 2do. del art. 250 cód. civ.) con carácter autónomo (son conocidas, por lo demás, las dudas sobre la naturaleza, negocial o no, de dichos actos). Del mismo modo, y siempre con carácter autónomo, tiene la capacidad concerniente a negocios relativos a obras del ingenio (cfr. art. 108 de la Ley de Derechos de Autor, conforme a su versión actual).

Como se aprecia, la materia (y la normativa al respecto) no es para nada homogénea ni coordinada, y permite que surjan notables perplejidades.

Pero fuera de las hipótesis descritas, en el sistema del Código Civil italiano se presentan ulteriores interrogantes sobre la taxatividad del principio según el cual el menor no puede realizar negocios jurídicos definitivamente eficaces (y por lo tanto, del principio por el cual la capacidad de obrar constituye un presupuesto subjetivo indispensable del negocio jurídico).

Existen hipótesis en las que el menor de edad lleva a cabo un acto negocial que es

válido y eficaz para el ordenamiento jurídico. Tal es el caso de los engaños utilizados por el menor (art. 1426 cód. civ.). Como quiera que sea, si se tiene en cuenta el carácter "sancionatorio" (para el menor de edad) del principio de la no anulabilidad del contrato "si el menor ha ocultado, mediante engaños, su minoría de edad", se termina dando eficacia definitiva (y por lo tanto, validez), en los hechos, a un contrato celebrado por alguien desprovisto de la capacidad de obrar.

En la vida cotidiana, el menor de edad puede llevar a cabo –y de hecho lo hace– toda una serie de actos negociales "marginales" (a juzgar de la importancia económica de la transacción regulada en ellos), perfectamente válidos y eficaces. Ello ha inducido a algún autor (F. FERRARA, padre, *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1941, p. 50) a identificar, en estas hipótesis, una adquisición anticipada de la capacidad de obrar.

Desde esta perspectiva, es singular la interpretación del art. 322 cód. civ. que no hace mucho se ha vuelto a proponer. Sobre la base de dicho artículo, el acto (negocial, puesto que tal disposición prevé la posibilidad de que sea anulable) con contenido patrimonial realizado por el menor de edad, "nace y se mantiene válido, a menos que (y mientras no) sea impugnado por el mismo menor (al alcanzar la mayoría de edad), por sus herederos o sucesores a título universal o particular, o bien **a instancias de los padres que ejercen la patria potestad**... queda claro, de todas formas, que los actos impugnados pueden (y no necesariamente deben) ser anulados (según el art. 322 cód. civ.)" (BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, en *Il diritto della famiglia e delle persone*, 1982, p. 67).

A nuestro juicio, una vez admitido que el art. 322 cód. civ. se refiere a actos realizados por el menor de edad (y ya no, como creeríamos deducible, y como puede deducirse, del n. 170 de la *Relazione al Codice civile*, sólo a los actos realizados por los representantes y administradores del menor, en derogación de lo dispuesto en los artículos que preceden al mismo art. 322 cód. civ.) parecería ser más correcto hablar de negocio "temporalmente eficaz", en vez de de negocio válido, como ocurre en todos los negocios anulables.

Sobre el problema, en general, cfr. de lo reciente: SALVESTRONI, *Capacità di agire*, en *Teoria e pratica del diritto privato*, Nápoles, 1988, pp. 11 y ss.

Y no se puede pasar por alto que en el 1er. párrafo del art. 1389 cód. civ. se establece que "cuando la representación es conferida por el interesado, basta para la validez del contrato celebrado por el representante que este tenga la capacidad de entender y de querer, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato mismo, y siempre que el representado sea legalmente capaz". Sin embargo, también se puede producir el caso en que un contrato, aun si llevado a cabo por un incapaz de entender o de querer, termine siendo perfectamente válido (en virtud del 2do. párrafo del art. 428 cód. civ., debido a la importancia que se atribuye, en esta norma, y para efectos de la anulabilidad, a la **mala fe** del otro contratante).

También es ambiguo, por otro lado, el uso mismo del término "capacidad", al que el ordenamiento recurre, a veces, con fórmulas no análogas a la contenida en el art. 2 cód. civ. (cfr. art. 323 del Código Civil de 1865), donde se define la capacidad de obrar como **capacidad para realizar actos**. Así ocurre, por ejemplo, en el 3er. párrafo del art. 1444 cód. civ. (en materia de convalidación del negocio anulable; sobre la naturaleza no negocial de esta institución, cfr., en cambio, nuestro trabajo *Il c.d. recupero del negozio invalido*, cit., pp. 26-32), en el 1er. párrafo del art. 1966 cód. civ. (en materia de transacción), y en el art. 2731 cód. civ. (en materia de confesión, cuya naturaleza negocial es, por lo demás, dudosa).

En estos dos últimos artículos se hace referencia, respectivamente, a la capacidad de disponer de los derechos que constituyen objeto de la litis (1er. párrafo del art. 1966 cód. civ.; análoga era la disposición del art. 1765 del Código de 1865), o a los cuales se refieren los hechos confesados (art. 2731 cód. civ.; el art. 1361 del Código de 1865, remitiéndose parcialmente al art. 1104, establecía que "para producir sus efectos, la confesión debe ser realizada por personas capaces de obligarse").

En el 3er. párrafo del art. 1444 cód. civ., el legislador introduce una fórmula ulterior, y menos fácil de descifrar, en la que establece que "la convalidación no tiene efecto si el que la realiza no está en condición de celebrar válidamente el contrato". Pero si de la falta de capacidad prevista en el 3er. párrafo del citado artículo se deduce la ineficacia de la convalidación, es evidente que la capacidad a la que se alude en dicha norma sólo puede ser la capacidad de obrar. En efecto, si se tratase de esta última, su ausencia debería dar como consecuencia la anulabilidad de la convalidación. Como sabemos, sin embargo, un negocio anulable es inmediatamente, aunque no definitivamente, eficaz.

Además, lo dispuesto en el 3er. párrafo del art. 1444 cód. civ. también trae a colación la cuestión de la naturaleza, presumiblemente negocial, de la convalidación, con respecto a la cual parece existir unanimidad en la doctrina, aunque, a nuestro juicio, sin fundamento (sobre este punto, cfr. nuestro trabajo *Il c.d. recupero del negozio invalido*, cit., pp. 26 y ss.).

Ahora bien, tanto en esta última hipótesis cuanto en las reguladas en los artículos 1966 y 2731 cód. civ., nosotro creemos (distintamente de lo afirmado por la doctrina predominante) que el legislador ha querido aludir, más bien, a un fenómeno de titularidad o de legitimación, y no a un fenómeno de capacidad de obrar.

En el art. 2731 cód. civ. se prevé, en efecto, la **ineficacia** de la confesión (cuya naturaleza, como hemos anotado, es dudosa) si esta proviene de persona privada de la capacidad requerida en la misma norma. Y si en el 1er. párrafo del art. 1966 cód. civ. se hiciera referencia a la capacidad de obrar, esta norma resultaría superflua, dado que en el art. 1965 cód. civ. se define la transacción, expresamente, como contrato.

Además, el 2do. párrafo del art. 1966 cód. civ., donde se afronta, no por casualidad, el tema de la disponibilidad de los derechos objeto de la litis por parte de los contratantes, nos parece brindar más que un indicio sobre el alcance del mismo 1er. párrafo (conforme a este parecer, con referencia al 1er. párrafo del art. 1966

cód. civ., y al art. 2731 cód. civ., cfr. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 208; en cambio, SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 97, considera que en el 1er. párrafo del art. 1966 cód. civ. se hace referencia tanto a la capacidad de obrar cuanto al poder de obrar.

Una última consideración se impone con respecto al problema de la incidencia de la llamada **capacidad para adquirir** en el fenómeno negocial.

Esta es una institución que surge, desde un punto de vista más inmediatamente práctico, y sobre todo, a partir de la consideración de su aspecto negativo, de **incapacidad de adquirir**, que está expresado, como tal, en el Código Civil y en las distintas leyes, con una pluralidad de fórmulas no homogéneas (ejemplos normativos pueden identificarse, por ejemplo, en lo que disponen el arts. 87 concordado con el 117 cód. civ., y asimismo, los arts. 596-598, 779, 1395, 1471 cód. civ., el 2do. párrafo del art. 1735 cód. civ., los arts. 2357, 2361, 2624 cód. civ., y el art. 3 de la Ley n. 67 de 1987).

Se trata, igualmente, de una institución que la doctrina parece haber tratado siempre con parsimonia y recelo.

La verdad es que ello no debe llamar la atención, dada, en efecto, la ambigüedad de la fórmula y la consiguiente dificultad de configurar un contenido unitario para la misma.

Se explica, por lo tanto, por qué en el uso corriente, los problemas de la llamada **incapacidad para adquirir** han sido explicados como casos de ausencia de legitimación o de poder de disponer, de incapacidad de disponer, de incapacidad jurídica relativa o de incapacidad de obrar especial.

Si se pudiese expresar una definición abstracta de la institución, deberíamos afirmar que la **incapacidad para adquirir** constituye, con carácter general, un impedimento (por parte del ordenamiento jurídico estatal) para que el sujeto entre a formar parte de una relación particular, o para que devenga titular de específicas situaciones subjetivas (o para que, si devenirlo, el sujeto esté subordinado a autorizaciones, al transcurso de ciertos plazos, o al respeto de ciertos límites objetivos).

En el tejido normativo, la realización concreta de tales impedimentos se manifiesta a través de una prohibición que ataca el acto que sería permitido por la referida adquisición.

Ahora bien, frente a hipótesis de este tipo, el fenómeno que se presenta en ellas puede ser explicado en clave **objetiva**, o bien en clave **subjetiva**.

En clave **objetiva**, se centraría en la naturaleza ilegal (por ser contrario a un norma imperativa) del acto que infringe la prohibición.

Desde esta perspectiva, si la sanción de la nulidad parece ser la comúnmente aplicable, la sanción de la anulabilidad sigue siendo compatible, en atención a lo dictado en el 1er. párrafo del art. 1418 cód. civ., donde no se descarta que la infracción de normas imperativas pueda dar lugar a sanciones distintas de la nulidad.

Es singular, por otro lado, la hipótesis referida en el art. 2357 cód. civ., en la cual

mente, no estaban expresadas de modo explícito en los arts. 1313 y 1314 del Código Civil de 1865[70], y resultaban indirectamente complicadas, a nuestro juicio, por la confusión entre las instituciones de la nulidad y la rescisión, suscitada por los arts. 1300 y siguientes de aquel Código.

---

la sanción no es la invalidez (nulidad o anulabilidad de la adquisición de acciones por parte de la misma sociedad que las ha emitido, en infracción de los límites objetivos indicados).

El acto de adquisición entre sociedad y terceros es válido, pero se impone a la sociedad adquirente una alternativa consistente en un *facere*: o transferir, dentro de un año de la adquisición, las acciones, o anularlas y reducir el capital social (cfr. el 4to. párrafo del art. 2357 cód. civ.).

La explicación del fenómeno en clave **subjetiva** se centra en la consideración de las limitaciones que, a consecuencia de la prohibición, inciden en la **idoneidad** del sujeto para cumplir el acto. En tal sentido, se ha hablado de defecto de **legitimación** (cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 235-236, y FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939, pp. 184 y ss.), otras veces se ha recurrido a la idea de una **incapacidad jurídica relativa**, o bien, dependiendo de los casos, a una **incapacidad para obrar especial** (cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 26 y ss.; para una aplicación de estas dos categorías al art. 1471 cód. civ., cfr. nuestro trabajo *La vendita in generale*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Pietro RESCIGNO, vol. 11, Turín, 1984, pp. 188-192.

Pero la diversidad de las fórmulas de las cuales emerge la prohibición de la adquisición ("no pueden", "no es permitido", "es nulo"), la falta de homogeneidad de las consecuencias que se derivan de la violación de la prohibición (nulidad, anulabilidad, la validez misma del acto, con deber de un *facere*), y la variedad de la *ratio* en que se funda esta llamada "incapacidad para adquirir" (que a veces es la consideración de la función pública propia del sujeto "incapaz"; otras, la consideración de la particular posición en la que este último se encuentra frente a otro sujeto; otras, la protección de un interés general, o la protección de terceros, inclusive), hacen, en conjunto, que no sea aconsejable resumir en la categoría de la **capacidad** (o **incapacidad**) para **adquirir** (que sólo en apariencia está destinada a ser unitaria) las distintas formas y los distintos modelos de impedimentos que emergen del esquema normativo.

(70) En el Código Civil de 1865, la exclusión del requisito de las formalidades en el art. 1104, y la previsión del art. 1314 cód. civ. (sobre este punto, cfr. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padua, 1934, p. 165), ubicado en la normativa sobre las pruebas de las obligaciones, quizá podrían explicarse por la naturaleza

Con el art. 1325 cód. civ., por lo tanto, cambia el sistema del Código de 1865 (art. 1104) y del *Code Napoléon* (art. 1108)(*), al incluirse la forma entre los requisitos del contrato (art. 1325, inc. 4, cód. civ.), y ello, precisamente, "cuando resulta que así lo prescribe la ley, bajo sanción de nulidad" (véase, igualmente, el art. 1418 cód. civ.).

Sin embargo, hay que destacar que el Código Civil de 1865, sobre todo con respecto a los bienes inmuebles, contenía una

---

esencialmente obligatoria del contrato (cfr., arts. 1099-1100 del Código de 1865). Interpreta correctamente, en sentido sustancial (y no meramente probatorio), la forma requerida en el art. 1314 del Código de 1865: Osti, *Forma (negli atti)*, en *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Milán, 1923, p. 207. No era casual que en el art. 1104 se previera, entre "los requisitos esenciales para la validez de un contrato, una causa lícita **para obligarse**". Tampoco era casual que para la donación, definida como "un acto de espontánea liberalidad, con el cual el donante se despoja actualmente e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta" (art. 1050 del Código de 1865), se previera la forma solemne, bajo sanción de nulidad (art. 1056 cód. civ.).

[*Ad. del T.*] Código Civil italiano de 1865:

"1104. Los requisitos esenciales para la validez de un contrato son
La capacidad de contratar;
El consentimiento válido de los contratantes;
Un objeto determinado que pueda ser materia de convención;
Una causa lícita para obligarse".

"1314. Deben realizarse por acto público o por escritura privada, bajo sanción de nulidad
1. Las convenciones que transfieren propiedad de inmuebles o de otros bienes o derechos pasibles de hipoteca, sin perjuicio de las disposiciones relativas a las rentas sobre el Estado. [...]" (se transcribe sólo la parte pertinente).

(*) [*N. del T.*] Código Civil francés (1804):

"Art. 1108. Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención (*convention*):
El consentimiento de la parte que se obliga;
La capacidad de contratar;
Un objeto cierto que forme la materia del trato (*engagement*);
Una causa lícita en la obligación" [*N. del T.*].

norma en particular (art. 1314) que imponía la redacción por escrito, bajo sanción de nulidad, de numerosos actos.

La idea que constituye la base de la decisión del legislador de 1942 encuentra su justificación en la *Relazione al Codice civile* (n. 617), donde se aclara que "en lo concerniente al aumento de la categoría de los actos que requieren inscripción registral se ha ampliado el número de los actos sometidos a la solemnidad de la forma escrita". Sin embargo, la forma escrita no era del todo extraña en el sistema del Código Civil de 1865, y no parece constituir, en el sistema del nuevo Código, una atenuación ulterior del denominado principio de la libertad de la forma, que parece ser, pero que a nuestro juicio no es, "la regla en el derecho italiano"[71].

Por otro lado, aun de ser considerada como extensión de la normativa de los contratos (art. 1324 cód. civ.) a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial –y no patrimonial (como se destaca en la *Relazione al Codice civile*, n. 604)– no parece ser proponible para estos la aplicación indiscriminada del principio (referido en el art. 1325, inc. 4, cód. civ.) en virtud del cual, en la hipótesis de previsión normativa de una determinada forma, la ausencia del requisito formal comporta siempre, y necesariamente, la nulidad del acto; la razón de ello es la distinta

(71) Para las tendencias predominantes en la doctrina civilista sobre este punto, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 136. Fundadas reservas y críticas con respecto la vigencia de dicho principio pueden verse, sin embargo, en SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 422-425, e IRTI, *Idola libertatis*, Milán, 1985, pp. 17 y ss. Para referencias sobre el sistema de las formalidades en las experiencias francesa, alemana y anglosajona, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, en *Enc. del dir.*, XVII, Milán, 1968, pp. 994-995, y SACCO, *op. cit.*, cit., pp. 426-428.

naturaleza (negocial y no negocial) que tales actos pueden tener en concreto[72].

En lo concerniente a la forma voluntaria, prevista en el art. 1352 cód. civ. (que constituye una novedad del Código de 1942), me parece que se debe compartir la opinión que ha destacado que la invalidez referida directamente en la norma citada "no pertenece al tipo de **nulidad** trazado por el legislador, en atención a que únicamente puede ser hecha valer por la parte interesada, que, por ello, puede renunciar a la misma, así como puede dar ejecución al contrato"[73].

En lo relativo al derecho sucesorio, y en relación con el testamento "el legislador emplea expresiones (**nulo**, **nulidad**) de las cuales se deduce la inserción de los defectos formales en el sistema de la **nulidad**", pero "en otros negocios de derecho sucesorio (en la aceptación o renuncia de herencia, por ejem-

---

(72) En esta línea de pensamiento: PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Nápoles, 1987, *passim*, en especial, pp. 117 y ss., y nuestro trabajo *Forma e autonomia negoziale*, en *Quadrimestre*, 1987, pp. 313 y ss.; con otros argumentos, cfr. IRTI, *Idola libertatis*, cit., pp. 12-14. En sentido contrario: Corte de Casación Civil italiana, sent. n. 1922, del 27 de marzo de 1982, en *Rep. Foro it.*, s.v. *Lavoro (rapporto)*, n. 1599.

(73) GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1003. Recurre al concepto de **inexistencia**, en cambio, GENOVESE, *Le forme voluntarie nella teoria dei contratti*, Padua, 1949, pp. 69 y ss. Más rigurosa parece ser la jurisprudencia, que tiende a recurrir al concepto de **nulidad**. Por otro lado, la presunción relativa a la validez del contrato (señalada en el art. 1352 cód. civ.) constituye una simple presunción interpretativa (según opina SACCO, *Il contratto*, cit., p. 434). En efecto, la fórmula del art. 1352 cód. civ. es ambigua y "deja sin resolver muchas interrogantes" (siempre de acuerdo con SACCO, *op. ult. cit.*, p. 434). Por lo demás, la *Relazione al Codice civile* (n. 617) aclara, más bien, que el pacto (regulado en el art. 1352 cód. civ.) para adoptar una forma determinada para la celebración de un futuro contrato debe considerarse "dirigido hacia un fin constitutivo, contrariamente a buena parte de la doctrina, pero adoptando una solución conforme al derecho romano".

plo), y en los de derecho familiar, el lenguaje del legislador puede ser distinto, de modo tal que la prescripción de forma *ad substantiam* tiene que ser determinada sin recurrir al sistema de la nulidad"[74].

Como es sabido, el sistema de las formalidades del Código Civil italiano prevé formalidades **obligatorias** o **necesarias** (que a veces son erróneamente entendidas como formalidades requeridas *ad substantiam*, cuya ausencia produce la nulidad, conforme a lo previsto en el art. 1325, inc. 4, cód. civ.), y formalidades *ad probationem*, que cumplen, justamente, la función de medios de prueba[75].

Pero la división del sistema de las formalidades que se adopta en los manuales italianos (que es compartida, igualmente, por la doctrina), en una forma requerida para la prueba (*ad probationem*), por un lado, y forma (escrita) exigida como requisito para la validez del negocio (*ad substantiam*), por otro, es "insuficiente, y carente de precisión"[76], y hace referencia a "problemas radicalmente distintos"[77], con el riesgo de generar confusiones.

En efecto, cuando se hace referencia a la forma requerida *ad probationem*, "estamos hablando, en realidad, de la forma de la prueba, y no de la forma del acto"[78]; o bien se está poniendo

---

(74) GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*. El ilustre autor destaca que en esta materia encuentra frecuente aplicación el concepto de **existencia**.

(75) Al respecto, cfr. por todos, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 160 y ss.

(76) SACCO, *Il contratto*, cit., p. 428.

(77) IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 64.

(78) SACCO, *Il contratto*, cit., p. 428.

en evidencia, como se ha destacado hace poco, "un aspecto **funcional** (para qué sirve la formalidad del negocio)"[79]. En oposición, cuando nos referimos a la formalidad *ad substantiam*, estamos considerando, principalmente, "un aspecto **estructural** (cómo debe ser la forma del negocio)"[80], o mejor aun, de integridad de la estructura del negocio. Por otro lado, se debe precisar que "cuando se habla de formalidad necesaria *ad substantiam* se menciona la parte por el todo. Se debería hablar de formalidad doblemente necesaria, para la validez y para la prueba"[81], en vista de que la formalidad, cuando es requerida *ad substantiam*, si bien es un elemento de la estructura del negocio y tiene importancia para efectos de la validez este, no puede dejar de tener, igualmente, una indirecta función probatoria (véase el 2do. párrafo del art. 2725 cód. civ.)[82].

Por otro lado, la tendencia a hacer coincidir la idea de formalidad *ad substantiam* con la idea de formalidad obligatoria[83], no parece ser de compartir. Porque aunque sea cierto que la

(79) IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 64.

(80) *Ibid.*, *loc. ult. cit.*

(81) La puntualización es de SACCO, *Il contratto*, p. 429. De distinta opinión es IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 87.

(82) SACCO, *Il contratto*, *loc. ult. cit.* Sobre el problema de la forma, cfr. también, y en general: TALAMANCA, *Forma degli atti*, en *Enc. Forense*, III, Milán, 1958, pp. 810 y ss; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, en *Noviss. Dig. it.*, XII, Turín, 1961, pp. 563 y ss.; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padua, 1969, *passim*; y nuestro trabajo *La forma nell'atto non negoziale*, en *Quadrimestre*, 1986, pp. 329 y ss.

(83) Sobre este punto, para referencias de doctrina y jurisprudencia, cfr., entre lo más reciente, nuestro trabajo *La forma nell'atto non negoziale*, cit., *loc. cit.* De esta opinión también nos parece PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., en particular, pp. 120 y ss. Este autor destaca, además, que en el 1er. párrafo mismo del art. 1418 cód. civ. se establece que no todo contrato contrario a normas imperativas debe ser siempre, y necesariamente, nulo (*ibid.*, p. 25).

forma *ad substantiam* constituye una forma necesaria, y por lo tanto, ***obligatoria***, no es verdadero lo contrario. En efecto, no todas las formas **obligatorias** o **necesarias** tienen que ver con un problema de **integridad** de los elementos de la estructura del negocio, y por lo tanto, no todas ellas plantean un problema de nulidad del negocio específico, cuando estén ausentes en el mismo.

Desde esta perspectiva, el legislador mismo aporta una detallada gama de soluciones distintas de la sanción de la nulidad; ello significa que las formalidades **obligatorias** requeridas no siempre conciernen a un aspecto estructural(84).

Existen, en efecto, hipótesis de formalidades obligatorias cuya ausencia da lugar a la anulabilidad (arts. 1352 cód. civ., y 606, 2do. párrafo, cód. civ.); en otros casos, la forma obligatoria es requerida para efectos de complementación, publicidad, regularización (véase el art. 2296 cód. civ., con respecto al art. 2251 cód. civ.), a los cuales es ajeno, evidentemente, un problema de integridad estructural del negocio(85).

(84) Sobre la distinta manifestación de la relación entre "forma" y "contenido" en el negocio jurídico y en el acto en sentido estricto, respectivamente, cfr. nuestro trabajo *Forma e contenuto negli atti giuridici*, en *Riv. dir. comm.*, 1990, I, pp. 1-17.

(85) Sobre este punto, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, pp. 990-993, 997-998, quien destaca, asimismo, que en el ámbito del derecho sucesorio, la ausencia de forma en ciertos negocios (renuncia o aceptación de herencia) haría referencia a un problema de **existencia** y no de validez (*ibid.*, p. 997). Para la aceptación expresa de herencia las formas a las que se alude el art. 475 cód. civ. tendrían un mero valor descriptivo, y a lo sumo, una función genéricamente probatoria; por otro lado, el art. 519 cód. civ., en materia de renuncia de herencia, parecería establecer una forma sustancial. Análogas consideraciones, en el sistema del Código Civil italiano de 1865, en OSTI, *Forma (negli atti)*, cit., p. 205.

En conclusión, creemos que el sistema de las formalidades cumple diversos objetivos con respecto al negocio.

Sobre el objeto del contrato (y más en general, sobre el objeto del negocio jurídico), hay que decir que la nueva sistematización del Código Civil suscita cierta perplejidad.

En el Código Civil de 1865 se hacía coincidir el concepto de "objeto del contrato" con el concepto de "cosa" (que "estuviera en el comercio")[86].

El antiguo art. 1116 brindaba una explícita definición de la institución al afirmar que "sólo las cosas que están en comercio pueden formar objeto de contrato", y ello era coherente con la definición de objeto del derecho, prevista, en particular, con referencia al derecho de propiedad, en el art. 406, y con el papel reservado al contrato (así como al testamento), en el libro III del Código de 1865, de instrumento de circulación de la propiedad y de los derechos sobre las cosas.

Ya frente a estos datos normativos, una parte de la doctrina, que probablemente no tenía en cuenta que en el ámbito de las transacciones se estaba imponiendo todo un conjunto de ***bienes*** que no podían asimilarse ni subsumirse en el concepto de cosa (entendida, como es usual, como parte separada de la realidad material), pretendió identificar el objeto del contrato en la prestación o prestaciones comprometidas en el contrato, y no en el bien comprometido en este (o en aquellas).

---

(86) El art. 1126 del *Code Napoléon* sigue afirmando que "*Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire*". [*Ad. del T.*] Dice: "Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o a no hacer".

Desde tal perspectiva, por ejemplo, la definición de la compraventa, contenida en el art. 1447 cód. civ. ("la compraventa es el contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio de esta"), permitía afirmar, justamente, que "el objeto de una compraventa consta, globalmente, de la prestación (transferencia de propiedad o entrega) de la cosa o de la prestación del precio, o bien de las obligaciones de *praestare* (dar) la cosa y el precio, respectivamente, tal cual las contemplan las partes en su contrato"[87].

Por otro lado, y distintamente, los arts. 59 y siguientes del Código de Comercio parecían hacer referencia, con respecto a la compraventa comercial, a una idea de objeto identificada como el precio y las mercaderías vendidas; ello concordaba más con la definición de objeto del contrato señalada en el Código Civil (art. 1116), que con la deducible de la definición de compraventa (art. 1447).

Es probable que esta situación de incertidumbre surgida en la doctrina, en torno de la idea de objeto del contrato condicionara al legislador de 1942, el cual, sin embargo, y a diferencia de lo hecho por el legislador de 1865, prefirió no definir el objeto del contrato.

El actual art. 810 cód. civ. (*grosso modo* correspondiente con el art. 406 del Código de 1865) parece brindar una definición con alcance general sobre el "bien" en sentido jurídico (que

(87) REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 27. Sobre el problema del objeto del contrato en el sistema del Código Civil de 1865 cfr. también GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Florencia, 1907, pp. 379 y ss., y PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, 2, *Dei contratti in generale*, Padua, 1939, pp. 73 y ss.

estaría desvinculada, en apariencia, del derecho de propiedad, porque no podía seguir haciendo referencia a este); en la norma se afirma que "son bienes las cosas que pueden constituir objeto de derechos".

Sin embargo, nosotros somos de la idea de que en el art. 810 cód. civ. no se puede, y no se quiere, brindar una definición general del concepto de bien en sentido jurídico. Por tratarse del artículo inicial del tercer libro del Código Civil, esta norma debe hacer referencia, forzosamente, al concepto de "cosa", porque los bienes, involucrados en las instituciones reguladas en este libro del Código Civil, son **cosas**.

Y entonces, al menos para tener una idea sobre la variedad de los bienes, si no una teoría jurídica de estos, es necesario complementar la definición del art. 810 cód. civ. con otras referencias del mismo texto legal.

Dado que el contrato expresa una regulación de intereses, y dado que el bien, incluso en sentido jurídico, constituye el punto de referencia objetivo del contrato, es la normativa sobre los contratos, por la variedad de los intereses que están presentes en ella, y por la variedad de su regulación, la que ofrece, ni más ni menos, toda una serie de elementos útiles para trazar un panorama más amplio y adecuado (a la realidad económica) sobre los bienes en sentido jurídico.

Los arts. 1346 a 1349 cód. civ., dedicados al objeto del contrato, ya no hacen referencia al concepto de "cosa" (como ocurría en los correspondientes artículos del Código Civil de 1865), sino al concepto de "prestación"; ahora la cosa deviene objeto de la prestación (cfr. art. 1348 cód. civ., pero también el art.

1316 cód. civ.)[88]; y la prestación, a su vez, es objeto de la obligación (cfr. art. 1174 cód. civ.).

Si luego pasamos a considerar el esquema contractual más tradicional y difundido en la práctica, es decir, el de la compraventa, nos encontramos frente a una situación, en cierta forma, paradójica.

En el art. 1470 cód. civ., que innova el dictado legislativo sobre la definición de la compraventa, se han resuelto las incertidumbres que existían en torno de la naturaleza de este contrato.

Con el Código Civil de 1942, la obra de espiritualización de la *traditio* (iniciada siglos atrás), es decir, la "íntima compenetración del **acto traslativo** y del contrato consensual"[89], parece haber quedado finiquitada.

En la compraventa, en particular, así como en los contratos que tienen (según el *incipit* del art. 1376 cód. civ.) como **objeto** la **transferencia** de la propiedad o de otro derecho, se afirma, en definitiva, el principio de la eficacia real, y ya no meramente obligatoria; así se disipan las ambigüedades que se generaban con el Código de 1865, a causa de los contradictorios dictados de los arts. 1098 y 1125 (en materia de contrato en general), y de los arts. 1447 y 1448 (en materia de compraventa).

---

(88) Ello ha inducido a algún autor (DE NOVA, *L'oggetto del contratto: Considerazioni di metodo*, en *I contratti di informatica*, cit., pp. 22-25) a tomar partido por aquellas teorías (y en esta línea argumental, cfr. por ejemplo, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Turín, 1980, pp. 173-176) que consideran las prestaciones comprometidas como **objeto** del contrato.

(89) GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 550.

En el actual art. 1470 cód. civ. (donde se reproduce el dictado del art. 1376) la compraventa es definida como el contrato "que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de la cosa o la transferencia de otro derecho a cambio del precio, que es la contrapretación".

Sobre la base de esta definición, entonces, el objeto de la compraventa sería la **transferencia** del derecho de propiedad (o de otro derecho) a cambio del abono de un precio (una fórmula, acaso no disímil, parece presentarse, asimismo, en la definición del contrato de comisión contenida en el art. 1731 cód. civ.); ya se trata de la cosa (o el derecho), ni del precio comprometido en el contrato.

Sin embargo, da la impresión de que la solución legislativa adoptada en el actual art. 1470 cód. civ. se hallara en contradicción con una disposición posterior (art. 1472 cód. civ.), donde se recurre, a propósito de la compraventa de cosa futura, a la fórmula "en la compraventa que tiene por objeto una cosa futura", y se indica, entonces, que el objeto en este tipo de compraventa es la cosa (y más precisamente, la cosa futura) y no la **transferencia** (a la que sí se refiere el art. 1470 cód. civ.). En resumen, parece que el art. 1472 cód. civ. se inspirara, por un lado, en el art. 1118 del Código de 1865 y en la idea del objeto del contrato entendido como la cosa pactada en este; por otro lado, empero, se aparta de la definición general de **cosa futura** contenida en el art. 1348 cód. civ., que al definir las cosas **futuras** recurre, ni más ni menos, a la idea de la "prestación de cosas futuras".

A la "cosa" (si bien desde el punto de vista de su uso y disfrute) se hace referencia en el art. 1571 cód. civ., por ejemplo, donde se define el contrato de arrendamiento.

Más ambiguas parecen ser las soluciones adoptadas en la definición de otras figuras contractuales. Así, en el art. 1678 cód. civ., al definirse el contrato de transporte, si bien no se alude al objeto, se hace mención (además de las personas) a las cosas y a una prestación (el traslado de dichas cosas); lo mismo sucede en el art. 1766 cód. civ. (en materia de contrato de depósito), donde se hace referencia a la cosa y a la prestación (identificada, esta última, en los deberes de custodia y restitución); en el art. 1813 cód. civ. (contrato de mutuo) se hace referencia, igualmente, a la cosa y al deber de restitución de la misma.

La incertidumbre y el carácter contradictorio de los que el legislador ha hecho gala en esta materia (que, además, a veces define de manera explícita y directa el objeto, y otras veces parece querer aludir indirectamente a este), y el empleo de fórmulas sin duda ambiguas, ha terminado favoreciendo la confusión de problemas diferentes entre sí, y que, como tales, deben ser considerados distintos. Valgan, como ejemplo, el art. 1364 cód. civ., que hace referencia, con toda la carga de ambigüedad que conlleva el término, a los **objetos** "sobre los cuales las partes se han propuesto contratar" (coherente con el sistema al que pertenecía, es, en cambio, el correspondiente art. 1138 del Código de 1865, que hacía referencia a las **cosas** "sobre las cuales parece que las partes se han propuesto contratar"), y sobre todo, el art. 1369 cód. civ., que en materia de interpretación de expresiones negociales con varios sentidos, hace referencia, no sólo a la **naturaleza** del negocio, sino también a su "objeto", pero a nuestro juicio, pretende aludir con este último término más bien al **contenido** (véase el correspondiente art. 1133 del Código de 1865, que se refiere a la "materia del contrato"). Y hay que tener en cuenta, de igual modo, el art. 1429 cód. civ., en cuyo primer inciso se hace referencia al objeto, con respecto a la prestación,

con lo que se hace legítima la pregunta sobre si el tema del objeto del contrato debe enlazarse, con autónoma fisonomía, con el tema del objeto de la prestación.

De esta forma, el tema del objeto del negocio ha terminado confundiéndose con el del contenido del negocio(90), o con el tema de las prestaciones específicas (que son objeto, a su vez, de las obligaciones), eventualmente previstas en la regla negocial para la satisfacción de los intereses que su autor o autores se prometen realizar de forma recíproca mediante ella; o bien se confunde, y principalmente, a nuestro juicio, con los aspectos funcionales y con la producción de efectos del negocio jurídico mismo.

Así se explica por qué el problema de la causa ha asumido un papel preeminente en la reflexión y atención de la doctrina italiana, con lo que quizá se han terminado reduciendo, ni más

(90) En cuanto a la autonomía teórica y práctica del concepto de **contenido** del contrato en su relación con el tema del **objeto** (y más en general, sobre las análogas problemáticas en la teoría del negocio jurídico) cfr. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, p. 376, y principalmente, la importante monografía de CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milán, 1966, *passim*. Sobre el mismo punto, cfr. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale* (civil law), en *Jus*, 1953, pp. 289 y ss. (quien sostiene la inutilidad de una teoría del objeto); CARRESI, *Il contenuto del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 1963, I, pp. 365 y ss.; CANNATA, *Oggetto del contratto*, en *Enc. del dir.*, XXIX, Milán, 1979, pp. 8 y ss.; IRTI, *Oggetto del negozio*, en *Noviss. Dig. it.*, XI, Turín, 1965, pp. 799 y ss. La polisemia del término "objeto" es puesta en suficiente evidencia por las dificultades que la doctrina ha encontrado al dar una definición del mismo: MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, en *Enc. del dir.*, IX, Milán, 1961, pp. 836-839, y SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 473 y ss. En el mismo sentido se había pronunciado REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., pp. 24-27. Más recientemente: ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Turín, 1985, pp. 105 y ss., y GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Nápoles, 1987, pp. 113 y ss. Sobre este punto, cfr. también nuestro trabajo *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, cit., pp. 9 y ss.

ni menos, los márgenes del tema del objeto del negocio jurídico; distintamente de lo ocurrido para el tema del objeto de las situaciones jurídicas subjetivas (y del derecho subjetivo, en primer lugar) cuyos distintos aspectos y significados sí han tenido oportunidad de ser profundizados con loable inistencia por la doctrina.

Específicamente, la doctrina se ha visto dividida entre los que consideran como objeto del negocio el bien comprometido en el mismo[91] (en la compraventa, por ejemplo, la serían la cosa o derecho y el precio)[92], y los que han intentado difíciles (pero no del todo satisfactorias) exposiciones interpretativas, o bien una solución adhesiva al dictado legislativo.

---

(91) Así opinaba, por ejemplo, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 14-16. Sustancialmente conforme parece BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 79 y ss., quien prefiere, sin embargo, hablar de intereses, y no de bienes "porque también estos, según la consideración de la conciencia social que el derecho hace propia, son siempre valorados con referencia a los sujetos, y en relación con su específica aptitud para satisfacer las necesidades de la vida de relación"(p. 80). Esta línea de pensamiento es compartida por RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 331, quien define como objeto del negocio "la cosa o comportamiento que es materia del intercambio, promesa u otorgamiento"; también, GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 103-105, y precedentemente, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 132; del mismo modo: MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, Milán, 1968, p. 136. El parecer es seguido, sustancialmente, por CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 607-610.
Prefieren hacer referencia al contenido: R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO-PASSARELLI, Milán, 1980, pp. 133 y ss., y BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milán, 1984, pp. 313 y ss.

(92) Para la compraventa, en el sentido señalado, cfr. RUBINO, *La compravendita*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, Milán, 1962, p. 75; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Turín, 1986, p. 762; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 476; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 769.

Así, con respecto a la compraventa, por ejemplo (que se presenta como la institución más representativa, en atención a su importancia y a la inconformidad que el intérprete experimenta frente a las soluciones adoptadas por el legislador de 1942), se ha sostenido autorizadamente[93], sobre la base de la noción contenida en el art. 1470 cód. civ., que es posible distinguir entre **objeto inmediato** (es decir, la transferencia de la propiedad) y **objeto mediato** "y más precisamente el bien objeto de la transferencia"[94]. Otros autores, adecuándose al lenguaje del legislador (pero desde una perspectiva que no se aleja en mucho de la anterior), han destacado que en relación con los derechos de uso y disfrute o con las prestaciones creditorias, el objeto designa el bien, pero que con respecto al contrato designa "el conjunto de los resultados previstos"[95], y que "conforme a este último sentido, el objeto indica el conjunto de los hechos, modificaciones materiales y efectos jurídicos que componen el programa contractual, o en otros términos, el orden de los resultados finales que el contrato pretende realizar"[96].

El objeto indicaría, entonces, "los resultados programados"[97] por las partes (que a lo mejor es una fórmula para afir-

(93) Cfr. Salv. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO-PASSARELLI, Milán, 1960, pp. 61 y ss. No disímil es la posición de ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Turín, 1955, p. 66; ID., *La vendita*, Turín, 1958, pp. 99 y ss.

(94) Salv. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, cit., p. 61.

(95) BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1972, p. 4.

(96) *Ibid., loc. cit.*

(97) *Ibid.*, p. 21. Conforme al criterio que nosotros no compartimos, también se pronuncia, en compendio, PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 73-76, y más recientemente, CARRESI, *Il contratto*, cit., I, pp. 211-213.

mar que en la compraventa el objeto es la transferencia de propiedad).

Desde esta última perspectiva, si se tiene en cuenta que la causa es definida como "la función práctica perseguida mediante los resultados programados, es decir, el conjunto de intereses que la operación negocial pretende satisfacer"[98], resultará claro que la noción de objeto y causa del contrato terminan entrelazándose y confundiéndose en un intrincado conceptual, del que a la larga resulta difícil de superar.

Las recientes doctrinas citadas, a pesar de la autoridad de sus autores, no nos parecen dignas de ser compartidas.

La tesis que contrapone un objeto inmediato (la transferencia de la propiedad) a un objeto mediato (el bien objeto de la propiedad transferida) en la compraventa, puede conservar su valor, probablemente, sólo si es encuadrada en el ámbito de aquella teoría pluralista (de los ordenamientos), y de la, vinculada, teoría procedimental (en lo tocante al fenómeno de la actuación de los particulares), que es defendida por el autor de la solución bajo examen. Sólo en el marco de estas teorías, en efecto, puede entenderse mejor aquella división en poderes y derechos que serían característicos del fenómeno de la transferencia de propiedad (en la compraventa, en particular)[99].

---

(98) BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., *loc. ult. cit.*

(99) Para este punto de vista, cfr., en especial, Salv. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, pp. 1009 y ss.; ID., *Ordinamenti giuridici privati*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pp. 249 y ss.; *Autonomia privata (Appunti)*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 801 y ss., y sobre todo, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milán, 1961, *passim*.

La otra teoría expuesta parece estar expuesta, a nuestro juicio, a otro tipo de reservas.

Lo principal es que, sin importar cuál sea el lenguaje del legislador (que da la impresión de no estar exento de redundancias, ambigüedades, e imperfecciones dogmáticas), no parece dudable que, legislativamente, emerge una unitaria noción de objeto, con referencia tanto a las situaciones jurídicas subjetivas, cuanto a la actuación autónoma de los particulares.

Así pues, el objeto del derecho es el **bien**[100], es decir, el punto de referencia objetivo del interés que la situación subjetiva protege; el objeto del contrato es **aquel bien** que constituye

(100) Evidentemente, el concepto de **bien** no puede seguir siendo entendido en la limitada acepción de "cosa" (parte separada de la realidad material) que deriva de la definición contenida en el art. 810 cód. civ.; debe entenderse, más bien, en un sentido más amplio, que comprenda todos aquellos otros **valores** acostumbradamente, pero no exclusivamente (en concordancia con el art. 1174 cód. civ.), económicos (las actividades, las llamadas cosas "incorporales", y los derechos mismos) que pueden constituir el punto de referencia objetivo de un interés. A propósito, cfr. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milán, 1970, en particular, pp. 205 y ss.; ID., *Beni immateriali*, en *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pp. 1 y ss. En general, cfr. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milán, 1962, *passim*. Por lo tanto es el **bien**, y no el **interés**, el objeto del contrato. El interés, por lo demás, nunca puede ser objeto, ni siquiera objeto de un derecho (tal cual enseñan NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, pp. 70 y ss., y NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milán, 1943, p. 45; este último autor destaca que el interés –relación de propensión hacia un resultado– sólo constituye una situación que es presupuesto de la protección; en contra: PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pp. 61 y ss., y C. MAIORCA, *L'"oggetto" dei diritti*, Milán, 1939, p. 165); porque el interés, o bien trasciende, en el derecho subjetivo, como elemento teleológico de la protección (NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 72, y precedentemente, REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 76), o bien trasciende como núcleo (*Kern*) de la protección, y está destinado, entonces, a desaparecer en esta (SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 244; y THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 207). Sobre el objeto de los derechos, cfr., en general, C. MAIORCA, *op. cit.*, cit., pp. 74 y ss.

el punto de referencia objetivo (la cosa y el precio en la compraventa, por ejemplo) de los específicos intereses de los que se pretende disponer mediante el contrato[101].

Porque a nuestro juicio, además, la identificación del objeto como el conjunto de los resultados programados, es decir, la inserción de la noción de "resultado" en la problemática del objeto, significa confundir problemas distintos.

En efecto, una solución favorable a la consideración del objeto como resultado siempre termina evocando (y ubicándose desde) una perspectiva que tenga en cuenta los **efectos** y el carácter de **conjunto** del acto de autonomía privada, cuya realización se funda siempre en la existencia y en el operar, concreto y abstracto, de elementos y situaciones (internas y externas a la

(101) No obstante el escepticismo con respecto a la posibilidad de elaborar una teoría general del objeto del contrato, manifestado autorizadamente por la doctrina formada durante la vigencia del Código Civil italiano actual (cfr., por ejemplo, GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto*, cit., pp. 295 y ss.; pero sobre este punto, si bien desde un punto de vista distinto, creemos que revisten interés las consideraciones de MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, en *Jus*, 1952, pp. 156 y ss.) no parecen carecer de relevancia (para efectos de las propuestas que vamos formulando en relación con el objeto del contrato), las afirmaciones de un autor que (a pesar de referirse al sistema del Código Civil de 1865) ya había destacado que "el objeto del acto y el objeto de la relación no constituyen dos fenómenos jurídicos distintos, sino dos aspectos a partir de los cuales se considera un mismo fenómeno: en un momento se presta atención al bien, porque este es considerado panorámicamente por las partes en función del efecto, el cual es necesariamente futuro al momento del negocio; en otro momento, se considera el bien en su actual posición al interior de la relación ya realizada [...] entre las dos hipótesis existe, sin embargo, una identidad fundamental, porque el objeto del acto no es otra cosa que el objeto de la relación, debido a que es descrito por las partes, y por lo tanto, es configurado programáticamente en aquella previsión que lo proyecta en la futura regulación de intereses" (FALZEA, *La condizione e gli elementi del negozio giuridico*, Milán, 1941, p. 301).

estructura del negocio) que no es dado asimilar ni resumir sólo en el objeto.

El objeto no es más que uno de los requisitos estructurales del negocio, cuya presencia no es suficiente, de por sí, para asegurar el logro del resultado que los contratantes pretenden obtener con el negocio.

La misma clasificación plasmada en el art. 1325 cód. civ., en materia de requisitos del contrato, destaca claramente la posición y el papel que el objeto asume en la estructura contractual; posición y papel que se equiparan a la de los demás requisitos esenciales, y que no están en orden de preeminencia.

El término "resultado" –que parece aludir sustancialmente, entonces, **al conjunto**, incluso desde el punto de vista de la producción de efectos, de la operación económica de la cual el negocio es portador, y ya no a un elemento estructural del mismo–, podría constituir, a lo sumo, un punto de referencia para enmarcar el concepto de causa. Porque cuando se define la causa como **función** económica (individual o social, sin distinción), tal cual hace la doctrina, es indudable que se utiliza una fórmula (la de **función**, ni más ni menos) que también termina atribuyendo a este elemento un papel que unifica y resume todos los demás elementos, y que, en consecuencia, postula su preeminencia. No es casual, por lo demás, que en el art. 922 cód. civ., en materia de modos de adquisición de la propiedad, se destaque que "la propiedad se adquiere [...] por efecto de los contratos", lo cual concuerda, en cierta forma, con lo afirmado en el art. 1376 cód. civ., que destaca, en su parte final, a propósito de los contratos con efectos reales, que "la propiedad o el derecho se transmiten y adquieren por efecto del consentimiento de las partes, legítimamente manifestado"; y ello a pesar de que el mis-

mo art. 1376 cód. civ. comienza con una definición de los contratos con efectos reales como aquellos "que tienen por objeto la transferencia de la propiedad".

En compendio, y recalcando –no por casualidad, sin duda– la definición de compraventa contenida en el art. 1470 cód. civ., el art. 1376 tiende, por un lado, a afirmar, al inicio, que en los contratos con efectos reales el **objeto** consiste en la **transferencia** del derecho; por otro lado, el mismo art. 1376 cód. civ. finaliza indicando que la **transferencia** de la propiedad o del derecho no es objeto del contrato, sino el **efecto** del **consentimiento**.

La lógica de esta última indicación conduce a afirmar la idea de que en la compraventa, precisamente, la transferencia de la propiedad de la cosa o del derecho, del comprador al vendedor, y por lo tanto, la adquisición por parte de este último de la propiedad de la cosa o del derecho, constituye el efecto de la compraventa, y no el objeto de la misma.

Por todas las razones expuestas, y sobre todo para asegurar al objeto del contrato (y del negocio) aquella autonomía conceptual que el legislador mismo le ha conferido (art. 1325 inc. 3 cód. civ.), parece poderse compartir la opinión de aquella difundida doctrina que aprecia en la **cosa** (o en el derecho), por un lado, y en el **precio**, por otro, el objeto de la compraventa, mientras que el **bien**, más en general –y como hemos señalado–, sería el objeto del negocio.

Sin embargo, se impone una ejemplificación ulterior con respecto a otras figuras contractuales, por el solo hecho de que la mera referencia a la hipótesis de la compraventa podría parecer escasamente convincente.

Son necesarias dos consideraciones preliminares. En primer lugar, cuando hablamos del **bien** como objeto del negocio, en general, y del contrato, en particular, queremos aludir (como acabamos de precisar, en la nota a pie de página 100) a una categoría conceptual más amplia que la previstas en el art. 810 cód. civ., y por lo tanto, a una categoría que también comprende, además de las cosas, todos los demás valores y **utilidades**, incluso incorporales, que pueden constituir punto de referencia objetivo de los intereses comprometidos en el negocio jurídico[102].

(102) Sobre la *realité* de los valores, incluso de los valores ideales, cfr. DURKHEIM, *Sociologie et philosophie*, París, 1963, pp. 117 y ss. En cuanto a los **valores** incorporales que la moderna realidad económica ha evidenciado y sobre la trascendencia que actualmente puede asumir el concepto de **bien**, cfr., en general: SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, cit., III, pp. 145 y ss. Para la doctrina italiana, cfr., sobre todo, el importante trabajo de MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., *loc. cit.*, y más recientemente, M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni*, en *Quadrimestre*, 1987, pp. 602 y ss.

Son tales, por ejemplo, no sólo el **crédito** (con respecto al tema, en general, cfr. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, en *Enc. del dir.*, VI, Milán, 1960, pp. 848-849; sobre la cesión de derechos y de situaciones subjetivas, cfr., del mismo PANUCCIO, *Cessione dei diritti*, en *Enc. del dir.*, VI, cit., pp. 822 y ss.), sino también la **deuda**, tal cual ocurre en el fenómeno de la asunción de deuda, en la delegación y en la expromisión (sobre este problema, cfr. RESCIGNO, *Debito (successione nel)*, en *Enc. del dir.*, XI, Milán, 1962, pp. 749 y ss.); lo mismo cabe afirmar del desarrollo de actividades, y de los llamados bienes "inmateriales", elaborados por una tradición hoy consolidada. También se comprenden en este grupo, en fin, el *know-how*, el *software*, y las **invenciones** que aun no han sido patentadas, o que son "patentables", como recuerda M. BARCELLONA, *op. cit.*, *loc. cit.*

Desde esta perspectiva, el **bien**, y por lo tanto, el **objeto** de una disposición negocial, puede estar constituido por ciertos "elementos" de la personalidad humana, debido a que esta tiene, justamente, una propia dimensión objetiva (sobre este punto, aunque cautamente, cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 270).

En segundo lugar, en la definición de las distintas figuras contractuales, las decisiones del legislador a veces pecan de ambigüedad e imprecisión (véase, por ejemplo, el caso de la compraventa); por lo tanto, la obra del intérprete se vuelve bastante difícil.

Ello no significa que sea posible transferir o renunciar al derecho de la personalidad o a algunos aspectos del mismo, sino más bien la posibilidad de renunciar, frente a una o más personas determinadas, a la **exclusividad del uso y disfrute** que el ordenamiento jurídico asegura (*erga omnes*) al titular del mismo. Piénsese en la hipótesis, bastante difundida en la práctica, de quien conceda una entrevista sobre su propia vida privada a cambio de una retribución (al respecto, cfr. nuestro trabajo *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, cit., pp. 350-351).

Pues bien, en un negocio jurídico de este último tipo, el **objeto** está constituido, por un lado, por la **retribución** (de ordinario, una suma en dinero), y por otro lado, por el **valor** económico representado por la posibilidad de utilizar la noticia de manera exclusiva. Esta, por ejemplo, es la perspectiva adoptada por la jurisprudencia estadounidense, en el reconocimiento de la naturaleza **real** del *publicy right*, es decir, del derecho a la utilización económica del "bien" consistente en la notoriedad o popularidad personales (al respecto, cfr. GATTI, *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propria popolarità*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1988, pp. 355 y ss.). La **retribución** y el **valor** constituyen el punto de referencia objetivo de los intereses corrrespondientes a los autores del negocio jurídico, que han recibido una regulación en este último.

Es interesante la evolución que se está manifestando, conformemente, en la experiencia francesa, a pesar de que en la normativa del *Code Napoléon* se echa de ver el eco de aquella perspectiva "propietaria" (en la que también se había inspirado, como ya hemos tenido oportunidad de destacar, el Código Civil italiano de 1865), vinculada con la idea del bien-*res* (cfr. art. 516 del *Code Napoléon*), que condujo al legislador francés, luego de incluir el objeto del contrato entre los elementos esenciales para la validez del mismo (art. 1108), a afirmar, por un lado, que "*Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire*" (art. 1126), y por otro lado, que "*Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions*" (art. 1128) ["sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de las convenciones"].

En tal marco normativo, la doctrina francesa, con un resalto de la variedad de acepciones en que puede ser entendido el término "objeto" (sobre este punto, cfr. FLOUR y AUBERT, *Les obligations-L'acte juridique*, cit., p. 185), ha acostumbrado

Al respecto, y limitando nuestras reflexiones a los ejemplos que se pueden extraer del marco normativo plasmado en el Código Civil, es conveniente destacar que si para algunas figuras contractuales (como en el caso de la compraventa) la identificación del objeto no parece ser particularmente complicada, para otras figuras contractuales, dicha tarea sí presenta dificultades mayores. Nos estamos referiendo a los contratos con efectos obligatorios, o a los contratos que, a pesar de producir principalmente efectos reales, también producen efectos obligatorios "menores", por decirlo así, (piénsese, por ejemplo, en el deber del vendedor de consignar la cosa al comprador, según lo dispuesto en el art. 1476, inc. 1, cód. civ.). En tales figuras con-

distinguir entre objeto del contrato, objeto de la obligación y objeto de la prestación. En cuanto al objeto del contrato, la doctrina tiende a negar su existencia: el contrato no tendría objeto, sino únicamente efectos (así lo expresa, por todos, GHESTIN, *Traité de droit civil- Les obligations-Le contrat: Formation*, cit., p. 567). Al respecto, se precisa que cuando los redactores del *Code Napoléon* hicieron referencia al objeto del contrato querían referirse "*par une ellipse traditionnelle et commode, l'objet des obligations créés par le contrat*" (GHESTIN, *op. cit., loc. cit.*) ["por una elipsis tradicional y comóda, al objeto de las obligaciones creadas por el contrato"], y asimismo, que el objeto de la obligación "*c'est ce à quoi s'oblige le débiteur*" (GHESTIN, *op. cit., loc. cit.*) ["es aquello a lo que se obliga el deudor"].

El art. 1128 del *Code Napoléon* impone "*de faire une place à la chose qui fait l'objet de la prestation promise*" (GHESTIN, *op. cit.*, p. 568). Y justamente en relación con el objeto de la prestación, la doctrina ha tenido oportunidad de destacar que los bienes ya no son sólo las **cosas**, porque "***pour constituer un bien, «chose concrète» n'est pas immédiatement nécessaire**: une abstraction suffit, sans l'objet concret*" (SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, París, 1979, p. 60). Por esta vía, se deja libre el camino para la inclusión, en la teoría del objeto contractual (y por lo tanto, en la teoría de los bienes), de aquellos valores económicos incorporales que, tal cual demuestran los nuevos contratos creados por la práctica, terminan imponiéndose cada vez más en el momento actual, como "*élements nécessaires de la «conquéte du marché»*" (GHESTIN, *op. cit.*, p. 568, donde también pueden consultarse referencias bibliográficas).

tractuales, la actividad de cooperación del contratante-deudor (y por lo tanto, el cumplimiento de los deberes que pesan sobre él) asume una indudable importancia con miras a la realización del intererés del contratante-acreedor, a tal punto que se plantea la interrogante de si esta actividad puede constituir (en algunas hipótesis, al menos), y por sí misma, ni más ni menos que el punto de referencia objetivo del interés del contratante-acreedor, y si por lo tanto puede entrar a formar parte, como tal, del objeto del contrato.

El conjunto de problemas que hemos descrito brevemente trae a la memoria, sin duda, aquella *summa divisio* que parte de la doctrina propone, en relacion con las obligaciones de hacer, entre **obligaciones de resultado** (en las que el punto de referencia objetivo del interés del acreedor estaría constituido, en buena sustancia, y precisamente, por el **resultado** que deriva de la prestación del deudor) y **obligaciones de medios** o **de diligencia** (en las que el interés del acreedor se centraría en un aspecto objetivo, en la prestación a cargo del deudor, en cuanto tal, y encontraría su propia **medida** en el nivel de diligencia observada en la ejecución de dicha prestación).

Para aclarar las dudas que pueden surgir al respecto, por los específicos aspectos que interesan en este punto, parece ser necesario destacar, en primer lugar, que lo que realmente pretende el acreedor, lo que para él constituye el verdadero punto de referencia objetivo (el **objeto**) de su interés –al margen de si se trata de **obligaciones** de **dar** o de **no hacer** (que la doctrina es bastante conforme en asimilar a las **obligaciones de resultado**), ya sea que se trate de obligaciones **de hacer**– no es la prestación, ni la actividad del deudor, en cuanto tal, sino el **bien debido**, es decir el **resultado final** que se

obtendrá mediante la prestación, mediante la actividad del deudor[103].

En resumen, si bien es cierto que en toda obligación "asumen relevancia tanto el resultado práctico a obtener, cuanto el

(103) Tal es la opinión de NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pp. 68 y ss., quien parece resolver, convincentemente, la discutida distinción entre "obligaciones de medio" o "de diligencia" y "obligaciones de resultados". Dicha distinción, inicialmente propuesta con cautela (por DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, París, 1925, pp. 538 y ss.), ha dado lugar, como es sabido, a un amplio y complejo debate (al respecto, un detallado recuento de las distintas tendencias doctrinarias puede verse en DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, Bolonia-Roma, 1988, pp. 105 y ss., y en BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milán, 1990, pp. 32 y ss.). Apuntes netamente críticos frente a dicha distinción se encuentran, por ejemplo, y limitándonos a la doctrina francesa, en COLIN, CAPITANT y JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, II, París, 1959, p. 390. En la doctrina francés más reciente, en cambio, la distinción parece ser adoptada, sobre todo, con respecto al problema de las **condiciones** de la eventual responsabilidad del deudor. Desde este punto de vista, en efecto "*la faute peut être présumée dans le obligations de résultat ; elle doit être prouvée dans les obligations de moyens*" ["la culpa puede presumirse en las obligaciones de resultado; mas debe ser probada en las obligaciones de medios"] (CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, cit., p. 288). Otra doctrina (FLOUR y AUBERT, *Les obligations-L'acte juridique*, cit., p. 32), luego de destacar que las obligaciones de **dar** y de **no hacer** son, definitivamente, obligaciones **de resultado**, circunscribe el alcance de la distinción sólo a las obligaciones de **hacer**; porque únicamente con respecto a estas últimas, en efecto, se puede plantear la pregunta sobre si el acreedor tiene "*droit ou non à un résultat*". Ahora bien, por ser posible proponer respuestas negativas o positivas a dicha pregunta, "*on se prononcera suivant les circostances: suivant la volonté des parties notamment, lorsqu'il s'ait d'un contrat*" (FLOUR y AUBERT, *op. cit., loc. cit.*). Por otro lado, el tema de las obligaciones de medios y de resultado también ha sido propuesto (por FROSSARD, *La distinction des obligations des moyens et des obligations de résultat*, París, 1965, *passim*, en particular, pp. 123 y ss.) como un reflejo de los dos regímenes de la responsabilidad civil (el de la responsabilidad subjetiva y el de la responsabilidad objetiva). Con todo, y aunque se la quisiera circunscribir a las obligaciones **de hacer**, la distinción entre deberes "de medios", o "de diligencia", y deberes "de resultado" ha dado la impresión de ser censurable al interior del sistema del Código Civil italiano, en atención, igualmente, al hecho de que las dos normas, "la norma sobre la «diligencia en el cumplimiento» (art. 1176) y la norma sobre «la responsabilidad del deudor por incumplimiento» (art. 1218) han sido dictadas para todas las obligaciones y no

empeño que el deudor debe poner en obtenerlo"[104], lo que queda es el hecho de que la **prestación**, la cooperación del deudor –como se ha destacado autorizadamente–, asumen relevancia para el acreedor, porque constituyen un **medio** para realizar su interés[105]; un **medio** que, por otro lado, no es exclusivo, y que, por lo tanto, "no el único"[106].

No es casual que la fórmula misma del art. 1174 cód. civ., al destacar la posible diversidad de naturaleza entre el interés del acreedor y la prestación del deudor[107], parece haber queri-

---

autorizan a identificar materias distintas a las cuales aplicar una u otra" (RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)-Nozioni generali*, en *Enc. del dir.*, XXIX, Milán, 1979, p. 191). Desde una perspectiva más general, dicha distinción ha sido sometida a un penetrante replanteamiento crítico por MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1954, pp. 185 y ss. Para GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milán, 1968, pp. 234 y ss., en cambio, el objeto del derecho del acreedor está representado por el comportamiento del deudor.

(104) RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)-Nozioni generali*, cit., *loc. cit.*

(105) NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 87.

(106) *Ibid.*, *loc. cit.* Piénsese, como destaca el ilustre Maestro, en el instrumento sancionatorio de la ejecución forzada en forma específica, que se resuelve "en un elemento funcional, en un medio idóneo [...] para la actuación del contenido del derecho" (*ibid.*, *loc. cit.*). Piénsese, además, desde la misma perspectiva, en la circunstancia de que el cumplimiento de la obligación (que comporta la obtención del resultado, y por tanto, del **bien debido** pretendido por el acreedor) puede ser realizado por un tercero, del todo extraño a la relación obligatoria original (art. 1180 cód. civ.).

(107) En efecto, según lo dispuesto en el art. 1174 cód. civ., si bien el interés del acreedor puede ser o **no ser patrimonial**, la prestación sí debe, de todas maneras, "ser susceptible de valoración económica". Al respecto, son múltiples las hipótesis (de fuente contractual) que la doctrina (por ejemplo, GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 61) ha citado con valor descriptivo: el contrato con un instructor, con un peluquero, la obligación de no tocar el violín asumida por un vecino de casa, etc. La *Relazione al Codice civile* (n. 557) precisa, además, que la posibilidad de dicha valoración "no sólo existe cuando la prestación tiene un intrínseco valor patrimonial, sino también cuando lo recibe por reflejo, de la naturaleza de la contraprestación, o de una valoración realizada por las partes".

do –de modo explícito e inequívoco, por decirlo así– que los mismos estén destinados a tener importancia y papeles distintos en la lógica de la relación obligatoria (cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 557). Según esta dialéctica parece ser igualmente evidente que el interés del acreedor cumple un papel primario, con respecto al cual la prestación del deudor (como ya hemos señalado) no puede tener más que una función instrumental para su satisfacción.

Desde semejante perspectiva, se plantea la exigencia de distinguir con claridad, en el ámbito del derecho de crédito, los aspectos relativos al **contenido**, y los relativos al objeto. El **contenido** del derecho, en el que se plasma la **pretensión** que el acreedor tiene frente al deudor, comprende tanto el elemento **instrumental** de la prestación del deudor, cuando el **resultado final** (el **bien debido**) pretendido por el acreedor, y con respecto al cual, la prestación, la cooperación del deudor, está llamada a desarrollar, justamente, su función **instrumental**. En esta línea de pensamiento, y en el ámbito de los derechos de crédito (a diferencia de lo que ocurre en los derechos absolutos)[108], puede afirmarse

(108) Recuérdese que el interés protegido por el derecho de crédito es un interés en **conseguir** un bien que el acreedor no tiene, y que no puede conseguir "sin la cooperación ajena" (NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milán, 1962, p. 24), es decir, sin la cooperación del deudor, quien se encuentra inmerso, justamente, en una situación subjetiva pasiva de "deber", que es distinta del deber de abstención en el que se sustancian las situaciones subjetivas pasivas correlativas de los derechos absolutos, los cuales protegen, como es sabido, y en cambio, "intereses en conservar un bien que se tiene" (*ibid.*, p. 19). Autorizadas doctrinas han identificado las características del deber, debido, precisamente, a la naturaleza del interés protegido en el derecho de crédito, al que está correlacionado, en la **especificidad** (que indica que el deber concierne sólo a uno o más deudores determinados), la **instrumentalidad** (por la cual el cumplimiento del deber es el instrumento para la realización del interés del acreedor) y la **positividad** (que indica que el deber siempre tiene un contenido bien determinado y específico) (NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 27).

que el **contenido** del deber (que grava al deudor) es **igual** al de la **pretensión** (y por lo tanto, al del derecho de crédito). En resumen "el «deber» del «deudor» no es otra cosa que la correlativa expresión de aquel señorío, es decir, del derecho de crédito"[109]. El sentido de todo ello es que el acreedor no podrá **pretender** del deudor... más de cuanto este último, sobre la base del compromiso asumido, está obligado a darle, a hacer o no hacer, para permitirle obtener el **bien debido**.

Distintos, en cambio, son los aspectos que conciernen al **objeto** del derecho de crédito. En efecto, un problema de **objeto** se plantea solamente con respecto al interés; y con respecto al interés, el **objeto** identifica el **bien** que constituye su punto de referencia, y por lo tanto, aquello hacia lo que tiende el propio interés. El **objeto** del derecho de crédito es el **objeto** mismo del interés, que encuentra protección en este derecho subjetivo; por lo tanto, se trata sólo de aquel **bien debido** (y ya no la prestación, como erróneamente se afirma en el art. 1174 cód. civ.) que el acreedor pretende conseguir. A nuestro juicio, la cooperación, el cumplimiento del deudor, aunque no sean para nada irrelevantes para el acreedor, se mantienen siempre al margen del ámbito del objeto del derecho de crédito[110].

---

(109) BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 15. La misma línea argumental parece ser seguida, sustancialmente, por aquel autor que evidencia que, en la relación obligatoria, el deber del deudor constituye "el *prius*, y la correlativa expectativa del sujeto activo, el *posterius*" (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 16); por otro lado, y distintamente de lo que sucede en el derecho real, donde "el *prius* lógico es –con excepción de la fase de la exigibilidad– **el lado activo, el poder del titular, la pertenencia: la exclusión correspondiente de los demás es el *posterius*, las consecuencias**" (BETTI, *op. ult. cit.*, I, p. 17).

(110) Al respecto, y en lo sustancial, hace ya tiempo que se ha destacado que "la prestación, es decir, el acto que se debe cumplir, no representa propiamente el

Pero si el **objeto** del derecho de crédito es el **bien debido**, se ha destacado, también con acierto, que "desde el punto de vista del objeto, los derechos reales y los derechos de crédito **no pueden** presentar ninguna diferencia"(111).

A la luz de lo que venimos afirmando en materia de **contenido** y objeto del derecho de crédito, y conforme a lo que ya precisamos sobre el **bien** jurídico (que, en la realidad jurídico-económica actual, no puede ser asumido en el limitado concepto de cosa, ni tampoco, por lo tanto, en la acepción material evocada por la idea de cosa), pretendemos examinar, ahora, algunas importantes figuras contractuales; y precisamos que, también a propósito del negocio jurídico, no se deben confundir los aspectos atinentes al **contenido** del contrato (que, en su significado más específico y técnico parece "comprender todas las determinaciones llevadas a cabo por las partes"(112), es decir, todas las "disposiciones y cláusulas que las partes acuerdan"(113)

objeto de la obligación; ella representa el contenido del derecho y del deber [...] Por lo demás, a nosotros nos parece que este sea exactamente el pensamiento de PAULO, cuando declara que el *dare*, el *facere* y el *praestare* constituyen la *substantia*, es decir, como podemos traducir, el contenido, la sustancia, de la relación obligatoria" (BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milán, 1979, p. 23; el volumen está conformado, principalmente, por las lecciones del curso dictado por el ilustre Maestro en Roma, durante los años 1918-1920). No disímil parece el pensamiento de quien ha reafirmado que "el contenido económico social del derecho de obligaciones es, en definitiva, y al menos, el interés en una prestación ajena" (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 16).

(111) Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 79.

(112) CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 18; del mismo autor cfr. también *I contratti-Parte generale*, cit., p. 65.

(113) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 133. Desde una perspectiva no disímil, ya se había destacado que "en lo concerniente a las declaraciones donde consta un negocio jurídico, al margen de cuál pudiera ser su tenor literal, siempre es posible distinguir un contenido preceptivo" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 159).

con los aspectos que atienen al objeto, entendido –debidamente– como **elemento esencial**; **objeto** que para nosotros está constituido –según hemos destacado– por aquel **bien** que es el punto de referencia objetivo de los intereses (y de las respectivas situaciones jurídicas subjetivas activas) comprometidos y regulados en el contrato.

Tal cual hemos expresado, parece el problema de la identificación del objeto fuera de fácil solución en algunos contratos; creemos que ello puede sostenerse con respecto a la **compraventa** –de la que ya hemos tratado–, pero también con respecto a la **cesión de crédito** (onerosa o gratuita, por igual) y al mutuo.

En efecto, en el contrato oneroso de **cesión de crédito**, por ejemplo (y hacemos explícita referencia al mismo porque el contrato gratuito de cesión de credito presenta mayor complejidad en el plano de los aspectos problemáticos que aquí no interesan), el objeto (cfr. arts. 1260 y siguientes cód. civ.) está constituido, por un lado, por el (valor económico del) crédito cedido y por la contraprestación, normalmente en dinero. En el **mutuo** (art. 1813 cód. civ.), el objeto es la cantidad de dinero o de cosas fungibles, que es el punto de referencia objetivo de las situaciones subjetivas involucradas, que son el derecho de propiedad adquirido por el mutuatario (art. 1814 cód. civ.), y el derecho de crédito (a la restitución, y normalmente, a los intereses; cfr. art. 1815 cód. civ.) del mutuante.

En relación con el objeto, el contrato de **depósito** presenta aspectos de gran interés. Aparentemente, en el **depósito gratuito**, en el cual (dada la naturaleza gratuita, ni más ni menos) sólo está presente el interés del depositante, el punto de referencia objetivo del interés de estos, y por lo tanto, el objeto, parece estar constituido por la actividad de custodia (que tiene,

casi como corolario, la actividad de restitución) y por ende, en el *facere* que grava al depositario, aunque sea dentro de los límites de responsabilidad indicados en el 2do. párrafo del art. 1768 cód. civ. En el **depósito oneroso**, en cambio, y en atención a su naturaleza, se presentan dos tipos de intereses, y por lo tanto, dos puntos de referencia destinados a identificar el elemento objetivo del contrato. Para el depositario, el objeto principal de su interés está constituido por la retribución, mientras que para el depositante el objeto principal del interés, comprometido en el contrato, paracería estar constituido, no por el *facere* considerado como tal (en el que consiste la actividad de custodia que pesa sobre el depositario), sino por el valor económico de este *facere*, que hallaría un elemento cuantificador en la retribución que el depositante está dispuesto a pagar.

A nosotros nos parece que en el **depósito gratuito** el objeto es la cosa depositada; en el **depósito oneroso**, en cambio, el objeto puede estar constituido por la cosa depositada (y no por el valor económico del *facere*, en el que consiste la actividad de custodia) y por la retribución. En efecto, si es indudable que la retribución (en el **depósito oneroso**) entra a formar parte del elemento objetivo del contrato (en cuanto punto de referencia del interés del depositario, como se ha anotado), es más difícil la identificación (en las dos figuras del depósito) del objeto del interés del depositante. Pero el hecho de que el objeto del interés para el depositante no está constituido tanto (y no sólo) por la actividad de custodia (o por su valor económico), que tiende a caracterizar, a lo sumo, al contenido de la pretensión, sino, y sobre todo, por la cosa, es algo que parece sugerido por varias circunstancias y normas. Ello se deduce de las modalidades de realización del deber de custodia, descritas en el art. 1770 cód. civ.; otro tanto ocurre en el deber de restitución, según el

principio afirmado en el art. 1779 cód. civ., a tenor del cual "el depositario queda liberado de toda obligación si resulta que la cosa le pertenece y que el depositante no tiene ningún derecho sobre la misma"; y lo mismo cabe decir de la regulación trazada en el art. 1778 cód. civ. Estas normas permiten postular que la actividad (deber) de custodia, en primer lugar, y de restitución, en segundo lugar, que pesan sobre el depositario, están en función de que este siempre detenta, legítimamente, una cosa ajena y que lo que interesa al "otro" contratante (al depositante) es la cosa (que deja de estar a su disposición, una vez producido el depósito); al depositante interesa, en otras palabras, volver a tener la cosa, en las mismas condiciones de hecho en las que esta fue consignada al depositario. Para el depositante, en resumen, el interés en la custodia (y en la restitución) es sólo **instrumental**. Al depositante –digámoslo así– no le interesa la custodia... en cuanto tal, ni la restitución, como *facere* del depositario: al depositante le interesa el bien depositado que debe ser restituido, y sobre el cual debe ejercerse la custodia mientras esta se encuentra a disposición material del depositario.

Por lo demás, la misma gradación de diligencia a que está obligado el depositario, en dependencia de si se trata de depósito oneroso o depósito gratuito (art. 1768 cód. civ.), parece confirmar, desde cierto punto de vista, la naturaleza **instrumental** de la actividad de custodia[114]. Y el hecho que los intereses en

(114) Parecen querer destacar el valor instrumental del deber de custodia autores como BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 97, y MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., p. 387, nota 12, quien subraya que en el depósito, la prestación de la custodia constituye un "deber integrativo instrumental". Sin embargo, con respecto al deber de custodia, cuya naturaleza de obligación èn sentido técnico ha sido, por lo demás, puesto en duda, cfr. las interesantes consideraciones de MAJELLO, *Custodia e deposito*, Nápoles, 1958, pp. 39 y ss.

juego encuentran su punto de referencia objetivo en los **bienes** indicados, puede deducirse, no solamente de las normas dictadas en materia de **depósito en hospedaje** (arts. 1783 y ss. cód. civ.), por lo que concierne a los distintos grados de responsabilidad del hospedante, o de **depósito en almacenes generales** (art. 1787 y ss. cód. civ.), en lo tocante a la responsabilidad de los almacenes generales, sino también de la normativa sobre el depósito irregular (art. 1782 cód. civ.).

En resumen, y a nuestro juicio, es en función del bien que devienen relevantes (pero sólo en vía mediata) tanto el cumplimiento del deber de custodia, cuanto los deberes de restitución, los cuales pertenecen al ámbito del contenido del contrato de depósito, y no al ámbito de su objeto.

Una solución no disímil de la adoptada para el depósito es la que parece poderse proponer para el **comodato** (art. 1803 cód. civ.). En dicha figura contractual, el objeto es la cosa (mueble o inmueble), que constituye, para ambos contratantes, el idéntico punto de referencia objetivo de intereses, aun diversos, y por lo tanto, de las situaciones subjetivas activas que lo protegen. El derecho del comodatario a servirse de ellos, el derecho de tener el bien custodiado (art. 1804 cód. civ.), y el derecho a la restitución, del cual es titular el comodante, hacen emerger intereses que tienen un común referente objetivo, a saber, la cosa. Con respecto a tales intereses, las vinculadas situaciones subjetivas pasivas de deber asumen, también en este caso, un papel totalmente instrumental.

También con respecto al arrendamiento (art. 1571 cód. civ.) se puede proponer una solución inspirada en las consideraciones precedentes. El objeto o el bien del contrato está representado por la cosa arrendada y por la suma en dinero. En tal sen-

tido, elementos significativos (por lo demás coherentes con la definición de contrato contenida en el citado art. 1571 cód. civ.) se pueden extraer del art. 1575 cód. civ., que al señalar las obligaciones principales del arrendador nos permite identificar el interés y el relativo punto de referencia objetivo (que es la cosa) del arrendatario, e igualmente del art. 1587 cód. civ., que al señalar las obligaciones principales del arrendatario identifica, en el inciso 3, el interés y el respectivo punto de referencia objetivo (que es la merced conductiva) del arrendador. Por otro lado, los deberes indicados en el inciso 1 del art. 1587 cód. civ. son funcionales con respecto a la protección de los intereses de naturaleza **propietaria** del arrendador (según una tendencia de protección que no es disímil de la que ya hemos visto operar en el depósito y en el comodato, mediante los deberes de custodia y de conservación).

En la **contrata** (art. 1655 y ss., cód. civ.)(*), la determinación del objeto presenta algunas peculiaridades.

No hay duda de que la suma en dinero que el comitente debe al contratista comporta un aspecto objetivo del contrato; sin embargo, este aspecto debe complementarse con una consi-

(*) *Appalto* en el original. Ya fue traducido al castellano como "contrata" ("contrato que se hace con el Gobierno, con una corporación o con un particular, para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados", según la 22ª. ed. del DRAE) por Luis Martínez Calcerrada en la edición madrileña del manual de instituciones de Alberto TRABUCCHI. Más recientemente, Aída Kemelmajer de Carlucci, en su versión del *Trattato breve della responsabilità civile* de Giovanna VISINTINI prefiere mantener el término italiano, e incluir en un glosario esta definición: "Contrato por el cual una parte asume, con la organización y los medios necesarios y con gestión a su propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio por una contraprestación en dinero" [*N. del T.*].

deración sobre la obra o servicio que el contratista se ha comprometido a realizar.

En efecto, la obra o el servicio, en cuanto resultado que el comitente pretende obtener mediante la actividad del contratista, constituye el punto de referencia objetivo del interés del comitente.

En la contrata de obra, la obra que se realiza posee la característica de la materialidad, y por ello está comprendida, en cuanto aspecto objetivo del contrato, en el concepto de **bien-cosa** expuesto en el art. 810 cód. civ.; distintamente, y para efectos de complementar los aspectos objetivos de esta específica hipótesis contractual, el **bien** en la contrata de servicios es el resultado, o mejor aun, el **valor económico** del resultado obtenido mediante la actividad del contratista (que también parece poder hallar una cuantificación, de alguna manera, en la contraprestación). El **valor económico** del resultado, al no contar con la característica de la materialidad, parece ser subsumible en la categoría de los **bienes incorporales**.

Siempre con respecto a la contrata, hay que confirmar que la actividad de cumplimiento de la obra o del servicio, a la cual está obligado el contratista, tiene importancia para la contraparte. Pero esta actividad no tiene más que un mero alcance instrumental, con miras a la obtención del fin (realización de la obra o del servicio), y no está destinada a integrar, por sí propia, el objeto del contrato[115].

---

[115] Así, por ejemplo, en la contrata de servicios de limpieza de oficinas, el verdadero interés de acreedor no se concretiza en la actividad de aseo que el contratista se obliga a desarrollar; en este ejemplo, el acreedor tiene interés en que sus oficinas queden limpias. Su interés se concretiza, no tanto en la actividad que ha permitido obtener el resultado, sino, justamente, en el resultado mismo.

En algunas figuras contractuales, la actividad sí parece trascender como objeto del contrato. Tales serían los casos, aparentemente, de los contratos de **mandato** (art. 1703 cód. civ.), **comisión** (art. 1731 cód. civ.) y **agencia** (art. 1742 cód. civ.). Si se aprecia bien, empero, en todas estas hipótesis, aunque la actividad parece estar destinada a saldarse, y por lo tanto, a coincidir con el resultado que permite conseguir, ella se mantiene lógicamente distinta del resultado, que es el verdadero punto de referencia objetivo del interés del mandante, del comitente y del que se vale de la intervención del agente, respectivamente. Con lo que venimos señalando, queremos destacar que en el **mandato oneroso**, por ejemplo, el objeto del contrato está constituido, por un lado, por la retribución que es pretendida por el mandatario, y por otro, por el **valor económico** que el resultado de la actividad del mandatario tiene para el mandante (no es casual, al respecto, que el art. 1722, inc. 1, cód. civ. haga explícita referencia a la "operación"). En confirmación de la perspectiva que adoptamos, también hay indicios que parecen surgir de los arts. 1705, 1706, y 1717 cód. civ., por ejemplo[116]. En la **comisión** para adquirir, el objeto está constituido por los bienes adquiridos por el comisionario (punto de referencia objetivo del interés del comitente), y por la participación que corres-

(116) El art. 1717 cód. civ., poniendo en evidencia la falta de "exclusividad" de la actuación del mandatario, parece querer subrayar que el **bien**, pretendido por el mandante, es el resultado, la operación para la cual se le ha atribuido el encargo, así como la retribución que el mandante debe al mandatario.
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano:
"1717. *Sustituto del mandatario.* El mandatario que, en la ejecución del mandato, se hace sustituir por otro, sin haber sido autorizado o sin que ello fuera necesario por la naturaleza del encargo, responde de lo realizado por la persona sustituta" (parte pertinente).

ponde al comisionario (que es el punto de referencia objetivo de su propio interés). En la **comisión** para vender, el objeto del contrato, además de la participación (pretendida por el comisionario), está constituido por la suma en dinero (derivada de la compraventa) pretendida por el comitente, y que, por tanto, constituye para este último el bien punto de referencia objetivo del interés. En el **contrato de agencia**, el objeto está constituido por el valor económico de los contratos estipulados por el agente (punto de referencia objetivo del interés del que ha conferido el encargo) y por la retribución (punto de referencia objetivo del interés del agente)[117]. Conforme a esta clave, también es posible resolver el problema del elemento objetivo del contrato de **suministro** (art. 1559 cód. civ.), en el que no están comprendidas la actividad de prestación periódica y continuada (de cosas) ni la contraprestación, sino esta última y las cosas singularmente conseguidas mediante las distintas actividades de prestaciones periódicas y continuadas.

La actividad, como *facere* (pero sin perder de vista las precisiones que queremos proponer al final de estas reflexiones), sí parece poder constituir (junto con la retribución), en cambio, el elemento objetivo del contrato de trabajo subordinado (art. 2094 cód. civ.)[118].

---

(117) Al respecto, cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., pp. 944-945.

(118) Tal es la opinión de SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 140. Otra doctrina ha destacado, no menos autorizadamente, que es más veraz y correcto referir el objeto del contrato de trabajo, no sólo a la retribución, sino "a la puesta a disposición de las energías psicofísicas del trabajador, cuyo vínculo consiste, si se aprecia bien, no en un *facere*, sino en el deber estar en dependencia de otro para realizar las prestaciones que son requeridas por él, dentro de los límites señalados por las labores, según las modalidades de cumplimiento establecidas" (R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Nápoles, 1990, p. 89).

La opinión que acabamos de expresar parece poderse confirmar por la relevancia característica que asumen, en el contrato de trabajo subordinado (*locatio operarum*), el propio vínculo de subordinación, el vínculo de fidelidad (arts. 2105 y 2106 cód. civ.), la importancia de los aspectos relativos a las labores específicas (art. 2103 cód. civ.), y también el deber de diligencia (art. 2104 cód. civ.), que a pesar de inspirarse en el principio general establecido en el art. 1176 cód. civ., encuentra su especificidad en la lógica de la empresa y de los poderes organizativos y directivos que en ella se atribuyen al empresario (art. 2086 cód. civ.). Todos estos son indicios normativos que sugieren algo más que un simple rastro con respecto a la naturaleza de su referente, es decir, con respecto al hecho de que ellos, por necesidad lógica, principalmente, no pueden sino referirse sobre todo a un *facere*, es decir, al desarrollo de una actividad[119]. Y que en el contrato de trabajo subordinado, el *facere* del trabajador pueda tener una específica importancia en la problemática del objeto del contrato, lo confirma también, y no tan indirectamente, la

[119] Es conveniente destacar, por un lado, que la definición del contrato de trabajo subordinado contenida en el Código Civil se presenta, en el ámbito de la normativa sobre la empresa (que es la normativa de una actividad económica organizada, según la noción dictada para ella en el art. 2082 cód. civ.) con específica referencia a los colaboradores del empresario; y por otro lado, que la regulación de esta figura contractual, en cuanto sea compatible, también es aplicable a otras relaciones de trabajo subordinado, ajenas al ejercicio de la actividad empresarial (art. 2239 cód. civ.), tal cual ocurre, por ejemplo, para el trabajo doméstico (art. 2240 cód. civ.). En el sistema del Código Civil de 1865, las posibles hipótesis de relación de trabajo (asimilada al esquema de la *locatio operarum*) eran identificadas en el art. 1627. El concreto desenvolvimiento de la relación de trabajo debía inspirarse en el principio fundamental establecido en el art. 1628, según el cual: "nadie puede obligar su propio obrar al servicio ajeno a menos que lo haga temporalmente o para una determinada empresa".

hipótesis del contrato de trabajo a destajo (art. 2100 y 2101 cód. civ.), en el cual el objeto está constituido, a no dudarlo, por la retribución y "por el resultado del trabajo, que constituye la unidad de medida de la retribución"[120].

En lo que concierne al contrato de **trabajo autónomo**, es decir, al **contrato de obra** (*locatio operis*), hay que anotar que la definición misma contenida en el art. 2222 cód. civ., nos permite asimilarlo a la contrata en lo tocante a los problemas atinentes a la identificación del objeto, y remitirnos, por lo tanto, a lo ya expresado a propósito de esta figura contractual.

En lo tocante a aquella particular forma de contrato de **trabajo autónomo**, en la que está involucrada una **prestación de obra intelectual** (arts. 2230 y ss. cód. civ.), hay que señalar que no parece poderse plantear (y no anotamos "resolver") un problema de objeto de manera unívoca. En algunas hipótesis, la prestación de obra intelectual puede concretizarse en una cosa (por ejemplo, el retrato encargado a un pintor) o en un resultado, cuyo **valor económico**, en cuanto tal, es objetivamente autónomo de la prestación que la ha producido (piénsese, por ejemplo, en una investigación o consultoría, o en un estudio para un proyecto). En tales hipótesis, es evidente que el objeto del contrato estará constituido por la cosa o por el valor económico del resultado, y por la retribución.

Otras veces, y debido a la aletoriedad del resultado final que el comitente se compromete a realizar mediante auxilio de

(120) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 210; del mismo parecer es R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 98.

la actividad de un profesional, el objeto del contrato parece estar constituido, con cierto margen (aparente) de ambigüedad[121], más por el desenvolvimiento de la prestación, considerada como tal, que por el resultado perseguido; desde esta perspectiva, son de recordar, por ejemplo, las prestaciones del médico o del abogado. En estas hipótesis, en efecto, la **incertidumbre** en torno de la concreta y efectiva posibilidad de realización del resultado pretendido mediante las prestaciones de los profesionales, está destinada a jugar un papel determinante para los fines que nos interesan en este punto.

Lo que queremos decir es que la obtención del resultado (que, por otro lado, y sin ninguna duda, constituye el verdadero punto de referencia objetivo de los intereses del paciente o del cliente del abogado), pueden tener cierta importancia.... pero en el nivel –digámoslo así– **de una mera expectativa personal**; y no en el plano jurídico. Si se aprecia bien, en efecto, para el paciente o para el cliente del abogado, el interés, que desde un punto de vista jurídico puede tener una importancia **real** e **inmediata**, encuentra su punto de referencia objetivo en las prestaciones de los profesionales. En relación con la obligación del médico, se ha destacado que la **curación**, como resultado, no depende de la sola voluntad del médico, ni de la colaboración del enfermo, y que por ello, no puede constituir objeto de la obligación[122]; en consecuencia, si nos ubicamos desde la pers-

---

(121) Que aquí encuentra una específica acentuación, con respecto a aquel "margen de relatividad, imposible de eliminar, por el que se hace difícil su identificación" (R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit. p. 97) que poseen de por sí, y normalmente, los conceptos de actividad y resultado.

(122) Tal es la opinión de MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., p. 189.

pectiva del paciente (acreedor) la **curación** no puede constituir punto de referencia objetivo de su interés (protegido); a lo sumo, el punto de referencia objetivo del interés del paciente consiste en recibir, mediante las prestaciones del médico, "buenos cuidados"[123]. La veracidad de nuestras expresiones también se puede deducir, indirectamente (pero no tan "indirectamente"), del hecho de que, incluso en los casos en que no pueden realizar, concretamente, el resultado perseguido (y por lo tanto, incluso en ausencia del más mínimo resultado positivo), los profesionales siguen teniendo derecho a la retribución por las actividades que prestan. En pocas palabras, "el abogado no incumple por el solo hecho de haber perdido en el juicio"[124]. Así pues, es evidente que el objeto del contrato, en las hipótesis que se acaban de considerar, sólo puede estar constituido por la compensación y por la prestación profesional; y esta, como es sabido, debe inspirarse, en su concreto desenvolvimiento, en aquellos modelos de específica diligencia profesional a que se hace referencia, por lo demás, en el 2do. párrafo del art. 1176 cód. civ.

Nada de lo que venimos sosteniendo debe llevar a creer, sin embargo, que en los contratos de trabajo subordinado (salvo, se entiende, en los contratos a destajo), o en los contratos de trabajo autónomo con prestaciones de obra intelectual (nos referimos a las prestaciones de los médicos o abogados) nos encontremos frente a una suerte de excepción, debido a que el *facere*, la actividad del trabajador (distintamente lo que acontece en todas las figuras contractuales examinadas hasta este punto), entraría a formar parte, en cuanto tal, del objeto del contrato.

(123) *Ibid., loc. cit.*

(124) *Ibid., loc. cit.*

ES PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

Con acierto, se ha destacado la relatividad de los conceptos de "medio" y de "resultado", por la sola razón de que "un hecho considerado como medio en relación con un fin posterior, ya representa un resultado, si es considerado independientemente, como término final de una serie teleológica más limitada"(125). Con ello queremos decir que existen situaciones en las que el *facere* del deudor ("fisiológicamente" destinado a cumplir un mero papel **instrumental**, en relación con los intereses del acreedor, tal cual hemos destacado repetidas veces), puede representar un **instrumento**, y al mismo tiempo, un **resultado final**, y por lo tanto, el **bien debido** al acreedor. Y es en las especies del contrato de trabajo (subordinado o autónomo) que acabamos de citar, justamente, donde parece poderse identificar una hipótesis de este tipo. Pero si es posible (y sí lo es, como hemos visto) que un *facere* cumpla, en concreto, el papel de **instrumento** y de **resultado** al mismo tiempo, de **medio** y de **fin** a la vez, no se nos podrá limitar reductivamente, entonces, a "verificarlo" según su naturaleza de *facere*; será necesario, más bien, "entenderlo", considerarlo, según la función y papel que está llamado a desenvolver en el caso específico. Tal función y tal papel lo ubican fuera de su **objetiva** dimensión de simple *facere*, y permiten considerarlo en su dimensión de **valor**, y por lo tanto, de **bien (incorporal)**, que sin duda está en condición de constituir punto de referencia objetivo de un interés.

No parece ser fácil de resolver la identificación del objeto del contrato de **transporte**. Ello no sólo se debe a las detalladas características que distinguen una estructura aparentemente uni-

(125) *Ibid., loc. cit.*

taria, en la que emergen, de todos modos, hipótesis diferentes entre sí (transporte de cosas y transporte de personas; transporte oneroso, transporte gratuito, transporte de cortesía), sino también a que la fórmula del art. 1678 cód. civ., es bastante genérica e imprecisa. En efecto, dicha fórmula se limita a identificar el contenido del deber que deriva del contrato, consistente en un *facere* (el traslado de la persona o de las cosas, de un lugar a otro).

En la doctrina se han planteado distintas hipótesis en torno de la identificación del objeto de este contrato.

Para algún autor, el objeto consistiría en la utilidad "de que las personas o cosas se encuentren en un lugar, y no en otro (en el lugar de destino y no en el lugar de partida)"(126).

Otros piensan que el objeto del contrato consistiría en el **transporte**, considerado como *opus* inmaterial y no como suma de **energías**; ello permitiría asimilar esta figura contractual a la estructura de la *locatio operis*(127).

(126) BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., II, pp. 439-440. En este sentido ya se había pronunciado ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, en BOLAFFIO y VIVANTE, *Il codice di commercio commentato*, Turín, 1925, p. 149.

(127) Tal es la opinión de ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone-Parte generale*, Padua, 1915, pp. 18 y ss.; ID., *Il contratto di trasporto*, cit., pp. 148-149. El ilustre Maestro destacaba, asimismo, que "la *locatio operis* se presenta exteriormente como la especie característica del trabajo independiente, y la *locatio operarum* se presenta como la especie característica del trabajo dependiente. Ahora bien, en el sistema legislativo italiano, como en todas las legislaciones modernas, el contrato de transporte es configurado, en esencia, como una especie de *locatio operis*; en otras palabras, es un contrato que implica, esencialmente, que el transportista asuma el transporte como resultado de su trabajo, que debe ser producido a su riesgo, y bajo su autónoma dirección técnica" (ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 85).

Estas autorizadas expresiones aportan un conjunto de sugerencias y criterios que estamos obligados a tomar en cuenta. Señalemos, de inmediato, que el **fin** del contrato de transporte es, ciertamente, realizar el desplazamiento de personas o cosas de un lugar a otro. Desde esta perspectiva, el medio, el instrumento con el que se realiza este fin es el desenvolvimiento de la actividad de transporte. El **objeto**, empero, no es el fin ni el medio.

No parece, pues, que la solución en las propuestas de la doctrina sea unívoca; da la impresión, más bien, de que ella estuviera condicionada por las impresiones y convicciones de los intérpretes.

Porque el transporte, en efecto, entendido como actividad, no puede ser considerado objeto en cuanto tal (dado su papel instrumental con miras a la realización del fin); a nuestro juicio, la única solución proponible parece ser la de considerar que el **bien**, y por lo tanto, el **objeto** del contrato de transporte es el **valor** (aunque otros autores, como hemos visto, prefieran hablar de "utilidad") que tiene, para un contratante, el desplazamiento de persona o cosa de un lugar a otro; así pues, nos encontramos frente a un **bien incorporal** (tal como ocurre, en mayor o menor medida, en la contrata de servicios). Y en el transporte oneroso, como es lógico, también el precio entra a formar parte del elemento objetivo del contrato.

Siempre entendiendo el **bien** como como **valor económico**, parece ser posible solucionar el problema del objeto de otras figuras negociales, como la **fianza**, la **prenda**, la **hipoteca voluntaria**, y la **transacción**.

En la **fianza** (art. 1936 cód. civ.), el objeto del contrato es el **valor económico** (**bien** incorporal, como es evidente) que la garantía brindada por el fiador asume con respecto al deber principal. Y ello parece confirmarse por lo señalado en el art. 1938 cód. civ. (conforme a la modificación producida con el art. 10 de la Ley n. 154 del 17 de febrero de 1992)(*), donde se establece, en relación con las obligaciones futuras, la posibilidad de que la garantía otorgada por el fiador no sobrepase los límites de un **importe máximo**, es decir, de un **valor** específicamente determinado. En resumen, es evidente que en toda hipótesis de fianza, la garantía es considerada por el **valor económico** que representa y expresa; y como **valor económico** constituye, necesariamente, el **punto de referencia objetivo** de los intereses regulados, y por lo tanto, el **bien**, el **objeto** de esta figura contractual.

Distintamente, y sobre la base de una convicción ya consolidada en la doctrina (que ha terminado uniformándose, quizá un poco acríticamente, a las indicaciones que surgen de la fórmula del 2do. párrafo del art. 2784 cód. civ.), queremos destacar que en el contrato mediante el cual se otorga una **prenda**, el objeto –a pesar de que se trata, en particular, de la prenda de **cosas**(128)– no es la **cosa** que se da en prenda, considerada des-

(*) Código Civil italiano de 1942 (texto vigente):
"1938. *Fianza por obligaciones futuras o condicionales.*- La fianza también puede prestarse para una obligación condicional o futura, con la previsión, en este último caso, del importe máximo garantizado" [*N. del T.*].

(128) En efecto, el objeto (según lo dispuesto, justamente, el 2do. párrafo del art. 2784 cód. civ.) puede estar constituido, no sólo por los bienes muebles y las universalidades de muebles (y de *res*, por lo tanto), sino también por créditos y derechos (que expresan, indudablemente, **valores económicos**, y que son, por lo tanto, **bienes incorporales**).

de el punto de vista de su materialidad objetiva de **bien** (asimilable, en tal calidad, a la noción brindada en los arts. 810 y ss. cód. civ.), sino, y en todos los casos, aquel **valor económico**, que como garantía, y con función de garantía, ella está en condición de expresar para el acreedor. Esta línea de pensamiento encuentra directa confirmación, por ejemplo, en los arts. 2792 y 2795 cód. civ. En el primero se admite que el acreedor prendario use la cosa cedida en prenda, como excepción a la prohibición general de hacerlo, siempre que el uso "sea necesario para la conservación de aquella", es decir (y evidentemente) para la conservación del valor económico de la garantía representada por la cosa. En el segundo artículo (1er. párrafo) se admite la compraventa anticipada de la cosa, cuando esta se deteriore "en forma tal que haga temer una insuficiencia para la seguridad del acreedor (cfr. también los párrafos 3ro. y 4to. de la misma norma, así como el art. 1850 cód. civ., en materia de préstamo bancario)".

Un discurso análogo puede plantearse, naturalmente, con respecto a la **hipoteca voluntaria**, que, como es sabido, puede ser otorgada mediante contrato o negocio unilateral (cfr. art. 2821 cód. civ.). En esta figura, y cuando se trata de la hipoteca de un bien inmueble, el punto de referencia objetivo del interés del acreedor no es el **bien**, sino el valor del bien (cfr. art. 2813 cód. civ.). El mismo criterio es aplicable en las hipótesis en que el objeto de la hipoteca recae en alguno de los derechos reales indicados en el art. 2810 cód. civ., que por su "inmaterialidad", justamente, constituyen **bienes-valores**.

En lo relativo a la transacción (art. 1965 cód. civ.) la opinión más difundida estipula que su objeto está representado

por la *res litigiosa* [129], o como ha afirmado algún autor, por la "litis **alrededor de la cual gira la relación**"[130]. Para otro sector de la doctrina, el **objeto** de la transacción consistiría en las "concesiones recíprocas en el ámbito de las pretensiones de los contratantes, con referencia a la relación controvertida"[131]. Otro autor considera que las **concesiones recíprocas** constituirían el contenido[132] de la transacción, y no su objeto; este último estaría representado, más bien, por las pretensiones contrapuestas de las partes[133]. A nosotros nos parece que la consideración del **elemento** de las recíprocas concesiones es el que está en mejor condición de brindar, más que otros **elementos** (sin duda relevantes en esta compleja institución), la clave para precisar mejor el problema que aquí interesa. Lo que queremos expresar es que, una vez descartado que el **objeto** del contrato de transacción consista en los derechos involucrados en el mismo –porque estos foman, en todo caso, el **objeto de la litis**, pero no el del contrato (art. 1966 cód. civ.)–, la afirmación de que el objeto del contrato sea la ***res* litigiosa** es, por sí misma ambigua. En efecto, da la impresión de que la ***res* litigiosa** constituye, a lo sumo, pero no sin fundamento, el presupuesto de la transacción[134]. Para identificar el objeto del contrato de tran-

(129) Sobre este punto, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 115.

(130) BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., II, p. 695.

(131) VALSECCHI, *Gioco e scommessa-Transazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, Milán, 1954, p. 147.

(132) CARRESI, *La transazione*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1956, pp. 158 y ss.

(133) *Ibid., loc. cit.*

(134) Tal es el parecer de CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, en *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 576, quien destacaba, al respecto, que "si bien la causa de la transacción está en la **composición de la litis**, la misma causa presupone **la existencia de una litis presente o futura**. Si no existe o no puede existir litis, la transacción es *sine causa*".

sacción, parece ser más oportuno hacer referencia, no la ***res* litigiosa** (en cuanto tal, es decir, como suma de oposiciones y discrepancias en torno de ciertos derechos), sino al valor económico que asumen, para cada contratante, las **concesiones** que la otra parte está dispuesta a realizar (teniendo en cuenta el específico y concreto contenido de la ***res* litigiosa**). Por lo tanto, si el sistema de recíprocas concesiones al que los contratantes pretenden dar vida (art. 1965 cód. civ.) es el que permite la realización concreta de los intereses comprometidos en el contrato de transacción, se puede sostener, con fundamento, que el **bien**, punto de referencia objetivo del interés que cada parte pretende realizar a través de esta figura contractual, sólo puede consistir en aquel **valor económico** que surge, y halla su propia medida y consistencia, en las concesiones del otro contratante.

Y que el objeto del contrato sea, ni más ni menos, el **valor** que la ***res* litigiosa** tiene para ambas partes, es un hecho que también parece aclarado por el sistema de recíprocas concesiones que ellas están dispuestas a efectuar (art. 1965 cód. civ.), y que constituye la característica esencial de la institución.

Mayor complejidad reviste el problema de la identificación del objeto en los contratos asociativos.

En efecto, con el contrato que da origen a la asociación o sociedad, varias personas aportan bienes o servicios (o se obligan a aportar bienes o a prestar servicios) que vienen a constituir aquel punto de referencia patrimonial que es el **fondo común**, que permite a la asociación o sociedad perseguir, mediante el desarrollo de una actividad común organizada, los fines predeterminados (cfr. el art. 2247 cód. civ., donde parece proponerse un esquema utilizable, como máxima, para la asociación).

Por otro lado, en los contratos asociativos –que pertenecen, estructuralmente, a la categoría de los contratos plurilaterales–, el interés del individuo no se realiza, como sí ocurre en los contratos de intercambio, a través de la prestación de otra persona, "sino que presupone un elemento adicional, a saber: el desenvolvimiento de una actividad en común, que se hace posible, justamente, mediante las prestaciones de las partes"[135]. En otras palabras, en los contratos con estructura asociativa "no existe una relación directa entre prestación y realización del interés individual de las partes. La prestación no está dirigida a la realización de este interés, sino a brindar los medios para el ejercicio de aquella actividad de la cual dependerá, justamente, la realización del interés individual de las partes"[136].

En esta secuencia (aporte de bienes, actividad común organizada, fin común), todos los elementos están íntimamente vinculados entre sí, de forma tal que no es posible una consideración autónoma de los mismos, por decirlo así, desde el punto de vista dogmático.

En concordancia con lo anterior, si se comprenden los bienes o el valor de los servicios aportados (o que se han obligado a aportar) en el elemento objetivo del esquema contractual asociativo, quizá no sea ajena a este la misma actividad (común) organizada que los asociados o socios pretenden realizar, y a la cual los bienes o servicios están ***destinados***, con carácter instrumental, y son determinados, en el plano funcional[137].

---

(135) G. Ferri, *Contratto plurilaterale*, ahora en Id., *Scritti giuridici*, cit., I, p. 739.

(136) *Ibid.*, pp. 739-740.

(137) Sobre este punto, cfr. las lúcidas páginas de Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milán, 1969, pp. 313-318. Cfr., igualmente, nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 393-395.

Se trata, entonces de bienes-***cosas***, o de valores-***servicios***, que no solamente tienen importancia objetiva (como ocurre en los contratos de intercambio) en la específica dimensión económica de su naturaleza, sino también, y sobre todo, por la ***destinación*** a la actividad organizada que han tenido.

Si quisiéramos extender nuestras reflexiones sobre el objeto más allá de las hipótesis contractuales examinadas hasta este punto, para pasar a considerar figuras negociales que no tengan estructura bilateral, o que, a pesar de tenerla, carezcan de contenido patrimonial, el testamento, la promesa pública y el matrimonio dan la impresión de poder conformar un interesante terreno de observación.

En lo que concierne al ***testamento*** (art. 587, 1er. párrafo, cód. civ.), el objeto de dicho negocio parece estar constituido por el conjunto de los ***bienes*** (***cosas***, ***derechos***) o por aquella parte de los mismos de la que se dispone mediante el testamento. En cambio, no forman parte del ***objeto***, sino del ***contenido***, las disposiciones de ***carácter*** no ***patrimonial*** (art. 587, 2do. párrafo, cód. civ.) que estén expresadas en el mismo.

Comenzábamos nuestras consideraciones sobre el objeto del contrato (con respecto a algunas de las más significativas figuras contractuales con contenido patrimonial), con el examen del problema según este se configura en la compraventa. Queremos concluir nuestras reflexiones sobre esta materia, con el examen de la ***donación***.

La definición de esta institución, contenida en el art. 769 cód. civ., no ofrece referencias en lo tocante al tema del objeto. Indicaciones al respecto sí son aportadas, en cambio, por los arts. 771 y 772 cód. civ.

En el art. 771 cód. civ. se afirma que **objeto** de la donación pueden ser solamente **bienes** presentes y no bienes futuros, a menos que se trate de frutos aún no separados. Como parecen confirmar, por un lado, la referencia, justamente, a los **frutos**, por otro lado, el art. 782 cód. civ. que, relativamente a la forma de la donación, hace referencia directa a las **cosas muebles**, la referencia a los **bienes** (contenida en el art. 771 cód. civ.) parece querer involucrar aquel concepto de **bienes-cosas** referido en el art. 810 cód. civ.

El art. 772 cód. civ. señala como otro objeto posible de la donación las **prestaciones periódicas**. A propósito, y remitiendo a cuanto hemos anotado anteriormente, queremos destacar, una vez más, que cuando se habla de **prestaciones**, como objeto de contrato, se debe entender el **valor económico** de la prestación, y no la actividad (el *facere*) en que ella toma cuerpo y se concretiza.

En lo atinente al objeto de los negocios unilaterales, nos limitaremos a aludir a la **promesa pública** (art. 1989 cód. civ.), que parece ser una figura particularmente significativa[138]. Con respecto a la promesa unilateral, el problema del objeto puede

(138) En lo relativo a las otras dos hipótesis más relevantes, pero no unívocas, de promesas unilaterales (cfr., en general, BRANCA, *Promesse unilaterali*, en *Commentario del Codice civile* al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Bolonia-Roma, 1974, *passim*, y DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, en *Enc. del dir.*, XXXVII, Milán, 1988, pp. 33 y ss.), representadas por la **promesa de pago**, y el **reconocimiento de deuda** (art. 1988 cód. civ.), son conocidas las polémicas que han tenido lugar en la doctrina, sobre todo en lo tocante a su naturaleza (de negocio o de mero acto), distintamente de lo que ocurre con la promesa pública, cuya naturaleza negocial no ha pretendido ser puesta en duda por nadie, al parecer. Con el "aislamiento de la posición de una parte, con respecto a la *fattispecie*, más

ser planteado en términos análogos a aquellos en los cuales lo hemos propuesto, con relación a los contratos. En tal sentido, el objeto parece ser el ***bien***, punto de referencia objetiva del interés del beneficiario de la promesa; y, por lo tanto, o una suma en dinero (como ocurre en la mayor parte de las hipótesis), o bien en el ***valor económico*** de la prestación comprometida en la promesa.

Más compleja, y hasta problemática, parece ser la determinación del objeto del matrimonio, dada la naturaleza no patri-

---

compleja, de la cual deriva" (G. FERRI, *Le promesse unilaterali-I titoli di credito*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO-PASSARELLI, Milán, 1970, p. 14), el art. 1988 cód. civ. regula "un fenómeno de ejemplificación analítica de la *fattispecie*; en otras palabras, se fija, en una nueva declaración, la posición de una parte derivada de una relación en vigor, que normalmente tendrá su fuente en el contrato, pero que también puede tener su fuente en un acto ilícito. Este aislamiento de la posición de una parte de la *fattispecie*, más compleja, de la cual deriva puede tener las más diversas justificaciones" (*ibid.*, *loc. cit.*).

Sobre la base de tal planteamiento, una parte de la doctrina reconoce, por un lado, naturaleza de negocio a la **promesa de pago**, y por otro, identifica en el **reconocimiento de deuda** una declaración meramente **enunciativa**, de naturaleza no negocial (por ejemplo, PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, en *Giur. it.*, I, 1950, 18 y ss.). Para otros autores (por ejemplo, G. FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 16-24), en ambas figuras tendría lugar una hipótesis de acto jurídico, a la cual podrán ser aplicadas, según el caso, "algunas de las normas dictadas con referencia a los negocios jurídicos (*ibid.*, pp. 19-20), aunque se siga tratando de un acto "cuyos efectos son los establecidos por la ley" (*ibid.*, p. 20).

En realidad, el legislador italiano de 1942 considera las dos figuras como negocios unilaterales, si se tiene en cuenta que "el art. 1988 atribuye *prima facie*, a una y otra, calidad obligatoria, porque el deudor puede ser demandado sobre la base de la promesa y del reconocimiento, sin que sea necesario probar la relación fundamental" (*Relazione al Codice civile*, n. 782). Para el legislador de 1942, en resumen, las consecuencias de naturaleza procesal, vinculadas con las dos figuras, derivarían de la naturaleza dispositiva, y por lo tanto, de la naturaleza negocial (la explicación es de G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 16).

monial de este negocio, y ante la ausencia, asimismo, de una definición legal de esta institución.

Descartada la idea de que se puedan considerar **bienes** del matrimonio civil los *bona matrimonii* que se presentan en el matrimonio canónico[139], no queda otra alternativa que remitirse, por un lado, al 1er. párrafo del art. 29 de la Constitución, donde la familia es definida como "sociedad natural" fundada en el matrimonio, y por otro lado, al art. 1 de la Ley n. 98 del 1 de diciembre de 1970 (con la cual se introdujo el divorcio en el sistema jurídico italiano), donde se identifica en la familia una "comunión espiritual y material entre cónyuges".

El fin del matrimonio es dar vida a la antedicha comunión espiritual y material, cuya constitución, sin embargo, más parece ser el **efecto**, y no el **objeto** de dicho negocio.

Lo que queremos decir es que dada, justamente, la naturaleza no patrimonial del matrimonio, da la impresión de que el problema del objeto no pueda plantearse conforme a los términos antes empleados, con respecto a los negocios con contenido patrimonial.

Cuanto venimos señalando tiene como fin poner en claro que el objeto, en el ámbito de la estructura negocial, tiene una fisonomía del todo autónoma, que no puede ser confundida, y no debe serlo, con el **contenido**, ni con el **resultado**, ni con los **aspectos funcionales** del negocio mismo, ni con sus **efectos**, ni tampoco con aquellas **situaciones instrumentales** que pue-

(139) Sobre este punto, cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 403.

den surgir del contenido del negocio, en vista del resultado final que se pretende realizar mediante el mismo. Igualmente inviable es proponer una distinción (que se ha formulado en relación con la compraventa, principalmente) entre un bien **real**, y un bien **idealmente** debido (entendido, este último, como un **bien** concretamente resultante de las determinaciones convencionales y/o legales)[140].

Para poner fin a este punto, se impone un último comentario, a manera de conclusión de las rápidas reflexiones que hemos expresado.

No debe sorprender que tipos contractuales que son notoriamente distintos entre sí puedan tener por objeto idénticos bienes (el arrendamiento y la compraventa, por ejemplo). Como sabemos, todo tipo contractual expresa un **modelo de organización de intereses** específico.

---

(140) La apreciación es de BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 317-319. En la compraventa, según este autor citado (*ibid.*, p. 319), el bien real es la cosa (un inmueble, por ejemplo), y el bien idealmente debido (resultante de las determinaciones legales o convencionales) consistiría en el inmueble, libre de "vicios ocultos". A nuestro juicio, sin embargo, en el ejemplo propuesto se confunde un problema de objeto (que es, y sigue siendo, el inmueble vendido) con el problema de los deberes que pesan sobre el vendedor (cfr. art. 1476 cód. civ.) que es una cuestión del todo extraña al objeto. Este problema tiene que ver, a lo sumo, con el **contenido** del contrato y con las potencialidades para producir efectos que son inherentes al mismo. En el sentido propuesto por nosotros se ha expresado, asimismo, GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 103.
En el caso específico, se trata, como es evidente, de "efectos" **colaterales** (con respecto a los efectos traslativos, **principales**) e **instrumentales**, en vista de la realización del resultado que las partes, en concreto, han pretendido obtener. Con respecto a los denominados elementos "naturales" del negocio jurídico, cfr. *infra*, notas 299-301, y el texto respectivo del presente volumen.

La diferencia entre las varias estructuras típicas no se funda en la diferencia de los bienes, que representan el objeto del contrato, sino más bien en la diferencia de los intereses que pueden determinarse en un mismo bien, es decir, en la diferencia que la proyección del bien puede asumir para un sujeto.

La diferencia en la actitud concreta de los intereses en juego trae como consecuencia, necesariamente, y al interior del negocio, una diversidad del modelo de su organización. A ello se deben las peculiaridades y diferencias entre las distintas figuras típicas expresadas por dichos modelos, aunque el punto de referencia objetivo puede resultar idéntico (una cosa o una suma en dinero).

Siempre con referencia al objeto del negocio, no podemos dejar de señalar que en el art. 1346 cód. civ. se indica, entre los requisitos de este elemento esencial, además de la posibilidad y el carácter determinado o determinabilidad (también indicados, en lo sustancial, en el Código Civil de 1865, en los arts. 1116 y 1117, respectivamente), el requisito de la licitud, que era ignorado en el sistema anterior[141]. En el sistema actual, no es casual que los criterios de valoración de la licitud del negocio jurídico sean identificados, con respecto a la causa (art. 1343 cód. civ.), en las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

(141) La doctrina formada bajo el Código Civil de 1865 terminaba asimilando el concepto de imposibilidad del objeto (así, REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., pp. 287-289) con muchas hipótesis que en la actualidad son asimiladas, por el contrario, con el concepto de ilicitud (sobre este punto, cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., pp. 332-333).

Señalaremos, de inmediato, que para nosotros, el juicio sobre la licitud-ilicitud en la teoría del negocio jurídico concierne, sobre todo, al fenómeno causal; por lo tanto, constituye un juicio sustancialmente extraño (con excepción, a lo mejor, de algunas hipótesis en las que el bien comprometido en el negocio consiste en el **valor** expresado en el desarrollo de una actividad que sea prohibida por sí misma, en función del fin que ella pretende lograr, es decir, que sea considerada ilícita)[142] al del objeto del negocio.

En sustancia, este requisito de la ilicitud, referido al objeto del negocio (sobre el cual, por otro lado, la *Relazione al Codice civile* no brinda aclaraciones) parece ser, como se ha destacado[143], una suerte de **duplicado** del concepto de **causa ilícita**.

Es innegable que, muy a menudo, la doctrina y la jurisprudencia continúan identificando como un fenómeno de ilicitud del objeto algo que es, más bien, un fenómeno de ilicitud de la causa o de imposibilidad del objeto[144].

---

(142) Así se pronuncia, en sustancia, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, p. 377.

(143) P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1986, p. 227. Ya se había pronunciado al respecto, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 239.

(144) Sobre este punto, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 132, quien considera que es "posible" el **bien** que se preste "**por su naturaleza**, a ser objeto del negocio de un negocio determinado"; es "lícito", en cambio, el bien que se preste "**por voluntad de la ley**, a ser objeto del negocio o de un negocio determinado".
Dicha distinción, cuya gran agudeza es indudable, no parece modificar, con todo, los términos del problema. En efecto, no parece que la **fuente** de la idoneidad pueda resultar la base para establecer la diferencia entre resultados que se revelan, en concreto, idénticos.

Tal es el caso, por ejemplo, de la compraventa de un bien cuyo comercialización está prohibido. Esta operación resulta nula, pero no porque el bien sea ilícito (por su naturaleza, un bien no es susceptible de ponerse en contraste con los criterios de la licitud), sino, en todo caso, porque la causa es ilícita. En sustancia, la ley no "prohibe" el bien (y técnicamente, no lo podría hacer); lo que la ley prohibe es la comercialización del mismo; en otras palabras, impide el fin, y por lo tanto, la función de la acción negocial en la que se ve comprometido dicho bien.

En el ejemplo propuesto, el bien comprometido en el contrato es, a lo más, un bien imposible; en consecuencia, no es un bien "ilícito"[145].

Otras novedades de índole técnica introducidas por el legislador italiano de 1942 conciernen a la causa, y particularmente, a los motivos.

La causa conserva su papel de requisito del contrato (art. 1325 cód. civ.); los criterios para valorar la licitud del contrato en su conjunto (las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres) siguen siendo dictados con respecto a la causa (art. 1343 cód. civ.).

Con la infiltración de la *traditio* en el consentimiento, desaparece la explícita referencia a la causa falsa o ausente (contenida en el art. 1119 del Código Civil de 1865), que quizá podía justificarse mejor, si se la entendía (como lo hacía el art. 1104

(145) Sobre este punto, cfr. nuestro trabajo *La vendita in generale*, cit., pp. 205-206.

del Código Civil de 1865) como causa de la obligación, y no como causa del contrato. De tal forma, desaparece una notable fuente de equívocos.

La doctrina anterior, en efecto, consideraba como hipótesis de causa ausente aquellos casos en que "la cosa esperada, con respecto a la cual se ha contratado, no llega a verificarse, o si cesa antes del tiempo pactado, cuando se trata de un hecho posterior"[146]; la causa **falsa** venía a coincidir, a su vez, y según cada situación, con la causa errónea o con la causa simulada[147].

Por otro lado, una referencia a la falta de causa, en el sistema del Código Civil italiano vigente se mantiene, de todas maneras, en el art. 1418 cód. civ., donde se establece la nulidad del contrato cuando falte "uno de los requisitos indicados en el art. 1325" (en el que también está indicada, ni más ni menos, la causa).

Ello ha inducido a la doctrina (que niega, justamente, que la abstracción de la causa signifique una ausencia de esta) a considerar carentes de causa[148] aquellos negocios atípicos que no son portadores de intereses merecedores de protección (según lo dispuesto en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ.). A nuestro juicio, sin embargo, el significado de la fórmula "intereses merecedores de protección" es de un alcance totalmente distinto.

---

(146) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., III, pp. 611-612. Con respecto a las disposiciones testamentarias, el art. 828 del Código Civil de 1865 disponía la ineficacia cuando una causa errónea expresa era la única causa determinante de la voluntad del testador.

(147) *Ibid.*, pp. 614 y ss.

(148) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 183.

En cambio, sí se han identificado como claras hipótesis de ausencia de causa los arts. 1876 y 1895 cód. civ., relativos, respectivamente, a la renta vitalicia constituida por personas ya difuntas, y el contrato de seguro, cuando el riesgo sea inexistente[149].

En la doctrina sobre la causa, las teorías objetivas parecen estar destinadas a prevalecer, pero con un planteamiento del todo renovado; la causa ya no es un fin económico objetivado (según la fórmula de las doctrinas objetivas anteriores), sino que ha pasado a ser la función económico-social del negocio o

(149) *Ibid.*, pp. 183-184. Por lo tanto, no puede compartirse el parecer de aquel autor (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 790) que considera que en hipótesis de este género nos encontramos frente a un fenómeno de **imposibilidad de configuración del tipo**, y no de ausencia de causa. Es conveniente recordar que la imposibilidad de configuración concreta de un tipo (entendiendo este último, como debe serlo, por lo demás, como fenómeno de **organización de intereses**, legal o social, sin distinción) sólo da lugar a una hipótesis de **atipicidad**. En los ejemplos propuestos, la regulación de intereses está destinada a no producir efectos, pero no porque esté, por decirlo así, "al margen" de un esquema negocial típico ("al margen", por lo demás, en perfecta compatibilidad de lo dispuesto en el 2do. párrafo del art. 1322 cód. civ.); en los ejemplos propuestos nos encontramos frente a reglamentaciones de estructuras de intereses privados de toda utilidad, y por lo tanto, de toda **funcionalidad** para los que parecen ser sus autores y/o potenciales beneficiarios. Nos encontramos, en otras palabras, frente a la clásica hipótesis de un negocio jurídico completamente carente de causa.
Una posición contraria a la que venimos exponiendo (y no tan disímil, además, de la descrita en este punto) quizá puede comprenderse en aquel autor que, al defender la causa como la **función económico-social** del negocio jurídico (pero confundiendo, con ello, el problema de la causa con el problema del tipo), terminaba destacando que la falta de causa "comprende tanto el supuesto de inexistencia absoluta de causa típica cuanto el supuesto de su inidoneidad para la protección jurídica" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 399). En cambio, tal posición resulta poco comprensible en quien se ha considerado (GAZZONI, ni más ni menos, *op. cit.*, p. 762) partícipe de nuestra definición de causa como **función económico-individual** del negocio jurídico.

del contrato. Ahora bien, el legislador, a pesar de no haber dictado en el Código Civil ninguna definición de causa, sí hace expresa referencia a esta en la *Relazione*. Además, casi como queriendo destacar la naturaleza, hoy definitivamente objetiva, de la causa (y como queriendo distinguirla de aquellos aspectos subjetivos que pueden tener relevancia meramente eventual en el negocio) introduce dos normas en materia de fraude a la ley (art. 1344 cód. civ.) y motivo ilícito (art. 1345 cód. civ.), en las que se hace explícita, pero limitada, referencia a dichos aspectos objetivos.

Más importantes son las novedades en la normativa sobre los motivos, cuya relevancia se ha reconocido en la regulación sobre el contrato, del testamento y de la donación, con una explícita consideración, y de forma, más o menos, directa (aunque sea, sobre todo, desde el punto de vista de la ilicitud de los motivos).

Así pues, además de los arts. 1345, 626 y 788 cód. civ., se hace referencia a los motivos en el art. 1344 cód. civ. (donde se presenta implícitamente un fenómeno de relevancia de los motivos en relación con la hipótesis de fraude a la ley)[150]; en los

(150) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., pp. 191-192, y BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, pp. 434 y ss.
La explícita referencia al contrato en fraude a la ley, contenida en el art. 1345 cód. civ., ha sido prevista por el legislador italiano de 1942 para evitar, esencialmente, la inobservancia de normas imperativas y por lo tanto, la indirecta obtención del resultado prohibido (cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 614).
Hay que recordar, además, que en el Código Civil de 1865 (art. 1350) la referencia a los actos en fraude a la ley se ubicaba en el ámbito de la normativa sobre las presunciones legales. En el Código Civil vigente, en cambio, la regulación sobre el

arts. 624 (2do. párrafo) y 787 cód. civ., con respecto al error sobre el motivo (en las disposiciones testamentarias y en la donación, respectivamente); en el art. 634 cód. civ. (condiciones imposibles o lícitas incorporadas a disposiciones testamentarias), que contiene una explícita remisión al art. 626 cód. civ., puesto que los motivos pueden estar presentes "bajo la apariencia de condiciones" (así se expresa en la *Relazione al Codice civile*, n. 310); en el tercer párrafo del art. 647 cód. civ. (en materia de

contrato en fraude a la ley se ubica entre el tema de la causa (art. 1343 cód. civ.) y el de los motivos (art. 1345 cód. civ.) ilícitos. Al respecto, la *Relazione* (n. 614) se limita a afirmar que "aquí opera la ilicitud del propósito práctico común a ambas partes, que es tomado en consideración, con carácter más general, en el art. 1345". Ciertamente, dicha sistematización de las reglas sobre el fraude a la ley se encuadra bien en la **filosofía** de un sistema dirigista, que no pude permitir que sus directrices normativas o de principio sean burladas por la acción autónoma de los particulares. Por otro lado, la institución del negocio en fraude a la ley (que, por lo demás, ha dado la impresión de ser contigua a las complejas y problemáticas figuras del negocio simultado y, principalmente, del negocio indirecto y del negocio fiduciario, en los que, tal cual ocurre en el negocio en fraude a la ley, parecen presentarse aspectos de relevancia de los motivos) ha dado lugar, en su aplicación practica de la misma, a soluciones que no pueden evitar la generación de dudas y perplejidades. Es verdad que, una vez sancionado el negocio *contra legem* (es decir, directamente destinado a realizar un fin prohibido), luego se hace difícil proyectar la diversa y autónoma hipótesis de un negocio *in fraudem legis* (de un negocio en apariencia lícito, pero de todos modos idóneo para obtener indirectamente el resultado prohibido). En dicha hipótesis, la búsqueda de la concreta y objetiva coincidencia del resultado perseguido por los autores del negocio con el resultado legalmente prohibido, y la identificación del fin fraudulento que no se ha hecho explícito, han permitido, muy a menudo, que el intérprete se transforme (con notables márgenes de arbitrio, además) en lector del pensamiento de los contratantes, e incluso en descifrador de los más recónditos fines que el legislador, que ha establecido la norma eludida, pretendía confiar a esta.

En todo caso, y siempre con referencia al fenómeno del fraude a la ley, quizá se podría hablar, de modo más acorde con los datos brindados por la realidad, de **procedimiento** fraudulento, y no de negocio *in fraudem legis* (similarmente, en alguna medida, a cuanto se ha propuesto para el negocio fiduciario, por parte de BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, p. 432, por ejemplo; una elegante

cargo imposible o ilícito impuesto, en una disposición testamentaria, a la institución de heredero o a un legado); y en el art. 794 cód. civ. (cargo ilícito o imposible impuesto a la donación).

Es imperioso precisar, de todas formas, que los arts. 626, 647, 787, 788, 1344 y 1345 no estababan presentes en el Código Civil italiano de 1865; desde este punto de vista, las normas citadas constituyen novedades, propiamente dichas, introduci-

---

reflexión sobre la institución, que documenta, por otro lado, y muy exhaustivamente, las detalladas y distintas tendencias de la doctrina y jurisprudencia, puede verse en el volumen de CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milán, 1996, en particular, pp. 16 y ss, donde también hay observaciones interesantes conformes a la explicación propuesta por nosotros). En resumen, la realización de un propósito fraudulento queda confiada, casi siempre, a un complejo de operaciones coligadas, y no a un acto negocial específico (este es también el parecer de BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 587).

Un ilustre autor (SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 191) ha considerado que el fenómeno del negocio en fraude a la ley puede ser identificado en la obtención de un resultado **análogo** al prohibido.

Desde tal perspectiva, entonces, no cabe duda que el intérprete se encontraría frente a más arduas dificultades, y por ello debe realizar su investigación, no desde el punto de vista de una **coincidencia** (o **identidad**) de resultados (negociales o legales), sino desde el preciso punto de vista, más ambiguo e incontrolable, de la eventual **analogía** entre estos.

La verdad es que, contrariamente a cuanto sostienen autorizadas doctrinas, el fenómeno del fraude a la ley parece tener que coincidir, justamente (como se sugiere, por los demás, en el citado n. 614 de la *Relazione al Codice civile*), no tanto en la persecución de un resultado **análogo** al prohibido, sino en la persecución, a través de vías indirectas, de un resultado sustancialmente **idéntico** al prohibido (de la misma opinión es PUGLIATTI, *Precisazioni i tema di vendita a scopo di garanzia*, ahora en *Diritto civile*, cit., p. 385).

Conforme a esta línea argumental, es indudable –como ya ha sido destacado, por lo demás (SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 550-551)– que el fenómeno de la fraudulencia tiende a subsumirse en el de la contrariedad a la norma; por lo tanto, el art. 1344 cód. civ. se subsume en el art. 1343 cód. civ., con respecto al cual el primero terminaría representando una suerte de duplicado.

das por el legislador de 1942. Por otro lado, aunque los arts. 634 y 794 cód. civ. tienen correspondencias en el Código Civil precedente, en los arts. 849 y 1065, respectivamente, hay que destacar que en estos últimos no se hacía referencia al tema de los motivos (como sí lo hacen, en cambio, los vigentes arts. 634 y 794 cód. civ.).

Un estudio a fondo y minucisoso se impone, finalmente, con respecto al elemento del **acuerdo**, que es el primero de los indicados en el art. 1325 cód. civ.

En comparación con el sistema establecido en el Código Civil de 1865 (arts. 1108 y siguientes), la normativa del Código vigente (arts. 1326 y siguientes) presenta algunas novedades para nada irrelevantes.

El Código de 1865, bajo el título "Del consentimiento" (arts. 1108 y siguientes), se limitaba a regular los vicios de la voluntad, con la afirmación de que su presencia en el contrato constituía "causa de nulidad"; luego, en el art. 1414 (del mismo contenido que el actual art. 1437 cód. civ.) se destacaba que el temor reverencial no era causa de anulabilidad del contrato.

La nueva sistematización en materia de invalidez del contrato, introducida por el legislador de 1942, ha ubicado toda esta materia en la normativa de la anulabilidad (art. 1427 cód. civ.).

Los argumentos e instituciones reguladas en el Código Civil italiano vigente bajo el título "Del acuerdo de las partes" (art. 1326 y siguientes) eran extraños al sistema del Código de 1865; sin embargo, sus criterios más importantes no eran ajenas al Código de Comercio, al menos con respecto a los mecanis-

mos de celebración del contrato (cfr. arts. 36 y 37 Código de Comercio).

Al respecto (como se destaca, por otro lado, en la *Relazione al Codice civile*, n. 605), "al regular el perfeccionamiento del contrato, se han tenido en cuenta los principios de los arts. 36 y siguientes del Código de Comercio, a los cuales ya se reconocía una capacidad expansiva, hacia el campo de los contratos civiles".

En este sector, la intervención del legislador de 1942 buscó desarrollar, racionalizar, o mejor aun, organizar perspectivas y soluciones que no eran desconocidas en el sistema de los dos códigos precedentes.

De tal forma, se mantiene el principio del conocimiento (1er. párrafo del art. 1326 cód. civ.)(*), que es aligerado mediante una presunción (*iuris tantum*) de conocimiento (art. 1335 del Código vigente), que será analizada más adelante. Los mismos arts. 1333 y 1334 del Código vigente, como hemos visto(151) aclaran aquella **sibilina** disposición del último párrafo del art. 36 del Código de Comercio "que algún autor había referido al contrato unilateral. El nuevo código regula separadamente el contrato unilateral (dos

(*) Se refiere al principio según el cual el contrato se tiene por celebrado cuando el oferente conoce la aceptación de la otra parte (art. 1326 cód. civ. italiano; art. 1373 cód. civ. peruano: "el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente"). Se "presume" que la oferta, revocación de la oferta, aceptación y toda otra declaración son conocidas por el destinatario cuando llegan al domicilo de este último, a menos que pruebe que, sin culpa, no tuvo noticia de aquellas (art. 1335 cód. civ. italiano; art. 1374 cód. civ. peruano). En este último punto el Código italiano es más general porque se habla de "toda otra declaración dirigida a una persona determinada"; el Código peruano dice "cualquier otra declaración *contractual* dirigida a determinada persona" [*N. del T.*].

(151) Cfr., *supra*, nota 65.

o más declaraciones) y el acto unilateral (única declaración productiva de efectos)" (*Relazione al Codice civile*, n. 606).

En realidad, la disposición contenida en el último párrafo del art. 36 del Código de Comercio no era, a nuestro juicio, para nada **sibilina**. Al afirmar, en efecto, que "en los contratos unilaterales las ofertas son obligatorias no bien arriban a noticia de la parte que las formula", se limitaba, nos parece, a establecer el irrevocable carácter vinculante de la oferta, en los contratos **unilaterales**, precisamente[152]. Tampoco nos parece particularmente **sibilina** la igualmente discutida disposición[153] contenida en el 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ., que en atención, justamente, a la importancia atribuida a la ausencia de negativa del destinatario de la oferta, configuraría, según algunos autores, una hipótesis de formación **unilateral** del contrato (en este caso, entonces, el contrato no se formaría sobre la base del acuerdo, sino, sustancialmente, sobre la sola base de la oferta)[154].

---

(152) Esta, en lo sustancial, es la tesis de VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milán, 1929, p. 14. En realidad, y siempre en el sistema del Código de Comercio, otros autorizados Maestros habían destacado, desde una perspectiva distinta, que a lo sumo, el último párrafo del art. 36 del Código de Comercio, podía más bien configurar, ya sea una hipótesis de negocio unilateral autónomo, de por sí idóneo para crear obligaciones, y no, por lo tanto, "una declaración de voluntad destinada a encontrarse con otra para constituir un contrato" (Alfredo ROCCO, *Principii di diritto commerciale-Parte generale*, Turín, 1928, p. 376); o bien una hipótesis de "**actos constitutivos de obligaciones unilaterales**" (V. SCIALOJA, *Osservazioni sull'art. 36 del codice di commercio*, ahora en *Studi giuridici*, IV, 2, Roma, 1933, pp. 103).

(153) Un amplio análisis del problema se puede consultar en BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milán, 1969, en especial, pp. 185-196.

(154) Sobre este punto, cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 31 y ss. El ilustre autor confirma sus impresiones en SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, I, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo SACCO, Turín, 1993, pp. 60 y ss. Ya se había pronunciado en este sentido, sin embargo, GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1956, pp. 923 y ss.

Otros autores (y esta tesis tiene, en verdad, gran difusión en la doctrina y jurisprudencia) consideran que la ausencia de una negativa del destinatario de la oferta puede configurar, en cambio, una hipótesis de aceptación tácita, con lo cual se concede al silencio el valor "significante" de una **declaración tácita**(155). Por otro lado, la idea misma de la posibilidad de "hablar **en silencio**", de gran presencia en algunos de los más "elevados" **lugares** y **momentos** de la literatura de todas las épocas, la idea de que "*rares sont les mots qui valent mieux que le silence*" (como sugiere, con maliciosa elegancia, el escritor Henri DE MONTHERLANT), y la idea, en resumen, de que el silencio puede poseer, en sí mismo, un valor "significante", aun en el ámbito de la experiencia jurídica, ha generado cierto desconcierto y perplejidad en algunos juristas.

(155) Sobre el valor del silencio y la relevancia de las declaraciones tácitas, cfr., por todos, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., pp. 140-141, y BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pp. 140 y ss. Son interesantes las tendencias doctrinales y jurisprudenciales surgidas en la jurisprudencia francesa. Por un lado, en efecto, la doctrina, luego de haber distinguido entre la **voluntad tácita** que "*se matérialise dans une attitude*" y el **silencio** que "*n'a aucune extériorité*" (CARBONNIER, *Droit civil,* 4, *Les obligations,* p. 81), porque este último es, "*au plein sens du mot, équivoque*" (así, FLOUR y AUBERT, *Les obligations-L'acte juridique,* cit., p. 114), parece propensa, sin embargo, a admitir que "*un silence circostancié*" pueda valer como aceptación tácita (en tal sentido, y por ejemplo, cfr. CARBONNIER, *op. ult. cit., loc. ult. cit.*). Por otro lado, la jurisprudencia, con respecto al *silence circonstancié,* afirma un principio análogo al expresado en el 2do. párrafo del art. 1333 del Código Civil italiano, en el sentido, justamente, de que "*le silence vaut acceptation lorsque l'offre a été faite* ***dans le seul intérêt de son destinataire***" (así, FLOUR y AUBERT, *op. cit.*, p. 115). Además, con una interpretación que casi parece acercar el problema del silencio al problema de la **presuposición**, la jurisprudencia francesa tiene en cuenta, en algunos casos, las *relations d'affaires antérieures*, que, en la práctica comercial, hayan mediado entre las partes, para considerar estas últimas como tácitamente vinculadas (sobre este punto, por todos, cfr. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, p. 82).

Sin embargo, y a nuestro juicio, la posibilidad de que el silencio también tenga relevancia propia para el derecho no constituye una perspectiva que se deba considerar tan insensata, como han opinado otros[156]. Basta tener en cuenta que también algunos **comportamientos** omisivos, y no sólo las palabras, consignadas en declaraciones orales o escritas, tienen capacidad y potencia para manifestar intenciones; tal es el caso, desde cierto punto de vista, y por ejemplo, de la ausencia de un rechazo de la oferta, prevista en el 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ.

Y a propósito, justamente, del 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ., se ha advertido que si un comportamiento omisivo (incluido el silencio, por lo tanto) asume valor cuanto el interesado (en el caso específico, el destinatario de la oferta) debía o podía hablar (y no ha hablado) "el valor del silencio terminará dependiendo, no tanto de su expresividad, sino más bien de la carga y del deber de hablar"[157], y ello terminaría superando "la eficacia **de hecho** del silencio"[158]. Por lo tanto, el silencio no tendría una expresividad propia, ni un **valor semántico** "autó-

(156) Al respecto, no ha faltado quien afirme (por ejemplo, BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., II, p. 393), con referencia al vigente art. 1333 cód. civ., que prefería la solución que descarta la existencia del consentimiento "porque, si no es presumido legislativamente, entonces no existe el contrato al que se alude en el art. 1333"; en resumen, el ilustre autor citado prefiere "no dar importancia a la palabra contrato", en lugar de "reconocer peso a un consentimiento fingido" (*ibid.*, *loc. cit.*).

(157) SACCO, *Il contratto*, cit., p. 53.
En cuanto al valor significante del silencio, el criterio de este autor no ha cambiado. Con referencia a los temas correspondientes a la página de su obra dedicada al contrato, citada al inicio de la presente nota, y a las páginas citadas en las notas siguientes, cfr., ahora, SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, pp. 85 y ss.

(158) SACCO, *Il contratto*, cit., *loc. cit.*

nomo" [159]. Desde esta perspectiva, "el silencio produce los efectos de una manifestación del consentimiento siempre que exista un precepto jurídico (una norma legal o una *fattispecie* idónea) que disponga que el silencio produzca los efectos de la manifestación del consentimiento (es decir, que disponga que la manifestación no es necesaria para producir aquellos efectos precisos)"[160]. En otras palabras, "la concepción doctrinal de la regla relativa al silencio circunstanciado parece oscilar, por lo tanto, [...] entre la figura general del silencio **intrínsecamente** apto para expresar, y la idea del silencio equiparado a una manifestación de específicas normas, preexistentes al silencio mismo; entre una eficacia *facti* y una eficacia *iuris*"[161].

Empero, afirmar que el silencio sea jurídicamente significante sólo cuando el interesado, que tiene la carga o el deber de hablar[162], no ha hablado; afirmar que en la doctrina que sostiene un "autónomo" valor semántico del silencio se presenta cierta incoherencia, porque este valor no es, por decirlo así, **originario**, sino **derivado** de "fuentes" legales o voluntarias; destacar, por lo tanto, que lo que parece ser una eficacia (y es decir, una relevancia **originaria** del silencio) constituye, en realidad, una eficacia *iuris* (es decir, y como se ha dicho, una relevancia **derivada**); afirmar todo lo anterior, en suma, no parece ser especialmente significativo para nuestros fines, porque,

---

(159) *Ibid.*, *loc. cit.*

(160) *Ibid.*, pp. 53-54.

(161) *Ibid.*, p. 54

(162) A propósito, se ha destacado que es "ciertamente inexacta la máxima de derecho canónico (c. 43 en VI, 5, 12) "*qui tacet consentire videtur*": pues ella debe ser complementada con la restricción "*si loqui debuisset ac potuisset*" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 141).

si se aprecia bien el plano de la experiencia jurídica, toda eficacia *facti* tiende a transformarse en eficacia *iuris*.

Con ello queremos destacar que es evidente, ya con carácter general (y más allá, por lo tanto, del "específico" jurídico y del particular problema del silencio), que cuando un evento asuma "cualquier" **valor**, ello presupondrá, por un lado, la existencia de una fuente, de un referente (del cual este evento derive su específico **valor**), e impondrá, por otro lado, la necesidad (sobre todo **cultural**) de identificar tal referente o fuente.

Y entonces, cuando este evento sea el silencio, y el **valor** que se conceda al mismo, con el está destinado a proyectarse y a tener importancia operativa en el ámbito de la experiencia jurídica expresada por el ordenamiento estatal (que es, en lo sustancial, un sistema de principios y de normas que **califican** y **valoran** los eventos de la realidad natural), es del todo evidente que el **referente** y la **fuente** "natural" del valor de este evento sólo pueden hallarse en el sistema expresado por el ordenamiento estatal, y por lo tanto, en aquellos criterios que el mismo identifica, para tal fin. Ello sucede porque es en la realidad (a la que se dirige, justamente, el ordenamiento jurídico estatal, con su propio sistema de **calificaciones** y **valoraciones**) donde el evento deberá tener importancia y consideración por "aquel" valor que le es atribuido [163].

[163] Los términos de nuestro discurso están destinados, evidentemente, a cambiar, si se toma en consideración aquel "acaecimiento" determinado que es el negocio jurídico, que en cuanto acto de autonomía privada, encuentra en sí mismo, como hemos visto (cfr. el § 4 de la Primera Parte del presente volumen), los referentes de los valores que expresa autónomamente.

Así pues, y con respecto al 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ., el legislador italiano tenía la opción de asumir el comportamiento omisivo (el silencio) del destinatario de la oferta como falta de aceptación, o bien como ausencia de rechazo. Al optar por la última solución, el legislador de 1942 ha atribuido al silencio **este** particular valor semántico; por otro lado, este no era el único **valor semántico** posible, pero sí el más razonable (a tenor, igualmente, del buen sentido común y del sentir social), porque el destinatario de la oferta termina extrayendo sólo ventajas de las obligaciones contenidas en esta(164). En esta línea de pensamiento, no nos parece exacto afirmar, al respecto, que el valor del silencio no deriva de su expresividad, sino de la carga y del deber de hablar(165); a lo sumo, es a partir del tipo de **valor** expresivo que el sistema del ordenamiento jurídico estatal ha conferido al silencio, que se puede identificar, en el caso específico, la eventual presencia del deber o de la carga (si se trata de deber o de carga)(166).

---

(164) Una decisión fundada en análogas consideraciones ha sido efectuada por el legislador en los arts. 649 (adquisición del legado) y 1236 cód. civ. (condonación de deuda). En ambas hipótesis, da la impresión de que el valor dado al silencio, del legatario y del deudor, respectivamente, puede explicarse con la ventaja que deriva para ellos.
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano:
"649. *Adquisición del legado.*- El legado se adquiere sin necesidad de aceptación, sin perjuicio de la facultad de renunciar al mismo" (1er. párrafo)
"1236. *Declaración de condonación de deuda.*- La declaración del acreedor de condonar la deuda extinge la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que este declare, dentro de un plazo razonable, que no quiere beneficiarse con la misma".

(165) Así: SACCO, *Il contratto*, cit., p. 53.

(166) Al respecto, nuestra perplejidad deriva del hecho de que acogemos las nociones de **deber** y de **carga** en la misma acepción en que las entiende NICOLÒ (*Istituzioni di diritto privato*, I, cit., pp. 15-16) quien destaca, por un lado, que el **deber** comporta la necesidad de un comportamiento para realizar un **interés ajeno**; y por otro

lado, que la **carga** conlleva la necesidad de un comportamiento para realizar un **interés propio**.

Frente al perfeccionamiento y proliferación de técnicas de formación del acuerdo, que ya no se expresan conforme los tradicionales cánones lingüísticos de un explícito y directo diálogo entre contratantes, ha dado la impresión de que "el individualismo [...] ya no es conveniente ni útil para la economía de los mecanismos tecnológicos" (IRTI, *Scambi senza accordo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 13), y que "la libertad de iniciativa económica, a la que se asimilan y en la que se apoyan las distintas técnicas de intercambio, se disocian hoy en día del acuerdo" (*ibid.*, *loc. cit.*). Y así, tomando en cuenta, justamente, las páginas de un viejo estudio, de 1901, de Antonio CICU (*Gli automi nel diritto privato*, ahora en ID., *Scritti minori*, II, Milán, 1965, pp. 287 y ss.), pero adaptándolas a las nuevas hipótesis de compraventa (las ventas por televisión, por ejemplo), se ha pretendido desarticular el acuerdo, con un resalto de su declive, en la **combinación de dos actos unilaterales**, que se entrecruzarían "**en la identidad de la mercadería**; es verdaderamente esta la que que combina los dos actos y hace de la misma una decisión de intercambio. Porque las partes no hablan de la cosa, es decir, no la hacen transcender en el contenido teorético de la lengua; ellas tienen como mira la cosa y agotan sus actos en función de la cosa. La exhiben o la escogen" (IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 14). Esta explicación de ciertas hipótesis de intercambio se propone, ciertamente, en las impresiones de una oferta inteligente y seria.

En realidad, y si se aprecia bien, las técnicas de compraventa realizadas por televisión, por ejemplo, desde el punto de vista del contenido teorético del lenguaje no son muy distintas de las que se realizan a través de **intercambios mudos**, mediante sistemas automáticos, o de las compras en los supermercados, donde la clientela puede acceder directamente a la mercadería exhibida en los mostradores; hay que señalar, entonces, que si lo quisiéramos, se podría desarticular abstractamente cualquier tipo de acuerdo en dos actos unilaterales, aun con prescindencia de la consideración de las nuevas técnicas de intercambio: piénsese en el normal mecanismo de la oferta y la aceptación regulado en el Código Civil. No se perjudica, de todos modos, el hecho de que siempre existe un momento en el que dos actos unilaterales, aunque sea mediante la simple apreciación de la mercadería o de la imagen de ésta, se encuentran, se combinan, y permiten que el intercambio se realice. Ello significa que, aisladamente considerado, no parece que el específico acto unilateral tenga una autónoma fuerza reguladora; no parece, entonces, que este acto esté en condición de realizar el intercambio, porque el intercambio se produce cuando los intereses de las partes convergen, es decir, y como ya se ha anotado, cuando tales interese "se encuentran en **la identidad de las mercaderías**; es esta, verdaderamente, la que combina los dos actos y hace de ello una decisión de intercambio" (IRTI, *op. cit.*, *loc. cit.*). Pero dicho **encuentro, en**

la identidad de la mercadería que determina la decisión de intercambio, no parece ser otra cosa, ni más ni menos, que el acuerdo, o si se quiere, una elegante metáfora del mismo. En resumen, si esta decisión de intercambio no tiene lugar, el intercambio no se realiza; y no se realiza porque no existe acuerdo, y por lo tanto, tampoco existe contrato (sobre este punto, cfr. Salvatore ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, Nápoles, 1970, p. 156).

Al respecto, y fuera de toda metáfora, es sabido que la doctrina ha "teorizado sobre las distintas técnicas o procedimientos de formación del contrato: se considera textual el acuerdo que se celebra, **no con la respuesta** del destinatario de la oferta, sino con el **inicio de la ejecución**, que es un acto **no declarativo** (art. 1327 cód. civ.). Aquí la ley llega a **descartar el diálogo**, que no sirve, en el caso concreto, para la celebración del contrato, porque es necesario, sin excepciones, un **acto real**. El intercambio mudo en el supermercado no está privado de acuerdo. El esquema de la dualidad de meros actos lícitos, si bien exalta el aislamiento del silencio, no **capta** la **esencia** del intercambio, porque deja de lado el aspecto de la **conformidad** entre actos, aunque estos sean mudos, que debe existir para que ellos asuman **valor de intercambio**. Pero el **canon de la conformidad**, de acuerdo con el orden positivo (art. 1326, último párrafo, cód. civ.), caracteriza y rige, justamente, la **formación del contrato**" (BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto"*, en *Europa e Diritto Privato*, 1999, p. 148).

El intercambio, por lo tanto, se realiza con la **combinación** de los dos actos unilaterales; es en este momento –como se ha confirmado autorizadamente– que "la acción individual cesa: ha nacido el contrato y la expresión de voluntad es ahora obra de este acto que resume una voluntad común" (Salvatore ROMANO, *op. ult. cit., loc. cit.*). En resumen, y ciertamente, en las nuevas técnicas de formación del contrato "existen dos decisiones, como en todo contrato: pero no (sólo) decisión de exponer y de escoger", sino decisión de vender y comprar **el mismo objeto**. Y ello significa que existe acuerdo" (OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 529).

En las hipótesis planteadas, así como en muchas otras, nos hallamos frente a **lenguajes** cuyos **significados** no dependen de rituales, ni de la comprometedora **inmediación** o fuerza evocadora de las palabras, sino de gestos, comportamientos, o incluso a silencios. Pero en ello no hay nada de nuevo; además, ya se ha destacado que "*l'art d'interpréter les signes et le mutisme est familier aux droits archaïques*" (CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, París, 1998, p. 72; y Emilio BETTI, como también recuerda BENEDETTI, *op. ult. cit.* p. 140, cita algunos ejemplos de **trueques mudos** (es decir, de contratos) muy practicados en la antigüedad; cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 40, nota 4).

Por otro lado, no se ha pasado por alto el hecho de que desarrollar la idea de un intercambio sin acuerdo, y por lo tanto, sin contrato, "significa homologar el permiso de la libertad, de la cual el contrato es expresión y protección, para ceder frente a la lógica de la empresa" (BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto"*, cit., p. 149). El intercambio sin palabras constituiría, además, una suerte de

Es cierto que las polémicas en torno del **valor semántico** del silencio se han sumado, en recientes propuestas doctri-

"derecho mudo". Y como se ha destacado con agudeza, "la afirmación de un «derecho mudo» constituye una contradicción de términos. El hecho en cuanto tal, en sí mismo, sigue siendo tal; es de verdad mudo porque no logra decir nada más allá de sí mismo. Deviene regla privada, sentencia, ordenamiento, sólo con la atribución de un sentido, mediante la palabra hermenéutica" (*ibid.*, p. 151).

Las técnicas mismas de la venta "casa por casa", y la posibilidad para el consumidor de renunciar (*recedere*), que va de la mano con tales hipótesis, no constituyen excepciones al principio en virtud del cual la eficacia definitiva del contrato se funda en el acuerdo. Reflexionando sobre las doctrinas relativas a este fenómeno, no podemos dejar de destacar que, para los fines que nos interesan de manera más inmediata en este punto, se termina arribando a una solución no disímil a la expuesta, en lo sustancial, ya sea que se quiera explicar el fenómeno como una hipótesis de *condicio iuris* suspensiva, o como una hipótesis de opción en favor del adquirente, o como oferta. En la primera solución, en efecto, nos encontraremos, con toda seguridad, frente a una compraventa en la cual, debido a la presencia de una *condicio iuris* suspensiva, los efectos traslativos todavía no se han podido realizar. En la segunda solución, nos encontraremos frente a un contrato (la opción), como quiera que sea distinto de la compraventa, en el cual el efecto, eventualmente traslativo (final), está destinado a no verificarse sino hasta el momento en que el titular del derecho de opción no lo haya ejercido **positivamente**. En la última hipótesis, en fin, y si se tratara de una oferta, entonces, nos encontraremos en una fase que con respecto a la eventual compraventa aún no celebrada, parecería ser una fase precontractual.

En resumen, y al margen de la solución elegida, queda confirmada, aunque sea de manera indirecta, la interpretación que la doctrina dominante ya ha tenido ocasión de proponer en relación con el sistema del Código Civil: conforme a ella, frente a la compraventa que haya producido sus efectos traslativos definitivamente y plenamente, la renuncia (*recesso*) no puede ser ejercida; por lo tanto, la resolución sólo se puede ejercer frente a ofertas contractuales, contratos de prestación servicios, o frente a contratos de suministro periódico y continuativo de bienes. Para una reflexión más amplia sobre la venta "casa por casa", cfr. nuestro estudio *La compravendita come negozio di scambio*, ahora en G. B. FERRI y ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Turín, 1997, pp. 241-242.

[*Ad. del T.*] En el lenguaje jurídico italiano se estila emplear los términos *recedere* y *recesso* para aludir a las hipótesis en que se rompen las tratativas precontractuales, o, como ocurre en este punto del volumen, cuando una de las partes "renuncia" al

nales[167], a las polémicas frente al llamado dogma de la bilateralidad del consentimiento; por consiguiente, estos debates se han realizado (sobre la base, si bien no exclusiva[168], como hemos referido, del 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ.) de modo directamente **funcional** a la afirmación de la posibilidad de que el contrato también pueda formarse **unilateralmente** (es decir, sobre la base de una oferta).

Desde este último punto de vista, aunque no se quiera admitir la idea del valor del silencio y de la declaración tácita, la perspectiva de la formación **unilateral** del consentimiento no parece poderse compartir. En los dos párrafos que componen el art. 1333 cód. civ. se "atribuye naturaleza contractual, con toda evidencia, a la figura de negocio allí contemplada; ello es tan cierto que se distingue entre irrevocabilidad de la oferta y constitución del contrato, que se subordina a la falta de rechazo del destinatario"[169].

---

contrato de venta "casa por casa" (una técnica aún no difundida en nuestro medio). En castellano, la costumbre es utilizar la expresión "rompimiento o apartamiento injustificado de las tratativas", y la "resolución" para abarcar todas las hipótesis en las que se disuelven los efectos de un contrato. Por mi parte, he preferido los términos "renuncia" y "renunciar", porque "receso" es más utilizado en su acepción de "pausa o interrupción", aunque la 22ª. edición del DRAE reconozca como primera acepción de este último término "separación, apartamiento, desvío".

(167) Cfr., una vez más, SACCO, *Il contratto*, p. 54, quien considera que las incoherencias de la doctrina favorable a atribuir valor al silencio, y por consiguiente, a la idea de declaración tácita, se explicarían por la decisión de "no separarse del dogma de la bilateralidad del consentimiento, ni de la concepción a tenor de la cual el consentimiento se expresa mediante la declaración".

(168) *Ibid.*, pp. 31 y ss., donde el autor expone una detallada casuística.

(169) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO-PASSARELLI, cit., p. 106.

En resumen, y si se pretende seguir las tendencias de la doctrina predominante, una vez descartado que la regla prevista en el art. 1333 cód. civ. pueda configurar una hipótesis de negocio de formación unilateral, pues se trata de una estructura de naturaleza bilateral[170] –también, pero no exclusivamente, por razones textuales (en el 2do. párrafo del art. 1333 cód. civ. se afirma explícitamente que en ausencia de rechazo "el contrato se tiene por celebrado")– no queda más que constatar la naturaleza contractual de esta hipótesis específica, cuya formación, por lo tanto, sigue siendo **bilateral** (cfr. la ya citada *Relazione al Codice civile*, n. 606), y está fundada, entonces, en el desenvolvimiento de dicho "acuerdo", que el art. 1325 cód. civ. indica, no por casualidad, como uno de los **requisitos** del contrato; un "acuerdo" que no se realiza mediante la técnica **normal** de una oferta y una aceptación expresas, destinadas a encontrarse, sino a lo sumo (si se prefiere tal solución a la declaración tácita), mediante el **mecanismo**, siempre **bilateral**, de una oferta y de un **comportamiento** (el rechazo no efectuado) que recibe de la ley la atribución del "valor de acto conclusivo de la categoría de los contratos bajo examen"[171].

Por lo demás, todas las hipótesis en las que se ha pretendido identificar hipótesis de contratos con formación no bilateral[172]

---

(170) La persuasión que genera esta elegante hipótesis explicativa (formulada por BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., en especial, pp. 191 y ss.) constituye la huella, prácticamente tangible, por decirlo así, de las indudables dificultades con las que se enfrenta el intérprete, cuando se apresta a estudiar el supuesto contenido en el art. 1333 cód. civ.

(171) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 107.

(172) Cfr., de acuerdo con esta línea de pensamiento, y con una amplia gama de ejemplos: SACCO, *Il contratto*, cit., p. 32 (y ahora, SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, p. 61) y CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, en *Riv. dir. comm.*, 1983, I, pp. 327 y ss.

(y asimilables de algún modo, por lo tanto, a aquella interpretación del art. 1333 cód. civ. con la que no estamos de acuerdo), parecen ser, a tenor de un sereno examen, bastante heterogéneas, y desde un punto de vista estructural, justamente, porque no todas concretizan hipótesis contractuales. Para dar algún ejemplo, comenzaremos descartando la naturaleza contractual de la donación *propter nuptias*, que configura más bien, y tal como resulta del 1er. párrafo del art. 785 cód. civ. (donde se afirma que la donación "se perfecciona sin necesidad de que sea aceptada"), una hipótesis de negocio unilateral, y no una hipótesis de contrato(173). Una solución análoga es posible, a nuestro juicio, en la condonación de deuda por parte del acreedor (art. 1236 cód. civ.). En efecto, este último fenómeno (a pesar de que algunos autores prefieren atribuirle naturaleza contractual)(174) debe

(173) Sobre este punto, y conformemente, cfr. nuestro trabajo *Liberalità mediante assegno e fallimento*, ahora en *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 419-424 (donde incluimos referencias bibliográficas). Con carácter más general, cfr. BIONDI, *Le donazioni*, en *Trattato di diritto civile italiano* dirigido por Filippo VASSALLI, Turín, 1961, pp. 785 y ss. Es interesante apreciar que este autor, luego de afirmar que "es necesario reconocer que en nuestro derecho positivo la donación *propter nuptias* constituye uno de los varios negocios unilaterales, que se perfeccionan con la simple manifestación de voluntad del declarante" (*ibid.*, p. 793) aclara que, desde el punto de vista estructural, "la donación *propter nuptias* constituye, sin duda, una donación, de conformidad con el art. 769. Las excepciones admitidas por la ley (unilateralidad, capacidad, irrevocabilidad) no alteran su naturaleza" (*ibid.*, p. 802).

(174) Tal es la posición, por ejemplo, de BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301; y CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 135-136. Considerando variable la estructura de la condonación, según la concreta obligación de se trate, se ha admitido que esta figura también puede asumir, en algunos casos, el esquema estructural del contrato (por parte, por ejemplo, de PERLINGIERI, *Commentario del Codice civile* al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Roma-Bolonia, 1975, pp. 208 y ss.). Aun sin incurrir en el "atrevimiento" de afirmar la naturaleza contractual de la condonación, se ha percibido alguna simetría entre esta y la hipótesis del art. 1333 cód. civ. (por parte de SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 36-

considerarse (y esta es la tesis que predomina en la doctrina)[175] negocio unilateral (con tendencia a ser recepticio), con autónoma fuerza creadora de efectos (como lo es, justamente, el efecto de extinguir la obligación, y tal como se señala textualmente además, en el art. 1236 cód. civ.), y no destinado, por lo tanto, a **encontrarse** con la aceptación, pasivamente manifestada mediante el silencio del deudor[176]. Conforme a esta línea de pensamiento, también posee naturaleza de negocio unilateral recepticio la eventual oposición del deudor (siempre prevista en el art. 1236 cód. civ.), que elimina los efectos extintivos de la condonación[177].

Es verdad que en esta última hipótesis, tal como ocurre en la donación *propter nuptias*, y también en la hipótesis del legado (art. 649 cód. civ.), parece poder encontrar confirmación el principio según el cual nadie puede "devenir titular de un derecho, ni de un derecho real sobre este, si no es con su propio consentimiento"[178]. En este orden de ideas, las operaciones a las que hacen referencia las instituciones citadas, pueden, y deben, escindirse en dos bandos: "por un lado, el acto unilateral de

37; que ha reafirmado su tesis, puntualmente, en SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, pp. 65-66), a tal punto que la condonación sería "unilateral en la misma medida que lo es el contrato" (SACCO, *Il contratto*, cit., p. 37), porque la condonación y el contrato tienen una "estructura idéntica" (*ibid.*, *loc. cit.*).

(175) Al respecto, para un detallado panorama de tendencias doctrinales y jurisprudenciales, cfr., por todos, GIACCOBE y GUIDA, *Remissione del debito (diritto vigente)*, en *Enc. del dir.*, cit., XXXIX, Milán, 1988, pp. 772 y ss.

(176) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., *loc. ult. cit.*

(177) Sobre este punto, cfr. GIACCOBE y GUIDA, *Remissione del debito (diritto privato)*, cit., p. 767.

(178) DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, cit., p. 49.

disposición del titular, generador de efectos propios; por otro, el acto de aceptación y/o la omisión del rechazo"[179].

En resumen, a pesar de en todas las hipótesis señaladas no es necesario que la atribución sea aceptada expresamente, ella puede ser expresamente aceptada, de hecho, o bien puede ser rechazada. Y dado que el acto de disposición tiene naturaleza negocial autónoma (porque produce efectos **finales** autónomos), también tienen naturaleza negocial el acto de rechazo de la oferta, que cancela dichos efectos, así como el acto de aceptación expresa, que al equivaler a una renuncia a ejercer el rechazo vuelve "definitivos" tales efectos **finales**[180]. Esta última función "negocial" (de volver "definitivos", y por lo tanto, **no rechazables**, los efectos **finales**) también es cumplida por la omisión del rechazo, es decir, por el silencio del destinatario de la atribución (deudor, legatario, donatario) cuando se extienda más allá de un plazo razonable.

---

(179) *Ibid., loc. cit.*

(180) A nuestro juicio, también la donación *propter nuptias* puede ser rechazada (y el rechazo, como es evidente, siempre tiene naturaleza negocial), y ello, ya sea si el matrimonio aún no se ha celebrado, y si la donación todavía no ha podido producir sus efectos (caso en el cual, el rechazo impide que los efectos se produzcan con la celebración del matrimonio); o ya sea cuando el matrimonio ya se ha celebrado (caso en el cual, el rechazo tiene la función de cancelar los efectos producidos). Contra este criterio, no son válidas las consideraciones, para nada coherentes, de BIONDI (*Le donazioni*, cit., p. 794), quien señala que la donación *propter nuptias* no puede ser rechazada, porque el donatario carece de "un interés digno de protección". La celebración del matrimonio "comporta implícitamente que la donación no es mal recibida" (*ibid., loc. cit.*). Ello significaría que "el matrimonio no conlleva aceptación, sino aquel beneplácito que se considera necesario para la adquisición de un derecho dependiente de la voluntad unilateral" (*ibid., loc. cit.*).

La doctrina concuerda, en cambio, en atribuir naturaleza contractual a la expromisión (art. 1272 cód. civ.)(*) y a la asunción de deuda (art. 1273 cód. civ.), que se fundan, respectivamente, en el ***acuerdo*** entre tercero y acreedor (en la expromisión) y entre tercero y deudor (en la asunción de deuda)(181); lo mismo se afirma con respecto a la fianza (art. 1936 cód. civ.)(182).

Si se aprecia bien, en todas estas figuras (indudablemente contractuales), que se han identificado como hipótesis de contratos de formación unilateral (expromisión, asunción de deuda, fianza), y de alguna manera asimilables, por lo tanto, a la temática misma del art. 1333 cód. civ., se tiene la sensación (o la sospecha) de que el problema de la formación del contrato(183), se superpone (y se confunde, entonces) con la verificación de que, en las específicas figuras contractuales indicadas, se puede atribuir, en el caso concreto, y específicamente a uno de los

(*) Código Civil italiano:
"1272. Expromisión.- El tercero que, sin delegación del deudor, asume el crédito frente al acreedor, está obligado solidariamente con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente que libera a este último" (1er. párrafo).
Este es otro de los defectuosos pasajes del Código Civil peruano, donde se hace referencia a la novación "por delegación" y "por expromisión", sin precisar en qué consiste cada una de estas figuras ("Art. 1282.- La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo") [*N. del T.*].

(181) Cfr., en general, RODOTÀ, *Espromissione*, en *Enc. del dir.*, XV, Milán, 1966, pp. 781 y ss.; y RESCIGNO, *Accollo*, en *Digesto 4ª. ed., Discipline privatistiche, Sezione civile*, I, Turín, 1987, pp. 40 y ss.

(182) Conforme con este criterio, cfr., por todos, FRAGALI, *Fideiussione (diritto privato)*, en *Enc. del dir.*, cit., XVII, Milán, 1968, pp. 347 y ss.

(183) Formación necesariamente bilateral, tal cual se deduce de la idea misma de contrato, el cual es definido como "acuerdo" en el Código Civil (art. 1321 cód. civ.), y a la que se puede atribuir, en cuanto acuerdo (es decir, **punto** y **momento** de encuentro de varias voluntades), justamente, "fuerza de ley entre las partes" que lo han celebrado (art. 1372, 1er. párrafo, cód. civ.).

contratantes la iniciativa encaminada a la celebración de un contrato: pienso en el tercero que asume la deuda, en el tercero que actúa como expromisario, en el fiador, y en el emisor mismo de la oferta, que sólo contempla obligaciones a su propio cargo. Pero aunque se pretenda constatar, en el plano de los hechos, que uno de los contratantes ha tomado, en efecto, la iniciativa de celebrar el contrato, no se puede hacer derivar de ello una suerte de posición predominante, a tal punto que permita considerar celebrado el contrato sobre la base de la simple iniciativa tomada. Al eventual autor de tal iniciativa se puede reconocer, a lo más, y con un valor del todo simbólico, por decirlo así, la **paternidad moral** del contenido del contrato; pero para que **este** contrato se realice (como ocurre en todos los contratos), siempre se tendrá que formar sobre la base del acuerdo de los contratantes en pleno.

En resumen, el art. 1333 cód. civ. (como ocurre también, por lo demás, en el último párrafo del art. 36 del Código de Comercio) se refiere a los contratos unilaterales, no atenta contra la formación bilateral del acuerdo, y no configura, por lo tanto, "una declaración de compromiso mediante la cual el contrato se reduciría a un acto de formación unilateral"[184].

Hay que añadir que en la experiencia inglesa misma, es dudoso que pueda surgir una problemática con respecto al acuerdo (*agreement*)[185], y ni siquiera en relación con la no menos dis-

(184) Salvatore ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale*, ahora en ID., *Scritti minori*, III, Milán, 1980, pp. 1239 y ss.

(185) En esta línea de pensamiento se manifiesta TREITEL, *The Law of Contract*, Londres, 1975, pp. 28 y ss.

cutida figura del *unilateral contract*, definida como "*an awkward sort of half-way house, in which one party is not bound at all, and the other is only bound subject to some condition*"[186]; en realidad, a veces parece que el *unilateral contract* pudiera evocar cuestiones que en la experiencia italiana son asimilables (de manera más coherente, a nuestro juicio) asimilables a las de la promesa pública (art. 1989 cód. civ.)[187]. Lo cierto es que los autores del *common law* (a los que se han sumado, como es sabido, algunos autores italianos)[188] parecen manifestar una proclividad a "resolver los problemas de la promesa unilateral dentro del esquema del contratto (unilateral)"[189].

Sin embargo, en lo concerniente a la definición misma de contrato, es necesario recordar que en la tradición cultural del *common law* siempre se presentan ambigüedades que no pueden ser consideradas irrelevantes, ante nuestra mirada de juristas de Europa continental; lo que queremos decir es que con el término *contract* se califican de igual forma "relaciones obligatorias

---

(186) ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1989, p. 47.

(187) Se ha destacado que "*many unilateral contracts are not really agreements, nor are the bargains in which a promise is offered* ***in return*** *for, or* ***in exchange*** *for, an act* [...] *For instance, a promise to donate a prize to the winner of a race could be enforced as a valid unilateral contract, once the race has been won, but there is no agreement or bargain involved here. The promise to donate the prize is in no sense* ***exchanged*** *for the act of winning the race*" (ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 48). En resumen, el *unilateral contract* "postula el intercambio y la reciprocidad de las prestaciones [...] sólo que la prestación del destinatario, requerida por el proponente, no constituye un acto (cumplimiento) jurídicamente debido, sino un acto de libre decisión y de adhesión a la propuesta del oferente" (CRISCUOLI, *Contratto*, III) *Formazione del contratto-Dir. comp. e stran.*, en *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, pp. 2-3; al respecto, ID., *Il contratto nel diritto inglese*, Padua, 1990, en especial, pp. 72-75).

(188) Cfr., por ejemplo, y además de SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 31 y ss., GORLA, *Il contratto*, cit., I, pp. 337.

(189) DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, cit., p. 43.

que no tienen origen negocial"[190], y por otro lado, que el significado de contrato como *agreement* (es decir, como acuerdo, pacto), si bien consolidado, sobre todo en la experiencia estadounidense, no parece ser el único. En efecto, la doctrina indica de continuo con el término *contract* "*a promise or a set of promises*"[191].

Modernas técnicas de circulación de la riqueza (ofertas de suscripción pública, o venta "casa por casa", de valores mobiliarios; contratos negociados fuera de los locales comerciales), vinculadas con hipótesis contractuales cuya eficacia se suspende por todo el (breve) período en el cual el adquirente puede ejercer la renuncia[192], han planteado dos delicados órdenes de problemas para la doctrina: por un lado, el de la posibilidad de encuadrar estas especies de renuncia en el diseño que de la institución configurada en el art. 1373 cód. civ.[193]; por otro lado (y

---

(190) MOCCIA, *Contract*, en *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 1 (de la separata). Con respecto a esta hipótesis, el autor citado destaca que se trata, de todos modos, "de usos remanentes de la historia del *contract*, y ya no pertinentes, hoy en día, a la noción del mismo" (*ibid.*, *loc. cit.*).

(191) POLLOCK, *Principles of Contract: A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England*, Londres, 1921, p. 1. Sobre la evolución de la relación entre **promesa** y **contrato**, y sobre la afirmación del principio a tenor del cual *solus consensus obligat*, han cumplido un papel históricamente fundamental, como es sabido, las doctrinas iusnaturalistas. El principio del *solus consensus obligat* termina haciendo necesarios, para el carácter vinculante de la promesa, la aceptación, y por lo tanto, el consentimiento del destinatario (sobre este punto, cfr. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I, *Profilo storico e comparativo*, Turín, 1992, pp. 15-51 y 131-163); desde esta perspectiva, es evidente que la promesa "se transforma en una mera **oferta contractual**, cuya obligatoriedad requiere siempre, y por fuerza, la voluntad (aceptación) del destinario" (MOCCIA, *Promessa e contrato (spunti storico-comparativi)*, en *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 832).

(192) Cfr. por ejemplo, el art. 18 *ter*, añadido al D. L. n. 95 del 8 de abril de 1974, por la Ley n. 77 de 1983.

(193) Al respecto, de lo más reciente, cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilateral*, Milán, 1985, *passim*.

ello es lo que nos interesa más en este punto), el problema de establecer si en estas hipótesis nos encontramos frente a contratos, o bien frente a simples ofertas contractuales, dado que la existencia de un poder de renunciar condiciona la eficacia del contrato, y en atención a que el legislador hace expresa referencia, a veces, a hipótesis contractuales, pero otras veces se ha referido –uniéndolas, indistintamente, en la misma normativa[194]– sea a los **contratos**, sea a las **ofertas contractuales**.

No es casual, al respecto, que se haya advertido que donde el legislador italiano habla de contrato en la citada normativa especial, el legislador europeo "equipara el contrato a la simple oferta"[195].

Indudablemente, todo lo anterior es exacto: aquí, sin embargo, nos limitaremos a destacar que el intérprete no puede dejar de tomar en cuenta la terminología utilizada por el legislador. Y entonces, tal cual hemos anotado, aunque en la normativa citada se haga ambigua referencia a los contratos y al mismo tiempo a las ofertas contractuales, todas las veces que en la misma legislación especial, se haga expresa y directa referencia, en cambio, a los contratos, no podrá tratarse (como es

---

(194) Cfr., por ejemplo, el art. 4 del D. Lg. n. 50 del 15 de junio de 1992.
[*Ad. del T.*] Se trata del decreto de aplicación de la Directiva n. 85/577/CEE, en materia de contratos negociados fuera de los locales comerciales. La norma citada expresa:
"4. *Derecho de renuncia* (*recesso*).- Para los contratos y ofertas contractuales sujetos a las disposiciones del presente decreto se atribuye al consumidor un derecho de renuncia conforme a los términos y condiciones indicados en los artículos subsiguientes".

(195) SACCO, *Considerazioni conclusive*, en AA.VV., *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, al cuidado de BESSONE y BUSNELLI, Milán, 1992, p. 184.

obvio)[*] más que de contratos, cuya eficacia, según se ha sostenido, está probablemente vinculada con una *condicio iuris* suspensiva[196], pendiente durante todo el período en que el adquirente puede ejercer la resolución. Transcurrido dicho período, y siempre que el adquirente no haya ejercido su poder de resolver, los efectos del contrato están destinados a producirse.

De notable importancia, siempre en materia de acuerdo, parece ser, principalmente, la novedosa y explícita normativa

---

(*) Aquí el Autor utiliza el adjetivo *lapalissianamente*, que en italiano vale por "groseramente obvio y evidente". Recuerda la ingeniudad de una canción de la soldadesca a la muerte de Jacques Chabannes, señor de La Palice: "un cuarto de hora antes de morir, estaba vivo", y nuestro "si mi abuela viviera, no estaría muerta" [*N. del T.*].

(196) ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari*, en *Giur. it.*, IV, 1983, 208. Otros autores, en cambio, al dar específico valor al silencio del comprador (a la omisión del ejercicio de la resolución), explica estas figuras contractuales con eficacia suspensiva (en favor del adquirente), como hipótesis de opción en favor de este último, en la que parece poder operar un mecanismo análogo al recogido en el art. 1520 cód. civ., para la compraventa *ad gustum*. En el caso que interesa en este punto, "el acuerdo logrado, aunque sea definitivo, de hecho y según las reglas generales, es imperativamente degradado al nivel de una mera opción en favor del adquirente; la única peculiaridad es que ante la inercia del adquirente, la opción se tiene por ejercida a la expiración del plazo establecido. Esta peculiaridad no es desconocida, por lo demás, en el instrumental legal tradicional; basta recordar la norma del art. 1520, último párrafo, cód. civ." (GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, p. 72).
[*Ad. del T.*] Código Civil italiano:
"1520. *Compraventa a satisfacción del comprador.*- Cuando se venden cosas a satisfacción (*con riserva di gradimento*) del comprador, la compraventa no se perfecciona sino hasta que la satisfacción es comunicada al vendedor.
Si el examen de la cosa debe realizarse en el domicilio del vendedor, este queda liberado si el comprador no procede a ello dentro del plazo establecido por el contrato, los usos, o a falta del mismo, dentro de un plazo razonable fijado por el vendedor.
Si la cosa se encuentra en el domicilio del comprador y este no se pronuncia dentro del plazo antes indicado, se considera que la satisfacción ha tenido lugar".

dedicada al pacto de opción, concebido como oferta irrevocable en el art. 1331 cód. civ., e introducida por el legislador de 1942. En la práctica, sin embargo, es muy frecuente que dicho pacto, que en el pasado había dado lugar a candentes debates (como se subraya en la misma *Relazione al Codice civile*, n. 610) sea considerado como algo distinto de la oferta irrevocable, porque mientras que esta última configuraría una hipótesis de acto unilateral, el pacto de opción tendría naturaleza convencional. En esta línea de pensamiento es que comprende que "la muerte o incapacidad sobrevenida de la parte que ha asumido el compromiso contenido en la opción no podría extinguir este [...] debido a que [...] el compromiso es objeto del contrato" (*Relazione*, n. 610).

Fuera de las novedades representadas por el art. 1339 cód. civ. (que ya hemos analizado), y especialmente por los arts. 1341 y 1342 cód. civ. (a los que dedicaremos específicas y exhaustivas reflexiones en las líneas siguientes) una novedad ulterior y relevante está constituida por los arts. 1337 y 1338 cód. civ., que regulan la materia de las tratativas, las cuales se rigen "por el deber de corrección y por el de buena fe (en sentido objetivo)" (*Relazione al Codice civile*, n. 612). Dicho deber se caracteriza por la exigencia de que aquellos que inician tratativas con miras a la formación de un contrato deban inspirar sus comportamientos "con arreglo a la probidad, sea en la descripción leal y no capciosa de los derechos y deberes que derivan del mismo, sea en la forma de hacerlos valer y de observarlos, siempre con respecto al fin que el contrato quiere satisfacer, a la armonía entre los intereses de las partes y los intereses superiores de la Nación, los cuales requieren una pacífica y productiva colaboración" (*Relazione al Codice civile*, n. 612). En resumen, la buena fe (invocada, en su sentido **objetivo** por el art. 1337 cód. civ.) parece

constituir una aplicación (en sede de tratativas, justamente) de aquel deber de solidaridad afirmado (siempre en la *Relazione*, n. 558) a propósito del deber de recíproca corrección que pesa sobre el deudor (cfr. art. 1175 cód. civ.), y no menos sobre el acreedor, para evitar un ejercicio del derecho "en exclusiva y grosera persecución del propio interés" (*Relazione*, n. 558)[197].

[197] Siempre a propósito del art. 1175 cód. civ., en la *Relazione al Codice civile* se aclara que "trasladado dicho concepto de solidaridad al ámbito de la relación obligatoria, se debilita en este último todo dato egoísta, y se invoca en la esfera del acreedor la consideración del interés del deudor, y en la esfera del deudor, la justa atinencia al interés del acreedor" (*Relazione*, n. 558).

Y además, casi con la intención de instaurar una suerte de vínculo con el mismo deber de diligencia en el que debe inspirarse el deudor en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1176 cód. civ.), en la *Relazione* (n. 558) también se aclara que "el contenido concreto del deber de corrección no es precisado en el nuevo Código, al haberse preferido una fórmula elástica que permite adaptaciones, con referencia a específicas situaciones de hecho; así pues, cuando incide, por ejemplo, en la órbita de relaciones profesionales es obvio que su noción se precisa a tenor de los usos relativos a la actividad que debe ser tomada en cuenta en la hipótesis específica (art. 2598, inc. 3)". Para tal propósito, se ha destacado que "la consideración de la diligencia como regla general de la responsabilidad en la hipótesis de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, es decir, como norma complementaria del art. 1218, no entra en contradicción con la circunstancia de que el art. 1176 se haya ubicado bajo el título del cumplimiento, y no de la responsabilidad por incumplimiento. En efecto, la función principal de la diligencia, desde el punto de vista técnico-jurídico, no es la ejecución de la prestación, sino la posibilidad de cumplir. Pero el comportamiento del deudor, encaminado a preservar la posibilidad de la prestación, es un deber en sí mismo, o mejor aun, concierne al objeto del deber primario de la prestación, y lo especifica. En otras palabras, la diligencia – técnicamente entendida como esfuerzo dirigido a evitar el llamado "*casus culpa determinatus*"– constituye una medida de la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento, impuesta por el mismo contenido de la relación obligatoria, a la cual es inherente la diligencia, en cuanto criterio de una serie de deberes complementarios e instrumentales.

La inclusión en el contenido de la obligación de la diligencia antitética al *casus* es una consecuencia del sometimiento de las relaciones obligatorias a una valoración

Como conclusión de estas reflexiones relativas al elemento del acuerdo, nos complace dar cuenta de una singularidad formal, introducida por el legislador de 1942, que permite diferenciar, ulteriormente, el sistema del Código Civil italiano vigente, con respecto al Código Civil de 1865.

El art. 1098 del Código Civil de 1865 definía el contrato (y así se repite en el vigente art. 1321 cód. civ.) como un **acuerdo**. Ahora bien, entre los requisitos esenciales del contrato, el art. 1104 del Código Civil de 1865 señalaba el **consentimiento**, y no el **acuerdo**, tal cual se indica, en cambio, en el correspondiente art. 1325 del Código Civil vigente.

---

de buena fe (art. 1366-1375). La *bona fides* [...] no sólo exige que el deudor cumpla oportunamente todos los actos necesarios, por su parte, para la realización del resultado debido, sino también que él se comporte, antes del vencimiento, como un buen padre de familia, para mantenerse en condición de cumplir. Este comportamiento, que debe asegurar el cumplimiento de la prestación principal, se expresa en el deber de diligencia *stricto sensu*, identificado, ya no como deber autónomo, sino como una especificación del contenido del deber de prestación" (MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., pp. 202-203).

En verdad, la separación que se ha propuesto, entre el deber de diligencia, que pesa sobre el deudor en virtud del art. 1176 cód. civ. (junto con el deber de corrección que deriva para él del art. 1175 cód. civ.), y el deber de buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375 cód. civ.) pretende evidenciar una realidad bastante simple. **Ejecutar** un contrato significa que al menos uno de los contratantes está obligado a hacer alguna cosa frente al otro contratante, es decir, a realizar una prestación. Y si ello siempre tiene lugar cuando se trata de contratos con efectos obligatorios, lo mismo puede verificarse también en los contratos con efectos reales, con respecto a ciertas obligaciones accesorias; piénsese, por ejemplo, en el deber de entregar la cosa que pesa sobre el vendedor, en el caso de que, una vez producida la compraventa, y por lo tanto, una vez adquirida por el comprador la propiedad de la cosa, el vendedor continúe manteniendo la disponibilidad material de la cosa. En otras palabras, un problema de **ejecución** del contrato sólo puede plantearse cuando al menos uno de los contratantes está **obligado** a una prestación,

En el sistema vigente, el **acuerdo** es el contrato, pero al mismo tiempo es también uno de sus requisitos; en otras palabras, es el todo y la parte[198].

El tema del consentimiento, del acuerdo (considerados como encuentro de las voluntades), y por lo tanto, y más en general, el tema de la voluntad en el negocio, no parece encontrar una consideración unívoca al interior de la estructura del negocio mismo.

Por un lado, la voluntad entendida como **facultad de volición** (tal como la entienden los filósofos y/o los juristas) que se exterioriza dirigiéndose a un fin (que es, desde luego, un elemento calificante de la fisonomía de la institución) atiene al **sujeto**, y por ello, es algo técnicamente **externo** a la específica composición estructural del negocio; por otro lado, la voluntad

y asume, por lo tanto, y en relación con el cumplimiento de ésta, el papel de **deudor** frente al otro contratante. Por tal razón, el art. 1375 cód. civ., puede bien considerarse como una aplicación del art. 1175 cód. civ. (que como es evidente, tiene alcance más general), relativa a las obligaciones que tengan su fuente en un contrato (para esta perspectiva, véanse las referencias de DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milán, 1987, pp. 387 y ss., y con particular referencia al art. 1175 cód. civ., NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, Milán, 1974, pp. 7 y ss.). Ello permite destacar, asimismo, que contrariamente a lo que sostiene parte de la doctrina (por ejemplo, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 472 y ss.), el principio de la buena fe, invocado en el art. 1375 cód. civ., es del todo extraño al fenómeno de la **integración** trazado en el art. 1374 cód. civ., y por lo tanto, no puede admitirse la afirmación de que la buena fe constituya "fuente legal de integración del contrato" (tal cual cree, en cambio, BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 472). Sin embargo, sobre el problema de la integración, cfr. el § 6 del presente volumen.

(198) Al respecto, se ha advertido que los dos artículo indican "dos distintas definiciones del mismo fenómeno; una de las dos es superflua; su duplicidad podría dar lugar, más bien, a contradicciones" (SACCO, *Il contratto*, cit., p. 6).

parece constituir una suerte de tejido conectivo que salda y rige todos los elementos de los que está compuesto la regla.

En este orden de ideas, no es casual que se haya destacado que la voluntad "que no debe ser entendida en el sentido genérico de voluntad apta para traducirse, sino en el sentido de voluntad ya traducida en una disposición o mandato, constituye la **sustancia**, o como también se afirma, el **contenido** del negocio"[199].

Lo que acabamos de referir explica también por qué es justamente el acuerdo (como técnica en que se manifiesta, y toma cuerpo, el consentimiento, el encuentro de las voluntades de los contratantes) lo que identifica los **límites subjetivos** de la eficacia de la regla, contenida en el contrato mismo. Así, y con gran claridad, se destaca en el art. 1372 cód. civ. (pero véanse, igualmente, los arts. 1123 y 1130 del Código Civil de 1865) que el contrato "tiene fuerza de ley entre las partes" (1er. párrafo) y que, en consecuencia, "no produce efecto con respecto a los terceros, salvo en los casos previstos por la ley" (2do. párrafo). Por lo tanto, el efecto del contrato "está limitado, como máxima, a la esfera de aquellos que lo celebran [...] porque la autonomía no puede legitimar invasiones en la órbita de los derechos de terceros" (*Relazione al Codice civile*, n. 627). En resumen, si es sobre el acuerdo de los contratantes que se funda la extensión de la eficacia de la regla contractual, esta puede comprometer únicamente, y obviamente, a los contratantes. Ello quiere decir que sólo pueden comprometerse aquellos que han ***traducido*** en dicha regla –como ha escrito algún autor (y acabamos de

(199) La afirmación es de SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 134.

recordarlo)– sus respectivas voluntades, con miras, por otro lado, a la satisfacción de sus específicos intereses (mediante la regla que han dictado, ni más ni menos).

No es improbable que ello explique el doble papel que el término **acuerdo** ha asumido en el ámbito contractual, por voluntad del legislador de 1942.

Es cierto que la indicación de los requisitos del contrato contenida en el art. 1325 cód. civ. no brinda una orgánica y homogénea configuración de la estructura de la institución.

A nuestro juicio, el único requisito verosímilmente aislable, como elemento específico de la estructura, más compleja, del contrato, parece ser el **objeto**.

Porque el acuerdo, que es, como se ha dicho, el tejido que atraviesa toda la regla expresada por el negocio no es **un** elemento, sino **el** elemento conectivo de la regla misma, considerada en su conjunto.

También la causa, entendida como **función** (individual o social, según se prefiera), constituye necesariamente, como hemos visto, un **elemento** de unión de la regla negocial, y no un elemento específico de la misma. Y la forma misma (según el texto y según el sentido en que es contemplada en el inc. 4 del art. 1325 cód. civ.) parece referirse, esencialmente, a toda la regla negocial, en lugar de representar un determinado (y circunscrito) aspecto estructural de la misma[200].

---

[200] Sobre el problema de la *relatio* en los negocios formales, cfr. nuestro trabajo *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, ahora en *Saggi di diritto civile*, cit., p. 220, y NICOLÒ, *La "relatio" nei negozi formali*, ahora en ID., *Raccolta di scritti*, cit., II, Milán, 1980, pp. 1477 y ss.

5. La llamada "objetivación" del negocio jurídico.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el gran tema de fondo de la codificación italiana de 1942, que la hace totalmente novedosa y distinta con respecto al sistema precedente, y en comparación con los demás códigos europeos (el francés y el alemán), es, sin lugar a dudas, la concretización de la unificación del Código Civil y el Código de Comercio.

Es mucho lo que se ha escrito al respecto, y es grande la autoridad de los autores que se han ocupado del tema(201). No parece estar de más, empero, resumir los términos del problema y el significado de esta decisión legislativa, sobre todo por el peso e influencia (verdaderos o presuntos) que la antedicha unificación ha tenido en la teoría del contrato, y por lo tanto, en la teoría del negocio jurídico.

Conviene establecer, como premisa, que los móviles que condujeron al legislador italiano de 1942 a unificar las dos norma-

(201) Este es un tema con respecto al cual, al margen de los puntos de vista distintos y las diferentes valoraciones, se han pronunciado, y lo siguen haciendo, todos los estudiosos contemporáneos más autorizados, ya sean los comercialistas (de Cesare VIVANTE a Angelo SRAFFA; de Ulisse MANARA a Alberto MARGHIERI y Gustavo BONELLI –ya a fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX– de Alfredo ROCCO a Giuseppe VALERI, de Francesco CARNELUTTI a Alfredo ASQUINI, de Lorenzo MOSSA a Tullio ASCARELLI y Giuseppe FERRI, de Mario CASANOVA a Mario ROTONDI, a Remo FRANCESCHELLI), cuanto los civilistas (de Vittorio SCIALOJA a Filippo VASSALLI, de Emilio BETTI a Salvatore PUGLIATTI, de Francesco SANTORO-PASSARELLI a Rosario NICOLÒ y Michele GIORGIANNI). Para una eficaz síntesis al respecto, cfr. ASQUINI, *Codice di commercio*, en *Enc. del dir.*, cit., VII, Milán, 1960, pp. 250 y ss.; G. FERRI, *Diritto commerciale*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 41 y ss.; NICOLÒ, *Codice civile*, en *Enc. del dir.*, cit., VII, Milán, 1960, pp. 240 y ss.; ID., *Diritto civile*, en *Enc. del dir.*, cit., XII, Milán, 1964, pp. 905-907; M. ROTONDI, *Evoluzione ed involuzione dell'autonomia del diritto commerciale in Italia*, ahora en *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Milán, 1972, pp. 651 y ss.

tivas, con una superación de las polémicas y discrepancias surgidas en la doctrina, poseen una naturaleza híbrida.

En la obra de unificación se combinan e integran, en efecto, exigencias de índole técnica y exigencias de índole más exquisitamente política.

Eran múltiples las razones que instaban a introducir en aquellos códigos, civil y de comercio, de 1865 y 1882 respectivamente, aquellos cambios necesarios para que, por un lado, se adecuaran de mejor forma a las exigencias que la realidad social venía planteando progresivamente, y para que se identificara, por otro lado, para toda una serie de instituciones (sobre la base, asimismo, de las indicaciones provenientes de las reflexiones de la doctrina y de las tendencias de la jurisprudencia) una sistematización más orgánica que la ofrecida por la legislación entonces vigente (tanto el proyecto italiano-francés de código de obligaciones y contratos, así como los proyectos de 1922 y 1925 para la reforma del código de comercio, son testimonio de la forma en que se percibía la exigencia de una actualización y de una obra de revisión).

Nada de ello comportaba necesariamente, empero, la superación del sistema binario. Por el contrario, era con miras a la conservación de dos códigos separados, ni más ni menos, que se comenzaron los trabajos de reforma de la legislación civilista y mercantil.

Sin embargo, una serie de factores en los que, como hemos dicho, se entrelazaban, en un nudo difícil de desatar, exigencias técnicas y políticas, condujeron a la idea de una sistematización unitaria.

Entre las exigencias técnicas podrían incluirse aquellas que emanaban de la verificación de lo inadecuada y confusa que

parecía ser, en aquel entonces, el orden de una materia que se estaba volviendo cada vez más unitaria, y que, por lo tanto, no podía mantenerse dividida "en dos códigos, sin contar el Código de la Navegación"[202].

En el seno de las relaciones entre código civil y código de comercio se toma conciencia de la necesidad, con respecto a la regulación de las obligaciones y contratos, de volver "uniforme la regulación de las dos materias, civil y comercial"[203] (recuérdese, a propósito, la absurda falta de homogeneidad que existe, por ejemplo, entre la normativa de la compraventa civil y la normativa de la compraventa comercial).

En el ámbito más exclusivamente mercantil, es de recordar la necesidad de una renovación consiguiente a los progresos y requerimientos de las técnicas comerciales e industriales, que, en un sistema donde se afirmaba cada vez más la producción en masa, "imponen una especialización y una organización"[204], particularmente refinadas.

Desde esta perspectiva, si bien "la profesionalidad no está privada de importancia en el sistema del Código de Comercio, del mismo modo que no carece de importancia [...] la noción de comerciante"; esta última constituye, sin embargo, "una mera noción derivada, porque el eje de la normativa está representado por la noción de acto de comercio"[205].

---

(202) NICOLÒ, *Codice civile*, cit., p. 246.

(203) *Ibid., loc. cit.*

(204) G. FERRI, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 8.

(205) *Ibid., loc. cit.*
[*Ad. del T.*] Aquí la "profesionalidad" se aplica a la actividad de los comerciantes; en el derecho europeo es usual hacer referencia al "comerciante profesional".

Ahora bien, en una economía moderna "la predisposición de los bienes y servicios para las necesidades del mercado general no es fruto, en la realidad práctica, de una actividad accidental e improvisada; ella es fruto de una actividad especializada y profesional, que se expresa mediante mecanismos económicos, cada vez más complejos [...] la noción de acto de comercio pierde importancia práctica y cede el paso a la noción de actividad, entendida como serie coordinada de actos, y luego, a la noción de empresa"(206).

Los fundamentos en que se apoyaba el Código de Comercio resultaban del todo insuficientes: de aquí la exigencia de un cambio radical.

A ello se añade que en el marco de la producción en masa, el lugar central mismo que tenía el papel del derecho de propiedad en el sistema económico, tendía a ser puesto en duda por el papel emergente de la actividad económica, y por lo tanto, y principalmente (aunque no exclusivamente), de la empresa. Poco a poco, se va sumando a una civilización del **tener**, una civilización del **obrar** y del **ser** (es decir, de las propias competencias del que actúa). La propiedad, a pesar de conservar una indudable posición de prestigio en el sistema de un código civil, no ostenta con exclusividad, por decirlo así, dicho prestigio.

En un momento de transición, o mejor aun, de toma de conciencia y reflexión, como lo fue el instante en que el legislador italiano emprendió la reforma de los códigos, el surgimiento prepotente de esta nueva realidad "dinámica" no podía dejar

(206) *Ibid., loc. cit.*

de ser determinante de las decisiones, incluidas las de carácter técnico, que se debían tomar.

Y esta realidad evidenciaba, justamente, que el derecho de propiedad no podía seguir siendo considerado como el eje del Código Civil.

En los hechos, incluso por encima de las ideologías, un sistema de codificación civil moderna tenía que encontrar sus aspectos característicos (aunque no únicos) en aquella dimensión del **obrar** que se estaba afirmando: es decir, "en la protección del trabajo y de la empresa (y esta última también es expresión del trabajo)"[207], no menos que en la protección de los contratos.

---

(207) ASQUINI, *Codice di commercio*, cit., p. 254. SAVATIER (*De l'importance vitale et ignorée du droit agraire*, en *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourdhui*, cit., III, p. 212) recordaba que el código civil es el código "*de la proprieté terriene*". Desde esta perspectiva, el derecho civil es "*le droit de la sécurité des biens, le droit commercial semblait celui de l'aventure*". Es fisiológico, entonces, que (tal cual ocurrió en la reforma italiana de 1942) el sentido mismo del proceso de unificación de un código civil con uno de comercio, así como las novedades introducidas por tal unificación, se realizan con la huella de la aventura que expresa, justamente, lo nuevo. Referencias, conformes a esta interpretación, también pueden verse en IRTI, *Sviluppo storico e posizione sistematica del diritto agrario italiano*, en *Scuole e figure del diritto civile*, Milán, 1982, pp. 201-203, quien, en su intento de sostener que el Código Civil de 1865 fue elaborado en torno de la idea de propiedad, recuerda que en este texto legal, los bienes eran definidos (art. 406) como "las cosas que pueden formar objeto de propiedad", y que "la regulación del contrato y de las sucesiones por causa de muerte estaba ubicada en el tercer libro, bajo el título «De los modos de adquiri la **propiedad** y los demás derechos sobre las cosas»" (*ibid.*, p. 202).

La idea fundamental de IRTI es, sin duda, digna de ser compartida, y parecen ciertamente sintomáticas, tanto la definición de bienes contenida en el art. 406 del Código Civil de 1865, cuanto (y sobre todo) la ubicación de la normativa sobre los contratos y de las sucesiones *mortis causa*, en el libro tercero. Sin embargo,

La unificación de los dos códigos representaba una exigencia "natural", incluso al margen de toda decisión **cultural** o **ideológica** (aunque sea indudable que la cultura jurídica y la ideología política desempeñaron un papel de notable importancia en esta obra)[208].

Y como se ha referido, la unificación nació, en su aspecto técnico, cuando se hizo uniforme la regulación, en materia de obligaciones y contratos, civilista y comercialista, y por otro lado, "cuando se resolvieron las divergencias con la preeminencia, al

---

nosotros no sobrevaloraríamos el dato textual del art. 406 del Código Civil de 1865; la razón de ello es que, con respecto a los problemas que nos interesan en este punto, las modificaciones introducidas por el legislador de 1942 se encuentran en otros ámbitos, y no parecen poderse captar, en su exacta dimensión, si nos limitamos a considerar la definición del concepto de "bienes", señalada en el art. 406 del Código Civil de 1865, e idealmente vinculada con la contenida en el actual art. 810 cód. civ.

El art. 406 del Código Civil de 1865, leído en su integridad, afirmaba que "todas las cosas que pueden formar objeto de propiedad pública o privada, son bienes inmuebles o muebles". En concreto, aquí la referencia al derecho de propiedad parece tener la función instrumental de establecer la distinción entre bienes muebles e inmuebles, y no la función de brindar una indicación, por decirlo así, "ideológica" (por lo demás, el art.. 516 del *Code Napoléon*, inspirado por las mismas concepciones del legislador italiano de 1865, se limita a afirmar que "*tous les biens son meubles ou immeubles*", sin hacer mención a la propiedad).

En realidad, el mismo art. 810 cód. civ., a pesar de carecer de una expresa invocación de la propiedad, se vincula implícitamente con esta institución, debido a que los bienes son definidos como el derecho del propietario "de usar, disfrutar y disponer de las cosas de manera plena y exclusiva" (art. 832 cód. civ.). El elemento "cosa", en suma, parece una ligazón indudable entre las dos definiciones (sobre este punto, cfr. *supra*, nota 41).

(208) ASQUINI (*Codice di commercio*, cit., p. 254) escribe: "Más allá de las circunstancias contingentes, la razón determinante de la reforma fue el reflejo de la unidad del ordenamiento del trabajo, incluso por encima del ordenamiento corporativista en sentido político, en la planificación de la reforma". En resumen "la incorporación del código civil en el código de comercio era algo que fluía de la lógica de las cosas".

menos en la gran mayoría de casos, de la regulación que había sido proyectada para la relaciones comerciales"[209].

Esta obra, que algunos autores han calificado como el fenómeno de la "**mercantilización**" del derecho civil[210] (que caracterizaría, en general, la experiencia jurídica moderna) se complementará, en el código unitario de 1942, con la predisposición de aquel quinto libro que lleva por título "Del trabajo y de la empresa", y que luego pasó a titularse, "más abreviadamente, 'Del trabajo'"[211] donde "se habrían de regular las actividades económicas, los sujetos individuales y colectivos, y los instrumentos de las actividades mismas"[212].

Las razones de índole política nacían de la preocupación, y al mismo tiempo, de la exigencia "de elaborar un libro dedicado al trabajo, conforme a los principios de la *Carta del Lavoro*"[213]. Por otro lado, en la *Relazione al Codice civile* (n. 2) se aclara: "las razones históricas que justificaban hasta hoy la autonomía del Código de Comercio deben considerarse superadas por el ordenamiento corporativista fascista"; en tal ordenamiento, y "según la *Carta del Lavoro*, que actualmente ha devenido fuente general del derecho, los *status* profesionales y la empresa constituyen nuevos sujetos de derecho [...] fundamento, no sólo de aquellas instituciones que tradicionalmente se llaman mercantiles,

(209) NICOLÒ, *Codice civile*, cit., pp. 246-247.

(210) Al respecto, cfr. ASQUINI, *Codice di commercio*, cit., p. 254, y ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1952-1953, pp. 36 y ss.

(211) NICOLÒ, *Codice civile*, cit., p. 247.

(212) *Ibid., loc. cit.*

(213) G. FERRI, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 8.

sino también de aquellas instituciones que son propias de la economía agrícola, que tradicionalmente integraban la materia del derecho civil. La regulación de los *status* profesionales y el ordenamiento de la empresa no deben seguir representando el ordenamiento especial de un limitado sector de la economía, el denominado sector mercantil, sino que deben pasar a constituir uno de los fundamentos de una nueva codificación [...] De la unificación de la normativa de la empresa deriva, como necesario corolario, la unificación de la normativa general sobre las obligaciones. Esta última, al tener lugar en el plano corporativista, y en respeto a la regulación corporativista especial para las diversas ramas de la producción, superará toda antigua cuestión sobre la preeminencia del plano civilista o del plano mercantil, y se uniformizará al principio fascista de la subordinación de todas las normativas particulares a las exigencias superiores de la producción nacional"(214).

En compendio, con la unificación de los dos códigos, las instituciones que en algún momento se consideraron propias de la actividad comercial devinieron "instituciones generales a toda la economía organizada, ya sea que esta tenga por objeto actividades de producción industrial, o actividades de intercambio, o incluso actividades agrícolas"(215).

El régimen político aprovechó, con indudable prontitud, la oportunidad que le fue ofrecida por aquel proceso de unifica-

(214) El fragmento citado, adoptado en la *Relazione al Codice civile*, recalca el plano orgánico del proyecto de reforma, presentado por el Guardasellos al Consejo de Ministros, y aprobado por este, en la sesión del 4 de enero de 1941.

(215) *Relazione al Codice civile*, n. 5.

ción entre materia civilista y materia mercantil, que radicaba en el orden natural y lógico de las cosas (según el resalto debido a Alberto ASQUINI)[216].

Probablemente, los principios de la *Carta del Lavoro* (es decir, del sistema dirigista-corporativista) hubieran mantenido influencia (pero con menor organicidad, quizá) en la legislación civilista y comercialista aunque se hubiese mantenido un sistema binario.

Sin embargo, la transformación política e ideológica debía encontrar, y encontró, una característica igualmente exterior, de particular importancia y prestigio, en la superación de la antigua sistemática.

Los tiempos habían cambiado; también era necesario brindar una tangible e inequívoca manifestación de este cambio.

El sistema binario, basado en un código civil y un código de comercio recordaba, quizá excesivamente, aquellas ideas económicas liberalistas (y políticamente liberales) que habían teñido la legislación francesa, en la cual se había inspirado, al pie de la letra, la normativa italiana; y evocaba con demasiada intensi-

(216) Cfr. ASQUINI, *Codice di commercio*, p. 254. Por otro lado, recuérdese que ya desde 1888 se había superado la duplicidad de la jurisdicción civil y comercial vigente al momento de la promulgación del Código de Comercio. Acentúan el valor de los aspectos más estrictamente técnicos de la reforma, por encima de los aspectos políticos, autores como VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 605 y ss., y RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, en *Giur. it.*, 1968, IV, 209 y ss. Un breve, pero interesantísimo testimonio directo sobre los trabajos de las codificaciones, se debe a quien ejercía el cargo de Guardasellos en aquel entonces, Dino GRANDI: *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bolonia, 1985, pp. 477 y ss.

dad, igualmente, aquella idea de *citoyen* (que tenía como baluarte al Código Civil), tan malvista para el legislador de 1942 y tan alejada de las concepciones políticas e ideales de este último.

En este punto, viene al caso apreciar en qué medida la unificación de ambos códigos, y la llamada "mercantilización" del derecho civil, han tenido influencia en el régimen legislativo de los contratos, y por lo tanto, del negocio jurídico.

Con anterioridad, hemos tenido ocasión de señalar algunas destacables novedades técnicas introducidas por el legislador en la normativa sobre el contrato; hemos señalado, además, que en el marco, y desde el punto de vista de la ideología corporativista y dirigista, el papel del contrato –como ocurría con las demás instituciones privatísticas (la propiedad, la empresa)– estaba cambiando, con miras hacia su funcionalización para fines generales.

También hemos referido que la consecuencia más importante de la llamada "mercantilización" del derecho privado, consiguientes a la unificación de los dos códigos, consistió, para algunos estudiosos[217], en una aceleración del proceso de objetivación del acto de intercambio.

Con ello queremos decir, y lo repetimos, que una vez "separado de la matriz conceptual del negocio jurídico, el contrato se inserta en el ámbito de las perspectivas tecnocráticas de la Sociedad industrial, donde predomina la valoración de las exigencias **objetivas** de la producción.

---

(217) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., p. 76, y DI MAJO, *Contratto e negozio-Linee di una vicenda*, cit., pp. 113 y ss.

El contrato tiende a liberarse de una abstracción concebida desde el punto de vista de la voluntad, para ser atrapado por otra abstracción, elaborada desde el punto de vista de la necesidad"[218].

(218) GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico, loc. ult. cit.* Desde esta misma perspectiva, DI MAJO, *Contratto e negozio-Linee di una vicenda*, cit., pp. 109-110, destaca que los arts. 1341 y siguientes cód. civ. ponen en evidencia la presencia de un presunto "poder desigual entre los contratantes", que constituiría la huella de la superación de aquella idea del equilibrio de los sujetos participantes en el intercambio, que representaba el presupuesto de la noción tradicional de contrato.
De tal manera, los autores que optan por reducir el entero fenómeno negocial al contrato, terminan dando por sobreentendida una consideración más general de la experiencia jurídica (y por lo tanto, del papel del jurista), que se desarrolla, por un lado (y quitando valor, con ello, a su dimensión cultural), en clave predominantemente jurisprudencial, y por otro lado, desde una perspectiva sosegadamente **tecnocrática**, que es expresión de una Sociedad industrial opulenta y a la vez **consumista**, para la cual el **derecho** constituye, principalmente, un *droit des affaires*, y más aun, *des grandes affaires* (que son, además, *les affaires* de las *grandes familles* y de los grandes potentados económicos y financieros). Desde este último punto de vista, da la impresión de que se inspirara en un orden de ideas no disímil del propuesto por Francesco GALGANO, en buena sustancia, y a pesar de recorrer otros itinerarios lógicos (sin **reducir a cero**, sino limitándose "únicamente" a **marginar** el papel de la autonomía negocial): IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, en *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milán, 1991, pp. 69-73 (pero sobre este autor, véase lo que señalaremos más adelante).
A tales concepciones, se puede objetar con fundamento, y en lo específicamente tocante al papel de la jurisprudencia en la experiencia jurídica, con las palabras del autor que ha llamado la atención sobre "el peligro de incurrir en una escuela fenomenológica del derecho, en la infundada convicción de poder cumplir los deberes que pesan sobre la doctrina mediante una compilación, incluso si fuera ordenada, de los fenómenos creados por la jurisprudencia, porque con ello se olvida que el procedimiento empírico se justifica para el juez, al cual le sienta bien una adquisición progresiva y empírica, pero es menos conveniente para la doctrina. A cada uno su propia tarea" (PIETROBON, *Dal negozio al contratto?*, cit., p. 356).
Más en general, y siempre en relación con el intento de reducir el entero fenómeno de la autonomía de los particulares al solo mecanismo contractual, responderé con la habitual sapiencia y elegancia cultural de Pietro RESCIGNO, quien ha destacado que "la denuncia de las 'hipocresías' consumadas por la doctrina del negocio [...]

A tenor de las decisiones del legislador, ya no da la impresión de que el contrato (el negocio) sea solamente, ni principalmente, una expresión de la voluntad de su autor; el contrato deja de tener en la voluntad su valor fundamental, si no es que su valor exclusivo.

---

no puede generar la ilusión de que los prejuicios y mitos se disiparán, para emprender un discurso constructivo, con la sustitución del negocio por el contrato, o con la ubicación de la relación en el centro del discurso [...] En el retorno al contrato y en la insistencia en la relación existe, en realidad, toda una serie de peligros que van de la reducción de perspectiva al evidenciar el campo de los intereses privados, a la desvaloración de aspectos de la libertad que merecen ser alentados o promovidos, y al descuido de enteras áreas que pueden ser readquiridas por el discurso sobre la autonomía, cuando en el pasado eran vistas como indicios de la autoridad y de la sujeción.

La autonomía negocial (y por ende, la noción misma de negocio, aunque haya que advertir que con ella se realiza una simplificación reductiva de la variedad de la experiencia) puede ponerse, entonces, como un marco conceptual de innegable utilidad en sectores que conviene referir sin pretender lograr una relación exhaustiva (familia, prestación de trabajo subordinado, materias que hacen posible el ejercicio de la autonomía colectiva de grupos privados). Es conveniente, además, que no se descuide el área de relaciones económicas que tienen lugar fuera de la gran empresa, y sin las técnicas de la contratación en masa, entre productor (o distribuidor) y consumidores: nos referimos al vastísimo territorio de los operadores económicos de modestas dimensiones (coincidente, en el plano jurídico, y con carácter de principio, con las empresas menores). Se trata de un área económica con características singulares, que confirma la exigencia de un discurso sobre la autonomía negocial detallado y diferenciado, que no parta de prejuiciosas condenas ni intente ampararse en nociones aparentemente más concretas, como la relación o el contrato. Hacia el 'redescubrimiento' de las relaciones y la 'revaloración' del contrato se orientaron ambiguas tendencias en los años más oscuros de la doctrina alemana de este siglo, y una razón válida que induce a dudar y meditar sobre los resultados de operaciones culturales debería ser, siempre, el sentimiento trágico de la historia" (RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Nari, 1991, pp. 172-173).

En resumen, al criticar a aquellos autores que aun hoy consideran, muy apresuradamente, que es posible acantonar la categoría del negocio, en favor de la categoría del contrato, Pietro RESCIGNO parece evocar la opinión de quien, recordando el fracaso de aquel proyecto de *Volksgesetzbuch* de los años Treinta –al que se había confiado una reforma nacionalsocialista del derecho, y que habría

Parece ser que en el marco de su "objetivación" el contrato (el negocio) tuviera relevancia, sobre todo, como acaecimiento social; por lo tanto, parece ostentar aquel valor que puede percibirse en el ambiente donde se ha producido, o con respecto a la operación a la que es inherente, sin importar si tal valor coincide o no con el valor (estrictamente personal) que su autor o autores han pretendido atribuirle.

Lo que importaría, en realidad, "es el significado social del acto negocial como acto dispositivo. En concreto, la voluntad puede estar ausente, pero el negocio seguirá siendo susceptible de valoración objetiva como acto de decisión del sujeto. Los efectos concretamente producidos pueden ser distintos de los programados, o incluso podrían estar ausentes (piénsese en el negocio nulo), pero el negocio jamás dejará de ser un acto dispositivo de efectos jurídicos"[219].

---

marcado, por lo tanto, la definitiva superación de las categorías conceptuales elaboradas por la pandectística (y entre estas, la del negocio jurídico)–, destacaba que hay que tener cuidado "en no rechazar *in toto* la teoría del negocio jurídico acogida en el BGB, basada en los conceptos de sujeto del derecho y de derecho subjetivo. Sería una locura negar el hecho de que gran parte de los problemas afrontados en aquel contexto se encuentran en todos los otros sistemas contractuales modernos. Aquel cuadro conceptual no era, además, tan estrecho, pues la teoría y la práctica lograron desvincular la solución de los problemas, progresivamente, del predominio del dogma de la voluntad, para aprender a tratarlos como conflictos de valores entre la protección del particular, por un lado, y la protección de los tráficos y la protección de la confianza, por otro" (RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, ahora en *Il compito del diritto privato*, trad. italiana de Marta Graziadei, Milán, 1990, p. 75).

(219) BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 17. En algunas formulaciones más extremas, en realidad, las tendencias **objetivistas** corren el riesgo, justamente, y como se ha señalado con precisión, de "transformarse en una nueva **apología** de lo existente, porque uniforma(n) acríticamente datos normativos y fenómenos socioeconómicos, hasta llegar a generalizaciones arbitrarias" (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA,

Una normativa que se inspira en el deber de corrección y buena fe (en sentido objetivo), y que es expresión, por lo tanto, del proceso de mercantilización y objetivación a que hemos hecho referencia, es la relativa a las tratativas y los contratos por adhesión, que encuentran su aspecto más significativo en la regulación dictada en los arts. 1341 y 1342 cód. civ. En el sistema original del Código Civil de 1942, dicha normativa estaba vinculada, de alguna manera, con el art. 1370 cód. civ. (relativo a la interpretación contra el autor de la cláusula contractual), que parece ser, en realidad, una adaptación del art. 1137 del Código de 1865, que contenía un principio sustancialmente análogo; en el sistema vigente, dicha normativa tiene que ser complementada con el nuevo capítulo XIV *bis* del título II del libro cuarto del Código Civil (arts. 1469 *bis* a 1469 *sexies*), introducido por el art. 25 de la Ley n. 52 del 6 de febrero de 1996, que da aplicación de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. La nueva normativa, introducida por los arts. 1469 *bis* a 1469 *sexies* cód. civ. gira, por un lado, en torno de la enumeración de las cláusulas vejatorias (art. 1469 *bis*), y de la identificación de los criterios para su determinación (art. 1469 *ter*); por otro lado, se funda en las definiciones (contenidas en el 2do. párrafo del art. 1469 *bis*) de **consumidor** (entendido como

---

BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, Turín, 1986, p. 464).

Con tono más cauteloso, pero inspirándose siempre en el principio de objetivación, se ha destacado, por ejemplo, la necesidad de buscar el núcleo esencial de las obligaciones contractuales, no en el "puro consenso" de las partes, "sino en referencias o elementos de **carácter objetivo**, que aportan, prácticamente, el *vestimentum* necesario para tal consentimiento" (DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 194).

"la persona física que actúa por fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada") y de **profesional** (entendido como "la persona física o jurídica, pública o privada, que en el marco de su actividad empresarial o profesional, utiliza el contrato" que tenga por objeto, según lo dispuesto en el 1er. párrafo del mismo art. 1469 *bis*, la cesión de bienes o la prestación de servicios).

Para este último propósito, es oportuno destacar que las condiciones generales de contratación se afirman en el Código Civil como un fenómeno directamente vinculado con el tema de la empresa, en el intento de simplificar y racionalizar su gestión y organización.

"La necesidad de asegurar la uniformidad del contenido de todas aquellas relaciones que poseen naturaleza idéntica, con miras a una determinación más precisa del álea que está asociada con los mismos, la dificultad que se opone a las tratativas con el cliente [...] inducen al empresario a prestablecer modelos cuyo texto no puede ser discutido con el cliente, a menos que el cliente quiera renunciar a la operación. Este método de celebración del contrato no debe considerarse ilegítimo por el solo hecho de que no da lugar a tratativas ni a debates de cláusulas, ni por el hecho de que imponga la aceptación de pactos predeterminados. La realidad económica moderna demanda, asimismo, una rápida celebración de las operaciones, y ello constituye una condición de una aceleración del fenómeno productivo; es por esta exigencia que se sacrifica la necesidad de una libertad de la tratativa, que conllevaría obstáculos no raras veces insuperables" (*Relazione al Codice civile*, n. 612).

La normativa contenida en los arts. 1341 y 1342 cód. civ., como se resalta con precisión en la *Relazione al Codice civile*, está destinada, entonces, a incidir en la libertad de las tratativas, es decir, en una fase precontractual (externa y preliminar con respecto al negocio); en cambio, no está destinada a incidir significativamente en la autonomía privada.

Aunque restringida, en este caso específico, a la mera *Abschlußfreiheit*(*), la autonomía sigue constituyendo la base de la actuación negocial de aquel sujeto (el cliente) al que terminan imponiéndose las condiciones generales de contratación predispuestas por el otro contratante (empresario).

Ciertamente, la máxima expresión de la autonomía privada se presenta (según sostienen Ludwig ENNECCERUS y Heinrich LEHMANN, Karl LARENZ y Josef ESSER) cuando la libertad de celebrar el negocio se complementa con la libertad de determinación del contenido de la regla negocial (*die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung*). Pero cuando se aprecia la libertad de celebrar un negocio siempre será posible verificar un fenómeno de autonomía privada.

Por otro lado, la hipótesis contemplada en los arts. 1341 y 1342 cód. civ. –en la que algunos han pretendido identificar, infundadamente, y al margen de todo fenómeno de mercantilización del acto de intercambio, un **factor** propiamente dicho de la crisis del acto de autonomía (que habría dejado de ser tal, al carecer de la libertad de determinación del contenido)– no

(*) En alemán en el original. Vale por "libertad de contratar" [*N. del T.*].

constituye, en absoluto, y si se aprecia bien, una hipótesis excepcional ni desconocida.

En efecto, en la base del mecanismo mismo de formación del contrato que tenga por fundamento la técnica de la oferta y aceptación, puede surgir un fenómeno de ausencia de la *Gestaltungsfreiheit*(*), y en consecuencia, una hipótesis de acto de autonomía privada fundado en la mera *Abschlußfreiheit*.

Así pues, cuando se destaca, en el art. 1326 cód. civ., que "una aceptación no conforme con la oferta equivale a una nueva oferta" no se hace otra cosa que afirmar el principio según el cual la aceptación, para conducir a la celebración del contrato, tiene que ser **conforme**, es decir, **adhesiva** a todo lo que se ha formulado en la oferta.

Ello significa que el aceptante, al celebrar **el** contrato, al adherir a la oferta recibida, no ejerce concretamente su libertad de determinar el contenido del contrato; no hace más que limitarse a ejercer su libertad de celebrar el contrato.

En esta hipótesis, nadie pondría en duda la naturaleza de acto de autonomía de dicho contrato(220), como sí se ha hecho, en cambio, con respecto a las técnicas presentes en los contra-

(*) En alemán en el original. Vale por "libertad de determinar el contenido del contrato" [*N. del T.*].

(220) Distinta es la hipótesis, propuesta por Salvatore Patti (*Il negozio giuridico: è vera "crisi"?*, en *Riv. dir. civ.*, 1987, II, pp. 631-632), de una aceptación que represente el punto final de una tratativa. Este no era el caso al que pretendíamos referirnos, con lo afirmado, expresamente, a propósito del art. 1326 cód. civ.; la verdad es que quien asume formalmente el papel de aceptante en la formación del contrato, es decir, aquel que parece adherir a una oferta ajena (en el caso planteado por Patti), ha contribuido sustancialmente en las tratativas, y sin dudar, en la

tos de adhesión[221]; por otro lado, la técnica de formación del contrato que emana de la hipótesis contemplada en los arts. 1341 y 1342 cód. civ. no parece ser nada extraña al sistema del Código Civil de 1865, a pesar de la ausencia de una explícita normativa[222].

---

determinación del contenido. La objeción que se me dirige, por lo tanto, no parece digna de atención. Con todo, y en resumen, la opinión según la cual la *Abschlußfreiheit* constituye el rasgo principal de la autonomía negocial está ampliamente difundida, y ha sido autorizadamente compartida. Significativamente, Jean CARBONNIER (*Droit civil*, 4, *Les obligations*, cit., p. 82), por ejemplo, destaca que "*Le consentement, nécessaire en principe à la* ***conclusion du contrat****, n'est pas aussi rigoureusement exigé pour la* ***détermination de son contenu****, ainsi que l'attestent, de manière très voyante,* ***les contrats d'adhésion***". En conformidad con este criterio, también la citada normativa sobre las cláusulas vejatorias, dictada en los arts. 1469 *bis* y siguientes del Código Civil, no constituye "negación, ni fractura, con respecto al principio de la autonomía privada" (BENEDETTI, *La tutela del consumatore nel quadro dell'Unione Europea*, en *Annali dell'Università degli Studi della Tuscia-Facoltà di Economia e Commercio*, Viterbo, 1997, p. 23); tal normativa "no postula un derecho de clase, ni un estatuto del 'consumidor': lo que interesa al ordenamiento no es que tenga como sujeto al consumidor (que es el marca el área subjetiva del alcance de la norma), sino que algunas cláusulas, calificadas como vejatorias, constituyan, por fuerza, objeto de tratativa individual (art. 1469 *ter*, 4to. párrafo, cód. civ.), so pena de la ineficacia de ellas, pero sólo de ellas (art. 1469 *quinquies*, 1er. párrafo, cód. civ.) (*ibid.*, *loc. cit.*).

(221) De alguna manera, el precursor de tales criterios fue SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, París, 1929, pp. 229 y ss.

(222) Sobre este punto, cfr. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., pp. 195-197. El derecho romano mismo parece no ignorar hipótesis negociales (*stipulatio*, compraventa, locación) en las que sólo una de las partes tenía la atribución de "dictar las respectivas *leges contractus*" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 364). El art. 1137 del Código Civil de 1865 y el principio de autorresponsabilidad en él afirmado (cfr. art. 1370 del Código Civil italiano vigente) introducen una innovación en el ámbito de la tradición romana y del derecho común (BETTI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*). Un antecedente de las condiciones generales parece presentarse, ya, en *Dig.*, XIV, 3, 11, 3 y 4 (según el parecer de GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, 1954, p. 7, nota 10).
[*Ad. del T.*] En el citado pasaje del *Digesto* se lee: "El colocar el texto en público lo entendemos así: que se haga en letras claras, en modo tal que pueda leerse muy bien desde el suelo, frente a la bodega o aquel lugar en que tiene lugar la negociación,

Es cierto que podría objetarse a lo que venimos afirmando que el contratante que "se somete" las condiciones generales de contratación se encuentra, muy a menudo (si no es que casi siempre), en la situación de no tener la plena libertad de celebrar, sin contar con la posibilidad de no celebrar, debido a su necesidad de concretizar la estructura de intereses respectiva.

Pero esta situación tiene trascendencia en el plano económico concreto, y no en el plano jurídico. Además, esta disparidad en el nivel económico de los contratantes no sólo está presente en el fenómeno de los contratos celebrados mediante formularios, sino que es detectable, prácticamente, en todas las formas de contratación.

En realidad, casi en todos los contratos tiene lugar aquella situación en la que una de las partes resulta interesada en la celebración, en mayor medida que la otra. Ello hace que en los hechos, la parte más interesada también sea **más débil** que la otra (pensemos, por ejemplo, en el caso de un rico bibliófilo que, luego de descubrir el ejemplar de un libro que le falta para completar su colección, está dispuesto a **someterse** a las pretensiones, aun cuando desmesuradas, del anticuario que se lo ofrece en venta).

---

y no en lugar remoto, sino frecuentado. ¿En letras griegas o latinas? Creo que debe ser según la usanza del lugar, a fin de que nadie pueda aducir la excusa de la ignorancia de las letras. De tal forma, si alguno dice haber ignorado o ho haber visto el texto, que estaba fijado, cuando resulta que muchos la leían, y estaba ubicada de modo evidente, no será escuchado" (cfr. *Corpo del diritto, Digesto,* al cuidado de Giovanni VIGNALI, vol. II, Nápoles, 1856, pp. 694-695).

Así pues, si se pretende seguir hablando de un contratante **más débil**, somos de la opinión de que no se debería partir de una medida de la "debilidad" basada en criterios socio-económicos generales; se debería hacer referencia, en todo caso, a la situación concreta en que se inserta el contrato.

Desde esta perspectiva, y evitando todo énfasis o consigna ideológica[223], se podría verificar que con respecto al contrato específico, son muchas las veces en que el contratante **más débil**, justamente, parece ser menos el menos débil en los hechos, conforme a una valoración socio-económica más general.

Todo ello permite resaltar que el problema real que se presenta en el fenómeno de los contratos por adhesión (a saber, la protección del contratante individual frente al poder del empresario, que predispone condiciones generales) no puede ser

---

(223) Por otro lado, la idea del contratante "más débil", conforme al sensible sentido y énfasis con los que la doctrina más reciente ha solido referirse a ella, parece sugerida por la misma "imagen dickensiana de la Sociedad", que Pietro RESCIGNO (*Obbligazioni (dir. priv.)-Nozioni generali*, cit., p. 176) identificaba como base del ambiguo principio del llamado *favor debitoris*.
Una interesante y exhaustiva relación de medios correctivos, a través de los cuales el legislador intenta restablecer las **actuales** y **nuevas** formas de **desigualdad** "iniciales" de los contratantes, con respecto a la experiencia francesa (aunque los problemas presentados en esta, y sus soluciones, son análogos, si no idénticos a los de la experiencia italiana), es detallada por GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: Formation*, cit., pp. 37 y ss.
Se trata de técnicas de formación del contrato (y la realizada en los contratos por adhesión, y en general, en la hipótesis de los contratos estandarizados, está expresamente señalada entre ellas) que mediante ciertas formas de limitación de la libertad de determinar el contenido contractual, tienden a proteger la prioritaria (y fundamental, más que cualquier otra) libertad contractual, que es, y seguirá siendo, la libertad de celebrar el contrato, y por lo tanto, para asegurar que la contratación resulte realmente, y en concreto, la expresión de una **efectiva** autonomía de las partes que participan en ella.

resuelto con la propuesta de una presunta crisis del concepto de autonomía privada (crisis que, a nuestro juicio, no tiene lugar), ni tampoco con la confusión de la cuestión de la autonomía económica del contratante individual con el tema de las técnicas en que se expresa la autonomía jurídica (que es lo que nos interesa en este punto)[224], sino a través de soluciones que sepan cómo conjugar el interés de la empresa en la realización de su actividad (que de todas formas constituye un interés, si bien mediato, de los destinatarios de dicha actividad), con el interés de estos últimos, que luego pasan a ser, precisamente, los potenciales contratantes.

En otras palabras, la imprescindible exigencia de una racionalización de la actuación de la empresa puede resultar útil para todas las partes involucradas. Por lo tanto, el problema tiene que ser afrontado sin correr el riesgo de que una de las partes (el empresario, que predispone las condiciones generales) utilice, de manera irregular, la oportunidad y posibilidad que le han sido concedidas[225].

Siempre en materia de contratos, la doctrina ha acostumbrado identificar ulteriores indicios normativos sobre la "mercantilización", y por lo tanto, sobre la objetivación del acto de intercambio, introducidos por la reforma que derivó en el Código Civil de 1942, en las distintas normas que establecen el

---

(224) De parte de estas posiciones nos parece Salvatore PATTI, *Il negozio giuridico: è vera "crisi"?*, cit., *loc. ult. cit.*

(225) Sobre este punto, cfr. BESSONE, *Condizioni generali di contratto, potere normativo d'impresa e problemi di* democratic control, ahora en *Saggi di diritto civile*, Milán, 1979, pp. 115 y ss. En esta última recopilación, cfr. también: *Contratti di adesione e natura "ideologica" del principio di libertà contrattuale*, pp. 127 y ss.

principio de la conocibilidad, y ya no el principio del conocimiento (arts. 1335, y 1er. párrafo del art. 1416 cód. civ.); la protección de la buena fe (véanse, además de los artículos antes citados, el 2do. párrafo del art. 428, y los arts. 1445 y 2901 cód. civ.); el principio de la reconocibilidad del error (art. 1428 cód. civ.), que sustituye al principio de la excusabilidad que había sido elaborado por la doctrina, durante la vigencia del Código Civil de 1865, en ausencia de una disposición expresa. Además, da la impresión de que en el sistema del Código Civil vigente, un fenómeno de "mercantilización" se presentara en los arts. 1337, 1338 y 1398 cód. civ. El conjunto de estas tendencias, que se resume en la afirmación de la protección de la confianza (es decir, la protección del otro contratante)[226], pareció tener su máxima expresión en el art. 1366 cód. civ., que establece el principio según el cual "el contrato debe ser interpretado con arre-

---

(226) Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 282; en lo relativo al fenómeno de las tratativas, cfr. también: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 360 y ss.
Quizá una nueva forma de plantear el fenómeno de la denominada "mercantilización" del derecho privado, acaso en clave **neocapitalista**, podría haber sido el motivo inspirador de algunas propuestas recientes (en relación con el negocio jurídico), que tienden, por un lado, a limitar el empleo de la categoría conceptual del negocio jurídico, como acto de autonomía de los particulares, a la sola área económica de los contratos y de los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial (esta es la opinión, por ejemplo, de BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, en *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Nápoles, 1991, *passim*), y por otro lado, a distinguir entre autonomía privada y autonomía negocial: la primera estaría completamente dominada por las **reglas (económicas y jurídicas) del mercado**; la segunda, que seguiría siendo expresión de decisiones espontáneas e individuales, estaría destinada a operar como tal en zonas totalmente **residuales** (y este es el parecer de IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, cit., *loc. cit.*). Contra ambas tendencias cfr. nuestro trabajo *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1991, pp. 707 y ss.

glo a la buena fe". Ello quiere decir que "la declaración de voluntad contractual tiene que ser entendida con arreglo al criterio de la recíproca lealtad de conducta entre las partes"(227). Según este criterio, mediante la interpretación del contrato no se debe "hacer referencia a un estado psicológico subjetivo del agente, sino a la buena fe objetiva"(228). La razón es que el legislador, que debe "resolver conflictos de intereses y normar relaciones sin desconocer el valor del elemento volitivo de los contratos, puede dar preeminencia, como regla, y en caso de conflicto, a la certidumbre de la confianza y a la exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas, siempre que la confianza se funde, naturalmente, en la buena fe consciente del destinatario del acto de voluntad"(229).

Como veremos más adelante, esta perspectiva no es incoherente con respecto a **aquel individualismo**, de presunto origen liberal (en el que se habrían inspirado las codificaciones precedentes), que debía ser sustituido por la solidaridad corporativista, que sujetaba "al individuo al complejo nacional"(230), e imponía una rigurosa autorresponsabilidad en las relaciones entre los particulares.

Por lo tanto, la interpretación del contrato no sólo debía servir "para determinar la voluntad efectiva", sino también para proteger "las espectativas ajenas"(231).

---

(227) *Relazione al Codice civile* , n. 622.

(228) *Relazione al Codice civile, loc. ult. cit.*

(229) *Relazione al Codice civile,* n. 623.

(230) *Relazione al Codice civile, loc. ult. cit.*

(231) *Relazione al Codice civile, loc. ult. cit.* Sin embargo, y como anotaba RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, p. 290): "*La rapidité, la sécurité du commerce juridique exigent que dans certains cas l'apparence l'emporte sur la realité, ou plus exactement*

No parece, pues, que sea dado negar que el nuevo Código Civil italiano presenta, con respecto al contrato, aquellos aspectos de objetivación que se ignoraban en el Código precedente.

Sin embargo, hay dos interrogantes que se imponen: interesa, sobre todo, determinar si los principios a partir de los cuales se puede deducir la llamada **objetivación** del acto de intercambio presentan aquel grado de novedad absoluta, que a menudo les es atribuida; en segundo lugar, hay que averiguar si, y en qué medida, se ha realizado efectivamente el llamado proceso de **objetivación** del contrato en la realidad normativa del Código Civil, de la forma como ha sido propuesto, incluso en recientes estudios; hay que tratar de invertir, en otras palabras, la tradicional noción de contrato (y por lo tanto, la noción de negocio): ya no hay que ver en ella una hipótesis de "abstracción concebida sobre la base de la voluntad"(232), sino una abstracción concebida en función de la exigencia objetiva de la producción en masa(233).

A nuestro juicio, y lo afirmamos de inmediato, si bien es innegable (como hemos visto pocas líneas atrás) la presencia en el Código Civil vigente de mayores elementos de **objetivación** en el régimen sobre el contrato, algunas doctrinas han enfatizado de algún modo, y han sobrevalorado, la relevancia y novedad de esta **objetivación**.

---

qu'il soit interdit rechercher ce qu'il peut y avoir de réel sous l'apparence de la forme juridique [...] *Ce qui est grave, c'est qu'à force de voir ce triomphe de la forme, on arrive à prendre la forme pour la réalité* [...] *L'évolution du droit civil ne tend nullement à éliminer la recherche de l'intention*".

(232) GALGANO, *Teorie e ideologie della teoria del negozio giuridico*, cit., p. 76.

(233) *Ibid., loc. cit.*

En cuanto a las novedades (con respecto al viejo Código) de los principios que expresarían en el nuevo texto legal la llamada **objetivación** del acto de intercambio, ya el Código de Comercio contenía referencias –aunque estas, evidentemente, tenían que ver, sobre todo, con la materia mercantil–, a la apariencia, a la confianza, a la buena fe, etc.[234]; además, parte de la

(234) Sobre este punto, cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 182. En general, se puede sostener que la idea de "objetivación" está culturalmente vinculada con el intento de considerar el acto de autonomía privada, y por lo tanto, el negocio jurídico, como una suerte de **pieza arqueológica**, para lo cual se margina el papel de la voluntad, que sirvió de eje para la elaboración de la idea misma de acto de autonomía privada, por parte de la tradición civilista. Conforme a esta línea argumental, con la "objetivación" del negocio se pretendería destacar la circunstancia de que la regla negocial, desde el momento en que se hubiera "realizado" concretamente, y se hubiera vuelto socialmente "perceptible", termina teniendo, por decirlo así, una "existencia", que tiende a ser autónoma con respecto a las decisiones individuales (y por ende, a la voluntad) del autor o autores que la han dictado. Se podría creer que un principio de "objetivación" del negocio jurídico puede presentarse ya, aunque sea en distinta medida, con respecto a los criterios de interpretación objetiva del negocio y la teoría de la confianza (tal es la orientación seguida por BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 346 y ss.).
Pero en lo concerniente a los primeros, hay que decir que tales criterios, frente a una voluntad con significado aun ambiguo (y cuya ambigüedad no se ha podido resolver mediante la aplicación de los criterios de la interpretación subjetiva), sirven para atribuir a la regla negocial un significado, y por lo tanto, una efectividad que de otro modo no podría tener; no constituyen, entonces, ninguna suerte de "complementación" de la voluntad negocial misma, ni mucho menos una sustitución de esta con una voluntad objetivamente elegida y decidida por el legislador.
Con los criterios de la interpretación objetiva, en efecto, el legislador se ha limitado a señalar criterios técnicos que sirvan para superar tal ambigüedad, y para dar a la voluntad negocial el significado que ella "normalmente", y "racionalmente" (de aquí la invocación a los usos y a las prácticas) podía y debía tener, en relación con la operación regulada por el negocio, podía y debía tener.
La identificación de la voluntad negocial, mediante los criterios de la interpretación objetiva, no puede ser asimilada a un fenómeno de **objetivación**, propiamente dicha, de tal voluntad.

En realidad, en el fenómeno de la interpretación objetiva, aun cuando sean "objetivos" (es decir, externos a la voluntad negocial) los criterios hermenéuticos fijados por el legislador, no se puede considerar "objetivo" el resultado derivado de su aplicación.

En efecto, con la aplicación de los criterios de la interpretación objetiva, nos encontramos frente a la expresión de una voluntad ambigua, del modo y con el discurso más **creíbles**, y por lo tanto más cercanos (siempre en relación con la operación regulada por el negocio) a la que habría debido ser la voluntad del autor o autores del negocio, si estos se hubiesen preocupado de aclararla directamente. Mediante la aplicación de los criterios de la interpretación objetiva, es verdad que se expresa, aun cuando presumiblemente, una voluntad negocial, pero no es menos cierto que el fin de dicha técnica hermenéutica parece ser el de sacar a la luz las que habrían podido, y debido, ser, sobre la base de la experiencia y de la racionalidad, las verdaderas decisiones de los autores del negocio.

Creemos que un discurso análogo también se puede proponer en relación con la teoría de la confianza, que se desprende del principio de buena fe señalado en el art. 1366 cód. civ.

Al respecto, la *Relazione al Codice civile* aclara que se debe atribuir a las declaraciones específicas, y a la oferta, en particular, "el significado objetivo, según el cual la parte aceptante podía, y tenía que, entenderlas razonablemente [...] un significado que es el único normalmente reconocible, y en el cual, por lo tanto, el aceptante debe poder confiar con seguridad. Sólo así la legítima confianza fundada en el significado común de las declaraciones llega a tener en la interpretación una protección eficaz" (*Relazione*, n. 624).

Se trata, en este caso –como también ocurre, si se aprecia bien, en el caso de los criterios de la interpretación objetiva– de la aplicación del principio de la buena fe, entendida como expresión de normalidad y razonabilidad de los comportamientos, y no como lealtad en las relaciones recíprocas (así lo sostiene BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 359-350).

A propósito, se ha destacado que si se puede determinar, en aplicación del art. 1366 cód. civ., y en relación con un contrato específico, el sacrificio de la voluntad de uno de los contratantes, este sacrificio no se produce, sin embargo, en relación con aquella **común intención** de las partes contratantes, cuyo significado debe ser establecido, como tarea, por la interpretación. Desde este punto de vista, "la invocación a la regla de la buena fe constituye una regla favorable, y no contraria, a una interpretación subjetiva bien entendida" (R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 185).

La única excepción frente a lo que venimos afirmando, en materia de interpretación, podría estar representada por el art. 1371 cód. civ., que da la impresión de constituir una solución excepcional y **de clausura**, cuya aplicación, enmarcada en el entero sistema de la interpretación, aunque termine prescindiendo de la voluntad de las partes, sólo parece ser posible cuando la voluntad de los autores del negocio, oneroso o gratuito, no sea determinable de otra forma.

doctrina civilista misma, a pesar de haberse formado en la escuela del liberalismo económico y político, no ignoraba la di-

---

Siempre con respecto a la **objetivación** del negocio –como veremos mejor más adelante–, con una desvalorización del papel de la voluntad negocial, y sobre la base, principalmente, desde el punto de vista de un sustancial primado del papel del ordenamiento estatal en la determinación del reglamento negocial, de una presunta función complementadora del art. 1374 cód. civ. (y del art. 1375 cód. civ., de alguna manera) se ha pretendido (infundadamente) proponer la hipótesis de la concurrencia de una pluralidad de fuentes legales y judiciales que participan con la fuente privada (pero que al final se superponen, casi siempre, a esta última), en la determinación de los efectos del acto negocial.

Por otro lado, una recaída de la idea de "objetivación" del negocio, puede constatarse, a nuestro juicio, en los autores que han pretendido destacar que en la Sociedad actual, la imagen del individuo como sujeto autónomo y abstracto, como centro de imputación de hechos y palabras (cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., pp. 226-227), ha sido complementada (o sustituida, inclusive) por la imagen de los grupos de individuos, portadores de intereses homogéneos que expresan "individualidades plurales en la efectividad de un contexto histórico" (*ibid.*, p. 227); y estas **individualidades plurales** (como serían, por ejemplo, los consumidores, empresarios, mujeres, ancianos, trabajadores), que han parecido ser expresión de la existencia de nuevas formas de *status* que, al difundirse, tenderían a suplantar la **cultura** del contrato, y terminarían expresando, contemporáneamente, nuevas especies de **subjetividad**, que parecen poderse vincular con intereses comunes y siempre homogéneos.

En realidad, y según una evaluación realista, dichos grupos parecen ser del todo indeterminados en la composición misma de los sujetos que deberían pertenecer a ellos, y que a menudo se suman a ellos, sobre la base de la constatación de finalidades o pretensiones cuya homogeneidad, identidad o comunidad, son casi siempre presuntas.

Nada de ello puede constituir el punto de referencia estable que nos permita constatar la existencia de un nuevo **sujeto de derecho**, al menos según el sentido en que el jurista ha entendido siempre la figura del *status*.

El surgimiento, en semejantes **subjetividades**, de los denominados *status*, entendidos en el sentido anómalo en que recientes doctrinas tienden a hablar del mismo, sería el testimonio de la afirmación de una propensión a **escapar** del contrato, hacia el *status*, justamente; ello no quiere decir otra cosa que la predominancia de la exigencia individual "de seguridad social, sobre la abstracta tendencia a la libertad" (RESCIGNO, *Situazione e "status" nell'esperienza del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1973, p. 222).

mensión **objetiva** (y por lo tanto, no exageradamente individualista) del fenómeno contractual[235].

Por otro lado, hay que señalar que la doctrina más sutil sentía el peso, y muchas veces la imposibilidad –si no la inutilidad– de proponer, en la práctica, rígidas e insuperables distinciones entre la materia civil y mercantil; tanto es así que un autorizado autor, al emprender el estudio de los contratos afirmaba que se ceñía a lo que estaba aconteciendo "en la vida práctica, sin precuparse por el hecho de que las disposiciones relativas a los contratos, tomadas en consideración, se encontraban insertas o no en el Código de Comercio, en el Código Civil o en otras leyes"[236]. Y reparaba, asimismo, en la circunstancia de que el mismo comerciante no puede valerse –en la compraventa, por ejemplo– de aquellas reglas "que se establecen en el Código de Comercio, si no cuenta con un conocimiento pleno de la estructura del contrato, tal cual es deducible del Código Civil"[237].

Si se aprecia bien, sin embargo, **escapar del contrato** (y por lo tanto, de la autonomía negocial) en una economía de mercado, es algo que jamás puede tener lugar, porque el mercado –tal como ha destacado recientemente un agudo jurista– "constituye, al mismo tiempo, un resultado y un criterio: por un lado, es el producto de las distintas contrataciones (no hay mercado sin intercambios, y por lo tanto, sin contratos); por otro lado, es también el criterio para medir las distintas contrataciones (= toda tratativa que se emprende sobre la base de las condiciones de mercado)" (P. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso–Lineamenti di una teoria*, Turín, 1996, pp. 359-360).

(235) Sobre este punto, cfr. por todos: POLACCO, *La funzione sociale della odierna legislazione civile*, ahora en ID., *Opere minori*, II, 1, Modena, 1929, pp. 21 y ss.; GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, ahora en ID., *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, pp. 262 y ss.

(236) REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. VII.

(237) *Ibid., loc. cit.*

Ello conducía al autor citado a considerar la "reconocibilidad" (en lugar de la "excusabilidad", a la que no se hacía referencia el Código de 1865, pero que era fruto de la elaboración doctrinal) como un requisito de relevancia del error(238).

Y con respecto a la revocación de la oferta o de la aceptación, el mismo autor parece arribar, sobre la base del art. 36 del Código de Comercio (donde se empleaba una fórmula genérica y ambigua)(239) a resultados no muy diversos de aquellos a los que se arriba actualmente, sobre la base de lo dispuesto, concordantemente, en los arts. 1326, 1328 y 1338 cód. civ., es decir, sobre la base del principio de la conocibilidad (y no del principio del conocimiento)(240).

El mismo orden de ideas se percibe en la afirmación del principio de la interpretación de buena fe (ahora expresamente consagrado en el art. 1366 cód. civ., y que no encuentra un correspondiente directo en el Código Civil de 1865), al que arribaba doctrina formada bajo la legislación anterior, ya sea recurriendo a criterios objetivos de interpretación(241), o bien sobre

(238) *Ibid.*, *loc. cit.*, pp. 305 y ss. Sin embargo, ya CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Turín, 1897, pp. 14 y ss., a propósito del requisito de la excusabilidad del error, atenuaba el significado del mismo, al destacar la exigencia, en esta materia, de la aplicación conjunta de los conceptos de **voluntad** y **responsabilidad** como manifestación de la recíproca diligencia que debe inspirar los comportamientos de los contratantes. Esta es también la perspectiva adoptada por FUBINI, *La dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, Turín, 1902, pp. 71 y ss.

(239) En el art. 36 del Código de Comercio se establecía: "el contrato bilateral entre personas distantes no se perfecciona si la aceptación no llega a noticia del ofertante".

(240) REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., pp. 197 y ss.

(241) F. FERRARA, padre (*Teoria dei contratti*, Nápoles, 1940), destacaba, a propósito de la interpretación de la declaración de voluntad contractual, que "la declaración de voluntad se **despersonaliza** y asume un **sentido objetivo**. Aquí podrán tener valor los usos del comercio, las reglas de la experiencia y los principios de la buena fe" (p. 243).

la base del art. 1124 del Código de 1865, que contenía el principio (ahora recogido en el art. 1375 cód. civ.) en virtud del cual "los contratos deben cumplirse de buena fe"[242]. La obvia razón de todo ello es que "la simple percepción de que el contrato debe ser cumplido de buena fe induce a considerar implícito que este debe ser interpretado de buena fe"[243].

Señalamos lo anterior para dejar en claro que el principio mismo de la protección de la confianza, tal como consta en el art. 1366 cód. civ., es con toda seguridad más "antiguo" que lo que podría hacernos creer la *Relazione al Codice civile*, en la parte donde se comenta dicho artículo[244].

En efecto, según la concepción del legislador de 1942, el art. 1366 cód. civ. se presenta como un istrumento idóneo para reforzar "los vínculos de solidaridad que someten al individuo al complejo nacional" (*Relazione al Codice civile*, n. 623). En concreto, el legislador "sin desconocer el valor del elemento volitivo de los contratos puede, como regla, y en caso de conflicto, otorgar preeminencia a la certidumbre de la confianza y a la exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas, siempre que la con-

(242) Cfr., por todos, REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., pp. 227 y ss., y GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padua, 1938, pp. 3-59.

(243) GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., p. 36. Referencias conformes pueden verse ya en N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milán, 1910, p. 392, y OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, Milán, 1973 (el ensayo es de 1913).

(244) Sobre este punto, cfr. también MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Nápoles, 1952, pp. 68-72, y CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milán, 1961, p. 202. En relación con el problema de la confianza y los medios técnicos para su protección, presentes en el sistema del Código Civil de 1942, cfr. SACCO, *Affidamento*, cit., pp. 664 y ss.

fianza se funde, naturalmente, en la buena fe consciente del destinatario del acto de voluntad" (*ibidem*).

Pero aun entendida en este último sentido, la confianza que asume particular importancia en una Sociedad industrial porque expresa, con referencia a los contratos, la exigencia fundamental de "recíproca lealtad de conducta entre las partes" (*Relazione al Codice civile*, n. 622) no parece representar un argumento tan nuevo, si se tiene en cuenta que ya CICERÓN (*De officiis*, 1, 7, 23) definía la *fides* como "*dictorum conventorumque constantia*"(*), y que POMPONIO, en el pasaje transcrito en el *Digesto* (45.1.110.1) afirmaba, a propósito de los contratos (contraponiéndolos a los negocios *mortis causa*, sobre los cuales cfr. *Digesto* 34.2.33) que "*magis ad mentem stipulantis quam ad mentem promittentis id referre debet, ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor*" (**),

(*) El pasaje citado dice como sigue: "*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*" (CICERÓN, *De officiis*, libro I, VII, 23): "El fundamento de la justicia es, sobre todo, la buena fe, es decir, la verdad y fidelidad para con las promesas y acuerdos" [*N. del T.*].

(**) Transcribo íntegramente los pasajes citados:
Digesto 45, 1, 110, 1: "Si hubiera estipulado de ti que «me darás los vestidos de mujer que tengas» esto debe interpretarse mejor por la intención del estipulante que por la del promitente, a fin de que deba interpretarse objetivametne y no por la apreciación del promitente; y así si este había tenido costumbre de usar algún traje de mujer, no deja de deberse también este".
Digesto, 34, 2, 33: "Entre vestimenta viril y vestidos viriles no hay diferencia, pero presenta dificultad la interpretación de la intención del testador que hace el legado, cuando él hubiese acostumbrado usar algún traje que también pueden usar las mujeres. Así, hay que decir que entra en el legado ante todo el traje en que hubiese pensado el testador, y no en el que es propio por sí mismo de hombre o de mujer. Porque también Quinto Ticio dice que conoció a un senador que solía usar trajes de cena femeninos, el cual, si legara la vestimenta femenina, no parecería haber pensado en la que él usaba como propia de hombre".
Esto, según la edición castellana del *Digesto* al cuidado de Alvaro D'ORS y otros, Pamplona, Aranzadi, t. III, 1975, p. 509, y t. II, 1972, p. 588, respectivamente [*N. del T.*].

con todo lo cual ya se delineaban significativas premisas de la teoría de la confianza[245].

Por otro lado, no es casual que la misma teoría de la presuposición –que según aparece en la formulación propuesta por WINDSCHEID, encuentra en la experiencia romanista un punto de referencia no irrelevante[246]– contenga, como veremos, anticipaciones sobre los temas que, luego, y de manera más pormenorizada, se iban a presentar en la teoría de la confianza.

Tampoco es casual, con respecto al mismo punto, aquella afirmación de WINDSCHEID en la que se resalta que "una presuposición puede resultar querida, no sólo a partir del restante contenido de la declaración de voluntad, sino también de las circunstancias que la acompañan, aunque ella no se haya manifestado expresamente como querida [...] En las declaraciones de voluntad *inter vivos*, la presuposición no sólo debe poderse destacar genéricamente de las circunstancias concomitantes, sino también poderse conocer por parte de aquel en cuya ventaja se ha emitido la declaración de voluntad"[247].

---

(245) Sobre este punto, cfr. V. SCIALOJA, *Volontà e dichiarazione di volontà–Studio di B. Winscheid proffessore in Lipsia*, ahora en ID., *Studi giuridici*, cit., I, p. 62; en este volumen, cfr. también, *Responsabilità e volontà*, en especial, pp. 281-282; ID., *Negozi giuridici*, cit., pp. 49-50; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., IV, p. 315; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., I, pp. 142 y ss.; ID., *Lezioni di diritto romano (rischio contrattuale–atto illecito–negozio giuridico)*, Roma (Año Académico 1958-1959), pp. 381 y ss.

(246) Cfr. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, *passim*; ID., *Die Voraussetzung*, en *Arch. für die civ. Praxis*, núm. 78, 1892, pp. 161 y ss.

(247) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, 1, p. 400.

Esta fórmula no es tan discordante de la utilizada, mucho más tarde, por BETTI, quien precisaba, al indicar los parámetros objetivos de la interpretación, que no podía constituir objeto de la interpretación de un negocio "el tenor de las palabras o la materialidad de la conducta, sino la situación objetiva en la que ellas son pronunciadas o suscritas [...] es decir, aquel conjunto de circunstancias en el que se encuadran la declaración y el comportamiento"[248].

Así pues, muchas de las **novedades** que han permitido afirmar que la regulación del Código Civil de 1942 determina la **objetivación** del acto de intercambio, es decir (y sobre todo), la **objetivación** del contrato, son menos "nuevas" y desconocidas para la experiencia jurídica de cuanto se podría creer.

Una vez aclarado que desde la perspectiva de la llamada **objetivación** del contrato, las **novedades** contenidas en el Código Civil de 1942 tienen que ver, más que nada, con la "explicitación" de reglas y principios que ya con precedencia se percibían, y que operaban, sustancialmente, en la realidad práctica, queda por afrontar la segunda interrogante que no hemos planteado líneas atrás: si, y en qué medida, eventualmente, la regulación del contrato (y del negocio, si se quiere), contenida en el Código Civil de 1942, constituye una superación de la idea (tradicional) de contrato (o de negocio) como "abstracción concebida desde el punto de vista de la voluntad"[249]

---

(248) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 333.

(249) Nos referimos, una vez más, a la fórmula propuesta por GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., p. 76, quien da cuenta, de manera sintética y particularmente feliz, de las orientaciones de algunas corrientes doctrinales.

Señalamos, como primer punto, que a nuestro modo de ver, el hecho de concebir el contrato o el negocio como "una abstracción pensada en desde el punto de vista de la voluntad" constituye, de por sí, una abstracción, en la que se percibe la huella de antiguas polémicas en torno del negocio, en una época en que, con algo de intolerancia y de extremización frente al pensamiento ajeno, combatían las teorías subjetivas, por un lado, y las teorías objetivas (luego preceptivas), por otro, y en la que entraron en oposición la escuela conceptualista, heredera de PUCHTA, y la jurisprudencia de intereses (con todo el peso de las ideologías de la cual esta era expresión).

El eco de aquellas antiguas polémicas jamás ha sido favorable para la teoría del negocio, ni para la comprensión de esta figura, que, a pesar de los intentos realizados para elevarla al empíreo de los conceptos, y si bien nace de la abstracción de fenómenos concretos, está destinada a continuar a tener vigencia en la realidad concreta de los fenómenos de los que ha derivado.

Para mayor confusión, hay que añadir el hecho de que en la teoría –o más bien, en las teorías, en las muchas teorías– del negocio, han tenido gran influencia las regulaciones concretas, dictadas de forma directa (como en el caso de la experiencia alemana), o indirecta (como en la experiencia italiana) por las distintas legislaciones que, por razones histórico-culturales, han tenido que afrontar esta institución.

Ello ha comportado que, al tener que hacerse coincidir la definición de negocio con aquella que se traza o que es deducible de las específicas y distintas decisiones legislativas, se ha perdido, por un lado, la esencia del fenómeno concreto que el negocio expresaba; y por otro lado, se ha terminado proponiendo toda una gama de definiciones fluctuantes y cambiantes

conforme a las mutaciones de la regulación legislativa. Tanto es así que ha resultado una figura que es fruto –como se ha dicho– de una suerte de compromiso entre la fisonomía que la institución tiene en la realidad, y la que deriva para ella de la normativa.

Pero, como hemos tenido oportunidad de afirmar precedentemente, el negocio y el ordenamiento tienen vidas autónomas y paralelas; su relación no está fundada en el principio del **reconocimiento** del negocio por parte del ordenamiento.

A lo sumo, el ordenamiento normativo que adopte la figura del negocio tiende (o debería tender) a elaborar, a partir del mismo, una regulación que exprese y mantenga inalteradas aquellas características originales que derivan para la institución a partir de la fisonomía que la realidad le atribuye; ello se impone, asimismo, porque aquella red de **protección** brindada por el ordenamiento jurídico al autor o autores del negocio se encuentra en la **disponibilidad** de estos últimos; lo que queremos decir es que, por ejemplo, las eventuales invalideces o ineficacias del negocio, establecidas por el ordenamiento, pueden ser irrelevantes si los autores del negocio no pretenden valerse de ellas, y si prefieren, en cambio, mantener con vida la regulación de intereses (inválida para el ordenamiento) que ellos han manifestado, es decir, si prefieren seguir adecuándose a lo que ya han dispuesto.

Ahora bien, dado que en este punto estamos tratando de comprender la fisonomía de la institución, conforme a como esta es delineada en el ordenamiento estatal italiano, no podemos dejar de resaltar que la regulación sobre el contrato (es decir, el régimen sobre la principal figura de negocio), incluso en el sistema original del Código Civil de 1942 (es decir, el que

contenía una serie de criterios de cariz dirigista y corporativista) no está totalmente privada de contradicciones.

Ya hemos tratado sobre el llamado proceso de "objetivación" y sobre cómo hay que entenderlo. Es cierto que la protección de la confianza (con respecto a los contratos), el principio de la buena fe en la interpretación, no menos que en la ejecución, de estos (así como el principio de la lealtad y diligencia, del respeto a la palabra dada), conforman un sistema que pertenece, aun antes que al ordenamiento estatal, a aquella realidad de los tráficos y de las relaciones intersubjetivas, que es la misma realidad en la que nace y se desarrolla la idea de negocio jurídico, es decir, la actuación autónoma de los particulares(250). Si se aprecia bien, el ordenamiento estatal los ha **encontrado** en esta realidad, y los ha deducido a partir de esta realidad. Desde esta perspectiva, la fisonomía **legal** del negocio jurídico tiende a adecuarse a la fisonomía **real**.

Pero en esta misma realidad, si bien el negocio jurídico constituye una manifestación de la actuación autónoma, no puede negarse que la voluntad juega un papel determinante y central en esta figura. Afirmar que la voluntad es –y no puede no serlo– un elemento básilar de la actuación negocial, no significa des-

(250) Como es sabido, Emilio BETTI (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 42) destacaba, oportunamente, que en la realidad del tráfico jurídico, incluso antes de que se produzca el reconocimiento del ordenamiento estatal, las actividades se desarrollan "bajo la simple protección de la costumbre y la lealtad. Sólo la buena fe que se debe observar en la práctica de las operaciones impone, desde el primer momento, el respeto a la palabra dada, y atribuye valor compromisorio a esta en la consideración social [...] La buena fe sigue siendo el sumo criterio de valoración de los deberes contractuales recíprocos, incluso después de producido el reconocimiento del derecho".

cartar ni negar la importancia de aquellos principios de comportamiento (buena fe, confianza, etc.) que rigen toda acción (como es el negocio) que pretende ser un instrumento de contacto y de relación entre los individuos.

Lo que queremos expresar con ello es que la afirmación de las tendencias **objetivas** en materia de interpretación, y de ejecución del contrato (en particular), no es indicio de una alternativa frente a aquellas tendencias (**subjetivas**) que identifican en la voluntad de los autores del contrato el eje alrededor del cual gira la regulación de intereses expresado por el mismo.

Es probable que una verdadera y decidida tendencia **objetiva** haya sido introducida en el Código Civil de 1942, siempre en materia de negocio (y con particular énfasis en materia de contrato, porque en lo concerniente al testamento, se ha mantenido el lugar central tradicional ocupado por la voluntad del testador), en atención a que se ha pretendido "funcionalizar", del modo antes señalado, este particular instrumento de circulación de los bienes que es, ni más ni menos, el negocio.

Para la teoría del negocio, una perspectiva como la descrita marcó una reforma en el papel que esta institución, tradicionalmente privatística, había cumplido desde sus primeras formulaciones.

La misma reforma en clave **funcionalizadora** tuvo lugar, como hemos visto, con respecto a la propiedad y la empresa.

Sin embargo, en estas dos últimas instituciones, la posibilidad para el ordenamiento estatal de incidir en sentido "funcional" se presentaba (tal cual demuestran los principios contenidos en el art. 838 cód. civ., en materia de propiedad, y en los

arts. 2088 y siguientes., en materia de empresa) de manera mucho más incisiva desde el punto de vista técnico.

En esta línea de pensamiento, y en lo concerniente al contrato, tenía relevancia lo originalmente dispuesto en el 2do. párrafo del art. 1371 cód. civ., sobre la necesidad de interpretar la común intención de las partes de la manera más conforme a los principios del ordenamiento corporativista(251).

Y sin embargo, en materia negocial, la violación misma, por parte de la regulación de intereses contenida en el negocio, de una norma imperativa o de un principio inderogable, si bien lo hace inválido para el ordenamiento estatal, no impide en los hechos, como se ha dicho, que los autores del negocio se adecuen a cuanto se dispone en este, no obstante su invalidez.

La posibilidad, par el ordenamiento estatal, de intervenir por iniciativa autónoma en el negocio inválido, con incisividad equivalente a las actuables en materia de propiedad y empresa, no parece ser proponible.

El mismo art. 1339 cód. civ. (vinculado, por lo demás, con el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ.), por medio del procedimiento de **ortopedia** en él regulado (que teniendo en cuenta el ordenamiento estatal, parece degradar al contrato, de su naturaleza negocial original a la de un mero acto jurídico), no descarta que los autores del negocio puedan, si están de acuerdo, continuar adecuándose a la regulación que ya han expresado, no obs-

(251) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 230, nota 1, considera que el mismo 1er. párrafo del art. 1371 cód. civ. constituye "una de las muchas fantasías a la que ha recurrido el legislador" (corporativista).

tante el hecho de que el negocio resulte contrastante con las normas, y se someta, por lo tanto, a aquellas sustituciones impuestas en el artículo citado.

En estos casos, no cabe dudar que los autores del negocio pueden ser sancionados por el ordenamiento estatal, a través de medidas penales o administrativas; pero si ellos están de acuerdo en respetar la regla que se han impuesto, esta última está destinada a prevalecer, en concreto, y a pesar de ser inválida, incluso sobre los principios y las normas inderogables del ordenamiento.

La eventual sanción –siempre que se trate de una sanción– es que en las hipótesis antes descritas, y justamente a causa de la invalidez del negocio, los autores del mismo no podrán gozar de la protección que el ordenamiento habría concedido a su regulación de intereses, si esta hubiese estado libre de tal invalidez.

Es del todo evidente, pero conviene reafirmarlo, que la premisa de esta preeminencia y autonomía de la regla privada con respecto a las normas, aun si se tratara de normas inderogables, del ordenamiento estatal, presupone el acuerdo, para tales efectos, de todos los autores del negocio, y por lo tanto, la intención de estos de respetar el compromiso "privadamente" asumido.

Con todo ello, queremos afirmar que el mismo sistema dirigista-corporativista, en atención a la peculiar naturaleza de la institución, no supo encontrar formas de intervención autónoma en el negocio jurídico (como sí ocurrió, en cambio, para la propiedad y para la empresa) que le permitieran imponer a los particulares aquellas finalidades generales que estos tenían que perseguir, también, en su actuación negocial.

Por otro lado, aunque se quisiera considerar la afirmación en el Código Civil de principios como la confianza, la buena fe, la conocibilidad, etc., como indicio de una concepción **objetiva** del contrato (negocio), no podemos pasar por alto "presencias" normativas de carácter contrario, es decir, de carácter **subjetivo**.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la expresa regulación sobre los motivos, dictada, sea para el testamento, sea para el contrato.

Y tenemos en mente, de igual forma, aquel principio fundamental en materia de interpretación, que está expresado en el art. 1362 cód. civ. (que reproduce, sustancialmente, el art. 1131 del Código Civil de 1865)(*).

A la luz del art. 1362, no es imposible que el mismo art. 1366 cód. civ. pueda asumir, por el contrario, una dimensión y un papel insospechados.

6. El art. 1366 cód. civ. y los problemas de la interpretación e integración del negocio jurídico.

Como hemos visto, la opinión común sobre el art. 1366 cód. civ. –de acuerdo, igualmente, con lo precisado en la *Relazione al Codice civile* (nn. 622-623), postula que en dicha norma se encuentra afirmado el principio de la protección de la confianza.

(*) Se refiere al principio de interpretar el contrato con arreglo a la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras, y con una evaluación del comportamiento global de los contratantes [*N. del T.*].

La doctrina conviene, asimismo, en considerar que dicha norma es inaplicable a la interpretación del testamento[252], porque sólo el contrato compone intereses contrapuestos, es decir, los intereses que son propios del declarante y destinatario de la declaración, respectivamente[253].

Con todo, el art. 1366 cód. civ., ni más ni menos, puede cumplir un papel para nada indiferente en relación con la *vexata quaestio* de la relevancia de los motivos.

Tiene gran arraigo en la doctrina el principio de la irrelevancia de los motivos, es decir, de las circunstancias personales subjetivas[254], de los *ressorts de la volonté*[255] personales, del autor o autores del negocio, que no han sido expresados (objetivados) en la regla negocial, aunque hubieran cumplido un papel nada marginal en la determinación de tal regla.

---

(252) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., pp. 231 y ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico,* cit., p. 228. Sobre este punto, cfr. también BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, pp. 316 y ss. Y sin embargo, en algunas hipótesis residuales, ha dado la impresión de que es posible (y para esta opinión cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 203 y ss.) la interpretación según buena fe del testamento (tal es el pronunciamiento de la nada reciente, y hasta donde sabemos aislada, decisión judicial Cass., 8 de julio de 1955, n. 1770, citada por BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, p. 214). La tesis genera alguna duda, porque en ella parecen atribuirse al art. 1366 cód. civ. criterios que se resuelven desde el punto de vista de la protegibilidad (y por lo tanto, de la validez) de disposiciones testamentarias; y la protegibilidad constituye un problema ciertamente extraño, y no confundible (por ser posterior, además) con las técnicas y principios hermenéuticos señalados en el art. 1366 cód. civ. Pero sobre este problema véase lo que se expondrá más adelante.

(253) Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 367.

(254) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 128.

(255) JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928, p. 1. Sobre el problema, en general, y de lo más reciente, cfr. GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, cit., pp. 1062-1068.

Una explícita excepción a este principio (en el sentido de su relevancia negativa) está representada por los ya recordados arts. 1344 y 1345 cód. civ., en materia de negocio en fraude a la ley y de motivos comunes ilícitos en el contrato. Por otro lado, aunque con distinta medida, se reconoce relevancia negativa al motivo ilícito, no sólo en los arts. 626 y 788 cód. civ. (en materia de testamento y de donación, respectivamente), sino también en el art. 634 cód. civ. (condiciones imposibles o ilícitas impuestas en las disposiciones testamentarias) y en los arts. 647 y 794 cód. civ. (cargo imposible o ilícito en el testamento y en la donación).

Una referencia a los motivos, no necesariamente ilícitos, está contenida en los arts. 624 y 787 cód. civ., dictados a propósito del error en los motivos en materia de disposiciones testamentarias y de donación, respectivamente.

Si el art. 787 cód. civ. constituye, como ya hemos referido previamente, una novedad del Código Civil de 1942 (en atención a que no existía un artículo análogo en el Código de 1865), no puede afirmarse lo mismo con respecto al art. 624 cód. civ., porque en el art. 828 del Código de 1865 se recogían principios análogos, a pesar de que el texto no hacía referencia al error en los motivos, sino a cierta "causa errónea" (sobre la cual se había podido fundar, justamente, la disposición testamentaria).

A propósito del art. 624 cód. civ., la *Relazione al Codice civile* (n. 303) explica la modificación creada con dicho artículo (con respecto a la formulación contenida en el art. 828 del Código de 1865), afirmando que con ella se ha querido "evitar la duda acerca de si se ha querido excluir totalmente el error obstativo en materia testamentaria". A juicio del legislador de 1942, en efecto, el Código de 1865 se había limitado "a regular, entre las

varias causas de invalidez de las disposiciones testamentarias, el error-vicio en su particular especie de error en los motivos, y confiaba a los principios generales la determinación de la influencia del error obstativo en la validez de tales disposiciones". Autorizados autores[256] han expresado su duda con respecto a esta explicación, y la hesitación es de compartir. En la doctrina formada bajo el Código Civil precedente[257], el problema del error en los motivos era explicado como un fenómeno donde el error recae en las "representaciones psíquicas internas que han dado el impulso para realizar el acto jurídico, que han constituido ocasión para la determinación volitiva, pero que no son la causa determinante, ni el motivo ultimo o próximo de la declaración"[258]. Hace algún tiempo se ha afirmado que el motivo, en sí mismo, no puede "ser ni falso, ni verdadero"[259]. En realidad, si el error en el motivo no tiene mucho que ver con el "impulso psicológico"[260], sino que tiene relación, más bien, con la representación (errónea, justamente) "de circunstancias extrañas [...] pero igualmente dotadas de eficacia motivante"[261] que han inducido al autor del negocio a cumplirlo, la figura termina por resolverse, ni más ni menos, y a nuestro juicio (aunque para algún autor no sea así), en un motivo errado, es decir, en una motivación fundada en presupuestos erróneos[262].

---

(256) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 164.

(257) Esta es la opinión de DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile,* cit., I, p. 255; en el mismo sentido: DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Turín, 1939, p. 160.

(258) DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile,* cit., I, *loc. ult. cit.*

(259) P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milán, 1962, p. 135.

(260) PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padua, 1963, p. 355.

(261) P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico,* cit., p. 135. En la misma línea de pensamiento ya se expresaba L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milán, 1959, p. 295.

(262) Sobre este punto, cfr. VON TUHR, *Der Irrtum über die Grundlage des Vertrages*, en *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1921, pp. 153 y ss.

Sin embargo, hay que dejar en claro que en los arts. 624, 626, 634 (que remite al art. 626), 787 y 788 cód. civ. se hace inexacta referencia a los **motivos**, al menos conforme a sentido antes indicado, según el cual se ha entendido siempre este fenómeno en la ciencia civilística. Ello se debe a que en las hipótesis señaladas, la relevancia de los motivos ilícitos no sólo está subordinada a su incidencia determinante en la decisión del testador o del donante, sino que está condicionada, por el contrario, al hecho de que dichos motivos sean deducibles del testamento o de la donación.

En otras palabras, se trata de motivaciones que se han hecho explícitas, sustancialmente, en la regla negocial, y que pertenecen a la estructura y función que esta cumple, y que, por lo tanto, no han quedado sin expresión.

Por otro lado, los arts. 647 y 794 cód. civ., en materia de cargo ilícito en el testamento y en la donación, respectivamente (y distintamente de cuanto ocurre para los arts. 624, 626, 634, 787 y 788 cód. civ.), no hacen referencia a la necesidad de que el motivo del cargo ilícito deba ser deducible del acto[263].

---

[263] Por otro lado, ni siquiera en los arts. 1344 y 1345 cód. civ. se requiere, para efectos de la relevancia de los motivos, que estos resulten de alguna manera explicitados en el contrato.
La exigencia de que el motivo, en los casos considerados, esté expresado en el testamento, ha sido explicada, no en función de la protección de la confianza, sino "en aplicación del principio que niega valor a la voluntad testamentaria, si no ha sido escrita". Esta es la opinión de CICU, *Le successioni*, Milán, 1947, p. 385. Dicha explicación, a pesar de la autoridad de su autor, no parece admisible, si se tienen en cuenta, justamente, los arts. 647 y 794 cód. civ., y cuanto se dice de ellos en la parte de la *Relazione al Codice civile*, transcrita en este punto.

La *Relazione al Codice civile* (nn. 315 y 380) aclara que a pesar de que las normas sobre el cargo ilícito son aplicaciones de los principios sobre los motivos ilícitos, estas son hipótesis en las que no se ha querido impedir al juez "tomar en consideración, eventualmente, otros actos o hechos, que sirvan para aclarar el proceso formativo de la voluntad del disponente" (*Relazione*, n. 315), ni recurrir, por lo tanto, a elementos igualmente extrínsecos a la disposición testamentaria y a las donaciones.

En compendio, no se ha querido imponer el principio en virtud del cual "la eficicacia causal del motivo" (*Relazione al Codice civile*, n. 315; y véase también el n. 380) debe ser deducible, necesariamente, del testamento o de la donación.

En esta hipótesis estamos frente a motivos propiamente dichos, es decir, frente a motivaciones que no se han hecho explícitas.

Además, las decisiones del legislador italiano de 1942 en materia de contratos, de testamento y de donación podrían crear el convencimiento de que la relevancia de los motivos sea la consecuencia, sobre todo, de su naturaleza, que es, justamente, ilícita, y por lo tanto, que el motivo no pueda tener ninguna importancia al margen de tales hipótesis.

A nuestro juicio, sin embargo, las cosas no se presentan de este modo. El principio de la irrelevancia de los motivos (lícitos o ilícitos, sin distinción) no nos parece tan taxativo como afirma la doctrina. En todo caso, el discurso en torno de los motivos y su relevancia, es más detallado y complejo de cuanto se crea.

Precisamos, de inmediato, que no pretendemos afrontar en este punto los temas, ciertamente arduos, del negocio en

fraude a la ley, del negocio indirecto o del negocio fiduciario, en los que se plantea, sin duda, un problema de relevancia de los motivos, incluso de motivos lícitos(264).

De todas formas, no podemos dejar de verificar que la particular temática de las instituciones que se acaban de recordar parecen afectar, y no en poca medida, la rigidez del principio de la irrelevancia de los motivos.

No es paradójico que con respecto a los contratos podamos deducir indicios en este último sentido, igual de interesantes, y quizá más, sobre todo en el plano de la teoría de la presuposición, del principio mismo de la protección de la confianza, y en particular, del principio de la interpretación de buena fe (art. 1366 cód. civ.)(265).

En materia de contratos, en efecto, la doctrina alemana más reciente(266) (erigida sobre los pasos del pensamiento de

(264) Para el negocio indirecto, en particular, cfr. la ya clásica obra de RUBINO, *Il negozio indiretto*, Milán, 1937, pp. 125 y ss. Una definición de motivo, con referencia al fenómeno de la coligación negocial, puede verse en GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 346.

(265) Al respecto, y en cuanto a la jurisprudencia, cfr. Cass., 17 de mayo de 1976, n. 1738, en *Riv. dir. comm.*, 1977, II, pp. 341 y ss. (con nota de CASSOTTANA) y Cass., 9 de mayo de 1981, n. 3074, en *Rep. Foro it.*, 1981, s.v. *Contratto in genere*, n. 340. De la doctrina conforme con este criterio, cfr. RESCIGNO: *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 353, y con precedencia, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, p. 444. Asimismo, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 439. Finalmente, sobre el vínculo entre la presuposición y el art. 1366 cód. civ., cfr. BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto–artt. 1362-1371*, en *Il codice civile-Commentario* dirigido por P. SCHLESINGER, Milán, 1991, pp. 269 y ss.

(266) Cfr., por todos, LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Múnich, 1963, pp. 52 y ss., y SCHMIDT-RIMPLER, *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, en *Festschrift für Nipperdey*, Múnich-Berlín, 1955, pp. 5-22. Entre lo más reciente, cfr. W. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage al Frage des Vertragrisikos*, Múnich, 1971, pp. 30 y ss.; MEDICUS,

Paul OERTMANN), ha sustituido la teoría de la presuposición por la teoría de la *Geschäftsgrundlage*[267], que a diferencia de la primera acentúa (pero sólo de manera aparente, por lo gene-

Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, en *Feitschrift für Werner Flume*, I, Colonia, 1978, pp. 629 y ss.; HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín-Nueva York, 1985, pp. 428 y ss., y SCHAPP, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, cit., pp. 66 y ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padua, 1992, pp. 190 y ss, explica con gran agudeza el desarrollo de la doctrina alemana. En cuanto a la doctrina italiana menos reciente, que era abundante en aportes sobre esta materia, nos limitamos a señalar la lección inaugural del curso de Derecho Romano dictado en la Universidad de Camerino por Gino SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nel diritto romano e nel diritto moderno*, ahora en ID., *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 358 y ss.; SCUTO, *Il* modus *nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, pp. 40 y ss.; OSTI, *Appunti per la teoria della sopravvenienza*, cit., pp. 241 y ss.; y CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milán, 1915, pp. 51 y ss. De la doctrina más reciente, en cambio, cfr. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 69 y ss.; GIRINO, *Presupposizione*, en *Noviss. Dig. it.*, XIII, Turín, 1966, pp. 776 y ss.; PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 502 y ss.; ID., *La presupposizione*, en *Quadrimestre*, 1987, pp. 590 y ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pp. 223 y ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., pp. 349 y ss.; BESSONE y D'ANGELO, *Presupposizione*, en *Enc. del dir.*, XXXV, Milán, 1986, pp. 326 y ss.

[*Ad. del T.*] En castellano se ha propuesto traducir *Geschäftsgrundlage* como "base del negocio jurídico" (acaso por vez primera, por Wenceslao ROCES, en su traducción del estudio de Otto LENEL, *La cláusula* "rebus sic stantibus", en *Revista de Derecho Privado*, X, 1923, p. 199). Tal, en efecto, fue el título dado a la edición madrileña del libro de Karl LARENZ aquí citado, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, a cargo de Carlos Fernández Rodríguez, publicada en 1956. En la doctrina italiana, Mario BESSONE y Andrea D'ANGELO (*Presupposizione*, cit., p. 333) emplean la expresión: "fundamento del negocio jurídico"; Giuseppe OSTI (*Clausola* "rebus sic stantibus", en *Noviss. Dig. it.*, III, Turín, 1959, p. 358) prefería la expresión "base de hecho del negocio jurídico".

(267) Cfr. OERTMANN, *Die Geschaftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig y Erlangen, 1921, pp. 37 y ss., quien fue el primer autor importante que se ocupó de esta materia, luego de las críticas contra el pensamiento de WINDSCHEID formuladas, principalmente, por LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, en *Arch. für die civ. Praxis*, 1889, pp. 213 y ss.

ES PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

ral)[268] el aspecto objetivo del fenómeno, desde el punto de vista del riesgo, la responsabilidad y la confianza.

La teoría de la *Geschäftsgrundlage* (que se ha acogido, en lo sustancial, en Italia), a la que se arriba mediante la recuperación de la problemática cláusula *rebus sic stantibus*[269], se funda en la

---

(268) Sintomáticas, al respecto, son las preocupaciones expresadas por LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftsweck*, en *Arch. für die civ. Praxis*, 1923, pp. 5 y ss., y KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, en *Arch. für die civ. Praxis*, 1929, pp. 257 y ss., quienes quedan perplejos, en lo sustancial, a causa del alcance efectivamente objetivo de la teoría de OERTMANN. Sobre este punto, cfr. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., pp. 62 y ss.

(269) Así lo expresa KAUFMANN, *Die Klausel* "rebus sic stantibus", en *Arch. für die civ. Praxis*, 1918, p. 157. Cfr. también LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., pp. 10-13.

En la doctrina jurídica moderna existe la costumbre de apreciar en el estudio de STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlín, 1897, pp. 88 y ss., un reflorecimiento del interés por el tema de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Ahora bien, esta teoría tiene orígenes más antiguos; en efecto, a pesar de ser desconocida en la experiencia jurídica romana, no era extraña a esta cultura. Se ha destacado oportunamente (OSTI, *La così detta clausola* "rebus sic stantibus" *nel suo sviluppo storico*, ahora en *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 179 y ss.; ID., *Clausola* "rebus sic stantibus", en *Noviss. Dig. It.*, III, Turín, 1959, pp. 353 y ss.) la influencia que habría tenido en la teoría de la cláusula "*rebus sic stantibus*" el pensamiento de CICERÓN y SÉNECA (siempre en OSTI, *La così detta clausola* "rebus sic stantibus", cit., pp. 181-183), cuando se ponía en claro, en clave de *mores* y de la autoridad del *officium* y de la *fides*, "la fuerza vinculante de la promesa" (*ibid.*, p. 189).

En la obra de SÉNECA se inspiraba SANTO TOMÁS, y en la de este último, las fuentes canonistas (OSTI, *Clausola* "rebus sic stantibus", cit., p. 354).

Así pues, la teoría no fue ignorada por los glosadores, ni por los posglosadores ni por los juristas italianos posteriores. Sin embargo, no llegó a tener acogida en el *Code Napoléon*, ni tampoco, por lo tanto, en el Código Civil italiano de 1865.

Hasta la época de la legislación de guerra (de la Primera Guerra), la doctrina –la francesa, en especial– se mantuvo rígidamente vinculada con el principio (contrario a la cláusula "*rebus sic stantibus*") del *pacta sunt servanda* (sobre este punto, cfr. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 358).

idea de que la operación contenida en el negocio puede tener, en sí misma, una significación **objetiva**, que en cuanto tal es percibible por los autores del negocio.

Todo ello no puede dejar de tener reflejos importantes en el plano de los riesgos y responsabilidades, en relación con la

---

Una mayor acogida a la cláusula parece poderse detectar en la doctrina italiana de entonces (cfr., por ejemplo, BARSANTI, *Risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto*, en *Arch. giur.*, 1899, pp. 3 y ss.), en la cual afloró, en relación con la legislación de guerra del decenio 1910-1920, toda una serie de estudios importantes, entre los cuales señalaremos, sin pretensiones de totalidad: COGLIOLO, *La così detta clausola* "rebus sic stantibus" *e la teoria dei presupposti*, en *Scritti varii di diritto privato*, I, Turín, pp. 365 y ss.; ID., *Di nuovo sul presupposto contrattuale*, en *Scritti varii*, cit., II, Turín, 1913, pp. 111 y ss.; OSTI, *La così detta clausola* "rebus sic stantibus" *nel suo sviluppo storico*, cit., pp. 174 y ss.; ID., *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, cit., pp. 241 y ss: ID. *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, en *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 331 y ss.; ID., *Saggi di applicazione pratiche del concetto di sopravvenienza*, en *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 377 y ss.; SEGRÉ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato interno emessi in occasione della guerra*, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pp. 773 y ss., 877 y ss.

Más recientemente, siempre con respecto al sistema del Código Civil de 1865, cfr. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, en *Riv. dir. comm.*, 1921, I, pp. 155 y ss.; BRUGI, *Impossibilità oggettiva della prestazione. Presupposizione e clausola* "rebus sic stantibus", en *Riv. dir. comm.*, 1923, II, pp. 629 y ss.; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., III, pp. 287 y ss.; A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Padua, 1938, pp. 133-134; ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1938, pp. 309 y ss.

Por un lado, al estar enlazada con el tema de la presuposición (y con la idea de la condición inmodificada), la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* terminó padeciendo las alternas fortunas, justamente, de la institución de la presuposición, en la doctrina formada durante la vigencia del Código Civil de 1865, donde permaneció siempre oscilante, entre autores y detractores (aunque tuvo lugar un intento, por parte de A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 134, quizá no infundado, de comprender la cláusula entre los elementos naturales del negocio).

Y por otro lado, en el plano práctico, la importancia de la cláusula, evidenciada, sobre todo, frente a los denominados contratos a largo plazo, culminó con la normativa sobre la resolución por excesiva onerosidad (art. 1467 cód. civ.), tal

economía de la operación[270], y en relación, sobre todo, con las situaciones sobrevenidas.

Por otro lado, esta es una vía que permite alcanzar una recuperación del principio de *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), a través de la teoría de la *Opfergrenze*[271] que apuntaba a librar al deudor de un cumplimiento que deviniera demasiado oneroso.

En concreto, desde las originales concepciones de WINDSCHEID la problemática ha tendido, cada vez, más hacia la objetivación, y ha oscilado entre los aspectos de la confianza, por un lado, y de la relevancia atribuible a la *wirtschaftliche Unmöglichkeit*[*], por otro. Karl LARENZ intentó recuperar algunos elementos de las concepciones originales para esta institu-

---

como se destaca en la *Relazione al Codice civile*, n. 665.
Con respecto a este último punto, se ha destacado (RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 173) que el art. 1467 cód. civ. no serviría para dar relevancia a la presuposición. La importancia otorgada al elemento funcional de la causa, que se deduciría de dicho artículo "sólo significa que es necesario hablar de importancia de la causa de la obligación y no de importancia funcional de la causa del contrato; o bien, que es necesario tener presente la relación que se establece con el negocio luego de la posición del precepto contractual (RESCIGNO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*). Sobre este problema, cfr. nuestro trabajo *Dalla clausola* "rebus sic stantibus" *alla resoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 y ss.

(270) BESSONE y D'ANGELO, *Presupposizione*, cit., p. 337.

(271) HECK, *Grundriâ des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, pp. 85 y ss. [*Ad. del T.*] En alemán *Treu* vale por "lealtad", y *Glauben*, por "fe". Los dos vocablos, unidos por la conjunción *und* ("y"), componen un equivalente de nuestra expresión "buena fe". *Opfergrenze* es el "límite de sacrificio" que el deudor está obligado a soportar (pero no a superar) cuando el cumplimiento deviene gravoso para él. La explicación es de Mario BESSONE (en G. ALPA, M. BESSONE y V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles, 1972, p. 368), quien atribuye la elaboración de este concepto a la *Interessenjurisprudenz*, que, como es bien sabido, tuvo en Philipp HECK a uno de sus más destacados representantes.

(*) En alemán en el original, vale por "imposibilidad económica" [*N. del T.*].

ción[272]. Fue así como distinguió entre una *Geschäftsgrundlage* **subjetiva** (*"die **Vorstellung**, von denen die Geschaftspärtein bei ihren Vereinbarungen ausgegangen sind und sich beiden leiten lassen"*)[*] y una **objetiva**, en la que se comprenden todas aquellas situaciones en función de las cuales las partes han sido inducidas a contratar, cuya extinción privaría de significado a la operación económica regulada en el contrato[273].

Pero las connotaciones **objetivas** asumidas, en la doctrina alemana moderna, por una problemática que surgió en la concepción de WINDSCHEID con características sólo aparentemente subjetivas, no parecen contradecir, ni haber superado, las enseñanzas del antiguo Maestro, quien consideraba, más allá de toda interpretación antojadiza, los dos aspectos de la presuposición.

Da la impresión de que las cuestiones del riesgo y la responsabilidad, los aspectos relativos a la confianza y la economía de la operación, así como la adecuación de las prestaciones,

---

(272) Sobre este punto, cfr. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., *loc. ult. cit.*; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., I, pp. 177-180; ID., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 380 y ss. Una perspectiva no disímil es la adoptada por COGLIOLO, *La così detta clausola* "clausola rebus sic stantibus" *e la teoria dei presupposti*, cit., *loc. cit.*

(*) En alemán en el original: "la idea que constituye la base del acuerdo de las partes del negocio, y que guía a estas" [*N. del T.*].

(273) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., I, p. 178, pero cfr. también p. 179. Estas situaciones "significativas" para las partes son identificadas por FLUME (*Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 499-501) en los esquemas típicos contractuales. Desde esta perspectiva, un papel ciertamente relevante es también el que está destinada a cumplir toda la compleja problemática del álea. Sobre el debate surgido en la doctrina, con respecto a este último concepto, cfr., por todos, el ya clásico estudio de NICOLÒ, *Alea*, en *Enc. del dir.*, I, Milán, 1958, pp. 1024 y ss., y la reciente y brillante monografía de DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padua, 1987, en particular, pp. 45-136.

fueran perspectivas que no se plantean con carácter alternativo, sino complementario, a la presuposición, según la formulación original de esta.

Si se aprecia bien (y sea LARENZ, sea la más reciente doctrina alemana, en especial, parecen estar suficientemente conscientes de ello)[274], todo gira en torno del tema de la interpretación del negocio, cuyos aspectos objetivos y subjetivos están muy presentes, como se ha dicho, en la concepción de WINDSCHEID sobre la *Voraussetzung*.

Por un lado, está el aspecto **objetivo**, en virtud del cual un contrato tiene significado para las partes incluso en función de las circunstancias, de la situación en que se ha producido, es decir, de la **significación** social y normal que la regla contractual, y la estructura de intereses contenida en ella, tienen en el ámbito y en la **tradición** en que se han producido (y en este caso, la relevancia de la presuposición parece expresar aquella protección de la confianza a que ya hemos hecho referencia).

---

(274) Sobre este punto, cfr. H. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, cit., *loc. cit.*; MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, cit., *loc. cit.* En cambio, no parece digna de atención la tesis de SCHMIDT-RIMPLER, *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, cit., pp. 15 y ss., la cual se funda en la consideración del negocio como instrumento para realizar un orden justo.
Sobre este punto cfr. las consideraciones de CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pp. 262 y ss. En los sistemas de Inglaterra y Estados Unidos, para justificar la teoría de la *frustration*, se recurre, en el ámbito de la interpretación subjetiva, a la técnica de los *implied terms*; en cambio, en el ámbito de la interpretación objetiva, se echa mano a los criterios de la *foundation of the contract* o de la *just solution*. Se trata de técnicas y criterios que parecen presentar no pocos puntos de contacto con los temas de la presuposición. Sobre esta problemática, cfr. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., pp. 214 y ss.; FARNSWORTH, *Contracts*, cit., pp. 676-677; TREITEL, *The Law of Contract*, Londres, 1987, pp. 712-714.

Por otro lado, está el aspecto **subjetivo**, porque justamente la interpretación del contrato –a la luz de aquel **valor** de **normalidad** que el mismo asume, no sólo por el ambiente y circunstancias en que se ha producido, sino también por la naturaleza (o el tipo) de la regulación de intereses que el mismo expresa, y por consideración a la personalidad de sus autores, y a las eventuales relaciones precedentemente establecidas entre ellos(275)– puede permitir que se hagan evidentes (aun en ausencia de particulares especificaciones de las partes, que aclaren el alcance del contenido o caractericen de manera más explícita este último) aquellos *ressorts de la volonté* comunes, que, aunque no expresados, han sido razonablemente decisivos para cada contratante, y que por lo tanto, no pueden carecer de relevancia (si fuera posible concederles alguna) mediante un procedimiento hermenéutico fundado en la buena fe(276).

(275) Tal es la opinión de JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, cit., p. 43.

(276) Las conocidas polémicas surgidas en la doctrina alemana menos reciente, relativa a lo que se debía considerar objeto de la interpretación del negocio: o sólo la declaración (y la defensa de este rígido criterio fue asumida por LEONHARD, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, en *Arch. für die civ. Praxis*, 1922, pp. 21 y ss.), o si se podían incluir también elementos extraños a la declaración (de esta parte, DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1911, y LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, cit., pp. 18 y ss.), parecen ser, en alguna medida, el fruto de tiempos pasados, cuando todavía campeaban las polémicas, en materia negocial, entre voluntaristas y declaracionistas.

El fin de la interpretación, evidentemente, es la comprensión (y por lo tanto, la definición) del significado de la regla contenida en el negocio. El "objeto" sobre el cual la interpretación concentra su atención, para obtener dicho resultado, se encuentra, con carácter preliminar, en la declaración negocial, pero no parece que sea el único.

No es casual que en el art. 1362 cód. civ. (en el ámbito contractual) y, por ejemplo, en los arts. 625, 628 y 647 cód. civ. (sobre las disposiciones testamentarias), se permita hacer referencia, precisamente, a elementos externos a la declaración negocial, de los cuales deducir el significado del negocio mismo.

Paradójicamente, por lo tanto, son precisamente los criterios de interpretación del contrato, que parecen ser los menos subjetivos, los que también pueden transformarse en instrumentos para la relevancia de los motivos que han inducido a las partes a celebrar el acto[277].

---

(277) A propósito del art. 1366 cód. civ., y creemos que interpretándolo de una manera muy distinta de la nuestra, cfr. Cesare GRASSETTI (*Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos" (diritto civile)*, en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Turín, 1962, p. 906) destacaba que dicha norma "fija, además, el principio –deducible, nos parece, ya del art. 1124 del Código Civil de 1865– de que el contrato debe ser interpretado según la buena fe, es decir, que la declaración debe ser entendida según un criterio objetivo que tiene por fundamento una regla de lealtad recíproca de conducta". Este planteamiento del problema, sobre el cual es probable que haya tenido alguna influencia el pensamiento de Rudolf STAMMLER (*Das Rechts des Schuldverhältnisse*, cit., Berlín, 1897, pp. 40 y ss.) ya fue confirmada por Luigi MOSCO (*Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 68 y ss.), y más recientemente, por Antonino CATAUDELLA (*L'art. 1366 ed il commento del Guardasigilli*, en *Quadrimestre*, 1993, 379-380).
Interesante es la posición de Giorgio OPPO (*Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 106) quien destaca, por un lado, que la buena fe *ex* art. 1366 cód. civ., no sirve para "atemperar la aplicación de la regla del art. 1362", y que, por lo tanto, no tiene "función autónoma en la interpretación subjetiva o histórica del contrato" (*ibid., loc. cit.*); por otro lado, en lo concerniente a la interpretación objetiva, el art. 1366 cód. civ., en combinación con el art. 1371 "no tiene contenido normativo autónomo" (*ibid.*, p. 108) que pueda ser superpuesto al contenido de los demás criterios interpretativos. El principio de buena fe, en materia de interpretación, podría constituir, a lo sumo, una afirmación con valor de principio, destinada a "influenciar y guiar al intérprete en la aplicación de las reglas interpretativas propiamente dichas"(*ibid.*, p. 107).
Muy oportunas y aclaradoras, con respecto a este punto, son las consideraciones de Renato SCOGNAMIGLIO (*Contratti in generale*, cit., p. 185), cuando destaca que "la referencia a la buena fe constituye una regla favorable, y no contraria, a una interpretación subjetiva bien entendida. Porque a tenor de ella se actúa en una serie de casos en los cuales, de otro modo, y por la ausencia de un criterio de composición del conflicto sobre el significado del contrato, se tendría que recurrir, es más, a un criterio de interpretación extrínseco al acto (la interpretación objetiva), con un eventual sacrificio a la mala fe de una de las partes, de la común y real determinación de ambas". A nuestro juicio, empleado con el preciso papel que se le atribuye (correctamente) desde esta última perspectiva, el art. 1366 cód. civ.

Por lo demás, el procedimiento interpretativo de un contrato, incluso para efectos de la determinación de los riesgos, responsabilidad, etc. que pueden derivar del mismo representa, de todas formas, un intento de establecer el significado de la regla expresada por el contrato, sobre la premisa de la identificación (según técnicas deductivas o inductivas) de los propósitos que han inspirado a los autores de tal regla. A veces, este propósito puede ser identificado con certeza, otras veces con relativa verosimilitud. Con todo, el fin de la interpretación y su óptimo resultado(278) siguen siendo (y no sólo para *le juriste indiscret*)(279) los del "descubrimiento de la voluntad"(280).

---

permite un uso que, fuera de toda ambigüedad o incerteza, está en grado de obviar, en medida no indiferente, incluso los riesgos de aquellos abusos que pueden darse en materia de control judicial, acertadamente señalados por BESSONE, *Presupposizione*, Voraussetzung *e contratto, le teorie di Windscheid e di Oertmann, le elaborazioni della giurisprudenza*, en *Nuovi saggi di diritto civile*, cit., pp. 41 y ss. Sobre el problema cfr. también SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pp. 799 y ss. (en particular) y los recientes estudios de DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 782 y ss., y de BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1986, I, pp. 351 y ss. Véase, siempre al respecto, nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 270 y ss.

(278) Así se expresa SACCO, *Il contratto*, cit., p. 766.

(279) JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, cit., p. 11.

(280) SACCO, *Il contratto*, cit. *loc. ult. cit.* Del mismo parecer era SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., pp. 217 y ss. Nos parece compartir nuestro criterio, conforme a sus consideraciones, CATAUDELLA (*Sul contenuto del contratto*, cit., p. 280), quien destaca: "Desde la perspectiva que aquí se adopta, para que se plantee el mismo problema de una eventual importancia de la presuposición es necesario que exista entre los contratantes un acuerdo en mérito a la subsistencia o sobrevenida de la circunstancia presupuesta; un acuerdo que se concreta en un enunciado, para cuya configuración, como ya se ha tenido oportunidad de precisar, no es indispensable determinar la existencia de una declaración, expresa o tácita, pues es suficiente que cada uno de los contratantes considere verosímil la circunstancias presupuesta, y que tenga conocimiento de que esta convicción es compartida por la contraparte".

Lo mismo parece poderse afirmar (teniendo en cuenta, desde luego, sus peculiaridades estructurales) para el testamento, con respecto al cual, como es sabido, la doctrina predominante tiende a descartar que pueda ser aplicable la interpretación de buena fe.

La tarea del intérprete, frente a una disposición testamentaria, consiste en identificar el propósito exacto del testador. Para lograr ello no sólo hay que tomar en consideración la declaración negocial con las motivaciones eventualmente expresadas en la misma: también hay que evaluar la declaración negocial a la luz de la personalidad del autor (y nos sentimos tentados de anotar "a la luz de su historia personal"), de su cultura, de sus aspiraciones; no hay que tener en menos, finalmente (y tal cual enseñaba, ya, POMPONIO), sus vicios y virtudes, que pueden resultar de elementos (hechos, documentos) "extrínsecos" al mismo testamento(281).

Señalamos ello para hacer notar que los procedimientos y técnicas interpretativas permiten, precisamente, y no únicamente, verificar las motivaciones expresas (que no pueden ser consideradas motivos desde el punto de vista técnico), sino también aquellas motivaciones que jamás dejan de ser percibibles e identificables en la trama de la regla negocial, aunque no fueran explícitas(282).

---

(281) Sobre este punto cfr. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., pp. 44-47. Hipótesis previstas en el Código Civil en las que se recurre a elementos extrínsecos al testamento se presentan, tal como hemos anotado (*supra*, nota 263), en el art. 647, en el 2do. párrafo del art. 588, en el 1er. párrafo del art. 625, y en el art. 628 cód. civ.

(282) TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 176, define la presuposición como un elemento que influye en la determinación volitiva. La fórmula es la misma con la que otros autores definen los motivos (cfr. la nota a pie de página siguiente).

En este último caso, se trata de motivos propiamente dichos. Como hemos anotado, son motivos que justamente por ser **destacables** no pueden carecer de **relevancia**, ni estar privados de un papel calificante en la configuración del alcance exacto de la entera regulación contenida en el negocio, y por lo tanto, en la causa misma, entendida –como nosotros la entendemos– como función económica-individual del específico negocio considerado(283).

Con su habitual agudeza, SACCO (*Obbligazioni e contratti*, II, en *Trattato di dir. priv.* dirigido por Pietro RESCIGNO, 10, Turín, 1982, p. 344) afirma: "A nuestro juicio, la contraposición entre la concepción subjetiva y objetiva de la presuposición es fruto de una ilusión óptica. El hecho imprevisto, como la extinción de la situación de hecho original, devienen hechos presupuestos mediante el error de una de las partes, la falta de previsión de una de las partes, el motivo que induce a una de las partes a contratar, el objeto en vista del cual una de las partes ha contratado".
Más cauta es la posición de COMPORTI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, en *Giust. civ.*, 1985, II, en particular, pp. 107-108, quien parece compartir, sustancialmente, el criterio de Rodolfo SACCO. Recientemente, PIETROBON (*La presupposizione*, cit., pp. 602 y ss.) ha vinculado el tema de la presuposición, fundadamente, con el del motivo común, y por lo tanto, con el art. 1345 cód. civ.

(283) Al motivo, en su papel de "móvil o antecedente determinante del acto volitivo" (PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 329; y conforme con esta opinión, también DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, cit., p. 9), se ha reconocido, justificadamente, el papel de "función" (por parte del mismo PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 330). En la misma línea de pensamiento parecen expresarse aquellos autores (como CAPITANT o CARNELUTTI) que consideran el motivo como "*cause secondaire eloignée (causa remota)*" (CAPITANT, *De la cause des obligations*, París, 1927, p. 25) o como "interés mediato" (CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 350). El motivo se diferenciaría, así, de la causa, que constituiría, en cambio, "*le mobile immédiat, direct (causa proxima)*" (CAPITANT, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*). Sobre la necesidad de un nexo entre causa y presuposición, cfr. PELLICANÒ, *Causa del contratto*, cit., pp. 149-151. En atención a la perspectiva que hemos trazado en este punto, queremos confirmar, una vez más, que en el negocio jurídico (justamente porque nosotros lo entendemos como acto de autorregulación de intereses, dotado de una **autónoma** y

En este caso, el motivo resultante de la interpretación está destinado, evidentemente, a incidir en la fisonomía de la causa. En resumen, tiene utilidad para aclarar o para especificar mejor y delinear, según el caso, la función precisa que el autor o autores pretenden atribuir al negocio, y por lo tanto, para identificar las finalidades que se pretenden obtener con el mismo(284).

---

originaria "fuerza" preceptiva), las **premisas** y las **motivaciones**, que sirvan de soporte al propósito práctico que se haya expresado en dicha autorregulación, pueden (y deben) ser **relevantes**, cuando, como hemos visto, sean posibles de **relieve**, mediante un procedimiento hermenéutico que puede inspirarse, como ocurre, más o menos, en la interpretación de la ley (en tal sentido, cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 624), también a criterios **lógicos** e **históricos**, mediante los cuales puedan evidenciarse, por lo tanto, la específica "lógica", y la eventual y particular "historia", del concreto negocio que se toma en consideración. Esta **lógica** e **historia**, que en el caso del contrato podrían resultar, por ejemplo, de la existencia de tratativas que han precedido la celebración de este, o de **relaciones** contractuales anteriores, de los contenidos similares al del contrato considerado; en cambio, en lo concerniente al testamento, la **lógica** y la **historia** de las concretas disposiciones pueden obtenerse de la cultura, de los hábitos del testador, no menos que "de las circunstancias accidentales del caso concreto, aunque se trate de excepciones con respecto a las apreciaciones comunes corrientes" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 367-368). Sin embargo, el ilustre Maestro citado, al considerar que el negocio no era asimilable a una "fuente normativa", niega, más en general, que en la interpretación del mismo pueda tener "importancia la motivación lógica e histórica expresada por casualidad en los enunciados"; lo que debería contar, únicamente, es el **propósito práctico** (BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 331-332; pero también ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milán, 1949, pp. 157-162)... como si este no pudiera, y es más, como si no debiera, ser deducido (incluso, y sobre todo, si resultan ser **enunciados**, de alguna manera) de aquellas **motivaciones**, "lógicas" o "históricas", justamente, que inspiran tal propósito.

(284) Sobre la naturaleza de **función**, que es propia del motivo, cfr. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., pp. 329 y ss. Al respecto, cfr. también SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 128. Esta "contigüidad" en el plano funcional, entre el tema de los motivos y el tema de la causa, encuentra confirmación en el fenómeno de los contratos asociativos. Como hemos tenido oportunidad de destacar, años atrás (en nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 393-394):

Así pues, dado que el procedimiento hermenéutico de buena fe *ex* art. 1366 cód. civ. (que se refiere, más bien, a la **especificidad** del contrato concreto, considerada en su entereza, y no solamente, como parece resultar de las ideas del legislador de 1942, la confianza en haber actuado con corrección, que cada contratante tiende a crear en el otro, y que, por otro lado, como acertadamente se ha destacado, constituye un criterio interpretativo estable, y por lo tanto, no eventual ni subsidiario)[285] puede permitir, a veces, la percepción de motivos no

"en los contratos asociativos (a diferencia de lo que ocurre en los contratos de intercambio) siempre existe un motivo relevante, a saber: el motivo que es común a todos los contratantes, es decir, el interés para el cual se ha creado la compleja organización económica; un interés que, por identificar y caracterizar la función individual del contrato, queda comprendido en la causa.

Tal fenómeno de absorción de los motivos en la causa, que es sólo excepcional en los contratos de intercambio (aunque, a nuestro juicio, también puede producirse fuera de la hipótesis prevista en el art. 1345 cód. civ.) deviene normal, en cambio, en los contratos asociativos, en cuyo esquema causal está comprendido el fin individual perseguido por los contratantes.

El fin de lucro, mutualista, de asistencia, etc., es decir, el interés egoísta, egoaltruísta, altruísta, que los contratantes se proponen realizar, mediante formas asociativas, se objetiviza, y entra a formar parte de la causa.

Ello es posible porque en los contratos asociativos, justamente, el motivo individual, por ser característico de la específica estructura asociativa, deviene determinante y común; en otras palabras, incide directamente en la función individual del contrato".

(285) Así lo señala BIANCA, *Note in tema d'interpretazione del contratto e d'intervento del proprietario nella vendita di cosa altrui*, en *Giust. civ.*, 1974, I, pp. 1278 y ss. Al respecto, sin embargo, son importantes las observaciones de BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, en *Foro it.*, 1962, I, pp. 239-240, y de C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, en *Riv. dir. comm.*, 1985, II, pp. 130 y ss. VARRONE (*Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 204 y ss.) propone una coordinación del art. 1366 cód. civ. con los valores de solidaridad e igualdad expresados en la Constitución.

No hace mucho, se ha sostenido (por parte de CARRESI, *Il contratto*, cit., II, p. 541) que el art. 1366 cód. civ. presupondría la incertidumbre sobre la común intención

expresados en la regla negocial, parece que lo correcto fuera circunscribir el ámbito de relevancia de los mismos sólo a aquellos motivos que sean perceptibles mediante tal procedimiento (y la mención de la naturaleza y objeto del contrato, contenida en el art. 1369 cód. civ., y en consecuencia, de los criterios de normalidad que implica esta norma, puede constituir un ulterior y significativo punto de referencia para las perspectivas que proponemos).

---

de las partes. La tesis no me parece digna de ser compartida, por las precisas razones que he tratado de sustentar en el presente volumen. Al respecto, cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

A propósito del art. 1366 cód. civ. se ha destacado que, sobre la base de la interpretación de buena fe, "es necesario evaluar la declaración común tal como lo haría una persona honesta y diligente, pero teniendo presente el carácter intersubjetivo del evento, y evaluando la declaración común, por ello, no en el significado que ella podría tener para cualquier tercero, sino en el sentido que habría debido tener para las partes.

Para dicha tarea es necesario tener presente toda la compleja situación de hecho que se crea entre las partes desde el inicio de las tratativas. En este plano, el principio de la confianza hace que el material de interpretación se extienda a todos aquellos elementos que, sin ampliar el contenido de la declaración común, son útiles para clarificarlo. Conforme al principio, sin embargo, sólo podrán ser utilizados los elementos, las circunstancias, dotadas del carácter de la intersubjetividad. Desde este punto de vista, el art. 1366 cód. civ. propone una regla que ayuda a comprender el significado de la norma del art. 1362, 2do. párrafo, cód. civ., cuando hace mención al comportamiento global de las partes. Será un problema ulterior indicar cómo un contrato semejante, con un contenido determinado de esta forma, puede ser atribuido a cada una de las partes; y la solución no podrá ser dada en atención a la confianza (ni a la teoría de la responsabilidad por la confianza ajena inculpable, que no brinda ningún crtierio lógico para la atribución del acto, pues se limita a señalar un mero un riesgo), sino desde el punto de vista psicológico, de la voluntad, y para ser más precisos, de una concreta volición del sujeto para pronunciarse sobre un conflicto de intereses" (PIETROBON, *Affidamento*, en *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 5 de la separata).

Si ello es cierto, es evidente que los motivos relevantes descritos están destinados a incidir en la eficacia del negocio mismo(286).

Anteriormente, hemos señalado que la doctrina, con sustancial unanimidad, descarta la posibilidad de aplicar al testamento el art. 1366 cód. civ.

Como es sabido, si bien la doctrina parece estar de acuerdo en considerar aplicables al testamento los arts. 1362 "(en la parte que antepone el propósito negocial por encima de la literalidad), 1363 a 1365, 1367, 1371"(287) del Código Civil, no es menos cierto que ella también parece convenir en considerar inaplicables al testamento, tanto señalado el art. 1366 cód. civ., cuanto los arts. 1368 y 1369 cód. civ. (que son especificaciones del art. 1366); la razón de ello es que el testamento no está dirigido "a servir de fundamento a la confianza ajena"(288).

En concreto, el principio de buena fe, expresado en el art. 1366 cód. civ., se limitaría a manifestar, exclusivamente, la pro-

(286) A esta misma conclusión arriba CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pp. 332-348, quien partiendo de la consideración de la equivalencia de las prestaciones contractuales, asimila la relevancia de la presuposición, desde el punto de vista del control de la función concreta, a la relevancia de los principios de la recisión por lesión y de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. Esta es también la opinión de TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 369 (sobre este punto, cfr. también la nota 269). Hacen explícita referencia a la ineficacia en relación con la presuposición, BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, cit., *loc. cit.*, y C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, cit., pp. 137-139.
Una solución oscilante entre inexistencia e ineficacia es propuesta por CARRESI, *Il contratto*, cit., I, p. 277.

(287) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 234.

(288) *Ibid.*, *loc. cit.*

tección de la confianza, entendida en el sentido de que "se debe acoger, de entre los posibles significados de la declaración, aquel que el destinatario, razonablemente, podía y tenía que atribuirle, sobre la base de reglas comunes del lenguaje y del particular modo de comunicar y de entenderse con la otra parte"[289].

Ahora bien, la doctrina sostiene que el gravado con un cargo por una disposición testamentaria "no está autorizado a desarrollar una confianza en la disposición que lo concierne; en cambio, el destinatario de una disposición *inter vivos* sí puede fundamentarla en esta última"[290].

Sin embargo, se ha destacado que "esta conexión entre el criterio de buena fe y la protección del sujeto que adhiere a una propuesta no serviría por otro lado, y hoy en día, a conceder mucho espacio útil al art. 1366 cód. civ., porque la protección del sujeto adherente ya está prevista por artículos específicos"[291]: por ejemplo, los arts. 1341 y 1370 cód. civ.

Por consiguiente, "la relevancia del criterio examinado es [...] más potencial que actual. Pero ello no quita que tal criterio pueda generar, en el futuro, aplicaciones que hoy no se prevén ni conciben"[292].

Y el principio de buena fe contenido en el art. 1366 cód. civ., en el sentido en que nosotros lo entendemos, es decir, asumido como criterio hermenéutico, y por lo tanto, como instru-

(289) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano,* cit., p. 359.
(290) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 234.
(291) SACCO, *Il contratto,* cit., p. 779.
(292) *Ibid., loc. cit.*

mento que también permite evidenciar motivos no expresados, pero en condición de ser destacados, parece en capacidad de permitir nuevas aplicaciones, justamente en materia de testamento.

En efecto, la protección de la confianza, entendida en el sentido tradicional preferido por la doctrina, no es otra cosa que **una** consecuencia, **un** resultado al que se puede arribar mediante la interpretación de buena fe, en relación con el contrato; ya no se trata del único resultado alcanzable, porque mediante la interpretación de buena fe, como hemos visto, se puede evidenciar, siempre en relación con el contrato, motivaciones y motivos que no se han hecho explícitos. Ello es mucho más cierto si la atención se traslada, desde la específica temática contractual, hacia el –más amplio– campo negocial, en atención del hecho, que ya no es controvertible, de que en el sistema del Código Civil italiano, el contrato es sinónimo de negocio, y de que la normativa dictada para el primero asume, para el legislador italiano, una capacidad expansiva que va más allá de los confines estructurales y de contenido que son propios del contrato.

En materia contractual, por lo tanto, proteger la confianza significa asegurar al destinatario de la declaración el significado y alcance del contenido del contrato, tal como él ha podido percibirlo razonablemente, o tal como él ha estado en condición de representárselo, no solamente sobre la base de una serie de indicios subjetivos u objetivos (de lenguaje, por ejemplo), sino también con el sustento de aquellos elementos presentes, aunque fuera de manera implícita, en la objetivas circunstancias "ambientales", que ha servido de contexto, con-

cretamente, a la celebración de la operación expresada en la regla contractual[293].

Trasladado al testamento, el principio de buena fe, lejos de expresar un criterio de evaluación desde el punto de vista de la aptitud para merecer protección –como también, y lo hemos visto, se ha sostenido[294]– puede seguir desempeñando su papel de criterio hermenéutico de racionalidad, que le es atribuido, además, por el art. 1366 cód. civ.

En el sistema de la interpretación del contrato, el art. 1366 cód. civ. se enmarca en un diseño que tiene su norma fundamental en el art. 1362 cód. civ. Y este último artículo brinda al intérprete una gran libertad de acción, que con el fin de determinar la común intención de las partes, se extiende a elementos, circunstancias y comportamientos **extrínsecos** al contrato. En relación con el testamento, el legislador de 1942 no permite percibir, en las decisiones que ha tomado, un criterio unívoco.

Ya hemos tenido ocasión de referirnos al hecho de que –distintamente de cuanto ocurre en los arts. 624, 626, 634, cód. civ.[295]– en el art. 647 cód. civ. en materia de cargo ilícito, el

---

(293) Recuérdese que en el sistema del Código Civil de 1865 no faltaron autores que consideraban, aun en ausencia de una norma equivalente al actual art. 1366 cód. civ., que la buena fe operaba en materia de interpretación; esta convicción se obtenía a partir del art. 1124 (correspondiente a los actuales 1374 y 1375 cód. civ.). Esta era la opinión, por ejemplo, de REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 232; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particulare riguardo ai contratti*, cit., pp. 195-200; F. FERRARA, padre, *Teoria dei contratti*, cit., pp. 255-257.

(294) Este es el parecer de BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 191 y ss.

(295) En los cuales, como se sabe, se fija el principio según el cual la relevancia del error en el motivo, del motivo ilícito, de las condiciones imposibles o ilícitas, respectivamente, está subordinada al hecho de que resulten del testamento.

legislador de 1942 ha optado por "el criterio, menos rígido, de no exigir que la eficacia causa del motivo (del cargo ilícito) resulte exclusivamente del testamento" (*Relazione al Codice civile*, n. 315); el legislador ha permitido al intérprete, más bien, la libertad de investigar más allá del testamento, y por lo tanto, de evaluar los demás actos o hechos (extrínsecos al testamento, precisamente) "que sirvan para aclarar el proceso formativo de la voluntad del disponente" (*Relazione*, n. 315)[296]. Una libertad de investigación que, en los arts. 624, 626, 634 cód. civ., no puede expandirse, justificadamente, más allá del documento testamentario.

Las hipótesis citadas, a pesar del detallado rigor de la regulación que les concierne, y que es necesario tomar como punto de partida, tienen como denominador común, desde cierto punto de vista, el hecho de que todas ellas constituyen, si bien en distinta medida, hipótesis, por decirlo así, "patológicas" (error en los motivos, motivo **ilícito**, condiciones **imposibles** o **ilícitas**, motivos del cargo imposible o ilícito). Ello hace comprensible la decisión del legislador, que "por obvias exigencias de certidumbre de las relaciones, y para evitar impugnaciones infundadas o de algún modo confiadas al resultado de inciertas pruebas testimoniales" (*Relazione al Codice civile*, n. 305), no podía "tener en menos la circunstancia de que el motivo fuera deducible del

(296) Como también es sabido, el intérprete puede ampararse, de igual forma, en elementos y circunstancias externos al testamento, en las hipótesis descritas en los arts. 625 y 628 cód. civ. Sobre este problema, cfr. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., III, p. 294; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 367-368; y P. TRIMARCHI, *Interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, en *Giur. it.*, 1956, I, 1, 445-450.

testamento" (*Relazione, loc. ult. cit.*). Pero fuera de tales hipótesis, cuando no se presenten riesgos de este tipo, y cuando, por ejemplo, se trate de evidenciar motivaciones o motivos lícitos, no hay nada que parezca impedir que el intérprete obtenga, incluso al margen del testamento, elementos de conocimiento sobre aquellos hechos y actos que resulten útiles para individualizar mejor, y para aclarar, justamente, las verdaderas intenciones del autor del testamento.

Por lo tanto, si en materia contractual **uno** de los resultados (pero no el único) al que puede arribar la interpretación de buena fe, está representado por la protección de la confianza, en materia testamentaria, la interpretación a tenor del mismo principio podrá servir, ya no para proteger incluso una eventual **confianza** del gravado con un cargo que sea del todo irrelevante jurídicamente, sino para hacer evidente la voluntad del testador, sobre la base de la exacta consideración e interpretación de las unívocas circunstancias extrínsecas al testamento que puedan brindar elementos útiles para este fin. Por lo demás, da la impresión de que es posible obtener conclusiones no disímiles, también mediante la aplicación de los criterios señalados en el art. 1362 cód. civ., que la doctrina está de acuerdo en considerar aplicable al testamento.

No fue para nada casual que ya Calogero GANGI destacara que las declaraciones de última voluntad también podían ser interpretadas según la buena fe, si esta última era entendida como "lealtad, en atención a todas las particulares circunstancias del caso, y asimismo, a los principios de equidad, de modo tal que se evite dar a las disposiciones testamentarias un significado contrastante con unas y

otros"[297]. Este modo de entender el principio de la **buena fe**, igualmente invocable en materia de interpretación del testamento, es coherente, además, con cuanto se escribe en la *Relazione al Codice civile*, con respecto al art. 1366 cód. civ., no

(297) GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., III, p. 286. Es interesante apreciar, de todas maneras, que a pesar de negar la posibilidad de aplicar el principio de buena fe (*ex* art. 1366 cód. civ.) al testamento (por ser un negocio no recepticio), se ha aclarado que si tal principio es considerado desde el punto de vista de la **responsabilidad**, y no de la **confianza**, siempre permanece invariado, en todos los negocios, el **objeto** de la interpretación, el cual consiste en la búsqueda de la voluntad real y concreta, tal como esta se hace explícita mediante sus manifestaciones (tal es la opinión de CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 717). Por otro lado, el principio de buena fe (*ex* art. 1366 cód. civ.) "no tiene, en modo alguno, el significado de quitar valor a la voluntad real, ni de reducir la **declaración** o el comportamiento a objeto de interpretación" (*ibid.*, p. 716). En efecto, el principio de buena fe "no es más que el corolario de los principios de la responsabilidad y de la confianza, en atención a que **limitan**, sin excluirlo, el principio de la voluntad" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*). En relación con este punto, véanse también las consideraciones que hemos expuesto *supra*, nota 234. En el presente volumen nos hemos referido a la circunstancia de que el criterio de la razonabilidad parece ser extrínseco al principio de buena fe en sentido objetivo, recogido en el art. 1366 cód. civ. Desde tal perspectiva, hay que recordar, además, que toda investigación comparatista, relativa a la experiencia del *common law*, en particular, pone en evidencia que, en materia de interpretación, el principio de la buena de (como el establecido en nuestro art. 1366 cód. civ.) ha sido sustituido por la regla de la razonabilidad, tanto en lo concerniente a la interpretación subjetiva, cuanto a la objetiva (CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, en *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 709 y ss.). En el sistema de *common law*, entonces, la regla fundamental en el ámbito de la hermenéutica contractual es que al contrato y al comportamiento de las partes se les tiene que atribuir "no aquel significado que los contratantes de buena fe le habrían dado, como lo postularía nuestro criterio de lealtad contractual, sino el significado que le habrían dado los contratantes razonables" (*ibid.*, p. 734). En realidad, la regla de la razonabilidad presenta rasgos de elasticidad que no son distintos de los de la buena fe entendida en sentido objetivo. Más aun, si se aprecia bien, el criterio de la lealtad (ligado con este último tipo de buena fe) y el de la razonabilidad no son incompatibles ni alternativos entre sí. La verdad es que ellos pertenecen a una misma "área", porque, por un lado, expresan la idéntica exigencia de interpretar el contenido negocial a tenor de la seriedad natural del compromiso

sólo, y no tanto, cuando se aclara que la confianza (expresada por el principio de la buena fe objetiva contemplada, precisamente, en dicho artículo) impone (y lo hemos referido antes) que la declaración de voluntad contractual sea enten-

asumido (y por lo tanto, y necesariamente, de la confianza que deriva de dicho compromiso), y por otro lado, cuando sea necesario (piénsese en las hipótesis reguladas en los art. 1368, 1369 y 1371 cód. civ.), también expresan la exigencia de interpretar el contenido negocial a la luz del buen sentido y de la razonable "normalidad" que, como regla (es decir, en ausencia de individuales y explícitas especificaciones o diferenciaciones), orientan los propósitos y finalidades de los autores o del autor del negocio. En esta línea de pensamiento, cfr. CRISCUOLI, *Il testamento*, Padua, 1991, pp. 333-334 (y del mismo autor, *Testamento*, en *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, pp. 30-32 de la separata), y con anterioridad, nuestro trabajo *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., en especial, pp. 229 y ss.. La perspectiva que proponemos permite, evidentemente, incluir el criterio de la razonabilidad en el ámbito del principio de buena fe, referido en el art. 1366 cód. civ., y al mismo tiempo, la extensión analógica de este último al testamento.

Por lo demás, y justamente desde el punto de vista interpretativo de la razonabilidad y equidad, la doctrina y jurisprudencia francesas, por ejemplo, en el intento de "*rechercher la véritable volonté du testateur et de fair sortir effet à cette volonté, dans toute la mesure possible*" (la expresión es de JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, III, París, 1933, p. 866), han venido siendo, de un tiempo a esta parte, conformes (referencias al respecto pueden encontrarse ya en el *Curso di diritto civile francese* de ZACHARIAE VON LIGENTHAL, revisado y aumentado, con el consentimiento del autor, por AUBRY y RAU, trad. italiana del abog. Francesco Fulvio, III, Nápoles, 1868, pp. 124-126, en particular, p. 125, nota 1, y más cautamente, en la obra del mismo autor, *Manuale di diritto civile francese*, reelaborado por CROME, trad. italiana de Lodovico Barassi, IV, Milán, 1909, pp. 507-509) en opinar que, en la interpretación del testamento, se pueden considerar, a título subsidiario, "*élements extinsèques au testament, par exemple, des papiers domestiques, des usages locaux, la nature de relations personelle entre le testateur et le gratifié, et même, les habitudes individuelles du testateur*" (MALAURIE, *Las successions–Les libéralités*, en MALAURIE y HAYNÉS, *Cours de droit civil*, París, 1995, p. 288, donde también se rinde cuenta un interesante repertorio de referencias jurisprudenciales; en esta misma línea argumental, cfr., además de JOSSERAND, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, y por ejemplo, PLANIOL, RIPERT y BOULANGER, *Traité élementaire de droit civil*, III, París, 1948, pp. 657-658). En la doctrina italiana reciente, algún autor parece expresarse cautamente, en favor de que sí sean considerados los denominados elementos "extrínsecos" al documento testamentario, para lo

dida "según el criterio de recíproca lealtad de conducta entre las partes" (*Relazione*, n. 622); el punto está, más bien, cuando se destaca que mediante la protección de la confianza, las propuestas y declaraciones dirigidas por una de las partes

---

cual destaca que, en la búsqueda de la intención del testador, tales elementos extrínsecos pueden "servir, solamente con carácter supletorio, para dilucidar las expresiones que recogen la voluntad manifestada en el documento" (BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Turín, 2000, p. 194). Al respecto, se precisa, de todos modos, que: "se debe tender a excluir la posibilidad de integración de la voluntad testamentaria con instrumentos externos al documento; sin embargo, se reconoce que puede ser útil, para efectos de la interpretación de la voluntad testamentaria, la consideración de otros escritos dejados por el testador; piénsese, en particular, en eventuales testamentos nulos o revocados, o proyectos de testamento" (*ibid.*, *loc. cit.*).

Con respecto a las técnicas que deben regir la interpretación del testamento, es sabido que el legislador de 1942 no ha predispuesto un sistema orgánico de reglas sobre la materia, como sí ha hecho, en cambio, para el contrato (arts. 1362-1371 cód. civ.). Existen, sin embargo, algunas normas que pueden desarrollar, quizá, una función hermenéutica más o menos directa, y servir de guía en la interpretación del testamento. Tales parecen ser, por ejemplo, y por un lado, los arts. 624, 626 y 634 cód. civ., cuando limitan al documento testamentario el campo de investigación del intérprete; por otro lado, el 3er. párrafo del art. 647 cód. civ. que (como se ha señalado en el presente volumen) no prevé esta limitación al solo documento testamentario: da la impresión, más bien, de que en superación del formalismo testamentario, permitiera al juez ir más allá del testamento en su actividad hermenéutica, y que, por lo tanto, tenga "en consideración otros actos o hechos, que sirven para aclarar el proceso formativo de la voluntad del disponente" (así se señala en la *Relazione al Codice civile*, n. 315).

Parte de la doctrina identifica un alcance hermenéutico en el art. 625 cód. civ., así como en los arts. 659 y 660 cód. civ., y en los segundos párrafos de los arts. 688 y 689 cód. civ. (tal es el parecer de BONILINI, *Il testamento–Lineamenti*, Padua, 1995, p. 83); otro autor (CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., pp. 332-333), destaca la función hermenéutica de los arts. 651, 654, 655, 657 y 686 cód. civ., de los cuales se deduce el principio (coherente, en este sentido, con el 2do. párrafo del art. 1363 cód. civ.) en virtud del cual, para determinar la efectiva intención del testador, es necesario –según lo indicado, igualmente, por las tendencias jurisprudenciales– que "se evalúe su comportamiento global, incluso el posterior a la redacción del acto" (CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., *loc. ult. cit.*).

del contrato a la otra, deben ser entendidas según su significado objetivo, es decir, según el significado en que podía razonablemente entenderlas, a tenor de la buena fe, la parte a la que estaban dirigidas. Este significado es, asimismo, "el

---

Sin perjuicio de lo anterior, hay que reconocer que, aun cuando sea posible atribuir a todas las normas citadas una dimensión o una función interpretativas, ellas no llegan, debido a su carácter ocasional y particular, a constituir un orgánico y unitario sistema hermenéutico.

Frente a dicha situación, la doctrina civilista se ha planteado el problema de la posible aplicación analógica extensiva al testamento de las normas dictadas para la interpretación del contrato.

Con excepción de un autorizado autor, que negó de modo radical y drástico (especialmente por razones estructurales, según nos parece), toda posibilidad de dicha extensión analógica (CICU, *Le successioni*, Milán, 1947, pp. 371-372), la doctrina parece estar de acuerdo, en general, en considerar aplicables al testamento todas las normas ligadas con la denominada interpretación "subjetiva" del contrato (arts. 1362 a 1365 cód. civ.). Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales son proclives a diferenciarse y especificarse, en lo atinente a la posibilidad de una extensión analógica al testamento de las normas ligadas con la llamada interpretación "objetiva" del contrato (arts. 1367 a 1371 cód. civ.). Sobre este punto, cfr. las recientes consideraciones de FEDELI, *Gli usi e l'interpretazione del testamento: i modeli francese e italiano a confronto*, en *Europa e Diritto Privato*, 1999, pp. 215 y ss.

Del art. 1366 cód. civ. ya hemos tratado en el presente volumen.

Convendrá recordar que la doctrina predominante sigue tendiendo a excluir la aplicabilidad al testamento de dicho artículo. Sin embargo –y es necesario confirmarlo– en tiempos recientes, y menos recientes, no han faltado, y no faltan, autorizadas voces particularmente favorables a la posibilidad de una aplicación analógica extensiva de esta norma a la interpretación del testamento. Recordamos, una vez más, además de los antiguos estudios de GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., III, pp. 285-286, y de ALLARA, *Pricipî di diritto testamentario*, Turín, 1957, p. 178, la reciente contribución de CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., pp. 333-335. Creemos que es lícito adherir a tales doctrinas.

En cuanto a las normas y principios de la llamada interpretación "objetiva", además de los autores (y nosotros entre ellos) favorables, en materia hermenéutica, a una extensión analógica al testamento del art. 1366 cód. civ., otros autores consideran (y nosotros, evidentemente, no podemos no estar de acuerdo con ellos) técnicamente extensibles a la interpetación del testamento los arts. 1367-1369

único normalmente reconocible" (*Relazione*, n. 624). Pero la invocación de una idea de **razonabilidad** y **normalidad** como algo inherente al principio de buena fe afirmado en el

cód. civ., y el art. 1371 cód. civ. (sobre este punto, para una primera panorámica de la problemática, cfr. por todos, BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., I, pp. 174 y ss.; de la misma autora, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Pietro RESCIGNO, 6, Turín, 1982, pp. 75 y ss., y *Successioni testamentarie*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, Bolonia-Roma, 1993, pp. 112 y ss.).

Otros autores consideran aplicables al testamento sólo los arts. 1367 y 1371 cód. civ. De tal parecer es SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 234 y ss., y al menos parcialmente, también GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "mortis causa"*, en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Turín, 1962, pp. 908-909, quien manifiesta, sin embargo, con respecto a la posibilidad de extensión analógica al testamento de tales normas, alguna duda sobre la concreta utilidad, por un lado, de hacer referencia al art. 1367 cód. civ., y por otro lado, sobre la operatividad, en este ámbito, del mismo art. 1371 cód. civ., no obstante lo cual, termina asumiendo una posición que a nosotros nos parece, por decirlo así, de neutralidad.

Por lo que toca al art. 1367 cód. civ., que la doctrina considera aplicable a la interpretación del testamento (cfr., por todos, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., III, pp. 286-289; ALLARA, *Principî di diritto testamentario*, cit., p. 178; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, cit., pp. 311-312, y más recientemente, BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 77-78; CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., pp. 334-335; BONILINI, *Il testamento*, cit., pp. 83-85), parece ser necesario precisar, preliminarmente, que una vez aplicadas todas las técnicas interpretativas para identificar la voluntad efectiva del testador, y si esta "no se ha encontrado con plena seguridad, ni al menos presumiblemente, no se puede dar a la declaración un significado, sólo con el fin de conservarle un valor" (BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., II, p. 1081). Ello quiere decir que frente a la persistente e insuperable duda sobre la existencia de una comprensible, verosímil y efectiva voluntad del testador sobre la seriedad misma de sus propósitos y de su voluntad, el principio del *favor testamenti* (expresamente afirmado, por lo demás, en el § 2084 BGB, con un contenido correspondiente, en lo sustancial, al vigente art. 1367 cód. civ.) no puede ser extendido hasta imponer una atribución de eficacia a aquello que en realidad no es un documento testamentario, o que se tenga la razonables certeza de que no lo sea, a pesar de que pueda poseer las vestiduras "formales" de tal documento (al respecto, y recientemente, cfr. BARALIS, *L'interpretazione del testamento*, en *Successioni e donazioni*, al cuidado de Pietro RESCIGNO, I, Padua, 1994, p. 949 y BONILINI, *Il testamento*, cit., p. 84).

art. 1366 cód. civ., y por lo tanto, la invocación de aquellas **prácticas** que los criterios de **normalidad** y **razonabilidad** crean y expresan, termina, aunque sea indirectamente, con-

---

En materia testamentaria, el art. 1367 cód. civ. parece establecer, por lo tanto, "el deber del intérprete de empeñarse en el sentido en que la disposición tenga efecto con un (mínimo) de contenido razonable en relación con las llamadas "*surrounding circumstances*" o "circunstancias del entorno". Piénsese en el caso de un testamento en el cual las palabras de sus disposiciones estén íntegramente separadas por un punto o por una coma. Gramaticalmente, el texto está privado de sentido, pero, de acuerdo con el principio de la conservación, y descartada la idea de que nos encontremos frente a una extravagancia del autor, el testamento podrá, y es más, deberá, ser salvado, si el intérprete consigue darle un sentido lógico, con una adaptación de semejante puntuación a las necesidades lógicas del discurso (así lo sostiene, CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., pp. 334-335).

Desde esta perspectiva, la operatividad del principio afirmado en el art. 1367 cód. civ., también podrá conducir, por ejemplo, a entender una disposición testamentaria "no como una recomendación, sino como una verdadera disposición" (BARALIS, *op. cit.*, p. 940).

Entonces, si es verdad que en materia de interpretación testamentaria, el alcance del art. 1367 cód. civ. y del principio de conservación, recogido en él, no son insignificantes (como sostiene BARALIS, *op. cit.*, pp. 939 y 940), hay que destacar, sobre todo, que el intérprete –en su intento de dar, de todas formas, y a toda costa, eficacia al documento testamentario (y dada, asimismo, su irrepetibilidad, y por lo tanto, su carácter definitivo)–, jamás debe superponer su propia voluntad a la del testador, pues con ello corre el riesgo de infringirla; y mediante la interpretación, tampoco debe tratar de sanar una eventual nulidad de la disposición testamentaria (así lo señala BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 77-78), porque la eficacia de un testamento (como la de cualquier negocio jurídico) se funda, evidentemente, en la validez del mismo (así lo anota BARALIS, *op. cit.*, pp. 938-939). En compendio, el *favor testamenti* "comporta que se deba facilitar la más amplia actuación posible de la voluntad del testador, con la condición, sin embargo, de que exista realmente una voluntad efectiva, y que se encuentre, si no con plena certidumbre, al menos con sólida verosimilitud" (BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 193).

En cuanto al art. 1368 cód. civ. hay que afirmar la aplicabilidad al testamento, no sólo de los principios establecidos en el 1er. párrafo del art. 1368 cód. civ., sino también de los principios referidos en el 2do. párrafo del mismo artículo; se trata, para entendernos mejor, de la hipótesis en que un testador (empresario) ha

pretendido dictar disposiciones concernientes a su empresa en el testamento.
Al respecto, se ha comprobado, oportunamente, que en la realidad puede responder "al comportamiento de un testador razonable el uso, en sus disposiciones, de expresiones aparentemente ambiguas, pero efectivamente puntuales, si son consideradas en el contexto del lenguaje practicado en el lugar donde el testamento se ha redactado" (CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 334); si sucede ello, el recurso al dictado del art. 1368 cód. civ. parece ser del todo pertinente (*ibid.*, *loc. cit.*).
Desde una perspectiva análoga, otro autor parece identificar el lugar donde deben deducirse aquellas prácticas interpretativas que deben servir de inspiración a la materia testamentaria, preferiblemente, en el domicilio del testador (la opinión es de ZICCARDI, *Interpretazione* III) *Interpretazione del negozio giuridico*, en *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 9 de la separata).
Con respecto a la hipótesis descrita en el 2do. párrafo del art. 1368 cód. civ., sería más correcto hacer referencia, no al domicilio, sino a las prácticas mercantiles del lugar donde el testador desarrollaba efectivamente sus actividades empresariales. En cambio, cuando el testador no sea un impresario, lo preferible sería hacer referencia siempre a los usos practicados en el lugar donde la personalidad del testador (y por lo tanto, su cultura) se ha formado efectivamente, y no a los usos del lugar donde el testamento se haya redactado.
En efecto, la referencia al lugar donde el negocio jurídico ha surgido, parece ser una solución adecuada, en resumen, desde el punto de vista funcional en la hipótesis de un contrato; la razón de ello es que los contratantes son influenciados (o influenciables) –presumiblemente, y en los hechos, es normal que así sea– por las prácticas consolidadas en los lugares donde su operación será regulada contractualmente. A nuestro juicio, tener en cuenta, para el testamento, las prácticas del lugar donde este ha sido redactado, o del domicilio del testador, parecen ser decisiones un poco formalistas y equívocas, porque la personalidad y cultura del testador (que han regido la redacción del testamento, y que pueden emerger de este, y que por ello, deben ser consideradas por el intérprete), justamente, bien podrían haberse formado y tener sus raíces en lugares distintos y alejados de aquellos donde el testador (acaso por suerte o casualidad) se ha encontrado al momento de decidir, o de tener que, redactar sus últimas voluntades.
También los principios expresados en los arts. 1369 y 1371 cód. civ. pueden ser extendidos, por analogía, al testamento (sobre este punto, y conformemente, cfr. por todos BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 78-83; BARALIS, *op. cit.*, pp. 927 y ss., donde también pueden verse puntuales y exhaustivas referencias de doctrina y jurisprudencia). Con referencia al art. 1369 cód. civ., en particular, no parece digna de ser compartida la afirmación (de GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "mortis causa"*, cit., p. 909) de la inaplicabilidad de los principios recogidos en tal norma, teniendo en cuenta que, con respecto al testamento, no puede tener lugar una pluralidad de tipos.
Al respecto, ya hemos aclarado que si bien es verdad que el negocio jurídico

representado por testamento "es siempre el mismo, no es menos cierto que las disposiciones contenidas en el mismo pueden ser de distinta naturaleza [...] Ahora bien, si ello es verdad, no se percibe la razón por la cual no se debería admitir en este caso la aplicación por analogía de la norma del art. 1369, y considerar, por lo tanto, que las expresiones que pueden tener varios sentidos, deben ser entendidas en el sentido más conveniente para con la naturaleza y objeto de la disposición testamentaria" (GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., III, pp. 290-291; pero cfr. también BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato*, cit., p. 80). En suma, si las expresione usadas por el testador "pueden tener varios sentidos", "estas deben ser entendidas en el sentido más oportuno, según lo razonable y en relación con la naturaleza del testamento, aun cuando este se presentara *sub specie* de instrumento alternativo a la sucesión legítima. Así pues, si el testador ha dejado al heredero 'todo su dinero', también deberán comprenderse como parte de este, en ausencia de señales distintas, los bonos del tesoro descubiertos al momento de la apertura de la sucesión, con exclusión del recurso a la sucesión legítima" (CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 335).

En lo concerniente al art. 1371 cód. civ., alguno ha dudado de la posibilidad de su aplicación analógica extensiva a la materia testamentaria, porque con ello se terminaría "considerando un conflicto de intereses entre los distintos herederos a título universal o particular del disponente, es decir, un conflicto extraño a la interpretación de la voluntad del testador" (GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "mortis causa"*, cit., p. 909).

Concordamos, sin embargo, con las doctrinas que destacan la aplicabilidad al testamento de dicho artículo (cfr., por todos, desde tal perspectiva, GANGI, *op. ult. cit.*, III, pp. 291-292, y BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 81-83, y CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 335), porque la norma termina introduciendo, sustancialmente, en los casos en que la disposición testamentaria sea oscura, una suerte de *favor heredis*. Ello sería conforme, asimismo, al principio del *favor debitoris*, que se expresa en la misma norma, con respecto a los contratos a título gratuito, al afirmarse que "a falta de elementos en contrario, la oportunidad de interpretar las disposiciones (en todo caso) onerosas en el sentido menos gravoso para el obligado" (CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 335).

Queda por analizar el art. 1370 cód. civ., en relación con el cual han parecido ser evidentes, en el seno de la doctrina, los motivos técnicos que no permiten su aplicación al testamento (así lo expresan, por todos, GANGI, *op. ult. cit.*, cit., III, p. 291, y GRASSETTI, *op. ult. cit.*, *loc. ult. cit.*).

Sin embargo, nos permitimos formular alguna duda frente a tal opinión. El art. 1370 cód. civ., no obstante haber sido dictado con específica relación al problema de la interpretación de cláusulas insertas en las condiciones generales de contratación, parece ser una manifestación del principio, más general, de la *interpretatio contra stipulatorem* (así se señala en la *Relazione al Codice civile*, n. 626), que ya había sido expresado en el art. 1137 del Código Civil de 1865, y aun antes, en el art. 1162 del *Code Napoléon*.

servando la operatividad de aquella *Verkehrssitte*(*) invocada en el § 157 BGB, pero omitida en el art. 1366 cód. civ., que deriva de él.

Si este es el sentido que se debe atribuir al principio de buena fe señalado en el art. 1366 cód. civ., también de acuerdo con las concepciones del legislador de 1942, parece claro que la exigencia de interpretar el contrato con arreglo a la **normalidad, razonabilidad, lealtad** o **equidad** tiene (y no puede ser de otra manera) un alcance **lógico**, de carácter "general", que está destinado, por lo tanto, a sobrepasar la institución con respecto a la cual es afirmada, y que debe extenderse, necesariamente, a todo acto de autonomía privada (cualquiera que sea la estructura o las circunstancias de su operar), y en consecuencia, también a aquel acto de autonomía privada, particular y funda-

---

Ahora bien, la jurisprudencia y doctrina francesas tienden a considerar que el principio de la *interpretatio contra stipulatorem*, y por lo tanto, el art. 1162 del *Code Napoléon*, son igualmente aplicables a la interpretación del testamento (cfr., por todos, MALAURIE, *Les successions–Les libéralités*, cit., pp. 288-289).

No debe parecer improponible, entonces, también en el sistema italiano, la operatividad en materia de interpretación del testamento, del principio en que se funda, de todas maneras, el art. 1370 cód. civ., más allá de lo específico de su previsión. Con ello queremos decir que (tal cual se sugiere en la doctrina francesa, por ejemplo): "*il faut interpréter contre l'héritier quand il s'agit de l'existence du legs et contre le légataire quand il s'agit de l'étendue du legs*" (MALAURIE, *op. cit., loc. cit.*).

(*) En alemán en el original; vale por los "usos comerciales" (en alemán es femenino y se utiliza en singular).

Código Civil alemán (1900):

"§ 2087. Si al que es indicado en la disposición el testador le ha dejado su patrimonio o una fracción de su patrimonio, la disposición debe considerarse como institución de heredero, aunque el contemplado en la disposición no sea indicado como tal. Si a aquel contemplado en la disposición se le han dejado sólo objetos individuales, y en la duda, no debe considerarse que el mismo deba ser heredero, aunque hubiese sido señalado como tal" [*N. del T.*].

mental, que es el testamento, y a las disposiciones en que este se plasma.

Pero interpretar la disposición testamentaria **con arreglo a la normalidad, lealtad**, o **equidad**, no puede significar otra cosa que interpretarla del modo razonablemente más conforme con la voluntad e intenciones del que la ha expresado. Para lograr un resultado semejante parece ser oportuno, por lo tanto, recurrir, en clave hermenéutica, al principio de buena fe, que puede encontrar alguna limitación (pero de índole formal) únicamente en las normas (arts. 624, 626 y 634 cód. civ.) que circunscriben la libertad de investigación del intérprete sólo al documento testamentario. A nuestro juicio, sin embargo, tal principio puede seguir constituyendo para el intérprete un útil instrumento con respecto al documento testamentario, en la búsqueda de las racionalidades que han guiado las intenciones y la voluntad del testador.

Con respecto al contrato –para retomar la institución que parece constituir, a consecuencia de las explícitas opciones legislativas, el más inmediato (aunque no exclusivo, como hemos visto) referente de la interpretación según buena fe– se ha sostenido, con razón, que interpretar según buena fe las declaraciones de los contratantes significa atribuir a estas, en síntesis, el "significado normal según los usos de la vida y la práctica de las negociaciones"[298].

---

[298] G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 228. No es casual que en el § 157 del BGB (correspondiente a nuestro art. 1366 cód. civ.) se indique justamente en la *Verkehrssitte*, es decir, en la práctica comercial, el referente de la buena fe en materia interpretativa. También se hace referencia a la *Verkehrsitte* en el § 242 del BGB (que se corresponde con el art. 1176 cód. civ.).

Y sobre la base, justamente, del recurso al criterio de la normalidad, se evidencia el operar de los llamados "elementos naturales" del negocio jurídico, que son tales (es decir, "elementos")[299], y ya no "efectos legales", como pretenden difundidas y autorizadas doctrinas[300].

[*Ad. del T.*] Código Civil alemán (1900):

§ 157. Los contratos deben interpretarse según lo exigido por la buena fe y teniendo en cuenta los usos del tráfico.

§ 242. El deudor está obligado a realizar la prestación según lo exigido por la buena fe y teniendo en cuenta los usos del tráfico.

(299) Sobre este punto, cfr. nuestro trabajo *La vendita in generale*, cit., p. 222 y ss.; cfr. también SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., *loc. cit.*, y CATAUDELLA, *Sul contenuto del contrato*, cit., pp. 81 y ss.

(300) En esta línea de pensamiento, cfr. por todos, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 120, y SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 235-236. Entre las obras de carácter manualístico, cfr. TORRENTE y SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 1985, p. 168.

Los autores citados deducen que se trata de **efectos** y no de **elementos** porque estos se producen "por voluntad de la ley, siempre que no sean descartados positivamente" (SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 236). Tal es el caso, por ejemplo, de las garantías por vicios y evicción en la compraventa, que tienen aplicación, justamente, si los contratantes no las han excluido de manera expresa. Desde este punto de vista, el papel de la voluntad de las partes sólo sería negativo.

A primera vista, estas tendencias, fruto de concepciones que nos parecen inspiradas en aquellas doctrinas, no recientes, que explicaban el fenómeno negocial atribuyendo a los particulares la disponibilidad del concreto contenido del negocio, y que reservaban al ordenamiento jurídico la calificación de los efectos, parecen ser convincentes; sin embargo, se prestan para suscitar ciertas perplejidades.

Hay que tener en cuenta, sobre todo, que cuando los autores del negocio hacen referencia expresa a tales previsiones (como ocurre frecuentemente en la práctica, en relación con las garantías por vicios y evicción, en los actos notariales vinculados con la compraventa inmobiliaria, y también en muchos casos de ventas de muebles) no hay duda de que ellas constituyen **elementos** (del contenido) y no **efectos** (derivados de la ley). Si ello es verdad, no encontraremos frente al singular caso de previsiones susceptibles de cumplir el papel, según las circunstancias, a veces de **elementos** (cuando están previstos por las partes), y otras veces, de **efectos** (cuando no están previstos) **legales** (porque son atribuibles a la "voluntad" de la ley). Pero desde la perspectiva que seguimos, que identifica en estas previsiones,

En el fondo, el entero mecanismo de relevancia de los elementos naturales (que están destinados a operar aunque no haga expresa referencia a los mismos) "sirve para indicar que la **excepción** debe ser expresa; no sucede lo mismo con la regla, porque ella está implícita en la normalidad"(301) de la transacción económica expresada por el negocio.

---

siempre, y en todos los casos, **efectos legales**, debemos señalar que no sabemos si la atribución a los particulares la disponibilidad de consecuencias (de los efectos legales, ni más ni menos) que dependen, necesariamente, del ordenamiento jurídico (por pertenecer a su función cualificativa) y no de la autonomía privada, resultaría coherente, y en qué medida, con las teorías sustancialmente normativas en materia de negocio, de las que parecen haber partido los autores citados.

Recientemente, y para explicar tal fenómeno, ha renacido la atención en torno de la naturaleza de la norma que expresa tales situaciones; con ello se ha expresado que "la categoría de los elementos naturales puede sobrevivir si se considera que ella identifica aquella parte del contenido legal de los distintos tipos contractuales que es introducida por normas derogables por voluntad de las partes" (GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 128). Pero esta perspectiva no parece modificar los términos del problema: recupera la noción de "elementos", pero no se trata de elementos del contenido negocial, sino del contenido legal típico. En compedio, todo es vinculado con la lógica del sistema normativo, y por lo tanto, a la ley, y si se aprecia bien, a un problema de efectos legales, porque se trata de consecuencias no atribuibles a las determinaciones de las partes que han dado vida al negocio.

En resumen, todo ello terminaría volviendo a proponer, cuando las partes hagan referencia expresa a estas situaciones, el doble papel de las mismas (que a nuestro juicio es contradictorio): a veces de **elementos negociales**, a veces de **efectos legales**. El problema puede resolverse, más bien, si el fenómeno se vincula, no con los efectos legales, ni con el contenido legal típico, sino –como señalamos en el texto– con el tema de la relevancia de los motivos y de la función del negocio.

(301) Así lo hemos sostenido en nuestro trabajo *La vendita en generale*, cit., p. 222, precedidos por PUGLIATTI, *La volontà elemento esenziale del negozio giuridico*, en *Diritto civile*, cit., p. 73; coinciden con este parecer, en lo sustancial, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 181 y ss., y BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, pp. 328-329, quien habla de efectos negociales "predispuestos para **secundar** el propósito, que no son contrarios al mismo ni independientes del mismo" (*ibid.*, p. 328).

En conclusión de lo que se ha expuesto con respecto a la relevancia de los motivos, y a los elementos naturales, y sin intención de ocuparnos aquí el delicado problema

También ha suscitado problemas particulares en la doctrina, debido a la diversidad de los criterios que contiene (leyes, usos, equidad), el art. 1374 cód. civ.

El título mismo del art. 1374 cód. civ. ("integración del contrato") evoca la idea de complementar, es decir, de colmar lagunas existentes en la regulación contractual, o de añadir al contrato "algo" que este no contiene.

Esta es la perspectiva desde la que alguna doctrina ha interpretado el art. 1374 cód. civ.[302]. Pero una interpretación seme-

---

de la "naturaleza de las cosas" (que fue evocado, sobre todo, en doctrinas mercantilistas nada recientes, a propósito de las lagunas del ordenamiento), no podemos dejar de constatar que, según la más amplia acepción que se reconoce a tal principio (por parte, entre otros, de VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, pp. 68-70), este terminaba teniendo un alcance no irrelevante también en el plano de la interpretación de la **negociación** específica, es decir, del negocio (sobre este problema, en general, cfr., por todos, BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965, pp. 197-212, y 225-238).

Es grato recordar, al respecto, la elegante reflexión de Paolo GROSSI (*Sulla "natura" del contratto*, cit., *passim*) quien parece adoptar un punto de vista no incompatible, y de algún modo, no del todo extraño a los temas a los que nos hemos referido anteriormente, pues destaca que la dialéctica *substantia–natura* del contrato (tan estimada en los discursos de BALDO y de los Glosadores) es "la misma dialéctica que existe entre esencia y existencia) (*ibid.*, p. 609), es decir, entre la fisonomía abstracta y la concreta dimensión de la institución que, aun cuando no fuera expresada, resultaría, de todas maneras, implícitamente presente en esta, y que sería, por lo tanto **relevante**, por pertenecer a aquellas *qualitates innatae* (de las que hablabla el jurisconsulto MENOCHIO, recordado por GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 611) que una vez consolidadas en la práctica, hacen que su fisonomía sea "coherente con la rica y mutable historicidad de la situación" (*ibid.*, *loc. ult. cit.*).

(302) Sobre este punto, cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 205 y ss. En otras palabras, se ha intentado explicar la regla contractual sobre la base de la intervención de **fuentes** legales o judiciales que se sumarían a la **fuente** privada, a pesar de que esta última parece siempre destinada a seguir siendo "por decirlo así, el motor del contrato, dado que su ausencia impide una válida celebración del contrato (en el sentido de nulidad) o impide la posibilidad de hablar de contrato en sentido técnico" (*ibid.*, p. 87).

jante no representaba más que una forma de poner en crisis la idea misma de autonomía negocial, porque la regulación de intereses contenida en el contrato (y por consiguiente, los efectos que derivan de dicha regulación) no encontraría su fuente en el mero actuar negocial (tal cual ha sido expresado y querido por las partes), sino en el actuar negocial **integrado**, justamente, por otras fuentes, a saber: las indicadas en el art. 1374 cód. civ. De tal forma, el art. 1374 cód. civ. terminaría ubicándose, más o menos, en un plano no disímil del art. 1339 cód. civ.(303): en este

(303) Recientemente se ha destacado (GALGANO, *Effetti del contratto*, en GALGANO y VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, Bolonia-Roma, 1993, pp. 67-68) que el art. 1374 cód. civ. representa el testimonio del agotamiento de la capacidad influyente del denominado "dogma de la voluntad". Los criterios indicados en este artículo (leyes, usos, equidad) concurrirían, junto con la voluntad de las partes, como fuentes autónomas de la regulación contractual. La perspectiva adoptada en este tipo de concepciones genera alguna perplejidad. Por un lado, hacer referencia al **dogma de la voluntad** parece constituir un expediente dialéctico de escaso valor cultural (como hemos tenido oportunidad de expresar al inicio del presente volumen). En efecto, como bien saben todos aquellos que han estudiado directamente el negocio jurídico en los escritos de los estudiosos (SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID) que brindaron, por vez primera, una definición acabada de esta categoría conceptual, el **dogma de la voluntad** es solamente el fruto de la *vis* polémica y de la ideología estatalista de un ilustre Maestro como Emilio BETTI; la verdad es que en el sentido y dimensión con que les es atribuido, tal dogma no existe en el pensamiento de los pandectistas. Por otro lado, limitándose a anunciar que el art. 1374 cód. civ. sería testimonio de la pérdida de la capacidad convincente del dogma de la voluntad, el autor a cuya opinión nos estamos referiendo no aclara, como tal vez debería hacerlo, de qué **idea** de acto de autonomía privada parten sus propuestas, es decir, qué ubicación debe tener esta categoría en el ámbito de la teoría de los hechos jurídicos, dado que las leyes, los usos y la equidad (a las que se refiere, justamente, el art. 1374 cód. civ.) también contribuirían con la voluntad de las partes en la formación del reglamento contractual.

Además, en la explicación del alcance del art. 1374 cód. civ. nos parece que se

se prevé un mecanismo de sustitución que termina anulando la naturaleza negocial del contrato sobre el que incide, porque las partes quedan vinculadas a una regulación de intereses que, ciertamente, no han querido. El art. 1374 cód. civ. integraría el contrato; es una norma que añadiría al contrato, incluso efectos no queridos, o de todos modos, no previstos por las partes; y con ello, si no anula, sí incide, ciertamente, en la autonomía de los contratantes.

Pero como hemos señalado en otro lugar, "integrar" el contrato, según lo precisado en el art. 1374 cód. civ., no significa dar una posibilidad al juez para colmar indiscriminadamente las lagunas eventualmente existentes en la regla contractual(304); tam-

presentara, justamente, aquella confusión (cfr. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 68, nota 10), que ya hemos tenido oportunidad de advertir, entre el contenido de este artículo y lo que disponen el art. 1339 concordado con el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ.

Al respecto, hemos de recordar, sobre todo, que el art. 1374 cód. civ. tiene un preciso antecedente en el art. 1124 del Código Civil de 1865 (en el que se afirmaba, como es sabido, que "los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan, no sólo a cuanto está expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que derivan de ellos según la equidad, el uso y la ley"). Hay que resaltar, a continuación, que más allá de toda discusión de índole estrictamente teórica (para la cual remitimos a las consideraciones expuestas en el texto correspondiente a este punto), no es posible, materialmente, confundir el fenómeno de la **integración** del contrato (cualquiera que sea el sentido y alcance que se pretenda atribuir al art. 1374 cód. civ.) con el fenómeno de la **inserción automática de cláusulas** (previsto en el art. 1339 y en el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ.). En efecto, la diferencia entre los dos fenómenos resulta evidente, salvo por la diversidad existente entre los referentes invocados en el art. 1374 cód. civ., a propósito de la **integración** (leyes, usos, equidad), y los referidos, en cambio, por el art. 1339 y el 2do. párrafo del art. 1419 cód. civ., a propósito de la **sustitución automática** (normas imperativas).

(304) Para un análisis detallado del problema, cfr. nuestro trabajo *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, ahora en *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 237 y ss.

poco conlleva la posibilidad de derivar del contrato consecuencias que sean extrañas a su contenido, tal cual este puede especificarse sobre la base de criterios de interpretación(305).

A nuestro modo de ver, "integrar" el contrato significa hacer emerger de este todas aquellas consecuencias que pertenecen a la normalidad de la operación económica en él expresadas.

Y si el art. 1374 cód. civ. hace referencia, con las leyes y usos, a aquel estándar de normalidad contenido en la regulación del tipo, legal o social, respectivamente (en todos los casos, se entiende, en que las partes no han evidenciado explícitamente la intención de apartarse de los tipos legales o sociales, para preferir predisponer personalmente, y en concreto, una regulación distinta, y como quiera que sea no del todo asimilable a la expresada en los tipos), la equidad no debe ser entendida como la justicia en el caso concreto. La razón de ello es que en ausencia de referencias legales o sociales, es a partir de la naturaleza y alcance del negocio (concreto) que se puede, y debe, deducir, eventualmente, la regulación que resulte adecuada, en mayor medida, a la función y finalidades que los autores del negocio específico pretendían perseguir(306). En tal sentido, da la impresión de que una intervención desde el punto de vista de la equidad (*ex* art. 1374 cód. civ.) sólo se puede proponer con respecto a los negocios legalmente y socialmente atípicos(307).

---

(305) Cfr. nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* cit., pp. 270-235.

(306) *Ibid.*, pp. 329 y ss.

(307) *Ibid.*, p. 331. Esta propuesta explicativa de los tres criterios contenidos en el art. 1374 cód. civ. ha sido recientemente criticada por M. BARCELLONA (*Un breve commento sull'integrazione del contratto*, en *Quadrimestre*, 1988, pp. 541-542), quien ha tratado de

La integración desde el punto de vista de la equidad, no es otra cosa, entonces, que un modo de atribuir al contrato (cuando este exprese una operación económica del todo nueva, y por lo tanto, no subsumible en una de las expresadas en los tipos legales o sociales), ya no consecuencias extrañas a él, sino consecuencias que, aun cuando no expresas, son **racionalmente** y **razonablemente** deducibles de la **naturaleza** de la operación económica que se pretende realizar con un contrato semejante(308), del sentido y alcance de la "novedad" de tal contrato, de

volver a exponer las propuestas que años atrás fueron formuladas –a decir verdad, de manera no unívoca– por GAZZONI (*Equità e autonomia privata*, Milán, 1970, p. 176, y pp. 310-320). Según estas posturas, las fuentes judiciales de integración del negocio (expresadas en el principio de equidad referido en el art. 1374 cód. civ.) también serían aplicables con respecto a los negocios típicos. Conformemente, se ha destacado que "no obstante el carácter detallado de las regulaciones dispositivas correspondientes, también con respecto a los contratos típicos se pueden plantear, en abstracto, hipótesis de lagunas de la regulación contractual: ellas podrían derivar, por ejemplo, de la circunstancia de que las partes hayan derogado la regulación dispositiva, pero omitiendo, sin embargo, regular por entero la materia que han excluido de aquella; podrían depender, asimismo, de la presencia de condiciones o de la verificación de situaciones, relativas a los contratantes y/o a la negociación, no tipificadas en la regulación dispositiva, y no asimilables a ella por vía analógica; o podrían tener que ver, más fácilmente, con la fase ejecutiva propiamente dicha, con respecto a la cual la fenomenología de las circunstancias es más difícil de delimitar mediante previsiones exhaustivas" (M. BARCELLONA, *op. cit.*, *loc. cit.*). Estas tesis no pueden admitirse, porque en ellas –ateniéndonos a los ejemplos propuestos, ni más ni menos– parecen confundirse problemas distintos, que en cuanto tales deberían mantenerse separados; ello es lo que ocurre con el problema de la interpretación del negocio, el problema (contiguo) de su integración, y en fin, el problema de su ejecución.

(308) Al respecto, cfr. nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *loc. ult. cit.* Ya Paolo Emilio BENSA (*La violazione delle regole sull'interpretazione dei contratti come motivo di cassazione*, en *La Corte di cassazione*, 1924, I, p. 13) escribía, con referencia a este punto, que la equidad, a la que se hacía referencia (en el mismo sentido del vigente art. 1374 cód. civ.) en el art. 1124 del Código Civil de 1865, tenía que ver con la exigencia de una **decisión equitativa**; es decir, de una decisión que "adecue

la identificación de los intereses en juego, considerados, inclusive, en función y en relación con las **personas** de los contratantes, con lo que ellas son y hacen, y a la luz, asimismo, de las eventuales relaciones precedentemente establecidas entre ellas(309).

En resumen, el fenómeno de la integración, tal cual está previsto en el art. 1374 cód. civ. no es más que una suerte de prosecución de un **itinerario** interpretativo único, que si bien gira en torno del art. 1362 cód. civ., tiene sus puntos intermedios más característicos en los arts. 1366, 1368 y 1369 cód. civ.,

---

el resultado a todas las circunstancias valorables; que mantenga, imparcialmente, el equilibrio proporcional entre legítimos intereses de las partes; y la resolución de tal ecuación no puede permanecer en el campo de la abstracción, sino que debe tener en cuenta todos los elementos específicos del caso concreto de su conflicto, de sus interferencias: para decirlo con una frase que ha devenido de estilo, debe emanar teniendo en cuenta, oportunamente, cada cosa". Conforme a este parecer, Enrico REDENTI (*Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 236), siempre a propósito de la equidad señalada en el art. 1124 del Código de 1865, destacaba que esta no era expresión de "un ideal de justicia al que pueda aspirar el juez por cuenta propia, ni tampoco un poder discrecional del que este se encuentre excepcionalmente investido y que pueda ser ejercido según sus criterios subjetivos. Aquí se alude, esencialmente, a una **equidad de orden técnico**, es decir, al desarrollo técnico, de acuerdo con las reglas de la experiencia, de lo que se pueda considerar o presumir potencialmente contenido, o tácitamente indicado en las manifestaciones de voluntad, con respecto a las normas de la experiencia". Sobre este punto, cfr. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con speciale riguardo ai contratti*, cit., pp. 211-215, donde se destaca la **ausencia de heterogeneidad** entre los principios de la buena fe y de la equidad, invocados, justamente, en el art. 1124 del Código de 1865. El parecer coincide, sustancialmente, con el de F. FERRARA, padre, *Teoria dei contratti*, cit., pp. 254-255. Ulteriores indicaciones bibliográficas pueden verse en nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 270 y ss.

(309) Cfr. nuestro trabajo *La vendita in generale*, cit., p. 251, nota 243 (donde describimos una hipótesis de relevancia de relaciones previamente establecidas entre los contratantes).

pero que tiene su punto inicial en el art. 1340 cód. civ., y su punto de arribo, lógico y natural, ni más ni menos, en el art. 1374 cód. civ.[310].

(310) Es necesario reiterar que el principio de la interpretación según buena fe, contenido en el art. 1366 cód. civ. deriva del § 242 del BGB, pero no hace referencia –como sí ocurre, oportunamente, en el texto alemán– a la *Verkehrssitte*. Se ha afirmado, a nuestro parecer con exactitud, que el principio de la interpretación según buena fe, aun en ausencia de un artículo de contenido análogo al del art. 1366 cód. civ., ya se podía deducir, en el sistema del Código Civil de 1865, sobre la base del art. 1124 cód. civ., correspondiente a los actuales arts. 1374 y 1375 cód. civ. (tal era la opinión de GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos"*, cit., p. 906).
Por otro lado, en la *Relazione al Codice civile* (n. 622) se señala que el principio de la interpretación según buena fe "**ya podía deducirse del art. 1374**". Ya hemos precisado (cfr. *supra*, nota 303) que el art. 1374 cód. civ. tiene su antecedente en el art. 1124 del Código Civil de 1865, que a pesar de su orden, inverso al de la norma actual, hacía referencia a aquellos mismos criterios "integrativos" aludidos en el actual art. 1374 cód. civ. El art. 1124 del Código de 1865 tenía como referente, a su vez, el art. 1135 del *Code Napoléon*, que establecía: "*les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation* ***d'après sa nature***" (el resalto es nuestro). Creemos que la referencia, nada causal, a la *nature* de la obligación permite comprender bien que la aplicación de los criterios citados en el art. 1135 *Code Napoléon* se presenta claramente condicionada por la identificación, ni más ni menos, de la **naturaleza de la obligación**; una identificación que sólo puede obtenerse mediante un proceso interpretativo del contenido del contrato, del cual la obligación misma constituye la natural proyección en el plano de los efectos. Por lo demás, también desde un punto de vista estrictamente lógico, y en ordenamientos estatales (como el italiano o el francés, por ejemplo) que reconocen a los particulares la autonomía para regular sus propios intereses, el fenómeno de la llamada **integración del contrato** sólo puede ser ubicado al interior de un itinerario hermenéutico. Recuérdese, asimismo, que en el sistema del *Code Napoléon*, la naturaleza de los efectos que un contrato puede producir (cfr. la definición que se brinda al respecto, en el art. 1101 del *Code Napoléon*) tiende a ser, aunque con notables ambigüedades (cfr. arts. 1138 y 1583 del *Code Napoléon*), exclusivamente **obligatoria**, y no **real**, como sí puede ocurrir en el sistema de Código Civil italiano, en virtud de los principios explícitamente recogidos en el art. 1376 cód. civ.
Por lo tanto, lo que se regula en el art. 1135 *Code Napoléon* es un procedimiento hermenéutico **objetivo** y con tendencia a ser **subsidiario** (tal cual ha sido destacado

He aquí la razón por la cual los artículos antes citados deben encuadrarse en un sistema unitario; pretender considerarlos separadamente conlleva el riesgo de crear una operación

---

por la doctrina francesa); ello quiere decir que los tres criterios indicados en el citado art. 1135 del *Code Napoléon* (pero cfr. también el art. 1160, siempre del *Code Napoléon*, correspondiente, en lo sustancial, a nuestro art. 1340 cód. civ.) están llamados a operar, en caso de ambigüedad, sólo como "***signes révélateurs d'une volonté probable***" (FLOUR y AUBERT, *Les obligations–L'acte juridique*, cit., p. 324). Una explicación, cautamente distinta de la que se acaba de exponer, pero decididamente contraria a las tentaciones de aquel *dirigisme jurisprudentiel* –que en su deseo de *rééquilibrer* demasiado el contrato, en nombre de la justicia o de la utilidad social, "*pourrait aboutir à un déséquilibre*" inaceptable– es descrito en GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, *Les effets du contrat*, en *Traité de droit civil* bajo la dirección de Jacques GHESTIN, París, 1994, pp. 47 y ss, y en especial, pp. 62-63).

Pero que la función del art. 1374 cód. civ. es, y seguirá siendo, sustancialmente interpretativa, no obstante el título del mismo (como también deja entender, por ejemplo, la misma referencia a los usos, contenida en el mismo), es algo que creemos haber ya señalado décadas atrás, con cierto fundamento. A propósito, cfr. nuestro volumen *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* cit., pp. 286 y ss., y nuestro estudio *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, en *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 867-868, en particular, nota 88. Reconfortan mi convicción las páginas de una autora (ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, París, 1999, especialmente pp. 330 y ss.) que, muy recientemente, en confirmación de las tendencias consolidadas en la doctrina francesa, y con la amabilidad de tomar en cuenta mis antiguas reflexiones, no duda en ubicar entre las normas interpretativas el art. 1135 del *Code Napoléon*, correspondiente a nuestro art. 1374 cód. civ.

No disímil es la referencia que figura en el art. 5.2 del sistema de "principios" elaborado por Unidroit para los contratos comerciales internacionales. En dicho artículo, dictado con respecto al **contenido** del contrato, se fijan los criterios a partir de los cuales se deben deducir las **obligaciones implícitas** a que están comprometidas las partes, sobre la base del art. 5.1 Por lo demás, dichos criterios son afirmados, con precedencia, con respecto a la interpretación (cfr. arts. 4.3 y 4.8 de los citados "principios").

Una perspectiva conforme se percibe también el art. 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por la Comisión presidida por Ole LANDO, consagrado expresamente a las cláusulas implícitas, y ligado con lo que se afirma en los arts. 5:101 y 5:102, dictados en materia de interpretación. Sobre este punto, y para una breve ilustración, cfr. CASTRONOVO, *I Principi di Diritto*

culturalmente desatendible, y que siempre termina desembocando en resultados incompletos y equívocos.

Por otro lado, no se debe confundir el fenómeno de la integración, tal cual resulta de lo dictado en el art. 1374 cód. civ., con la circunstancia de que en algunos casos se puedan derivar efectos **legales** de los contratos, es decir, efectos directamente atribuibles a la ley, que no constituyen, por lo tanto, el desenvolvimiento **natural** de lo que las partes han expresado en el contenido del contrato.

Europeo dei Contratti, Parte I e II, en *Europa e Diritto Privato*, 2000, pp. 249 y ss.
Las llamadas **obligaciones implícitas** permiten hacer vinculantes, además de las cláusulas **expresamente** concordadas en el contrato, también aquellas que, al no haber sido descartadas (aunque las partes pudieron hacerlo, en el libre ejercicio de su autonomía), pueden considerarse, **razonablemente**, y justamente, implícitas (y por lo tanto, como cláusulas **comprendidas** en el contenido del contrato específico) por ser **connaturales** a los **estándares normales**, consolidados y difundidos en las diversas prácticas mercantiles (generales o individuales) que son propias del tipo de operación económica de la que el mismo contrato es expresión. Sobre este punto, cfr. nuestro estudio *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, en *Contratto e Impresa–Europa*, 1996, pp. 825 y ss.
Con lo expresado, queremos confirmar que el art. 1374 cód. civ., a pesar de su ubicación, constituye una norma de interpretación, tal cual lo deja entender la referencia misma a los usos. Sobre el fuerte **valor semántico** de las características de **normalidad** y **uniformidad** sociales (inherentes a los usos), y por lo tanto, sobre la naturaleza necesariamente interpretativa de la norma que hace referencia a los usos, cfr. nuestro estudio *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, en *Riv. dir. comm.*, I, 1995, pp. 715 y ss. Como quiera que sea, queda completamente al margen del fenómeno de la integración (contra el parecer de BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 472 y ss.) el art. 1375 cód. civ. En efecto, el principio consagrado en este artículo, conforme al cual el contrato debe ser ejecutado "según la buena fe" no tiene que ver con el problema de la **individuación** de su contenido, sino con el problema (totalmente externo al contenido) de su **actuación** concreta, a tenor de la fisonomía y significado que se les ha podido atribuir sobre la base de criterios hermenéuticos. Al respecto, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contrato e interessi dei contraenti*, cit., pp. 368 y ss.

La producción de dichos efectos legales deriva del hecho de que, en ciertas ocasiones, el contrato asume un doble valor para el sistema del ordenamiento jurídico: el valor de acto de autonomía privada y el valor de presupuesto para la realización de efectos previamente establecidos en la norma; en otras palabras, el contrato asume una doble vestidura: de negocio jurídico y de acto en sentido estricto.

Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de la convalidación del negocio anulable, llevada a cabo mediante un comportamiento concluyente que se sustancie en un contrato. Este último, para los fines de los efectos convalidantes, asume el valor de acto, y no de negocio.

Piénsese, igualmente, en la ya citada hipótesis (cfr., *supra*, nota 63), del efecto que sustancie en la atribución al comprador de la titularidad de la situación subjetiva de expectativa, en el caso de una compraventa sometida a condición suspensiva.

Piénsese, en fin, en el efecto –vinculado con la venta realizada entre el deudor y un tercero– del cual se derive la atribución al acreedor (del deudor enajenante) de la titularidad del derecho potestativo de interponer la acción revocatoria (cuando concurran, claro está, los presupuestos requeridos por el art. 2901 cód. civ.)... y los ejemplos podrían continuar.

En todas las hipótesis referidas, y con respecto, adviértase bien, a los efectos indicados, el contrato no está destinado a cobrar relevancia como acto de autonomía privada, sino como un mero **acaecimiento**, es decir, y tal cual se ha dicho, como un presupuesto de efectos preestablecidos.

Por otro lado, en el mismo art. 1372 cód. civ., luego de afirmarse que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes (1er. párrafo), se establece que el contrato "no produce efecto con respecto a terceros sino en los casos previstos por la ley" (2do. párrafo). Todo ello, a pesar de concernir, en la lógica del 2do. párrafo del art. 1372 cód. civ., al problema de la relevancia del contrato frente a terceros, parecer querer aludir también, de manera más general, a la hipótesis en que el contrato pueda tener relevancia, para el ordenamiento jurídico, como mero presupuesto de efectos establecidos por parte del mismo (por parte "de la ley", según la fórmula del artículo), y no sólo como acto de autonomía privada.

Por lo demás, también parece hacer referencia a la posibilidad de que el contrato pueda asumir el doble valor que se ha señalado, aunque sea de modo alusivo, la opción léxica del legislador de 1942 que, por un lado, ha dado a todo el capítulo V del título II del libro sobre las obligaciones el título "De los efectos del contrato", y que por otro lado, ha dado al art. 1372 cód. civ. el título "Eficacia del contrato".

El problema fue precisado por la doctrina alemana(311), en el marco de la temática de las *Reflexwirkungen*(*); en la doctrina italiana(312), fue asociado con la temática de la llamada relevancia **externa** del negocio.

(311) Cfr., por todos, VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., II, 1, pp. 167 y ss.

(*) Los "efectos jurídicos reflejos" (*Wirkung*, "efecto", es femenino en alemán) [*N. del T.*].

(312) Cfr., por todos, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 541-543.

Sin embargo, hay que preguntarnos si se trata de un efecto atribuible, aunque sea de manera **refleja**, al negocio, entendido como acto de autonomía privada, o bien si se deriva –como creemos nosotros– de la consideración del negocio como un simple acaecimiento, como un mero presupuesto de efectos, y ya no como una acto de autonomía privada.

No es casual que en la hipótesis de los efectos **reflejos** se haya advertido que las modificaciones en el plano de las situaciones jurídicas preexistentes, se producen "*ohne dass diese Wirkung aus dem Willen der handelnden Person hervorgeht*"(313).

En buena sustancia, el recurso a la idea de **efectos reflejos** o a la idea de la **relevancia externa** del negocio parece, más que nada, un artificio, que si bien sirve para describir el problema, dado que lo precisa, no parece ser idóneo, ciertamente, para explicarlo(314)(*).

(313) VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., II, 1, p. 167. [*Ad. del T.*] Dice "sin que este efecto provenga de la voluntad de la persona que actúa".

(314) Pero sobre estos problemas ya hemos dado referencias en nuestros trabajos *Parte del negozio giuridico*, en *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 259 y ss, y *Il c.d. recupero del negozio invalido*, cit., pp. 1 y ss.

(*) **Información bibliográfica.**

Nota (25) *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, de Karl LARENZ, por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea: *Derecho civil–Parte general*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

Nota (27) *Nozioni istituzionali di diritto civile*, de Aurelio CANDIAN (1890-1971), por Blanca P. L. de Caballero; traducción revisada por Alvaro Pascual Leone: *Instituciones de derecho privado*, México, UTEHA, 1961.

Nota (28) *Erbrecht*, de Theodor KIPP (1862-1931) y Helmut COING, 11a. ed., por Blas Pérez González y José Alguer (traducción actualizada por EduardoValentí Fiol): *Derecho de sucesiones*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón María Roca Sastre, 2a. ed. al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona, Bosch, 1976.

Nota (36) *Il diritto di famiglia*, de Antonio CICU (1879-1962), por Santiago Sentís Melendo: *El derecho de familia*, Buenos Aires, EDIAR, 1947.

Nota (38) *Il matrimonio*, de Calogero GANGI, por Miguel Moreno Hernández: *Derecho matrimonial*, Madrid, Aguilar, 1960.

Nota (53) *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, de Tullio ASCARELLI (1903-1959), por Evelio Verdera y L. Suárez-Llanos: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1964.

Nota (58) *Manuale di diritto civile italiano* (4a. ed., 1924) de Nicola COVIELLO (1867-1913), por Felipe J. Tena, concordado con el derecho mexicano por Raúl Berrón Mucel: *Doctrina general del derecho civil*, México, UTEHA, 1938.
Istituzioni di diritto civile (4a. ed.), de Roberto DE RUGGIERO (1875-1934), por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929-1931.

Nota (69) *Nozioni di diritto del lavoro*, de Francesco SANTORO-PASSARELLI, por Fernando Suárez González: *Nociones de derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

Nota (102) *Sociologie et philosophie*, de Emile DURKHEIM (1858-1917), por José María Bolaño, hijo: *Sociología y filosofía*, Buenos Aires, G. Kraft, 1951.

Nota (109) *Teoria generale delle obbligazioni*, de Emilio BETTI, por José Luis de los Mozos: *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969-1970.

Nota (219) *Diritto civile*, de Ugo NATOLI (1915-1992), Lina BIGLIAZZI-GERI, Francesco Donato BUSNELLI y Umberto BRECCIA, por Fernando Hinestrosa: *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, 2 vols.

Nota (238) *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa contrattuale*, de Gian Pietro CHIRONI (1855-1918) por Adolfo González Posada: *La culpa en el derecho civil moderno. La culpa contractual*, Madrid, Hijos de Reus, 1907.

Nota (252) *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici* de Emilio BETTI, por José Luis de los Mozos: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

Nota (255) *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, de Luis JOSSERAND (1868-1939?), por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, hijo: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado: teleología jurídica*, Puebla (México), 1946.

Nota (260) *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, de Vittorino PIETROBON, por Mariano Alonso Pérez: *El error en la teoría del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.

Nota (261) *L'autonomia privata*, de Luigi FERRI, por Luis Sancho Mendizábal: *La autonomía privada*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

Nota (264) *Il negozio giuridico indiretto* de Domenico RUBINO (1912-1966), por Lino Rodríguez-Arias Bustamante: *El negocio jurídico indirecto*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

Nota (266) *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, de Karl LARENZ, por Carlos Fernández Rodríguez: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

Nota (276) *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, de Erich DANZ (1850-1914), por Wenceslao Roces: *La interpretación de los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.)*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1926.

Nota (283) *Teoria generale del diritto*, de Francesco CARNELUTTI, por Francisco Javier Osset: *Teoría general del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. *De la cause des obligations*, de Henri CAPITANT (1865-1937), por Eugenio Tarragato y Contreras: *De la causa de las obligaciones*, Madrid, Góngora, s.a.

Nota (297) *Cours de droit civil positif français* de Louis JOSSERAND: *Derecho civil*, por Santiago Chunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1950-1952.

NOTA BIBLIOGRÁFICA(*)

Como es obvio, resulta imposible, y a la larga inútil, intentar brindar un panorama bibliográfico cabal (o exhaustivo, desde cierto punto de vista) sobre los distintos estudios que la doctrina italiana y de otros sistemas (la alemana, principalmente), han dedicado al negocio jurídico en general, así como a los aspectos y elementos específicos de su compleja problemática. Aquí, por lo tanto, nos limitaremos a recordar a los autores que nos han servido de guía en nuestra investigación, y que son, además de los citados en las notas a pie de página, los mencionados en el texto con la mera indicación de sus nombres. En la relación que prosigue se señalan las obras de estos autores, a las cuales pretendíamos hacer referencia de manera implícita.

(*) De los textos citados en esta nota bibliográfica hay que dar cuenta de las siguientes ediciones en castellano:
Istituzioni di diritto romano (8a. ed.), de Pietro BONFANTE (1864-1932), por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma: *Instituciones de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965.
Schuldrecht, de Ludwig ENNECCERUS y Heinrich LEHMAN, por Blas Pérez González y José Alguer, ahora actualizada por Eduardo Valentí Fiol, *Derecho de obligaciones*, 3ª. ed.

ALLARA, Mario.
La teoria generale del contratto, Turín, 1955.

ARNDTS, Karl Ludwig.
Le pandette (trad. italiana de Filippo SERAFINI), I, Bolonia, 1882.

BARBERO, Domenico.
Rilevanza della volontà nel negozio, en *Studii in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, 1940.

BONFANTE, Pietro.
Istituzioni di diritto romano, Turín, 1946.

BRINZ, Aloys.
Pandekten II, Erlangen, 1857.

CAMMARATA, Angelo Ermanno.
Formalismo e sapere giuridico, Milán, 1963.

---

castellana al cuidado de José Ferrandis Vilella, Barcelona, Bosch, 1966, 2 vols.
Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, de Rudolf von JHERING: *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de la edición francesa (1877-1878) por Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Librería Editorial de Carlos Bailly-Bailliere, 1891.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, de Heinrich LEHMANN (1876-1967), por José María Navas: *Tratado de derecho civil alemán*, vol. I, *Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
Istituzioni di diritto civile (2a. ed.), de Salvatore PUGLIATTI (1903-1976): *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Porrúa, 1943.
Wirtschaft und Gesellschaft, 4ª. ed. alemana, de Max WEBER (1864-1920), por José Ferrater Mora y y otros: *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª. ed. castellana, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.

CANDIAN, Aurelio.
Intorno alla teoria del negozio giuridico, en *Temi*, 1947.

CARIOTA FERRARA, Luigi.
Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Nápoles, s.a.

CARRESI, Franco.
Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici, en *Riv. dir. civ.*, I, 1957.

CATAUDELLA, Antonino.
Negozio giuridico, en *Enc. Forense*, V, Milán, 1960.

CESARINI SFORZA, Widar.
Il diritto dei privati, reimpresión, Milán, 1963, con *Presentación* de Salvatore ROMANO.

CHIRONI, Gian Pietro y Luigi ABELLO.
Trattato di diritto civile italiano, I, Turín, 1904.

COVIELLO, Nicola.
Manuale di diritto civile italiano, I, Milán, 1910.

DANZ, Erich.
Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, 1911.

DE GIOVANNI, Biagio.
Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico, Nápoles, 1958.

DERNBURG, Heinrich.
Pandekten, I, Berlín, 1884.

De Ruggiero, Roberto.
Istituzioni di diritto civile, I, Mesina-Milán, 1934.

Ehrlich, Eugen.
Grundlegung der Soziologie des Rechts, Munich-Leipzig, 1929.

Endemann, Friedrich.
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlín, 1903.

Enneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann.
Schuldrecht, en Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Martin Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Tubinga, 1954.

Esser, Josef.
Schuldrecht, Karlsruhe, 1960.

Fadda, Carlo.
Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico, Nápoles, 1909.

Ferrara (padre), Francesco.
Trattato di diritto civile italiano, I, Roma, 1921.
Teoria del contratto, Nápoles, 1940.

Ferri, Luigi.
L'autonomia privata, Milán, 1959.

Ferrini, Contardo.
Pandette, Milán, 1953.

Gierke, Otto von.
Deutsches Privatrecht, I, Leipzig, 1895.

GIOVENE, Achille.
Il negozio giuridico rispetto ai terzi, Turín, 1917.

GORLA, Gino.
Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico, en *Riv. dir. comm.*, I, 1956.

GRASSETTI, Cesare.
Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico, en *Studi Economico-Giuridici dell'Università di Cagliari*, 1936.

ISAY, Hermann.
Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, Marburgo, 1899.

JHERING, Rudolf von.
Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, II, Leipzig, 1869.

KOHLER, Josef.
Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, en *Jherings Jahrb. für Dog.*, 1878.
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, Berlín, 1904.

LARENZ, Karl.
Lehrbuch des Schuldrechts, I, Múnich y Berlín, 1953.
Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Múnich, 1983.

LEHMANN, Heinrich.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlín, 1954.

LEONHARD, Franz.
Das Schuldrecht des BGB, I, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, Munich, 1929.

LEVI, Alessandro.
Teoria generale del diritto, Padua, 1953.

LOTMAR, Philipp.
Über Causa im römischen Recht, Munich, 1875.

MANIGK, Alfred.
Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlín, 1875.
Irrtum und Auslegung, Berlín, 1918.
Neubau des Privatrechts, Leipzig, 1938.
Das rechtswirksame Verhalten, Berlín, 1939.

MEDICUS, Dieter.
Allgemeiner Teil des BGB, Heildelberg, 1985.

MESSINEO, Francesco.
Il contratto in genere, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Francesco MESSINEO y Antonio CICU, Milán, 1968.

MITTEIS, Ludwig.
Römischen Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, Leipzig 1908.

NICOLÒ, Rosario.
L'adempimento dell'obbligo altrui, Milán, 1936.
Istituzioni di diritto privato, I, Milán, 1962.

OERTMANN, Paul.
Bürgerliches Gesetzbuch, I, Berlín, 1908.

PERGOLESI, Ferruccio.
I negozi giuridici come fonti normative, en *Foro it.*, IV, 1937.

PERLINGIERI, Pietro.
Il diritto civile nella legalità costituzionale, Nápoles, 1984.

PERNICE, Alfred.
Labeo, I, Halle, 1873.

PEROZZI, Salvatore.
Istituzioni di diritto romano, I, Milán, 1928.

PUGLIATTI, Salvatore.
Istituzioni di diritto civile, III, Milán, 1935.
Gli istituti del diritto civile, I, 1, Milán, 1943.
Diritto civile, metodo, teoria e pratica (Saggi), Milán, 1951.

REGELSBERGER, Ferdinand.
Pandekten, I, Leipzig, 1893.

RUBINO, Domenico.
La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, Milán, 1939.

SAVIGNY, Friedrich Carl von.
System des heutigen römischen Rechts, III, Berlín, 1840.

SCHALL, Richard.
Parteiwille im Rechtsgeschäft, Stuttgart, 1877.

SCHLOSSMANN, Siegmund.
Der Vertrag, Leipzig, 1876.

SCOGNAMIGLIO, Renato.
Contributo alla teoria del negozio giuridico, Nápoles, 1950.

SEGRÈ, Gino.
Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico, ahora en *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930.

STOLL, Heinrich.
Vertrag und Unrecht, I y II, Tubinga, 1937.

TESAURO, Alfonso.
Atti e negozi giuridici, Padua, 1933.

TRABUCCHI, Alberto.
Il dolo nella teoria dei vizi del volere, Padua, 1937.

TRIMARCHI, Vincenzo Michele.
Atto giuridico e negozio giuridico, Milán, 1940.

VON HIPPEL, Fritz.
Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tubinga, 1936.

WEBER, Max.
Economia e società (trad. italiana), I y II, Milán, 1961.

WENDT, Otto.
Lehrbuch der Pandekten, Jena, 1888.

APÉNDICE I

CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

(NORMAS CITADAS)

LIBRO PRIMERO
DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA

Título I
De las personas físicas

1. *Capacidad jurídica.*- La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.

Los derechos que la ley reconoce en favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento.

Las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas se establecen mediante leyes especiales[1].

2. *Mayoría de edad. Capacidad de obrar.*- La mayoría de edad se adquiere en el momento en que se cumplen los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para efectuar todos los actos para los cuales no se hubiere establecido una edad distinta.

---

(1) Párrafo derogado por el art. 1 del Real Decreto Ley n. 25 del 20 de junio de 1944.

Quedan a salvo las leyes especiales que establecen una edad inferior en materia de capacidad para prestar el trabajo personal. En tal caso, el menor está habilitado al ejercicio de los derechos y de las acciones que dependen del contrato de trabajo.

Título VI
Del matrimonio

Capítulo VI
Del régimen patrimonial de la familia

Sección I.
Disposiciones generales

162. *Forma de las convenciones matrimoniales* (texto original).- Las convenciones matrimoniales deben estipularse por escritura público bajo sanción de nulidad.

No pueden ser modificadas después de la celebración del matrimonio.

Se pueden estipular después de la celebración del matrimonio en los casos previstos en la ley, siempre que no afecten las convenciones matrimoniales ya establecidas[2].

---

[2] El texto actualmente vigente de este artículo es como sigue:
"Art. 162. *Forma de las convenciones matrimoniales.*- Las convenciones matrimoniales deben estipularse por escritura pública bajo sanción de nulidad.
La elección del régimen de separación también puede ser declarada en el acto de celebración del matrimonio.
Las convenciones pueden estipularse en cualquier momento, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 194.
Las convenciones matrimoniales no pueden ser opuestas a terceros cuando no resultan anotadas, al margen del acta de matrimonio, la fecha del contrato, el notario rogante y las generalidades de los contratantes, o bien la elección referida en el segundo párrafo".

Título XII
De la enfermedad mental, de la interdicción y de la inhabilitación

428. *Actos realizados por persona incapaz de entendimiento o de voluntad.*- Los actos realizados por una persona que, aun cuando no sometida a interdicción, probara haber sido incapaz, por cualquier causa, incluso transitoria, de entendimiento o de voluntad al momento en que los efectuó, pueden ser objeto de anulabilidad, a instancia de ella misma, de sus herederos o de sus sucesores a título universal o particular, si del acto resultara un perjuicio grave para su autor.

La anulabilidad de los contratos puede establecerse sólo cuando del perjuicio derivado, o que pudiera derivarse, para la persona incapaz de entendimiento o de voluntad, o del carácter del contrato, o de cualquier otro modo, resultara la mala fe del otro contratante.

La acción prescribe en el término de cinco años, contados desde la fecha en que el acto o contrato ha sido realizado.

Queda a salvo cualquier disposición contraria de la ley.

LIBRO SEGUNDO
DE LAS SUCESIONES

Título III
De las sucesiones testamentarias

Capítulo I
Disposiciones generales

587. *Testamento.*- El testamento es un acto revocable con el cual uno dispone, para el momento en el que habrá dejado de vivir, de sus propios bienes o de parte de ellos.

Las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite incorporar a un testamento tienen eficacia si están contenidas en un acto que tenga la forma del testamento, aun en ausencia de disposiciones de carácter patrimonial.

Capítulo V
De la institución de herederos y de los legados

Sección I.
Disposiciones generales

Art. 626. *Motivo ilícito.*- El motivo ilícito vuelve nula la disposición testamentaria cuando del testamento resulta que ha constituido lo único que ha determinado al testador a efectuarla.

ES PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DE LA BIBLIOTECA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

Título V
De las donaciones

Capítulo I
Disposiciones generales

769. *Definición.*- La donación es el contrato con el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a otra, sea disponiendo de un derecho suyo en favor de ésta, sea asumiendo una obligación frente a ésta.

Capítulo III
De la forma y de los efectos de la donación

779. *Donación en favor del tutor o protutor.*- Es nula la donación en favor de quien ha sido tutor o protutor del donante, si ésta es realizada antes de que las cuentas sean aprobadas, o de que se extinga la acción para solicitar la rendición de cuentas misma.

784. *Donación a concebidos.*- La donación también puede ser realizada en favor de quien sólo tenga la condición de concebido, o bien en favor de los hijos de una determinada persona, con vida al momento de la donación, aun cuando ellos, entonces, sólo tuvieran la condición de concebidos.

La aceptación de la donación en favor de personas por nacer, incluso en el caso de las no concebidas, se regula por las disposiciones de los artículos 320 y 321.

Salvo disposición distinta del donante, la administración de los bienes donados corresponde al donante o a sus herederos, los cuales pude ser obligados a prestar una garantía idónea. Los frutos generados antes del nacimiento son reservados al donatario si

la donación ha sido realizada en favor de un concebido. Si se ha hecho en favor de un no concebido, los frutos son reservados al donante hasta el momento del nacimiento del donatario.

785. *Donación con motivo de matrimonio.*- La donación realizada por motivo de un determinado matrimonio futuro, sea de los cónyuges entre sí, sea de otros en favor de uno de los cónyuges o de ambos o de los hijos concebidos de éstos, se perfecciona, sin necesidad de que sea aceptada, pero no produce efectos mientras no se realice el matrimonio.

La anulación del matrimonio comporta la nulidad de la donación. Quedan a salvo, sin embargo, los derechos adquiridos por los terceros de buena fe entre el día del matrimonio y el paso a cosa juzgada de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. El cónyuge de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de anulación del matrimonio.

788. *Motivo ilícito.*- El motivo ilícito vuelve nula la donación cuando del acto resulta que fue lo único que determinó al donante a realizar la liberalidad.

793. *Donación modal.*- La donación puede ser gravada con una carga.

El donatario está obligado al cumplimiento de la carga, dentro de los límites del valor de la cosa donada.

Para el cumplimiento de la carga puede accionar, además del donante, cualquier interesado, incluso durante la vida del mismo donante.

La resolución por incumplimiento de la carga, si estuviera prevista en el acto de donación, puede ser requerida por el donante o por sus herederos.

LIBRO TERCERO
DE LA PROPIEDAD

Título I
De los bienes

Capítulo I
De los bienes en general

810. *Noción.*- Son bienes las cosas que pueden formar objeto de derechos.

Título II
De la propiedad

Capítulo I
Disposiciones generales

832. *Contenido del derecho.*- El propietario tiene el derecho de usar y disfrutar, y de disponer de las cosas en forma plena y exclusiva, dentro de los límites y en observancia de los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico.

838. *Expropiación de bienes que interesan a la producción nacional o de preeminente interés público.*- Sin perjuicio de las disposiciones de las leyes penales y municipales ["así como de las normas del ordenamiento corporativo"] y de las disposiciones particulares concernientes a bienes determinados, cuando el propietario abandona la conservación, el cultuo o el ejercicio de bienes que son de interés para la producción nacional, en modo tal que afecta gravemente las exigencias de la producción misma, puede tener

lugar la expropiación de los bienes por parte de la autoridad administrativa, con el previo pago de una justa indemnización.

La misma disposicion se aplica si el detrimento de los bienes tiene como efecto una grave afectación del decoro de las ciudades o por motivos artísticos, históricos o de sanidad pública.

LIBRO CUARTO
DE LAS OBLIGACIONES

Título I
De las obligaciones en general

Capítulo I
Disposiciones preliminares

1173. *Fuentes de las obligaciones.*- Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, en conformidad con el ordenamiento jurídico.

1175. *Comportamiento con arreglo a la lealtad*[3].- El deudor y el acreedor deben comportarse con arreglo a las reglas de la lealtad.

---

(3) "*Correttezza*" en el original. Sentís Melendo propone una traducción literal ("corrección"). Otra alternativa podría ser "rectitud" o sencillamente "honestidad".

Título II
De los contratos en general

Capítulo I
Disposiciones preliminares

1321. *Noción.*- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas[4].

1322. *Autonomía contractual.*- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley.

Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico.

1323. *Normas que regulan los contratos.*- Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que disponen de una regulación particular, se someten a las normas contenidas en este título.

1324. *Normas aplicables a los actos unilaterales.* Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observan, en cuanto fueren compatibles, en los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial.

---

(4) Como no es desconocido, esta norma fue adoptada en el Código Civil peruano de 1984: "Art. 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Capítulo II
De los requisitos del contrato

1325. *Indicación de los requisitos.*- Los requisitos del contrato son:

1) El acuerdo de las partes;

2) La causa;

3) El objeto;

4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

Sección I.
Del acuerdo de las partes

1326. *Celebración del contrato.*- El contrato queda celebrado en el moemnto en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

La aceptación debe arribar al oferente dentro del plazo por él establecido o dentro del plazo ordinariamente necesario según la naturaleza de la operación, o según los usos.

El oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, siempre que dé inmediato aviso a la otra parte.

Cuando el oferente requiere una forma determinada para la aceptación, esta no tiene efecto si es realizada de una forma diversa.

Una aceptación no conforme a la oferta equivale a una nueva oferta.

1327. *Ejecución antes de la respuesta del aceptante.*- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación, o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución.

La aceptante debe dar pronto aviso a la otra parte de la ejecución iniciada, y en caso de omisión, está obligado al resarcimiento del daño.

1328. *Revocación de la oferta y de la aceptación.*- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato.

La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación.

1329. *Oferta irrevocable.*- Si el oferente se ha obligado a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no produce efecto.

En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia.

1330. *Fallecimiento o incapacidad del empresario.*- La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresario fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias.

1331. *Opción.*- Cuando las partes convienen en que una de ellas quedará vinculada a su propia declaración, y que la otra tendrá facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considera como oferta irrevocable por los efectos previstos en el art. 1329.

Si para la aceptación no se ha fijado un plazo, este puede ser establecido por el juez.

1332. *Adhesión de otras partes al contrato.*- Si otras partes pueden adherirse a un contros, y no se han determinado las modalidades de la adhesión, esta debe ser dirigiga al órgano que se haya constituido para la ejecución del contrato o, en ausencia del mismo, a todos los contratantes originales.

1333. *Contrato con obligación para el solo oferente.*- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la cual ella está destinada.

El destinatario puede rechazar la propuesta dentro del término requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado.

1334. *Eficacia de los actos unilaterales.*- Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en el que llegan a conocimiento de la persona a la cual están destinados.

1335. *Presunción de conocimiento.*- La oferta, la aceptación, la revocación de estas, y toda otra declaración dirigida a una persona determinada se reputan conocidas en el momento que arriban al domicilio del destinatario, a menos que este pruebe que, sin culpa, estaba imposibilitado para tener noticia de ella.

1336. *Oferta al público.*- La oferta al público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a cuya celebración está dirigida, vale como oferta, salvo que algo distinto resulte de las circunstancias o de los usos.

La revocación de la oferta, cuando es realizada de la misma forma de la oferta o de forma equivalente, es eficaz incluso frente a quien no hubiere tenido conocimiento de ella.

1337. *Tratativas y responsabilidad precontractual.*- En el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe.

1338. *Conocimiento de las causas de invalidez.*- La parte que conociendo, o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no da noticia de ello a la otra parte queda obligada a resarcir el daño causado a esta, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

1339. *Inserción automática de cláusulas.*- Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley ["o por las normas corporativas"] se insertan de pleno derecho en el contrato, incluso en sustitución de las cláusulas diversas establecidas por las partes.

1340. *Cláusulas de estilo.*- Las cláusulas de estilo se consideran insertas en el contrato, si no resulta que no han sido queridas por las partes.

1341. *Condiciones generales de contratación.*- Las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria.

En ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, en favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para resolver el contrato o para suspender su

ejecución, o bien que sancionen a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.

1342. *Contrato celebrado mediante modelos o formularios.*- En los contratos celebrados mediante la suscripción de modelos o formularios, predispuestos para regular de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al modelo o al formulario prevalecen sobre las del modelo o formulario, si fueran incompatibles con las mismas, incluso si éstas no hubieran sido canceladas.

Se observan, además, las disposiciones del segundo párrafo del artículo precedente".

Sección II.
De la causa del contrato

1343. *Causa ilícita.*- La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".

1344. *Contrato en fraude a la ley.*- Se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

1345. *Motivo ilícito.*- El contrato es ilícito cuando las partes son determinadas a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito que ambas tengan en común.

Sección III.
Del objeto del contrato

1346. *Requisitos.*- El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable

1347. *Posibilidad sobrevenida del objeto.*- El contrato sometido a condición suspensiva o a plazo es válido si la prestación inicialmente imposible deviene posible antes de la realización de la condición o de la caducidad del término.

1348. *Cosas futuras.*- La prestación de cosas futuras puede ser comprometida en el contrato, con excepción de las específicas prohiciones de la ley.

1349. *Determinación del objeto.*- Si la determinación de la prestación que se deduce del contrato ha sido delegada a un tercero y no resulta que las partes hayan querido someterse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder con una apreciación equitativa. Si falta la determinación del tercero o si ésta es manifiestamente inicua o errónea, la determinación es hecha por el juez.

La determinación delegada al mero arbitrio del tercero no se puede impugnar sino probando su mala fe. Si falta la determinación del tercero y las partes no llegan a un acuerdo para sustituirlo, el contrato es nulo.

En la determinación de la prestación el tercero también debe tener en cuenta las condiciones generales de la producción a las cuales el contrato, eventualmente, haga referencia.

Sección IV.
De la forma del contrato

1350. *Actos que deben realizarse por escrito.*- Deben efectuarse por escritura pública o por documento privado, bajo sanción de nulidad:

1) Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles.
2) Los contratos que constituyen, modifican o transfieren el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles, el derecho de superficie, el derecho del enajenante de bienes inmuebles y del enfiteuta.
3) Los contratos que constituyen la comunión de derechos indicados en los números precedentes.
4) Los contratos que constituyen o modifican las servidumbres prediales, el derecho de uso sobre bienes inmuebles y el derecho de habitación.
5) Los actos de renuncia de los derechos indicados en los números precedentes.
6) Los contratos de redención del fundo enfitéutico.
7) Los contratos de anticresis.
8) Los contratos de locación de bienes inmuebles por una duración superior a nueve años.
9) Los contratos de sociedad o de asociación con los cuales se confiere el uso y disfrute de bienes inmuebles o de otros derechos reales inmobiliarios por un tiempo que exceda los nueve años o por un tiempo indeterminado.
10) Los actos que constituyen rentas perpetuas o vitalicias, sin perjuicio de las disposiciones relativas a las rentas del Estado.

11) Los actos de división de bienes inmuebles y de otros derecho reales inmobiliarios.
12) Las transacciones que tienen por objeto controversias relativas a las relaciones jurídicas mencionadas en los números precedentes.
13) Los demás actos específicamente indicados por la ley.

1351. *Contrato preliminar.* El contrato preliminar es nulo si no es hecho de la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo.

1352. *Formas convencionales.*- Si las partes han convenido por escrito que adoptarán una determinada forma para la celebración futura de un contrato, se presume que la forma se establece para la validez del mismo.

Capítulo III
De la condición en el contrato

1353. *Contrato condicional.*- Las partes pueden subordinar la eficacia o la resolución del contrato o de un pacto específico a un acaecimiento futuro e incierto.

1354. *Condiciones ilícitas o imposiles.*- Es nulo el contrato al que se impone una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a normas imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres.

La condición imposible vuelve nulo el contrato si es suspensiva; si es resolutoria se tiene por no puesta.

Si la condición ilícita o imposible es impuesta a un pacto específico del contrato, se observan, con respecto a la eficacia de dicho pacto, las disposiciones de los párrafos precedentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1419.

1355. *Condición meramente potestativa.*- Es nula la enajenación de un derecho o la asunción de un deber subordinada a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del enajenante o del deudor, respectivamente.

1356. *Pendencia de la condición.*- En pendencia de la condición suspensiva, el adquirente de un derecho puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede, en pendencia de esta, ejercer dicho derecho, pero el otro contratante puede realizar actos conservatorios.

1357. *Actos de disposición en pendencia de la condición.*- Quien tiene un derecho subordinado a condición suspensiva o resolutoria puede disponer de aquel, en pendencia de esta; pero los efectos de cada acto de disposición están subordinados a la misma condición.

1358. *Comportamiento de las partes durante el estado de pendencia.*- Encontrándose en pendencia la condición, aquel que se ha obligado o que ha alienado un derecho bajo condición suspensiva, o que lo ha adquirido bajo condición resolutoria, debe comportarse según la buena fe, a fin de conservar íntegros los intereses de la otra parte.

1359. *Realización de la condición.* La condición se considera realizada cuando no se ha verificado por causa imputable a la parte que tenía interés contrario a la realización de ella.

1360. *Retroactividad de la condición.* Los efectos de la realización de la condición se retrotraen al momento en que se celebró el contrato, salvo que por voluntad de las partes, o por la natura-

leza de la relación, los efectos del contrato o de la resolución tuvieren que ser retrotraídos a un momento distinto.

Sin embargo, si la condición resolutoria ha sido impuesta en un contrato de ejecución continuada o periódica, la realización de ella, en ausencia de pacto en contrario, no tiene efecto con respecto a las prestaciones ya ejecutadas.

Capítulo IV
De la interpretación del contrato

1362. *Intención de los contratantes.*- Al interpretar el contrato se debe analizar cuál ha sido la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras.

Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar su comportamiento integral, incluso aquel que es posterior a la celebración del contrato.

1363. *Interpretación integral de las cláusulas.*- Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a cada una el sentido que resulta de la integridad del acto.

1364. *Expresiones generales.*- Por cuanto generales que fueren las expresiones empleadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los cuales las partes se han propuesto contratar.

1365. *Indicaciones con valor ejemplificativo.*- Cuando en un contrato se ha expresado un caso, con el fin de explicar un pacto, no se presumen excluidos los casos no expresados, a los cuales, con arreglo a la razón, puede extenderse el mismo pacto.

1366. *Interpretación de buena fe.*- El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe.

1367. *Conservación del contrato.*- En caso de duda, el contrato o las cláusulas específicas deben interpretarse en el sentido que les permita tener algún efecto, y no el aquel sentido con el cual no tendrían ninguno.

1368. *Prácticas generales con valor interpretativo.*- Las cláusulas ambiguas se interpretan de acuerdo con la práctica general del lugar en el cual el contrato ha sido celebrado.

En los contratos en los cuales una de las partes es un empresario, las cláusulas ambiguas se interpretan según la práctica general del lugar donde la empresa tiene su sede.

1369. *Expresiones con varios sentidos.*- En la duda, las expresiones que pueden tener varios sentidos deben ser entendidas en el sentido más conveniente según la naturaleza y el objeto del contrato.

1370. *Interpretación contra el autor de la cláusula.*- Las cláusulas incluidas en las condiciones generales de contratación, o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, en favor del otro.

1371. *Reglas finales.*- En cualquier caso en que, no obstante la aplicación de las normas contenidas en este capítulo, el contrato siga siendo oscuro, el mismo debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si el contrato es a título gratuito, y en el sentido en que realice una equitativa armonización de los intereses de las partes, si es a título oneroso.

Capítulo V
De los efectos del contrato

Sección I.
Disposiciones generales

1372. *Eficacia del contrato.*- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley.

El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley.

1374. *Integración del contrato.*- El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de esta, según los usos y la equidad.

1375. *Ejecución de buena fe.*- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe.

1376. *Contrato con efectos reales.*- En los contratos que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

1381. *Promesa de la obligación o del hecho del tercero.*- El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se niega a obligarse o si no cumple el hecho prometido.

Capítulo VIII
De la cesión del contrato

1406. *Noción.*- Cualquiera de las partes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones correspectivas, si éstas todavía no se han cumplido, y siempre que la otra parte consienta ello.

Capítulo X
De la simulación

1414. *Efectos de la simulación entre las partes.*- El contrato simulado no produce efectos entre las partes.

Si las partes han querido celebrar un contrato un contrato diverso del aparente, tiene efectos entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma de este último.

Las disposiciones precedentes se aplicarán también a los actos unilaterales dirigidos a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

1415. *Efectos de la simulación respecto a terceros.*- La simulación no puede oponerse, ni por las partes contratantes, ni por sus causahabientes ni por los acreedores del alienante simulado, a los terceros que de buena fe hubieren adquirido derechos del titular aparente, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de simulación.

Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes, cuando ella perjudica sus derechos.

1416. *Relaciones con los acreedores.*- La simulación no puede ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular apa-

rente que de buena fe hubiere realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado.

Los acreedores del alienante simulado puede hacer valer la simulación que perjudica sus derechos, y en caso de conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, son preferidos a éstos, si su crédito es anterior al acto simulado.

Capítulo XI
De la nulidad del contrato

1418. *Causas de la nulidad del contrato.*- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario.

Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el art. 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el art. 1346.

El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley.

1419. *Nulidad parcial.*- La nulidad parcial de un contrato, o la nulidad de cláusulas específicas, comporta la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad.

La nulidad de cláusulas específicas no comporta la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas.

1420. *Nulidad del contrato plurilateral.*- En los contratos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada una están dirigidas a la obtención de un fin común, la nulidad que

afecta el vínculo de una sola de las partes no comporta la nulidad del contrato, salvo que, de acuerdo con las circunstancias, la participación de aquélla deba considerarse esencial.

1421. *Legitimación para la acción de nulidad.*- Salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser hecha valer por todo aquel que tenga interés en ello, y puede ser determinada, de oficio, por el juez.

1422. *Imprescriptibilidad de la acción de nulidad.*- La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, sin perjuicio de los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición.

1423. *Inadmisibilidad de la convalidación.*- El contrato nulo no puede ser convalidado, a menos que la ley dispusiera lo contrario.

1424. *Conversión del contrato nulo.*- El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, si contiene los requisitos de sustancia y forma de éste, y siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera, de haber conocido la nulidad.

Capítulo XII
De la anulabilidad del contrato

Sección I.
De la incapacidad

1425. *Incapacidad de las partes.*- El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar.

Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el art. 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad.

1426. *Engaños empleados por el menor de edad.*- El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaños su minoría de edad; empero, la simple declaración que él hiciere, de ser un mayor de edad, no es obstáculo para la impugnación del contrato.

Sección II.
De los vicios del consentimiento

1427. *Error, violencia y dolo.*- El contratante cuyo consentimiento hubiere sido dado por error, u obtenido con violencia, o propiciado mediante dolo, puede demandar la anulabilidad del contrato, según las disposiciones siguientes.

1428. *Relevancia del error.*- El error es causa de anulabilidad del contrato cuando es esencial y cuando es reconocible para el otro contratante.

1429. *Errol esencial.*- El error es esencial:

1) Cuando recae sobre la naturaleza u objeto del contrato.

2) Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación, o bien sobre una cualidad del mismo, que según la apreciación general y en relación con las circunstancias debe considerarse determinante del consentimiento.
3) Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que la identidad o las cualidades hayan sido determinantes del consentimiento.
4) Cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única razón o la razón principal del contrato.

1430. *Error de cálculo.*- El error de cálculo no da lugar a la anulabilidad del contrato, sino solamente a una rectificación, salvo que, al concretizarse en un error en la cantidad, haya sido determinante del consentimiento.

1431. *Error reconocible.*- El error se considera reconocible cuando, a juzgar del contenido, las circunstancias del contrato, o de las cualidades de los contratantes, una persona de diligencia normal hubiese podido advertirlo.

1432. *Mantenimiento del contrato rectificado.*- La parte en error no puede demandar la anulabilidad del contrato si antes de que poder sufrir perjucio, la otra parte ofrece ejecutar el contrato de modo conforme al contenido y a las modalidades del contrato que la primera pretendía concluir.

1433. *Error en la declaración o la su transmisión de la misma.*- Las disposiciones de los artículos precedentes también se aplican en el caso en que el error recae sobre la declaración, o cuando la declaración hubiese sido transmitida de manera

inexacta, por parte de la persona u entidad que tenía el encargo de hacerlo.

1434. *Violencia.*- La violencia es causa de anulabilidad del contrato, incluso cuando hubiese sido ejercida por un tercero.

1435. *Características de la violencia.*- La violencia debe ser de tal naturaleza que logre impresionar a una persona sensata, y suscitarle el temor de que ella o sus bienes quedarán expuestos a un mal injusto y notorio. En esta materia, se tienen en cuenta la edad, el sexo y las condiciones de la persona.

1439. *Dolo.*- El dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando los engaños empleados por uno de los contratantes han sido tales que la otra parte no habría contratado en ausencia de ellos.

Cuando los engaños han sido empleados por un tercero, el contrato es anulable si fueron conocidos para el contratante que ha obtenido ventaja de ellos.

1440. *Dolo incidental.*- Si los engaños no han sido tales de determinar el consentimiento, el contrato es válido, aun cuando en ausencia de aquéllos se hubiese celebrado en condiciones distintas; pero el contratante que incurrió en mala fe responde de los daños.

Sección III.
De la acción de anulabilidad

1441. *Legitimación.*- La anulabilidad del contrato puede ser demandada sólo por la parte en cuyo interés aquella ha sido concedida por la ley.

1442. *Prescripción.*- La acción de anulabilidad prescribe a los cinco años.

Cuando la anulabilidad depende de vicio del consentimiento o de incapacidad legal, el plazo corre desde el día en que cesó la violencia, en que fue descubierto el error o el dolo, en que cesó el estado de interdicción o de inhabilitación, o en que el menor ha alcanzado la mayoría de edad.

En los demás casos, el plazo corre desde el día de la celebración del contrato.

La anulabilidad puede ser opuesta por la parte demandada para la ejecución del contrato, aun cuando hubiere prescrito la acción para hacerla valer.

1443. *Repetición contra el contratante incapaz.*- Si el contrato es anulado por incapacidad de uno de los contratantes, este no está obligado a restituir al otro la prestación recibida, salvo dentro de los límites en los que esta ha sido de ventaja para él.

1444. *Convalidación.*- El contrato anulable puede ser convalidado por el contratante al que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad, y la declaración de que se pretende convalidarlo.

El contrato puede ser convalidado si el contratante al que correspondía la acción de anulabilidad ha dado ejecución al mismo, voluntariamente, y teniendo conocimiento del motivo de la anulabilidad.

La convalidación no tiene efecto si quien la realiza no está en condición de celebrar válidamente el contrato.

1446. *Anulabilidad del contrato plurilateral.*- En los contratos indicados en el art. 1420 la anulabilidad que atañe al vínculo de

una sola de las partes no comporta la anulación del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Capítulo XIV
De la resolución del contrato

1447. *Contrato celebrado en estado de peligro.*- El contrato con el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado.

El juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada.

1448. *Acción general de rescisión por lesión.*- Si existe desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha arpovechado para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato.

La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato.

La lesión debe mantenerse hasta el momento en que la demanda se interpone.

No pueden rescindirse por causa de lesión los contratos aleatorios.

Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división.

1450. *Oferta de modificación del contrato.*- El contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla si ofrece una modificación del contrato suficiente como para reestablecer la equidad.

1451. *Inadmisibilidad de la convalidación.*- El contrato rescindible no puede ser convalidado.

Capítulo XIV
De la resolución del contrato

Sección I.
De la resolución por incumplimiento.

1453. *Posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento.*- En los contratos con prestaciones correspectivas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede, a su elección, requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio, en cualquier caso, del resarcimiento del daño.

La resolución también puede ser demandada cuando el juicio ha sido promovido para obtener el cumplimiento, pero no se puede requerir el cumplimiento cuando se ha demandado la resolución.

A partir de la fecha de la demanda de resolución, aquel que incumplió ya no puede cumplir su obligación.

1459. *Resolución del contrato plurilateral.*- En los contratos indicados en el art. 1420, el incumplimiento de una de las partes no comporta la resolución del contrato respecto de las demás, salvo que la prestación faltante deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias.

1460. *Excepción de incumplimiento.*- En los contratos con prestaciones correspectivas, cualquiera de los contratantes puede negarse a cumplir su obligación mientras que el otro no cumpla o no ofrezca cumplir, contemporáneamente, su propia obligación, salvo que las partes hubieran fijado términos distintos para el cumplimiento, o si éstos resultaran de la naturaleza misma del contrato.

Sin embargo, no puede negarse la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe.

Sección II.
De la imposibilidad sobrevenida

1466. *Imposibilidad del contrato plurilateral.*- En los contratos indicados en el art. 1420, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no comporta la disolución del contrato respecto de las demás, salvo que la prestación faltante deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Título III
De los contratos en particular

Capítulo IX
Del mandato

Sección I.
Disposiciones generales.

1703. *Noción.*- El mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra.

1709. *Presunción de onerosidad.*- El mandato se presume oneroso. La medida de la compensación si no ha sido establecida por las partes, se determina sobre la base de las tarifas profesionales según los usos; en su defecto, es determinada por el juez.

Título IV
De las promesas unilaterales

1987. *Eficacia de las promesas.*- La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley.

1988. *Promesa de pago y reconocimiento de deuda.*- La promesa de pago o el reconocimiento de deuda dispensan a aquel en cuyo favor han sido formuladas de la carga de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume salvo prueba en contrario.

Título IX
De los hechos ilícitos

2043. *Resarcimiento por hecho ilícito.* Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

LIBRO QUINTO
DEL TRABAJO

Título V
De la sociedad

Capítulo I
Disposiciones generales

2247. *Contrato de sociedad.*- Con el contrato de sociedad, dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, con el fin de dividirse las utilidades de ello.

LIBRO SEXTO
DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Título III
De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de las garantías patrimoniales

Capítulo V
De los medios de conservación de la garantía patrimonial

Sección II.
De la acción revocatoria

2901. *Condiciones.*- El acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a plazo, puede demandar que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione perjuicio a sus intereses, cuando concurren las siguientes condiciones:

1) Que el deudor haya conocido el perjuicio que el acto ocasionaba a los intereses del acreedor o que, tratándose de un acto anterior al surgimiento del crédito, el acto fuera dolosamente predispuesto con el fin de perjudicar la satisfacción del mismo.
2) Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero haya sido consciente del perjuicio, y en el caso de un acto anterior al surgimiento del crédito, que haya sido partícipe de la predisposición dolosa.

Para efectos de la presente norma, las prestaciones de garantías, incluso por otras deudas, se consideran actos a título oneroso, cuando fueran simultáneas al crédito garantizado.

No es susceptible de revocación el cumplimiento de una deuda vencida.

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de revocación.

APÉNDICE II
CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

LIBRO II
ACTO JURÍDICO

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, o por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.(*)

"**Artículo 141A.** - Formalidad

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta."(**)

TÍTULO II
FORMA DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 142. - El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Artículo 143. - Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Artículo 144. - Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

(*) Artículo modificado mediante Ley No. 27291, del 24-6-2000, quedando vigente el siguiente texto:
"Artículo 141. - Manifestación de Voluntad
La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.
Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.
No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".

(**) Artículo incluido mediante Ley 27291 del 24-6-2000.

TÍTULO III
REPRESENTACIÓN

Artículo 145.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

Artículo 146.- Se permite la representación entre cónyuges.

Artículo 147.- Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

Artículo 149.- El poder puede ser revocado en cualquier momento.

Artículo 150.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.

Artículo 151.- La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.

Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.

Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

Artículo 153.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

Artículo 154. - El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.

El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.

Artículo 155. - El poder general sólo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

Artículo 156. - Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Artículo 157. - El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

Artículo 158. - El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.

El representado puede accionar directamente contra el sustituto.

Artículo 159. - La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.

Artículo 160. - El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.

Artículo 161. - El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Artículo 162. - En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

Artículo 163. - El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido.

Artículo 164. - El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades.

Artículo 165. - Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.

Artículo 166. - Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

Artículo 167. - Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

TÍTULO IV
INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 168. - El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169. - Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170. - Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

TÍTULO V
MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 171. - La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas.

Artículo 172. - Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

Artículo 173. - Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria.

Artículo 174. - El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.

Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario.

Artículo 175. - Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.

Artículo 176. - Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Artículo 177. - La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

Artículo 178. - Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente.

Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho.

Artículo 179. - El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Artículo 180. - El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.

Artículo 181. - El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.
   Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación(*).
2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.
3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

(*) Párrafo agregado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito(*).

Artículo 182. - Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo(**).

Artículo 183. - El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

(*) Párrafo agregado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

(**) Párrafo sustituido por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

5. El plazo cuyo día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Artículo 184. - Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

Artículo 185. - El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna.

Artículo 186. - Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.
La demanda se tramita como proceso sumarísimo(*).

Artículo 187. - El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad.

Artículo 188. - La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.

En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.

Artículo 189. - Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

(*) Párrafo sustituido por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

TÍTULO VI
SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 190. - Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Artículo 191. - Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

Artículo 192. - La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

Artículo 193. - La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.

Artículo 194. - La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

TÍTULO VII
FRAUDE DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 195. - El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito(*).

Artículo 196. - Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado.

(*) Modificado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

Artículo 197. - La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

Artículo 198. - No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta.

Artículo 199. - El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.

El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho.

Artículo 200. - La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra(*).

TÍTULO VIII
VICIOS DE LA VOLUNTAD

Artículo 201. - El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Artículo 202. - El error es esencial:

(*) Modificado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R. M. 010-93-JUS de 8. 1. 93.

1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad .
2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

Artículo 203. - El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

Artículo 204. - El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.

Artículo 205. - El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

Artículo 206. - La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir.

Artículo 207. - La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.

Artículo 208. - Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración

hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Artículo 209. - El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Artículo 210. - El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Artículo 211. - Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será valido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 212. - La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

Artículo 213. - Para que el dolo sea causa de anulación de acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.

Artículo 214. - La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Artículo 215. - Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

Artículo 216. - Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Artículo 217. - La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

Artículo 218. - Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

TÍTULO IX
NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 219. - El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declare nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Artículo 220. - La nulidad a que se refiere el Artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.

Artículo 221. - El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

Artículo 222. - El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Artículo 223. - En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importara la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Artículo 224. - La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Artículo 225. - No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Artículo 226. - La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Artículo 227. - Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Artículo 228. - Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

Artículo 229. - Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad.

TÍTULO X
CONFIRMACIÓN
DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 230. - Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

Artículo 231. - El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

Artículo 232. - La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

LIBRO VII
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
CONTRATOS EN GENERAL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

Artículo 1357.- Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

Artículo 1358.- Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Artículo 1360.- Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.

Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.

Artículo 1364.- Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto.

Artículo 1365.- En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.

Artículo 1366.- No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor de la General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.
2. Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.
3. Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.
4. Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.
5. Los Miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.
6. Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en el que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.
7. Los albaceas, los bienes que administran.
8. Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.

9. Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.

Artículo 1367.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 1366 se aplican también a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas impedidas.

Artículo 1368.- Las prohibiciones de que tratan los incisos 1, 2, 3, 7 y 8 del artículo 1366 rigen hasta seis meses después de que las personas impedidas cesen en sus respectivos cargos.

Artículo 1369.- No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago.

Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse, las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe(*).

TÍTULO II
EL CONSENTIMIENTO

Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla(**).

Artículo 1375.- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

Artículo 1376.- La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

(*) Modificado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D.Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8.1.93.

(**) Artículo modificado mediante Ley No. 27291, del 24-6-2000, quedando vigente el siguiente texto:
"Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.
Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo."

Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

Artículo 1377.- Son válidas las ofertas alternativas hechas a un mismo destinatario. La aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas da lugar a la formación del contrato respecto a la cual el destinatario haya expresado su aceptación.

Artículo 1378.- No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

Artículo 1379.- En las ofertas cruzadas, el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas.

Artículo 1380.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 1381.- Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Artículo 1382.- La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

Artículo 1383.- La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible.

Artículo 1384.- La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

Artículo 1385.- La oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

Artículo 1386.- Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

Artículo 1387.- La muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.

Artículo 1388.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

Artículo 1389.- En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas.

La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor.

El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Artículo 1391.- Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determine la manera de adherirse, el interesado debe dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios.

Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Artículo 1393.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.

Artículo 1394.- El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Artículo 1395.- Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran.

Artículo 1396.- En los contratos ofrecidos con arreglo a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad

administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.

Artículo 1397.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato(*).

Artículo 1399.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral(**).

(*) Modificado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D.Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8.1.93.

(**) Párrafo agregado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D.Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8.1.93.

Artículo 1400.- En los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertadas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

TÍTULO III
OBJETO DEL CONTRATO

Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1403.- La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Artículo 1405.- Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

Artículo 1406.- Es nulo el contrato por el que se dispone de la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

Artículo 1407.- Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.

Artículo 1408.- La determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe. Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

Artículo 1409.- La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Artículo 1410.- Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.

TÍTULO IV
FORMA DEL CONTRATO

Artículo 1411.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Artículo 1412.- Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.
La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el

título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente(*).

Artículo 1413.- Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

TÍTULO V
CONTRATOS PREPARATORIOS

Artículo 1414.- Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.

Artículo 1415.- El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.

Artículo 1416.- El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo(**).

Artículo 1417.- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

Artículo 1418.- La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:

(*) Párrafo agregado por la primera disp. modif. del Texto Unico Ordenado del D.Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8.1.93.

(**) Artículo modificado mediante Ley 27420 del 7-2-2001, quedando vigente el siguiente texto:
"Artículo 1416- Plazo del compromiso de contratar
El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable.
Si no se estableciera el plazo, éste será de un año."

1. Exigir judicialmente la celebración del contrato.
2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 1419.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

Artículo 1420.- Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes.

Artículo 1421.- Es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo.

Artículo 1422.- El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

Artículo 1423.- Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite(*).

Artículo 1424.- Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.

Artículo 1425.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

(*) Artículo modificado mediante Ley 27420 del 7-2-2001 quedando vigente el siguiente texto:
"Artículo 1423.- Plazo del contrato de opción
El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año."

TÍTULO IX
LESIÓN

Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

Artículo 1448.- En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

Artículo 1449.- La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.

Artículo 1450.- Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia del valor.

Artículo 1451.- El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

Artículo 1452.- En los casos en que la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1447 fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste.

Artículo 1453.- Es nula la renuncia a la acción por lesión.

Artículo 1454.- La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.

Artículo 1455.- No procede la acción por lesión:

1. En la transacción.
2. En las ventas hechas por remate público.

Artículo 1456.- No puede ejercitar la acción por lesión el copropietario que haya enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados.