

---

---

FRANCESCO GALGANO

## Teorías e ideologías del negocio jurídico(\*)

### 1. *El concepto de negocio jurídico*

El negocio jurídico es, en el mundo del derecho, el momento final de una secuencia conceptual que parte de la categoría más amplia de hecho jurídico y, mediante sucesivas clasificaciones, lleva primero a la subcategoría de acto jurídico y consiguientemente a la de negocio jurídico. Es el “abecé” de la ciencia del derecho: se llama “hecho jurídico” todo acontecimiento, natural o humano, a cuya realización el derecho atribuye un efecto jurídico cualquiera, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas; el “acto jurídico” se distingue del “hecho” por tratarse de un acto voluntario del hombre: aquí, el derecho no atribuye el efecto jurídico a un acontecimiento material, sino al ulterior requisito de la voluntariedad del acontecimiento, de forma que el efecto jurídico no se produce si el hecho no consiste en el comportamiento voluntario y consciente del hombre. La categoría así delimitada es, a su vez, punto de partida de numerosas clasificaciones (actos lícitos y actos ilícitos, actos discrecionales y actos debidos, etc.); concretamente, la subcategoría del negocio jurídico se define sobre la base del papel específico que cumple en ella la voluntad del hombre; el derecho no atribuye el efecto jurídico, como ocurre en el acto jurídico en general, a la mera

(\*) *Teorie e ideologie del negozio giuridico* forma parte del “reading” *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Cesare SALVI, Milano, Feltrinelli, 1978. Versión castellana de Mariano Maresca.

voluntariedad del comportamiento, sino al ulterior extremo de la llamada "voluntad de los efectos". No basta, como para el acto jurídico en general, que el sujeto haya querido el acto; para que el efecto jurídico se produzca, hace falta que el sujeto haya querido también el efecto. La diferencia específica, por tanto, es ésta: mientras el acto jurídico en general produce los efectos que el derecho le atribuye simplemente con ser un acto voluntario, sin importar que el que lo realiza no haya querido otra cosa distinta del acto mismo, incluidos los efectos que el derecho le atribuye, el negocio jurídico, por el contrario, no produce efectos si el sujeto no los ha querido (1).

Podemos encontrar ejemplos emblemáticos de esta representación conceptual en los modos de adquisición de la propiedad. Así, la adquisición de la propiedad se determina (a título originario) como consecuencia de un simple "hecho" y al margen de todo concurso de la voluntad humana, en el caso de la accesión de un inmueble a otro (por aluvión, avulsión, etc.); por el contrario, según este orden conceptual la ocupación es un "acto jurídico"; en cuanto comportamiento voluntario, produce el efecto jurídico de la adquisición de la propiedad (también a título originario) de la *res nullius*, pero a diferencia de lo que ocurre en el negocio jurídico, ello ocurre con independencia de que la circunstancia de la adquisición de la propiedad fuese un efecto jurídico querido como consecuencia del comportamiento. Por el contrario, la compraventa, la permuta, etc., determinan el efecto jurídico de la adquisición (a título derivativo) de la propiedad de la cosa objeto del contrato, pero en la medida en que la voluntad de las partes se dirija directamente a la producción de ese efecto jurídico; y no producen tal efecto cuando, como en el caso de la simulación, resulte *aliunde* que las partes no lo han querido.

El negocio jurídico también puede ser considerado, además de en cuanto tal, como hecho o como acto jurídico. Así, la venta de la cosa arrendada, que opera como negocio en lo que se refiere al vendedor y al comprador que produce el efecto (propio del negocio)

(1) Esta es, en síntesis, la representación conceptual de Savigny, punto de partida de los refinados análisis conceptuales de la civilística alemana y, sobre todo, de ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pp. 41 y ss.) MANIGK (*Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, pp. 646 y ss.) y en la doctrina italiana TRIMARCHI, V., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, y SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale*, en SCIALOJA, ANTONIO y BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1970, pp. 157 y ss.

de transferir la propiedad del primero al segundo, opera como simple hecho jurídico respecto al tercero arrendatario, que sufre el efecto modificativo de la propia relación de arrendamiento (la sustitución del vendedor por el comprador en la posición del arrendador) al margen del concurso de su voluntad. Así, la misma compraventa funciona entre las partes como acto jurídico, y no como negocio jurídico, en la sucesión del vendedor por el comprador en el contrato de arrendamiento, produciéndose tal efecto por la simple voluntariedad de la venta de la cosa arrendada e independientemente de la voluntariedad del efecto posterior (que se produce *ex lege*) del subingreso en el contrato de arrendamiento. El mismo negocio jurídico nulo, improductivo en cuanto tal de efectos negociales, puede producir efectos como acto jurídico: así, el mandato para cometer un acto ilícito, nulo por la ilicitud del objeto, no produce los efectos de obligar al mandatario a la ejecución del encargo y al mandante al cumplimiento del pago; pero si se cumple el mandato, toma el valor de acto jurídico (concretamente, de acto ilícito) productor del efecto de hacer al mandante responsable (o corresponsable) del ilícito cometido por el mandatario.

La esencia del negocio jurídico reside, por tanto, en ser una manifestación o declaración de voluntad, explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento hace valer “en cuanto queridos”. Esta es la definición más vaga, debida a la civilística alemana del diecinueve, sobre cuyas aportaciones nos detendremos más adelante; recordemos de momento que en esa literatura las expresiones “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*) y “declaración de voluntad” (*Willensklärung*) son sinónimas, y que fue la segunda la que encontró acogida en el código civil alemán de 1900, que erigió el concepto de “declaración de voluntad” en categoría fundamental del sistema del derecho privado. Aunque el código civil italiano no siguió el ejemplo alemán y el negocio jurídico no se convirtió en nuestro país en una categoría legislativa, la civilística italiana (fiel a su propia formación científica alemana) no ha dejado de hacer elaboraciones conceptuales de dicha categoría, ni de situarla en una posición dominante dentro de la sistematización teórica del derecho privado; significativamente, muchos trabajos monográficos italianos sobre el negocio jurídico, como los de Emilio Betti, Luigi Cariota-Ferrara, Giuseppe Stolfi, Renato Scognamiglio, además de la obra historiográfica de Francesco Calasso, son posteriores al código civil del cua-

renta y dos. Por eso el negocio jurídico, a pesar de la opción legislativa en sentido opuesto, ha seguido estando entre las categorías fundamentales del razonamiento de nuestros juristas teóricos y prácticos, sobre ser uno de los tropos más difundidos del lenguaje jurídico.

Además de en su forma sustantiva, el concepto de negocio jurídico está presente en el lenguaje de los juristas en la forma adjetivada, y se habla frecuentemente de “voluntad negocial” (para designar la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos), de “efectos negociales” (para indicar los efectos producidos por una declaración de voluntad), de “declaración negocial” (es decir, la que tiene como contenido una declaración de voluntad, distinta por tanto de la “declaración no negocial”, como la “de ciencia” o de deseo), y así sucesivamente.

Según una tendencia expansiva general propia de las categorías civilísticas, la secuencia “hecho, acto, negocio jurídico” rebasó, ya en el siglo pasado, los confines del derecho civil, penetrando en las doctrinas mercantilista, administrativa y procesal, aun cuando haya que advertir que, fuera del derecho civil, nunca alcanzó la misma importancia que en éste.

El concepto de negocio jurídico se construyó de forma que llega a cubrir por completo el amplio campo dentro del cual la constitución o la modificación de las relaciones jurídicas viene remitida, en sus distintos grados, a la libre determinación de los particulares. Es un concepto que se corresponde con el de la autonomía privada: reduce a unidad conceptual todas las posibles manifestaciones de ésta, tanto en el derecho de familia (acto del matrimonio, reconocimiento de hijo natural, etc.) y el de las sucesiones (testamento) como en el derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.) (2). Las analogías presentes, o supuestas como presentes, en esta variada tipología, se consideran signos de pertenencia de los distintos tipos a un “género” común. Las analogías consisten en el papel que en cada tipo desempeña (o se considera que desempeña) la voluntad creadora del efecto constitutivo, modificativo o extintivo de la relación jurídica. Los elementos de identidad que presenta la analogía son separados de los elementos diferenciadores: los primeros son

(2) “Instrumento de la autonomía privada” lo define SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 83, 93.

los que definen al género, que es precisamente el negocio jurídico en cuanto declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos; los segundos, por el contrario, se utilizan para construir las distintas especies de ese mismo género.

Así se distingue, según el número de las partes, entre negocios jurídicos unilaterales, bilaterales, plurilaterales; entre los primeros están el testamento (3), el reconocimiento del hijo natural (4), el acto de fundación (5), la procura, las promesas unilaterales, la deliberación y el voto (6), etc.; entre los segundos figuran el matrimonio (7) y los llamados contratos de cambio; a la última especie pertenecen los contratos de asociación, de sociedad, de consorcio (8). Contrapuesta a los negocios *inter vivos*, se individualiza la categoría de negocios *mortis causa* (el testamento de nuevo); según la distinta relevancia de la causa, se distingue entre negocios jurídicos causales y abstractos, distinguiéndose a continuación entre negocios sólo procesalmente abstractos (promesa de pago o reconocimiento de deuda) y negocios materialmente abstractos (títulos de crédito cambiarios); se habla de “negocios jurídicos dispositivos” (los destinados a ser úni-

(3) La naturaleza negocial del testamento es, sin embargo, objeto de controversia, al aparecer el efecto negocial tan ligado al hecho de la muerte como a la voluntad del testador, habilitada sólo para designar el sujeto respecto del cual deberá producirse el efecto sucesorio; cfr. en especial IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, pp. 16 y ss., y LIPPARI, N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.

(4) La naturaleza del reconocimiento de hijo natural como declaración de voluntad y no como declaración “de ciencia” parece hoy definitivamente admitida.

(5) A propósito de la fundación se discute si también incluye en sí el acto de dotación patrimonial de la fundación o si éste constituye un negocio unilateral distinto; y también si, en el caso de estar constituida la fundación por una pluralidad de sujetos, se está en presencia de uno sólo o demás negocios unilaterales; cfr., también para las referencias, GALGANO, F., *Delle persona giuridiche*, en SCIALOJA, ANTONIO y BRANCA, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

(6) En este caso se discute si la deliberación es un negocio unilateral por sí sola, distinto de los votos que se reúnen para formarla, o si la deliberación se descompone en una pluralidad de negocios multilaterales, tantos como sean los votos; cfr., también para las indicaciones bibliográficas, GALGANO, F., *op. cit.*, pp. 283 y ss.

(7) En la actualidad, está definitivamente aceptada la idea de que el consentimiento de los contrayentes es constitutivo del vínculo matrimonial.

(8) En el caso de estas figuras, se discute si sólo la constitución de la relación asociativa es efecto negocial de la voluntad de las partes, o si además de ella también lo es la ejecución de dicha relación, a la cual la doctrina más antigua negaba la naturaleza de relación negocial, prefiriendo considerarla como relación “corporativa” inherente a la estructura del grupo asociado como persona jurídica; sobre este problema, GALGANO, F., *op. cit.*, pp. 68 y ss., e Id., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, en SCIALOJA, ANTONIO y BRANCA, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed. pp. 6 y ss.

camente constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas) y de “negocios jurídicos declarativos”, que se limitan a asegurar una relación jurídica preexistente (la promesa de pago, el reconocimiento de deuda, además del atípico contrato de garantía), produciendo el efecto negocial de invertir la carga de la prueba en lo referente a la subsistencia de la relación fundamental; con el concepto de “negocio de organización” se designa un elemento común a un negocio unilateral, como el acto de fundación, y a una serie de negocios plurilaterales, como la asociación, la sociedad y el consorcio (9). Y así sucesivamente.

## 2. *El problema del negocio jurídico*

Estamos ante un problema de política de la construcción jurídica, la cual no es, como casi todo el mundo reconoce ya, “verdad y lógica, sino técnica”, siendo “posible juzgar lúcidamente acerca de su utilidad instrumental” (la apreciación es de Luigi Lombardi) (10). Este es el campo en el que se ejerce la mediación social del jurista, que se distingue de la mediación preceptiva del legislador sólo por la forma de desarrollarse (aunque en esa materia el legislador tenga que hacer, y haya hecho, un trabajo de jurista, de mediación conceptual). La cuestión la ha explicado Giovanni Tarello: los juristas tratan de hacer, aun en forma de proposiciones lógicas, y no importa si consciente o inconscientemente, una verdadera “política del derecho” (11).

En el problema que nos ocupa ha prevalecido la opción de la pandectística alemana del siglo pasado, en el sentido de incluir entre las categorías del derecho privado la del negocio jurídico, elevarla a categoría ordenadora de todo el ámbito de la autonomía privada y situar el contrato en una relación de especie a género respecto del negocio jurídico. Éste, con el código civil alemán de 1900, deja de ser una construcción doctrinal para convertirse en una construcción legislativa: un título del primer libro, expresamente dedicado a la “declaración de voluntad”, precede al título relativo al “contrato” (12). La opción de política de la construcción legislativa está

(9) Para las referencias bibliográficas, ver las obras citadas en la nota anterior.

(10) LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 317.

(11) TARELLO, G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1967, pp. 57 y ss.

(12) Ver los § 116-144 del BGB.

en la elaboración de una categoría lógico-jurídica (y al mismo tiempo de una “super-categoría”) separada de la tipología histórico-social: como escribió recientemente Umberto Cerroni, el concepto de negocio jurídico es “una típica construcción generalizadora, sin contenidos históricos: una abstracción-volatilización de lo real” (13).

Los artífices del código civil italiano del cuarenta y dos optaron por lo contrario: invirtieron la perspectiva del BGB (14), convirtiendo el contrato en la categoría rectora y declarando que, en cuanto sean compatibles, sus normas se aplicarían a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial (art. 1324) (15). Esta diferente política de construcción jurídica tiende a adecuar las categorías jurídico-formales a la tipología social: el contrato tiene un referente económico preciso en el acto del intercambio; la categoría jurídica queda situada (según una expresión de Cerroni) “en un plano inclinado que la hace derivar hacia un ámbito económico-social” (16), mientras que la inteligente solución del art. 1324 de convertir las normas sobre contratos en normas aplicables a los actos unilaterales “en cuanto sean compatibles”, plantea la necesidad de verificar en cada caso las condiciones socio-económicas de su aplicación (17).

(13) CERRONI, U., *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, en “Democrazia e diritto”, 1974, p. 487.

(14) Pero hay que precisar que en la doctrina alemana de los años treinta ya se había hecho presente una fuerte reacción contra el concepto de negocio jurídico; cfr. LARENZ, K., *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936, y STOLL, H., *Vertrag und Unrecht*, Tübingen, 1936.

(15) El concepto de “acto” está claramente empleado aquí, como en otras disposiciones del código civil (por ejemplo, el art. 428, que establece una normativa distinta para el acto y el contrato) en un sentido más específico que en la teoría del acto jurídico (*supra*, n. 1), que se separa del lenguaje del código civil.

(16) CERRONI, U., *op. cit.*, p. 487; para análogas argumentaciones críticas respecto del negocio jurídico, ver RESIGNO, P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, pp. 181 y ss., y ALLARA, M., *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 20 y ss.

(17) Para SCOGNAMIGLIO (*op. cit.*, p. 75), por el contrario, justamente la norma del art. 1324 c.c. daría fundamento a un concepto unitario del negocio jurídico, puesto que “el legislador pretende en este caso una disciplina común —salvo disposiciones particulares— de los contratos y de los negocios unilaterales”. El problema está en que el legislador pretende —esto si es cierto— una disciplina común, pero no la formula; por tanto, no es correcto concluir —como hace SCOGNAMIGLIO— que “el código dicta una normativa general del negocio en los límites del art. 1324 c.c.”. Precisamente por eso, los artífices del vigente código civil se abstuvieron deliberadamente: no decidieron de una vez por todas qué normas debían valer para los contratos y para los actos unilaterales; por el contrario, introdujeron un criterio, el de la “compatibilidad”, que implica la necesidad de juzgar en cada caso o —como ha descrito PIETROBON, V. (*L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 462)— “exige una valoración particular respecto de cada disposición dictada para los contratos, con el fin de determinar su aplicabilidad concreta a los distintos tipos de negocios unilaterales”.

Una parte sobresaliente de la doctrina italiana se rebelaría contra esta opción de nuestra codificación civil, reintroduciendo la antigua categoría del negocio jurídico en el sistema del derecho civil y situándola en la "parte general" del mismo, mientras el contrato se relegaba a las "partes especiales" del derecho civil, al mismo nivel que el acto unilateral, y en posición subordinada respecto del negocio jurídico (18).

El problema de política de la construcción jurídica reside en valorar la "utilidad instrumental" (como dice Lombardi) de una y otra construcción; habrá luego que pronunciarse sobre la misma categoría general del contrato, ya que "también el contrato es una categoría unificable sólo formalmente, por ser tan amplia y diversificada su fenomenología" (19). Y la cuestión no está (es oportuno precisarlo) en expulsar el concepto de negocio jurídico del vocabulario del derecho privado; algunas distinciones conceptuales, como entre acto jurídico y negocio jurídico, o entre declaración de voluntad y declaración "de ciencia", probablemente sean conquistas llamadas a quedar para siempre en la "gramática elemental" del derecho privado. Tampoco está en someter a discusión el concepto de negocio jurídico como categoría descriptiva o cognoscitiva, sino en someterlo a discusión como categoría operativa utilizada para argumentar conclusiones jurídicas concretas, y no para describir en forma brevíssimo conclusiones jurídicas previamente obtenidas de otras fuentes.

les". Añade SCOGNAMIGLIO (*ibidem*, p. 75) que "únicamente en el concepto de negocio es posible reconocer el criterio de aplicabilidad de las normas relativas al mismo"; mientras que el art. 1324 aparece claramente inspirado por una política legislativa que rechaza los conceptos abstractos (o más abstractos de lo que ya es el mismo concepto de contrato) y las deducciones mecánicas de conclusiones prácticas a partir de premisas abstractas, y pretende inducir al juez a razonar según las categorías jurídicas modeladas, en la mayor medida posible, según la tipología social.

El art. 1324 c.c. hace referencia sólo a los actos unilaterales *inter vivos* y con contenido patrimonial; pero se entiende que si las normas sobre los contratos, en cuanto sean compatibles, pueden encontrar aplicación directa en esos actos, no debe excluirse la posibilidad de una aplicación analógica de las mismas también al testamento o a los actos *inter vivos* sin contenido patrimonial (sobre el tema, PIETROBON, V., *op. cit.*, pp. 462 y ss.).

(18) Para las referencias oportunas, *infra*, § 8.

(19) CERRONI, U., *op. cit.*, p. 487; nuestra argumentación, *infra*, § 10.

### 3. *Teorías e ideologías del negocio jurídico: una categoría abstracta para la unidad del sujeto jurídico*

La esencia más íntima de la categoría del negocio jurídico, tal y como la establece la pandectística alemana en la primera mitad del siglo pasado, está en el hecho de ser una categoría elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico (punto terminal de la secuencia hechos-actos-negocios jurídicos) y haber sido concebida, sin embargo, en función de una teoría del sujeto de derecho. Aunque como categoría ordenadora está en la base de un sistema de actos intersubjetivos, entre los que destaca la figura del contrato, el negocio jurídico se construye como una solitaria declaración de voluntad para cuya consideración es suficiente referirse a un solo individuo.

El proceso de abstracción del que nace la categoría se enmarca en el más amplio proceso que, a través de la abstracción, apunta a la igualdad formal del derecho. Es el proceso iniciado por la codificación francesa: el objetivo consiste en realizar un derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase, un derecho pensado en función de una "unidad del sujeto de derecho" (20). Los distintos códigos se diferenciarán entre ellos únicamente por su referencia a "predicados accidentales del sujeto jurídico único", que es como son concebidas la calidad de propietario y la de comerciante, sobre las que se ajustan, respectivamente, el código civil y el código de comercio (mientras que otros "predicados accidentales" —el ciudadano que litiga o el que delinque— permiten distinguir entre un código de procedimiento civil y un código penal). Es una "igualación de desiguales" y (como ha escrito Cerroni) "la máscara moderna de la desigualdad": la igualdad formal deviene algo posible, y necesario, a medida que "el individuo no se integra ya a través de una directa vinculación política, sino a través de una relación económica pura y simple", y "la relación social no es una relación 'subjetiva', sino sólo 'objetivamente' operante" (21).

En una sociedad como la alemana de la primera mitad del diecinueve, que todavía no había conocido la codificación, el proceso de

(20) TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, pp. 35 y ss.

(21) CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, pp. 78 y ss. y p. 92; sobre la necesidad económica de la igualdad formal, "necesaria para que se establezcan relaciones de mercado entre sujetos económicos", REBUFFA, G., *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano, 1974, pp. 64, 126.

abstracción llevado a cabo por la pandectística pretende ser un sustitutiva de la misma codificación; el valor supremo que conforma la obra de las pandectistas es que también la construcción doctrinal tenga, como la norma codificada, el más amplio valor social y pueda, aun con su contenido indiferenciado, satisfacer y coordinar entre sí los intereses más distintos y hasta contrapuestos. Con la pandectística, la política de los juristas alcanza uno de sus techos más altos: los pandectistas alemanes saben traducir en conceptos el sentido revolucionario de la codificación francesa y también llevarlo a sus últimas consecuencias.

El proceso de abstracción, que en Francia se había detenido en la codificación de la categoría general del contrato, en Alemania va más allá de ésta. Si el contrato evoca, cuando menos, la imagen de una duplicidad de sujetos y, como referente económico suyo, el acto de intercambio, el negocio jurídico, que puede ser pensado como el acto de un solo individuo, realiza del modo más completo la unidad del sujeto de derecho y, con su grado máximo de abstracción, elimina toda posible referencia a la relación económica.

Esto no es, afirma Savigny, sino la manifestación de la “capacidad natural de la persona para inducir cambios mediante actos de voluntad” (22). De esta forma, la coordinación de los intereses distintos o contrapuestos se hace mediante una categoría jurídica unitaria, dentro de la cual se disuelven las diferencias sociales, una categoría tan abstracta como para realizar el máximo grado de igualdad jurídica entre los individuos. No es casualidad que el mismo Savigny, en el “sistema del derecho romano actual”, además de la categoría del negocio jurídico, introduzca la de persona jurídica, capaz de ocultar (me he ocupado de esta cuestión en otro lugar) situaciones de derecho desigual, como el privilegio de la responsabilidad limitada: no hay sujetos que gozan del privilegio de la responsabilidad limitada y sujetos excluidos de él; la responsabilidad es ilimitada para todos, pero es responsabilidad ilimitada, si no de la persona física, sí de la persona jurídica (23).

(22) SAVIGNY, F. K. v., *Sistema del diritto romano attuale*, 1891, Torino, vol. III, p. 337. El concepto de *negotium iuridicum* —indica CALASSO, F., *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 340 y ss.— figura por primera vez en el *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*, publicado por Nettelbladt en 1749; están ya presentes los conceptos de declaración y de voluntad; se habla de “disposiciones, quae sunt declarationes, de eo quod fieri, vel non fieri quis vult”.

(23) GALGANO, F., *Le istituzioni della economia capitalistica*, Bologna, 1974, pp. 49 y ss. Lo dicho sobre el negocio jurídico y la persona jurídica vale también

#### 4. *Del contrato al negocio jurídico*

La historia del contrato desde la codificación francesa en adelante, se resume en un proceso de progresivo distanciamiento del contrato de la órbita de la propiedad, entendido como modo de adquisición o acto de disposición del derecho real, y de progresiva atracción del mismo hacia la órbita de la empresa, entendido, por tanto, como acto de intercambio prioritariamente encaminado, de manera mediata o inmediata, al beneficio del empresario (24).

En este proceso de resituación del contrato, la categoría de negocio jurídico desempeña dos funciones distintas y sucesivas: a) una función originaria, que se cumple en la primera mitad del diecinueve, consistente en facilitar la separación del contrato respecto de la propiedad, construyéndose así un ámbito conceptual distinto y autónomo dentro del cual ubicarlo; b) y una función posterior que se cumple a partir de la segunda mitad del diecinueve, y que es la de frenar el proceso de atracción del contrato hacia la órbita de la empresa.

La categoría general del contrato, introducida por la codificación civil francesa, constituye el resultado de la búsqueda de un equilibrio entre la pretensión de la clase mercantil de apropiarse de los recursos del suelo y las exigencias de defensa de la propiedad por parte de la clase terrateniente. El principio de que el consentimiento da lugar por sí sólo al vínculo jurídico, favorecía a la clase mercantil en su relación con los propietarios al impedir que pudieran ser privados de sus bienes en contra de su voluntad.

El proceso de abstracción continúa en Alemania más allá de la categoría del contrato. Se profundiza más en la línea de protección de la clase mercantil: el contrato es resituado fuera de la teoría de la propiedad, deja de ser una categoría accesoria del derecho

para la relación jurídica: cfr. al respecto DI MAJO, A., *Situazione giuridiche*, en CRIFÒ, GIULIANO, *Dritto 2*, Milano, 1972, pp. 451 y ss., donde queda de manifiesto el esfuerzo por elevar los derechos conquistados por la burguesía, y ante todo el derecho de propiedad, "al nivel más abstracto y general posible, así como a hacerlo aparentemente expresión de la sociedad en general' y no 'de la clase (burguesa) en particular'. Tal propósito —continúa DI MAJO— se persigue con formas y actitudes diversas; en Savigny, por ejemplo, el derecho se inviste de las místicas formas de la *relación jurídica*, 'de la cual todo derecho individual representa sólo una faceta particular, separada del todo por abstracción'."

(24) GALGANO, F., *L'imprenditore*, Bologna, 1974, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 2 y ss.; *Id.*, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1978, pp. 82 y ss.

real como único derecho perfecto, y queda adscrito a un género distinto que es un valor jurídico autónomo, perfecto en sí, sobreordenado al mismo derecho de propiedad; el negocio jurídico encuentra su ubicación en la “parte general” del derecho civil, como expresión de la “capacidad natural de la persona”.

A efectos de beneficiar a la clase propietaria, el concepto de negocio jurídico actúa: a) como concepto que fuera del ámbito del contrato unifica los principios de éste en función de una protección más completa y capilar de las expectativas del disponente; b) como instrumento de descomposición del contrato mismo, en cuanto disuelve el momento del intercambio y limita el análisis a las voluntades de los contratantes, examinándolas en términos de libertad, efectividad, seriedad y espontaneidad del querer.

Pero la exaltación de la voluntad como creadora de los cambios jurídicos satisface igualmente los intereses del comerciante comprador, que sólo tiene que conseguir el consentimiento del vendedor. Al estructurarse sobre la base de una voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, el concepto de negocio jurídico satisface *simultáneamente* (y con esta simultaneidad realiza la igualdad formal del derecho) los intereses del comerciante comprador (por ser la voluntad suficiente para producir efectos jurídicos) y los del comerciante vendedor (al ser la voluntad necesaria para producirlos).

Sin embargo, resulta evidente cómo esta filosofía que exalta la voluntad, la “fuerza creadora de la voluntad” (según la conocida expresión de Windscheid (25)), es, en gran medida, una filosofía insincera. La voluntad creadora que exalta la filosofía del negocio jurídico no es la de la clase social que dirige el proceso histórico, es decir, la de la burguesía mercantil, sino la voluntad de la clase propietaria, que sufre el proceso histórico: dicha exaltación favorece “por añadidura” a la burguesía mercantil en su designio de apropiación de los recursos. Es una filosofía persuasiva, con la cual la clase dominante aspira a implicar en sus propios designios a la clase antagonista.

El equívoco insito en el concepto de negocio jurídico fue, en este aspecto, desvelado por Gorla (26): es “el equívoco entre la idea de

(25) WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, vol. I, p. 264 n. 1.

(26) GORLA, G.: *Il potere delle volontà nella promessa come negozio giuridico*, “Rivista di diritto commerciale”, vol. I, 1956, p. 30.

que era la voluntad del promitente la que, con su promesa, creaba *la situación* a la cual la ley atribuye el nacimiento del vínculo, y la idea de que era la voluntad la que creaba *el vínculo*". Gorla añade: "En este sentido, la lucha por la libertad contractual fue siempre conducida por las clases acreedoras o que aspiraban a serlo, o por aquellas que supieron valerse de la posición activa y acreedora en los contratos de intercambio, y no por las clases deudoras o que aspiraban a serlo, que no podían valerse de aquella posición y que, llegado el caso, lucharon siempre por la limitación de aquella libertad contractual" (27). Más precisa aún, en el sentido histórico, es la observación de Pietro Barcellona: "la batalla por la relevancia de la libertad no la dieron los vendedores, sino los adquirentes (...), los adquirentes de bienes nacionales, los comerciantes que querían apropiarse las mercancías y los productos del suelo, la burguesía activa, dinámica, mercantil". "Los aspirantes a deudores siempre han luchado por limitar la libertad contractual, entendida como libertad del querer. Para el que aspira a convertirse en deudor, es más convincente que el vínculo nazca cuando concurren una serie de requisitos formales y reales; por el contrario, para el que aspira a convertirse en acreedor o para la clase de los acreedores, es más conveniente que de la simple promesa nazca el vínculo, nazca el efecto jurídico" (28).

##### 5. *El negocio jurídico y la ruptura de la igualdad formal del derecho*

En la segunda mitad del diecinueve cambia el marco socio-económico: los países del área alemana continúan en plena expansión capitalista; los intereses de la burguesía industrial y comercial exigen un trato de favor, no sólo en la relación con los propietarios de los productos del suelo (es decir, en su calidad de compradora), sino también en las nuevas y más amplias relaciones que establece con la creciente masa de los consumidores (es decir, en su calidad de vendedora).

(27) *Ibidem*, p. 33.

(28) BARCELLONA, P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 275. El juicio puntual va más allá de la habitual consideración genérica según la cual la concepción del negocio jurídico como expresión del "poder de la voluntad" es la traducción dogmático-jurídica de la ideología del *laissez faire*; en tal sentido, cfr. también VARRONE, C., *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 171.

La escena del derecho privado está dominada, a partir de 1861, por el código de comercio preunitario, que también regula, junto a un verdadero y articulado derecho de las obligaciones y los contratos, las relaciones unilateralmente comerciales, es decir, entre comerciantes y no comerciantes. El contrato del código de comercio está completamente desligado del derecho de propiedad: es el hecho comercial, la relación de intercambio a través de la cual el empresario capitalista realiza el beneficio.

La duplicación de los sistemas de derecho privado (que a partir de 1900 se convertirá en Alemania en duplicidad también de códigos) rompe la unidad del sujeto jurídico: el individuo está sujeto a una ley distinta según sea o no comerciante el otro sujeto con el que entra en relación. El mito de la ley igual para todos queda roto: el cambio de las leyes aplicables al individuo no depende ya de un "predicado" suyo, sino del "predicado" del otro sujeto con el que establece la relación. Las codificaciones de la segunda mitad del diecinueve se convierten así en fuentes de un derecho desigual: acaban reproduciendo (he tratado esta cuestión en otro lugar (29)) el antiguo particularismo jurídico, y esta vez un particularismo de fuente civil. La experiencia jurídica registra la primera crisis del liberalismo, muestra cuán ilusoria era la idea de un beneficio que se realiza en la plena igualdad formal de los individuos, sin una reglamentación favorable a la clase empresarial. La legislación contradice ahora abiertamente lo que había sido "el concepto esencial de la economía política clásica, la idea de la objetividad económica o de una economía que actúa según sus propias leyes", la suposición de que el beneficio fuese "una categoría económica 'natural'" y, por tanto, "no ligada a reglamentaciones políticas" (30).

En este proceso, la categoría del negocio jurídico se inserta con una función precisa, que es la de reconducir a un principio de igualdad las desigualdades formales introducidas por la codificación. Gracias a su abstracción, esa categoría puede estar por encima de ambos sistemas de derecho privado y valer como elemento unificador más allá de las desigualdades. Se convierte en la categoría dentro de la cual los intereses de la clase empresarial se coordinan con los de las otras clases sociales, los vendedores de materias primas, los compradores del producto acabado. El éxito de esta operación se cons-

(29) GALGANO, F., *Storia...*, pp. 86 y ss.

(30) DOBB, M., *Problemi di storia del capitalismo*, Roma, 1971, p. 236.

tata en los tratados de derecho mercantil, que también adoptan la categoría de negocio jurídico para el análisis de los actos y contratos empresariales.

Sin embargo, en la medida en que, en esta perspectiva unificadora, la categoría del negocio jurídico también engloba dentro de sí principios nacidos de los contratos mercantiles, cambia el contenido originario de la misma: la teoría de la voluntad dominante en la primera mitad del siglo queda ahora flanqueada por la teoría de la declaración, que sostiene la prevalencia de las declaraciones sobre la voluntad divergente del declarante (31). La clase terrateniente ha perdido gran parte de su poder; ahora es la burguesía industrial la que domina casi sin discusión: la relación social sobre la que hay que ejercer una mediación conceptual no es tanto aquella que enfrenta al empresario con el propietario de las materias primas, como la relación entre el empresario y la masa de los consumidores. La atención del jurista se dirige ya al momento de la circulación, y el interés a satisfacer no es ahora el interés por comprar, sino el interés por vender, y por vender en la mayor cantidad posible. Con la teoría de la declaración, empieza un proceso de *objetivación* del intercambio, que tiende a perder parte de sus originarios caracteres de voluntariedad.

Este proceso de objetivación del intercambio se desarrolla en el interior de la categoría del negocio jurídico, que ejerce sobre el proceso un efecto de freno. Los casos en que parece oportuno reconocer la prevalencia de la declaración sobre la voluntad, vistos en la óptica del negocio jurídico, tienden a configurarse como desviaciones respecto de la regla, que se reafirma tantas veces como no resulte derogada. O sea, la confianza no culpable del destinatario de la declaración o del tercero adquirente se considera "equivalente" a la voluntad ausente o vinculada; lo cual implica, en puridad de principio, la necesidad de la voluntad (32). La categoría del negocio jurídico actúa, una vez más, como instrumento de coordinación de intereses contrapuestos, incluso cuando el punto de equilibrio empieza a alejarse del lado de los intereses mercantiles.

(31) Así, en especial, la obra de RÖVER, W., *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*, Berlin, 1874; LEONHARD, R., *Der Allgemeine Teil der bürgerliche Gesetzbuch*, Berlin, 1900, pp. 253 y ss., e ISAY, H., *Willenserklärung in Tatbestand der Rechtsgeschäft*, Jena, 1889, destacan en las últimas décadas del siglo pasado. (32) ZITELMANN, E., *Die juristische Willenserklärung*, "Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts", vol. XVI, 1873, pp. 357 y ss.; ENNECCERUS, L., *Rechtsgeschäfts, Bedingung und Anfangstermin*, Margburg, 1888, pp. 67 y ss.

## 6. *El negocio jurídico en el código civil alemán de 1900*

El código civil alemán registra este equilibrio. El § 116 establece la irrelevancia de la reserva mental, pero admite que la declaración es nula cuando, estando dirigida a otra persona, ésta tenga conocimiento de la reserva; coherentemente, el § 117 declara nula la declaración simulada con acuerdo del destinatario. El principio de la efectividad del querer, moderado de esta manera por la exigencia de tutela del destinatario de la declaración, se acompaña del principio de la seriedad del querer, objeto también de una moderación análoga: el § 118 considera nula la declaración hecha sin intención seria si el declarante podía esperar que la falta de seriedad no pasara desapercibida. La declaración hecha por error, sea éste en la formación de la voluntad o en la declaración de la misma (§ 119) o en la transmisión de la declaración (§ 120), es anulable si el error se denunció inmediatamente y no han transcurrido treinta años desde la fecha de la declaración de voluntad (§ 121). Si la declaración estaba dirigida a otra persona y ésta confió sin culpa en la validez de la declaración, también se concede la acción de anular, de modo que prevalece la voluntad sobre la declaración en un sentido distinto; y la confianza inocente del destinatario de la declaración, cuando no influye en la validez del negocio, no da lugar sino a una acción para el resarcimiento de daños (§ 122).

Por el contrario, en el caso del dolo, si influyen en la validez del negocio la confianza no culpable del destinatario de la declaración o la buena fe del tercero adquirente, según el § 123, la declaración puede ser anulada sólo si el destinatario o el tercero de buena fe hubiese debido conocer el dolo (y transcurrido un año desde el descubrimiento del dolo, queda excluida la denuncia si ya hace treinta años de la declaración: § 124).

El tercero adquirente de buena fe carece, por el contrario, de protección en la hipótesis de que su causante hubiese adquirido el derecho mediante violencia física: el § 123 preve la anulación de la declaración hecha tras amenazas (y el § 124 subordina la acción a los mismos términos de decadencia y de prescripción previstos para el dolo) sin contemplar, al contrario de lo que ocurre en el caso del dolo, la hipótesis de la adquisición del derecho por parte de un tercero de buena fe, cuyo interés aparece, sin embargo, sacrificado ante la exigencia de proteger al declarante víctima de la violencia

moral de otro. Aquí es donde resulta evidente cómo el BGB se conforma, por principio, según el dogma de la voluntad: el distinto tratamiento de la situación del tercero adquirente de buena fe en las hipótesis del dolo y de la violencia moral, encuentra la justificación adecuada en las exigencias de protección de la libertad del querer, que en este caso sufre un atentado de tal gravedad que las exigencias de la circulación de los bienes deben pasar a segundo término. Por encima de la libertad del querer queda también la norma del § 138, que sanciona la nulidad del negocio mediante el cual una persona, aprovechándose de la necesidad, ligereza o inexperiencia de otra, hace prometer o conceder, a él o a otro, como correlato de una prestación, ventajas patrimoniales que superen en una cantidad notable el valor de la prestación. En el tema de la interpretación del negocio jurídico, el § 133 introduce el principio según el cual, para interpretar una declaración de voluntad, hay que indagar la voluntad real y no aferrarse al sentido literal de la expresión.

El favor concedido a la conclusión del negocio y, por tanto, a la circulación de bienes (propio del derecho mercantil de los contratos (33)) encuentra en el BGB una acogida moderada. En contraste con el principio mercantil de la libertad de formas, se establece que, en la duda, la falta de formas comporta nulidad (§ 125). Sin embargo, sí se acepta el principio de la conservación del negocio, tanto en lo que se refiere a la nulidad parcial (§ 139), como en lo que hace a la conversión del negocio nulo (§ 140). Las exigencias de la libre circulación de los bienes quedan, por último, satisfechas por el § 137, que atribuye eficacia meramente obligatoria al pacto de no vender.

#### 7. *La objetivación del intercambio y el rechazo de la categoría del negocio jurídico en el vigente código civil italiano*

El rechazo de la categoría del negocio jurídico en la codificación italiana de 1942 se inscribe en un programa más amplio que pasa por la unificación de los códigos de derecho privado y la obligada “comercialización” de las relaciones civiles que aquella supone. El código civil no es ya el “estatuto” de la sociedad civil como sociedad separada del Estado; se convierte él mismo en un programa de política económica. El interés dominante (como repetidamente expresa la introducción al código) es “el interés superior de la produc-

(33) GALGANO, F., *Storia...*, pp. 39 y ss., 79 y ss., 95 y ss.

ción”; el bien más tutelado es la circulación, que debe ser lo más amplia, rápida y segura posible. El acto del intercambio es sólo un momento del fenómeno de la circulación: al interés de las partes que intercambian se superpone un interés que está por encima de ambas, el del que profesionalmente pone bienes en el mercado y por tanto está interesado en una circulación amplia, rápida y segura.

La “comercialización” de todo el derecho privado viene impuesta por la consideración de que, en la era de la revolución industrial, ya no es posible distinguir entre relaciones relevantes y relaciones indiferentes para la clase empresarial. La unificación del derecho privado “responde precisamente a la importancia alcanzada por la producción industrial masiva, que no se traduce en institutos aislados que se yuxtaponen a los tradicionales o en normas particulares para algunos sectores, sino que implica una transformación general de todos los institutos, de toda la estructura económica, de todos nuestros hábitos” (34).

El fondo de la cuestión está en el hecho de que la producción industrial masiva requiere que toda la relación social, y no sólo las relaciones en las que el comerciante es parte, obedezca a las exigencias de la acumulación capitalista. Principios como la conservación del contrato, el favor del acreedor o el favor para el adquirente de buena fe de cosas muebles (fundamentados en el antiguo derecho mercantil en la hipótesis de que el comerciante fuera parte del contrato o acreedor o causante del adquirente de buena fe), se transforman en principios de derecho común y valen también cuando ninguna de las partes es comerciante. El favor para el comerciante se convierte en elemento indiferenciado de un favor más general, que es favor para la circulación de la riqueza, la más intensa y amplia circulación posible. No se trata ya de poner al comerciante en condiciones de concluir ventajosamente actos de intercambio, sino de poner al empresario en condiciones de producir e introducir en el mercado la mayor cantidad posible de bienes: el criterio inspirador de ello es que cuanto más intensa y más rápida es la circulación de bienes, tanto mayor es la cantidad de bienes que el empresario puede situar en el mercado, y que su valor es tanto mayor cuanto más segura es la circulación de los mismos.

(34) ASCARELLI, T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, pp. 123 y ss.

El código civil unitario no recoge el concepto de negocio jurídico. Se invierte la perspectiva del código civil alemán: es el contrato, y no el negocio jurídico, el que recibe un tratamiento de género, mientras que a los actos unilaterales, en cuanto actos *inter vivos* y si tienen contenido patrimonial, se hace extensible, en la medida en que sea compatible, la normativa sobre los contratos (v. *supra* 2). El proceso de objetivación del acto de intercambio queda así sensiblemente acentuado: segregado de la matriz conceptual del negocio jurídico, el contrato entra en el área de las concepciones 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 pensada en términos de voluntad, para ser atrapado por otra abstracción, construida en términos de necesidad.

La objetivación se manifiesta, sobre todo, en la regulación del intercambio entre empresarios y usuarios de la empresa contenida en el art. 1341: la sustitución del conocimiento de la regulación de los contratos por su cognoscibilidad, (sustitución que es funcional con la contratación en masa) hace que dicha regulación sea vinculante para una de las partes aun en el caso de que no la hubiere conocido y, por tanto, no pudiera haberla querido (35); y termina contradiciendo el concepto mismo de contrato establecido por el art. 1321, además del principio del “acuerdo de las partes” como requisito del contrato (art. 1325), exigido so pena de nulidad (art. 1418, 2.º). Si la objetivación del intercambio afecta aquí directamente a la relación directa empresario-usuario y se revela *ex uno latere*, por parte del usuario, como expropiadora de su “libre voluntad”, por otra parte afecta indiscriminadamente a todo tipo de intercambio aun en el caso de que ninguna de las partes sea empresario y actuando también sobre la misma “voluntad del querer”. Así, el art. 1431, que subordina la acción de nulidad a la reconocibilidad del error, y el art. 1433, que extiende el requisito de la reconocibilidad al error obstativo, vinculan al contrato no querido al que incurre en error (36),

(35) Sobre el tema, cfr. GENOVESSE, A., *Le condizioni generali del contratto*, Padova, 1954, pp. 230 y ss.; ROBOTTA, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 60 y ss.; ROPPO, E., *Contratti standard*, Milano, 1975, pp. 173 y ss.; MAZZONI, C., *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975, pp. 15 y ss.

(36) De lo cual deduce PIETROBON, V. (*op. cit.*, pp. 22, 34, 284 y ss.) no la negación de toda la relevancia a la voluntad, sino la necesidad de fijar un nuevo concepto legal de voluntad relevante, que él identifica con la voluntad de entrar en el

ya sea el que yerra la contraparte del empresario, ya lo sea el mismo empresario o la parte de un contrato entre no empresarios. Y otro tanto hay que decir del art. 428, 2.º, que subordina la anulación del contrato concluido por el incapaz natural a la prueba de la mala fe del otro contratante (37); o del art. 1415, según el cual no cabe oponer la simulación al tercero adquirente de buena fe; o del art. 1445, que excluye de la hipótesis genérica de la anulación del contrato los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, etc.

El proceso de objetivación del intercambio llega, por último, a afectar también a los actos típicos del empresario. Las normas sobre la representación comercial, que liberan al tercero contratante del riesgo de defecto en el poder del representante, las de nulidad del contrato de sociedad anónima, convertida en causa de rescisión (art. 2332), las de invalidez de las deliberaciones asamblearias, que convierten la nulidad (no dependiente de ilicitud o imposibilidad del objeto: art. 2379) en anulabilidad (art. 2377), las de la representación social, y además (según la reforma impuesta por las normas comunitarias) la reducción de la nulidad de la sociedad a casos taxativamente fijados, la imposibilidad de oponer a terceros los límites estatutarios a los poderes de representación de los administradores (art. 2384, 2.º), la imposibilidad de oponer a los terceros de buena fe los actos *ultra vires* de los administradores mismos (art. 2384 bis), son pruebas de cómo la disciplina que se aplica a los actos de la empresa satisface exigencias que trascienden el interés individual del empresario que los realiza. Se tiende a subordinar los intereses del individuo a los intereses de clase: la regulación sumariamente aludida (38) sólo aparentemente protege al tercero que trata con la

tráfico jurídico, de emitir una declaración jurídicamente significativa: de aquí el efecto vinculante que para el declarante tiene la declaración errónea o erróneamente transmitida (el declarante, en cualquier caso, había *querido* entrar en el tráfico jurídico); de aquí, por otra parte, la nulidad del contrato por violencia física (contrato nulo, no porque la declaración no corresponda al querer interno, sino por la razón de que el declarante no había querido la declaración, es decir, no había decidido introducirse en el tráfico jurídico).

(37) Norma ante la que PIETROBON (*ibidem*, pp. 297 y ss.) se ve obligado a distinguir entre la incapacidad natural que determina una alteración del proceso formativo de la voluntad, única a la que se aplicaría la norma, e incapacidad natural que provoque una completa ausencia de voluntad, en cuyo caso habría que hablar de nulidad del contrato. Pero ver sobre el tema las consideraciones críticas de SACCO, R., *Il contratto* Torino, 1975, pp. 284 y ss.

(38) Para un examen más analítico, remito a mis escritos anteriores *L'imprenditore*, ya cit., pp. 137 y ss., *I contratti di società. La società di persone*, Bologna, 1971, pp. 114 y ss., *Le società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Bologna, 2.ª ed., pp. 57 y ss., 117 y ss., 135 y ss.

empresa: lo protege sólo para eliminar, por parte del tercero, una posible rémora a la conclusión del negocio; su objetivo es la mayor valorización posible del capital; protege (y no importa si en el caso concreto hay que sofocar la voluntad del particular) el interés general de la clase empresarial.

La objetivación del intercambio tiende a desplazar el eje de la teoría del contrato del momento volitivo al momento causal. Es significativa, en este sentido, la ya recordada norma del art. 428, 2.º, que no considera influyente la incapacidad natural del contratante para entender y querer, si ello no le perjudicó en el contrato. Pero también es significativa, por lo mismo, la doctrina del dolo: aquí, la solución de la anulación no pretende tanto proteger la libre formación de la voluntad del contratante víctima del dolo del otro, como más bien reparar la lesión de su interés; eso se desprende de la norma sobre el dolo del tercero, según la cual lo que justifica la acción de nulidad es el "beneficio injusto" obtenido por uno de los contratantes con daño del otro (art. 1439), y también de la norma sobre el dolo incidental (art. 1440), según la cual las "condiciones distintas" son las condiciones más desventajosas para la víctima del dolo. Puede observarse, pues, un fenómeno más general: el legislador del cuarenta y dos, por una parte, despojó el acto de intercambio de muchos de los caracteres tradicionales de la voluntariedad, quebrantando el antiguo dogma de la voluntad y tendiendo así hacia una "objetivación del intercambio; pero de otra parte, acentuó mucho más que en el pasado el elemento causal del contrato, adoptando concretamente una concepción objetiva de la causa e instaurando, con las cláusulas generales de una buena fe (buena fe en la formación, así como en la interpretación y en la ejecución del contrato) entendida también en sentido objetivo, la posibilidad de un control judicial sobre la función económica del intercambio. La visión meramente cuantitativa de la circulación, que se establece a partir de la superación del dogma de la voluntad, encuentra así un correctivo en la adopción de los principios que he señalado y que, desde otro punto de vista, restablecen una consideración cualitativa de la circulación, encaminada prioritariamente al fin de garantizar la realización de la función económica del intercambio (39).

(39) Véase, orientado en esta dirección, VISINTINI, G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, que con la aludida valoración del dolo en términos de lesión de intereses, y no en términos de atentado a la libre formación de la voluntad, lleva el tema específico de la reticencia fuera de los límites del dogma de la voluntad (en función de la cual la doctrina prevaleciente niega

### 8. *El relanzamiento de la categoría del negocio jurídico: las teorías restauradoras y las teorías revisionistas*

El relanzamiento de la categoría del negocio jurídico, a cargo de una parte conspicua de la doctrina, y a pesar del rechazo legislativo, se presta a ser valorado de distintas formas. Existe, de un lado, la tendencia a una pura y simple restauración doctrinal de la categoría, entendida como declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos (es paradigmática en este sentido la posición defendida, sobre todo, por Giuseppe Stolfi). Esta restauración parte de la clara exigencia de contener la intromisión del legislador en las relaciones entre los particulares (el ferviente alegato de Stolfi llega incluso a proclamar que el negocio jurídico es “garantía de la libertad del ciudadano” (40)) y se enmarca en una tendencia más amplia de la doctrina y la jurisprudencia italianas en el sentido de reafirmar las razones de la propiedad sobre las de la empresa.

La operación se realiza así: una parte de la normativa de los contratos, la que parece más fácilmente reconducible a la categoría tradicional del negocio jurídico como declaración de voluntad, es abstraída de la normativa de los contratos y puesta como regla general respecto de la cual la restante normativa de los contratos debe considerarse como de excepción (dictada *ratione imperii*, escribe Stolfi, en derogación de las normas generales formuladas *imperio rationis* (41)) o en todo caso normativa especial. De aquí se sigue que:

a) toda desviación respecto de la normativa del negocio jurídico así reconstruida debe ser considerada como de derecho estricto no susceptible de expansión;

relevancia a la reticencia) y encuentra la clave interpretativa de la nutrida jurisprudencia que no duda en resolver la anulación del contrato por reticencia dolosa del contratante. Lo que mueve a nuestros jueces es, en último análisis, la consideración de que “el conocimiento de la circunstancia silenciada habría impedido la conclusión del contrato, en la medida en que su presencia hiciera imposible la consecución del fin perseguido con el contrato” (p. 132). Y es este control sobre la posibilidad de conseguir “el fin del contrato” lo que llevó a nuestra jurisprudencia a dar importancia, lo mismo que a la reticencia, a la presuposición (también juzgada irrelevante en la doctrina prevaleciente, por el temor de hacer un trabajo antihistórico, es decir, de revalorización del dogma de la voluntad); cfr. al respecto el análisis de PELLICANÒ, A., *La preesupposizione*, “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1976, p. 1636.

(40) STOLFI, G., *op. cit.*, p. XXVIII.

(41) *ibidem*, p. 115; Id., *Persona umana e norma civile*, “Rivista di diritto civile”, vol. I, 1974, pp. 512 y ss.

b) las lagunas de la normativa de los contratos y de los actos unilaterales se cubren con reglas jurisprudenciales traídas, no del sistema de los contratos mediante analogía, sino por deducción desde la teoría del negocio jurídico (son significativas al respecto las aplicaciones del concepto de inexistencia del negocio jurídico a las deliberaciones asamblearias);

c) las mismas desviaciones son interpretadas en los términos de la teoría del negocio jurídico (es típico el caso de la jurisprudencia sobre las fuentes de integración del contrato) y sometidas así a interpretación restrictiva (las fuentes de integración operan sólo en la medida en que resulten queridas por las partes) o eliminadas con auténticas interpretaciones derogativas (como las de la jurisprudencia que neutralizó el art. 1433 en la parte relativa al error en la transmisión de la declaración).

En realidad, los argumentos aducidos por el llorado jurista son, cuando menos, nominalistas. Da más fuerza a los artículos 1321,1 y 1418,2, de los cuales resulta que el consentimiento de las partes es elemento esencial del contrato so pena de nulidad; argumenta que, con el uso frecuente de expresiones como “voluntad” y “consentimiento”, y con la concomitante anulabilidad del contrato que adolece de “crisis del consentimiento” (art. 1427), el código civil vigente habría dado su adhesión al dogma de la voluntad; sobre todo, da un gran valor a la norma que, en el tema de la interpretación del contrato, dispone que “se debe indagar cuál fue la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras”, de la cual deduce la adhesión del legislador italiano del cuarenta y dos a la teoría de la voluntad, así como a la de la declaración (42). También Cariota-Ferrara considera posible extraer del código vigente una categoría general definible como “manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico”; sólo que el “principio de la voluntad” viene moderado (moderado, pero no excluido) por los principios de responsabilidad y de garantía, “hasta el punto de que se aplican sólo en las situaciones anormales o excepcionales, en las que falta o está viciado el querer y la uno o el otro, de un lado, se

(42) Sin embargo, frente a las normas que introducen los llamados criterios de interpretación objetiva del contrato y, en particular, frente al art. 1371, STOLFI, (*Teoría...*) se ve obligado a afirmar que el legislador invita al “juez a creerse autorizado a rehacer el contrato según su ideal de equidad y de justicia, olvidando lo que las partes han querido y con el riesgo, por tanto, de llegar a un resultado distinto e incluso opuesto al perseguido por ellas”.

deben a dolo o culpa del declarante, pero de otro no son reconocibles por la otra parte” (43).

La restauración doctrinal de la categoría, llevada a cabo de maneras tan distintas, parece presentarse como algo recomendable por las posibilidades que ofrece a efectos de la protección de los intereses sacrificados por la codificación (y no sólo por ésta: piénsese en el aludido carácter taxativo de los casos de nulidad en la sociedad anónima introducidos por exigencias comunitarias). Es un intento de restituir al contratante débil los antiguos instrumentos, más amplios, de autotutela individual, rearmándolo con la excepción de lo “no querido”. De hecho, es un intento de restauración de un orden protocapitalista, como pone de relieve la misma operación mecánica de trasvasar al sistema vigente una categoría elaborada en un contexto jurídico anterior y en relación con un orden económico también anterior.

Muy distinto es el trabajo, ligado sobre todo al nombre de Emilio Betti, de revisión doctrinal de la categoría. La teoría revisionista parte de la exigencia de salvar los valores que se expresan en la categoría del negocio jurídico y, al mismo tiempo, de dar cuenta, dentro de ella, de los cambios ocurridos en el sistema de contratos. El valor que parece querer salvarse es, una vez más, la igualdad formal del derecho: la categoría del negocio jurídico se considera ahora el instrumento conceptual capaz de realizar la unidad del sujeto del derecho privado.

A diferencia de los intentos de mera restauración de la categoría pandectística (que no tienen en cuenta —esta es la observación que Betti hace a Stolfi— cómo “la autonomía privada no se agota en un hecho psicológico individual, como la voluntad, sino que alcanza a la vida de relación y configura un fenómeno social”) (44), la operación implica ahora una modificación del contenido intrínseco de la categoría.

(43) CARIOTA-FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 76. P. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto privato*, Napoli, 1966, 9.<sup>a</sup> ed., p. 130, conecta el concepto tradicional del negocio jurídico con el principio general de “solidaridad”, que considera recogido por el código civil vigente, deduciendo “un principio del riesgo del declarante por la confianza sin culpa, del destinatario o de otro interesado, en la declaración”.

(44) BETTI, E., recensión de STOLFI, *Teoria...*, en “Giurisprudenza italiana”, vol. IV, 1947, p. 236.

Betti niega, en especial, que el negocio jurídico pueda ser definido como declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos, aportando como elementos de crítica las ya citadas disposiciones de los artículos 428, 1433, 1439, 1415 (45). Reconduce la cuestión al concepto de autonomía privada entendida como potestad de autoregulación de los propios intereses, reconocida por el derecho a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los particulares: el negocio jurídico es, entonces, acto de autonomía privada, acto de autoregulación de los intereses particulares; tiene naturaleza preceptiva y se explica mediante una declaración o un comportamiento que no son manifestaciones de un querer interno, sino que tienen un carácter “constituyente” (46). Así resultan superadas las antinomias en que se debate la concepción del negocio jurídico como declaración de voluntad, desde el momento en que cabe pensar que una declaración preceptiva no haya sido querida en su contenido (47). Y se establece un nuevo concepto de negocio jurídico, que sitúa en segundo término la voluntad y da rango preeminente al “comportamiento” como dato objetivo reconocible en la vida de relación. El mérito de esta reconstrucción pretende consistir, especialmente, en el hecho de que la protección legislativa de la confianza del destinatario de la declaración o del tercero adquirente de buena fe no se entiende ya como un elemento secundario, sino que queda incorporado al interior del concepto mismo de negocio jurídico.

La concepción preceptiva de Betti, que tiene precedentes en la doctrina alemana, fue desarrollada posteriormente, y en parte rectificada, por Scognamiglio (48). También considera este jurista la autonomía privada como hecho social y no como hecho psicológico, relega la voluntad al papel de presupuesto, y no de elemento, del negocio jurídico, al que concibe como autoregulación de intereses; difiere, sin embargo, de la concepción de Betti en lo que se refiere a la admisibilidad de un precepto o estatuto fruto de la autonomía privada, aun conviniendo que “hay muchos puntos de contacto entre las dos teorías” (49).

(45) BETTI, E., *Teoria generale...*, pp. 63 y ss.

(46) *Ibidem*, pp. 45 y ss.

(47) *Ibidem*, pp. 65 y ss.

(48) SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 105 y ss.

(49) *Ibidem*, pp. 152 y ss.

9. *Crítica de la categoría del negocio jurídico: imposibilidad de una reducción a unidad de las posiciones subjetivas de los contratantes*

Ni siquiera las doctrinas que hemos llamado revisionistas escapan a la crítica. Acertó Calasso cuando observaba que “el negocio jurídico es una categoría lógica, es decir, una síntesis que sólo cabe aceptar o rechazar tal y como es” (50).

La síntesis consiste, como hemos visto, en la reducción a unidad de las posiciones subjetivas del contrato y en la consiguiente fundación de una categoría lógica, la de declaración de voluntad, para pensar la cual basta referirse a un sólo individuo (de aquí, entre otras cosas, la redescubierta homogeneidad entre contrato y acto unilateral, convertidos en especie de un mismo género). La mediación doctrinal que se expresaba en esta síntesis era, en principio, una mediación real, es decir, una coordinación real de intereses; así, el concepto de negocio jurídico, sustentado sobre una voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos) satisfacía simultáneamente (como hemos recordado) el interés del comerciante comprador (por ser la voluntad suficiente para producir efectos jurídicos) y el del propietario vendedor (por ser necesaria la voluntad para producirlos). Nacía así, por construcción doctrinal, un derecho igual para todos los ciudadanos, capaz de realizar, también en la igualdad, los intereses contrapuestos de las distintas clases sociales. El actual derecho de los contratos no permite repetir operaciones conceptuales como ésa, ni siquiera susituyendo el concepto de voluntad por el de autoregulación de los intereses. No vale aducir que “hasta que el particular vea reconocido por el ordenamiento el poder regular por sí sus propios intereses, aunque sea con límites más o menos amplios, tendrá sentido hablar, sea de la forma que sea, del negocio jurídico” (51). Al afirmar eso, se presuponen una unidad del concepto del particular contratante y una homogeneidad de la autoregulación contractual que en nuestra época están definitivamente rotas. ¿Acaso pueden reducirse a unidad las posiciones contractuales opuestas del que, a efectos del citado art. 1341, establece *a priori* los términos del contrato de adhesión y la del que lo acepta? ¿Y puede decirse que el contrato es, para el primero, una autoregulación de intereses en el mismo sentido en que se define como tal autoregulación para el segundo?

(50) CALASSO, F., *Il negozio...*, p. 345, n. 41.

(51) BENEDETTI, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1960, p. 9.

No se trata sólo del contrato de adhesión: ¿se puede, para explicar los cambios sobrevenidos en el derecho de los contratos, introducir el concepto de autoregulación de intereses en lugar del de declaración de voluntad, cuando lo más sobresaliente de tales cambios reside en el hecho ya señalado de que pretenden proteger intereses *externos* al contrato?

Es del todo evidente que la posición del declarante inocente y la del destinatario o del tercero de buena fe (para expresarnos en los términos de la teoría del negocio jurídico) son posiciones con intereses absolutamente equivalentes entre sí e igualmente dignas de protección: no hay razón alguna plausible para el sentido común en virtud de la cual la primera deba sucumbir ante la segunda (como no hay razón plausible por la cual, en la adquisición *a non domino*, el despojado deba ser sacrificado frente al tercero poseedor de buena fe). El fenómeno resulta incomprensible si no se abandona la perspectiva del acto, si no nos situamos en una perspectiva distinta y se considera el proceso completo de la producción y la circulación de la riqueza. Resulta entonces evidente que el interés protegido no es el interés del que en el acto ocupa la posición de contratante o de tercero de buena fe (interés que sólo ocasionalmente es protegido), sino el interés del empresario, aun cuando sea ajeno al contrato: es el interés del que profesionalmente lleva bienes al mercado y, por ello, está interesado en una circulación lo más amplia, rápida y segura posible. O bien es (como queda de manifiesto en las citadas normas reguladoras de los actos del empresario) un interés que trasciende al mismo empresario que participa en el acto, porque es el interés general de la clase.

Si todo esto trastoca por completo la idea de una voluntad creadora de las relaciones jurídicas, en la misma medida trastoca también el concepto de autoregulación de intereses. La cuestión reside en que los cambios sobrevenidos en el sistema legislativo de los contratos (que se inscriben en el proceso, descrito más arriba, de "objetivación" del intercambio) no son ya reducibles a la unidad del sujeto de derecho; los intereses contrarios en juego tampoco son ya susceptibles de *reductio ad unum*. Una síntesis conceptual, efectuada en términos de negocio jurídico, no puede constituir una mediación real de los intereses: los intereses que el actual mecanismo contractual pone en escena (los intereses contrapuestos del empresario y de los trabajadores, del empresario y de los consumidores, de la gran

empresa y de la mediana o pequeña empresa) no son mediables dentro de una categoría jurídica unitaria. Agotada su función originaria, la categoría de negocio jurídico se traduce hoy (incluso en sus versiones revisadas) en una categoría engañosa que obstaculiza la comprensión del significado efectivo del mecanismo contractual, despoja a la relación de las connotaciones sociales de las partes, enmascara las contradicciones internas de la regulación de los contratos, oculta la naturaleza real de los intereses en juego y hace derivar hacia la dimensión del acto individual, eludiéndolo, el problema de los intereses contrapuestos al interés del empresario.

*10. Negocio jurídico y negocialidad. Unidad del negocio jurídico y unidad del contrato*

La categoría del negocio jurídico está, pues, destinada al ocaso. Su decadencia va unida a la del mito que constituyó su razón inspiradora, el mito de la unidad del sujeto jurídico, y a la de la ilusión de una igualdad formal del derecho. Pero además del negocio jurídico, también vive su decadencia la categoría general del contrato, a la que igualmente quiso salvar nuestra codificación civil (52). En efecto, también para ella valen las consideraciones hechas sobre el negocio jurídico, también ella ha perdido su primitiva capacidad de mediar los intereses en conflicto: los elementos de la crisis del concepto de negocio jurídico nacen, como hemos comprobado, en el seno de la categoría del contrato.

Lo cual no significa (esto es evidente) negar la presencia supérstite en la realidad del momento de la "negocialidad" y de la contratación. Por el contrario, hay que constatar cómo el fenómeno de la objetivación del intercambio, que es irreversible en cuanto está ligado a caracteres actuales de la producción en masa, tiene su correlato en la realidad actual en un fenómeno de signo opuesto, que parece contradecir la crisis del negocio jurídico y también parece abrir a esta categoría nuevas e insospechadas perspectivas. Se trata del fenómeno al que se alude cuando, con fórmulas hoy recurrentes, se dice que la nuestra es la época de "lo negocial" y se observa que la misma acción pública tiende a perder los tradicionales caracteres autoritarios para presentarse como "dirección por consenso", "pro-

(52) Ver el § 2; en relación con el libro de Gilmore, ALPA, G., *La "morte" del contratto*, "Politica del diritto", 1976, p. 726.

gramación contratada”, etc., o bien se constata que la administración pública prefiere adquirir antes que expropiar, tomar en alquiler antes que requisar. Esto puede ser, en ocasiones, síntoma de debilidad del poder político, “obligado a contratar en las condiciones establecidas por los particulares” (53), pero también puede ser “acercamiento a formas reales de participación de los ciudadanos”. La conocida observación de Sabine de tener que pensar la política como “el ámbito de lo negocial” (54) viene confirmada por la experiencia concreta, si pensamos en el proyecto de ley “negociado” por el gobierno con el sindicato, o en la política de intervención del ente local “concertada” con las organizaciones representativas de los sectores interesados.

Lo cierto es, sin embargo, que este “relanzamiento” del concepto de contrato (como se ve obligado a admitir Michel Vasseur) “se manifiesta en campos distintos de aquel en que se había señalado la decadencia del contrato”. Asistimos, por tanto, a una inversión de los respectivos campos de aplicación de la autoridad y del consenso o consentimiento: el contrato “regula campos en los que no es costumbre recurrir a él y donde su papel es más inesperado, en materia fiscal, por ejemplo” (55). La conclusión a extraer de ello a efectos de política de la construcción jurídica, es evidente: no se puede construir un concepto unitario del acto negocial, dentro del cual recomponer fenómenos opuestos que indican la tendencia a que prevalezca la lógica de la necesidad en las relaciones privadas de producción y a que se afirme la lógica de la contratación en las relaciones políticas. Y aquí la crisis de la categoría va más allá del negocio jurídico; afecta a la misma categoría de contrato, pone en entredicho la posibilidad de pensar una categoría unitaria de contenidos tan heterogéneos: el tipo de intercambio propio de la contratación en serie, al lado del acto de programación contratada. Pretender salvar la unidad de la categoría por ese “mínimo” de consentimiento que hay en la contratación en serie significa (en términos de política de la construcción jurídica) hacer un flaco servicio a las exigencias de la democracia que se manifiestan en la contra-

(53) RODOTA, S. (a cura di) *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 19.

(54) SABINE, G. H., *Storia delle dottrine politiche*, Milano, 1962, pp. 716 y ss.

(55) VASSEUR, M., *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuel*, “Revue trimestrelle de droit civil”, 1964, pp. 1 y 2.

tación pública, ya que se acabaría haciendo coincidir un “máximo” de democracia con un “mínimo” de consentimiento.

Y también invita, por otra parte, a romper la unidad de la categoría del contrato la consideración de que no toda la producción es producción masiva ni toda la contratación es contratación en serie. El contrato aislado es aún una realidad, y una realidad que no hay que sofocar dentro de una categoría que funda su unitariedad en un “mínimo” de consentimiento. Dentro de las relaciones sociales que mantienen vivo el contrato aislado, en la regulación contractual fruto de negociaciones la antigua excepción de lo “no querido” conserva una clara función emancipatoria. La conserva para aquellas capas productivas menores que regulan mediante contrato (contrato de concesión, de comisión, de agencia, etc.) sus relaciones con el gran capital; la conserva, además, para aquellas relaciones no directamente ligadas al sistema productivo en las que se manifiesta, o puede manifestarse (piénsese en la convención matrimonial), una desigualdad de hecho entre las partes. La defensa del “contratante” débil todavía tiene, en este tipo de relaciones, un sentido; así, revalorizar la voluntad a expensas de la necesidad, frenar el proceso de objetivación del intercambio, son (en este tipo de relaciones) objetivos de política jurídica que se puede y se debe intentar alcanzar. Pero son objetivos realizables sólo mediante una operación doctrinal de ruptura de la teoría general del contrato y de reconstrucción de una teoría del contrato aislado, fundada sobre un “máximo” de consentimiento.

A estos efectos, la categoría general del contrato se revela como un gran obstáculo también en otros sentidos: aquélla es, bien vista, fruto de la generalización de las exigencias propias de una específica figura contractual, la compraventa, puesto que fue precisamente en relación con la compraventa, y en especial la compraventa comercial, como se formaron históricamente las desviaciones del dogma de la voluntad (56); y en relación con la compraventa como principal instrumento de la circulación de bienes se han hecho prevalecer principios “generales” como los de la tutela de la confianza y de la buena fe del tercero “adquirente”. ¿No hay, acaso, una política del derecho mejor que la realizada en los Estados Unidos, donde tales principios están codificados (y con ellos el mismo prin-

(56) GALGANO, F., *Storia...*, pp. 39 y ss.

cipio de la adquisición *a non domino* de los bienes muebles) en relación con la compraventa?

La defensa de los débiles en cuanto “contratantes” es, por el contrario, ilusoria por lo que hace a los contratos en serie, sean contratos de adhesión (art. 1341), con condiciones previamente establecidas por el empresario o por la administración pública, o bien contratos-tipo (art. 1342), también preconformados por poderes que la mayoría de las veces trascienden a las partes contratantes. Aquí, los intereses en juego son intereses colectivos, de masas; la perspectiva del contrato resulta completamente inadecuada a efectos de protegerlos o coordinarlos con las exigencias contrarias del empresario o de la administración pública. Hay que remitir los actos individuales al nivel de los poderes de los cuales son expresión, hacer explícita la relación de cada acto con la empresa. A estos efectos, habrá que revalorizar la categoría constitucional de la “iniciativa económica”, privada o pública; el contrato en serie deberá ser transferido de un ámbito conceptual pensado en términos de hechos, actos y negocios jurídicos, a otro ámbito conceptual a construir en términos de iniciativa económica; y habrá que reinterpretar como iniciativa económica la autonomía contractual, con todas las implicaciones constitucionales que dicha operación conlleva. Una propuesta como esta excede los límites del presente discurso y sólo cabe indicarla de manera sumaria: los instrumentos a utilizar son los del art. 41 de la Constitución, en cuanto únicos instrumentos capaces de realizar una coordinación real de los intereses en juego, que son intereses colectivos, de masas, y sólo pueden ser mediados en el marco de las instituciones representativas, es decir, en el nivel en que los intereses colectivos están representados.