

El Crepúsculo del Negocio Jurídico*

FRANCESCO GALGANO**

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Bolonia

Los conceptos de “hecho jurídico” y “acto jurídico” se cuentan entre las categorías más generales del lenguaje legislativo. En el art. 2 del Código Civil italiano de 1942 se emplea el concepto de “acto” para definir la capacidad de obrar, entendida, precisamente, como “la capacidad para realizar todos aquellos actos para los cuales no se hubiere establecido una edad específica”. Ambos conceptos, “hecho” y “acto”, son empleados, en

acepciones muy latas, en el art. 1173 C.C., relativo a las fuentes de las obligaciones, las cuales “derivan del contrato, del hecho ilícito, o de cualquier otro acto u hecho idóneo para producirlas en conformidad con el ordenamiento jurídico”¹. Aquí el contrato y el hecho ilícito son concebidos como especies de géneros más amplios: del género del acto jurídico, el primero; del género del hecho jurídico, el segundo.

* Extracto de F. GALGANO: *Diritto civile e commerciale*, I, Le categorie generali, le persone, la proprietà, 3a. ed., CEDAM, Padua, 1999, pp. 35 a 57. Traducción de Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nota del traductor.

La versión original de “Crepuscolo del negozio giuridico” se publicó en la revista «Contratto e Impresa», año 3, núm. 3, 1987, pp. 734-751. Por expresa indicación del profesor Galgano se ha reproducido, conservando el título primigenio del escrito, la versión actualizada que forma parte de la tercera y reciente edición de su tratado de Derecho civil y comercial.

El presente estudio forma parte de E. BETTI, F. GALGANO, R. SCOGNAMIGLIO, G. B. FERRI: *Estudios sobre el negocio jurídico*, Lima, ARA Editores, 2001 (en curso de publicación), cuya traducción y edición he tenido bajo mi cuidado.

El texto original de 1987 comenzaba de la siguiente manera:

“Han transcurrido diez años desde la aparición de mi voz “Negozio giuridico (dottrine generali)”, que clausuraba el volumen XVII de la Enciclopedia del diritto. La inmediata reacción que provocó en algunos sectores de la iuscivilística italiana fueron tales que hubo de solicitarse la preparación de una “contravoz”, confiada a Giuseppe MIRABELLI, con una apasionada defensa de este concepto, la cual apareció en el volumen sucesivo, con el título “Negozio giuridico (teoria del)”

Desde ese momento, ahora lejano, se han producido muchos cambios en el sentido común, en los hábitos conceptuales de los juristas. Aquel que era el astro de nuestro mundo conceptual declina ahora, en el horizonte. No es poco significativo que el mismo MIRABELLI, en una ponencia del año pasado sobre “I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento” (“Los contratos informáticos: modelos, tipicidad, imbricación”), no emplease jamás la categoría del negocio jurídico, ni en forma sustantiva ni en forma adjetivada (declaración negocial, efectos negociales, etc.) [Esta constatación figura en mi relación de síntesis al congreso, cuyas actas pueden consultarse en I contratti informatici al cuidado de Guido ALPA y Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, Milán, 1987].

Bajo la luz crepuscular, pueden todavía brillar joyas del saber jurídico, como el refinado ensayo de Giovanni Battista FERRI *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, al cual Guido ALPA rinde debidos honores en este mismo número de «Contratto e Impresa».

Sin embargo, la tendencia general posee un carácter absolutamente contrario.

Estas páginas, más que constituir una réplica a las objeciones que me han sido dirigidas en los últimos diez años, están destinadas a interpretar los ulteriores desarrollos de nuestra doctrina y jurisprudencia en el camino hacia la superación de este concepto, comenzando con la posición asumida por uno de nuestros mayores civilistas: Pietro RESCIGNO”.

Leysser L. León

Perugia (Italia), 21 de febrero del 2001

** Francesco Galgano (nacido en Catania en 1933) realizó sus estudios de Derecho en la Universidad de Bolonia, en la que es actualmente profesor ordinario de Derecho Civil. Es director de las revistas «Contratto e Impresa» y «Contratto e Impresa: Europa», co-director de la prestigiosa «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», y miembro del consejo editorial de la «Rivista delle Società».

Su obra es amplísima. Aquí recordaremos el tratado *Diritto civile e commerciale* (3a. ed., CEDAM, Padua, 1999), y las obras de carácter manualístico *Diritto privato* (10a. ed., CEDAM, Padua, 1999) y *Manuale elementare di diritto commerciale* (2a. ed., Zanichelli, Bolonia, 1995). Bajo su coordinación se han publicado los numerosos volúmenes del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* y del *Commentario del Codice civile* dirigido por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Tiene a su cargo, asimismo, las colecciones *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* y *Diritto e rovescio*. Esta última, de la cual forman parte los dos volúmenes de *Il rovescio del diritto*, firmados por el propio Galgano, destaca por su singular carácter interdisciplinario.

Ha sido distinguido con el doctorado honorario de la Universidad de Sevilla (España).

Ha dedicado al tema del negocio jurídico, entre otros trabajos, los ensayos: “Il problema del negozio giuridico” (en «Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile», Milán, 1976, I, pp. 449 y ss.); “Teorie e ideologie del negozio giuridico”, en *Categorie giuridiche e rapporti sociali: Il problema del negozio giuridico* al cuidado de Cesare Salvi (Feltrinelli, Milán, 1978); “L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato” (en «Contratto e Impresa», año VI, núm. 3, 1990, pp. 1001 y ss.); “Il contratto e il negozio giuridico” (en *I contratti in generale* al cuidado de Mario Bessone y Guido Alpa, vol. I, a su vez en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fundada por Walter Bigiavi, UTET, Turín, 1991, pp. 351 y ss.); la voz “Negozio giuridico (dottrine generali)”, para el volumen XXVII de la Enciclopedia del diritto (Giuffrè, Milán, 1977, pp. 932 y ss.); y la monografía *Il negozio giuridico*, para el *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, ahora continuado por Luigi Mengoni (Milán, Giuffrè, 1988).

(1) (N. del trad.) Código Civil italiano de 1942. “Art. 2. Mayoría de edad. Capacidad de obrar.- La mayoría de edad está condicionada al cumplimiento de 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”.

“Art. 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”.

Se suele definir como hecho jurídico, en los términos más generales, todo acontecimiento, natural o humano ante cuya verificación el ordenamiento jurídico ha asignado un determinado efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. Hecho jurídico puede ser un acontecimiento natural, totalmente independiente de la intervención del hombre. Si un río, de acuerdo con el ejemplo clásico, transporta tierra desde un monte a un valle, y modifica, con ello, la extensión de los fundos ribereños, los propietarios de los fundos ubicados en el valle adquieren la propiedad de la mayor extensión que sus fundos han experimentado (art. 941 C.C.). En este caso se constituyen nuevos derechos de propiedad, como consecuencia de un simple evento natural, sin que medie ningún concurso del obrar del hombre. También puede ocurrir que exista el concurso de la actuación humana, pero que el acto sea, de todos modos, jurídicamente irrelevante. Tal es el caso, por ejemplo, del propietario del suelo que adquiere la propiedad de los frutos del mismo (art. 821 C.C.). La propiedad es adquirida por el solo acaecimiento de un hecho natural, como lo es el nacimiento de los frutos de la tierra, independientemente de la circunstancia de que se trate de frutos espontáneos (como puede ocurrir respecto de los árboles, arbustos, etc.) o que sean el producto de una actividad de cultivo (art. 820 C.C.).²

Hecho jurídico puede ser, asimismo, un hecho humano. Tal es el caso cuando la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica se produce como un mero efecto de un comportamiento consciente y voluntario del hombre. Así, por ejemplo, el

“hecho doloso o culposo” o el “hecho ilícito” al que se refiere el art. 2043 C.C. Aquí el término es empleado con referencia a un comportamiento humano, sea doloso (es decir, intencional), sea culposo (es decir, debido a negligencia, impericia o imprudencia). Lo mismo puede decirse respecto de la adquisición de la propiedad (por ocupación) de las cosas que no pertenecen a nadie o (por hallazgo) de las cosas perdidas: el pescador se convierte en propietario de lo que captura, y esto sucede por efecto de un hecho consciente y voluntario, como lo es, justamente, la captura del pez. En el Código Civil italiano se habla constantemente de “hecho”: por ejemplo del “hecho propio” (arts. 948, 1186, 2037, etc.), del “hecho del acreedor” (arts. 1227, 1955, etc.), del “hecho del deudor” (art. 1229) o del “hecho de un tercero” (art. 1381). En todos estos casos, se designan hechos voluntarios del hombre³.

La categoría delimitada en estos términos es, a su vez, el punto de partida de múltiples clasificaciones. Se distingue entre hechos lícitos y hechos ilícitos, según su conformidad o contrariedad al Derecho; se distingue entre comportamientos discrecionales y comportamientos debidos (comúnmente llamados “hechos debidos” o, con más frecuencia, “actos debidos”), dependiendo de si el sujeto es libre de cumplirlos, o si está obligado a ello. Un típico hecho debido es el cumplimiento de la obligación.

Todos los hechos humanos discrecionales producen efectos frente al sujeto que los ha realizado, bajo el solo presupuesto de que éste goce de la capacidad

- 2 (N. del trad.) Código Civil italiano de 1942. “Art. 820. Frutos naturales y frutos civiles.- Son frutos naturales los que provienen directamente de la cosa, con o sin la concurrencia del obrar humano, tales como los productos agrícolas, la leña, las crías de los animales, los productos de las minas, canteras y turberas.
Art. 821. Adquisición de los frutos.- Los frutos naturales pertenecen al propietario de la cosa que los produce, a menos que la propiedad de los mismos fuere atribuida a otro. En este último caso, la propiedad se adquiere con la separación.
Art. 941. Aluvión. Las uniones de tierra y los acrecentamientos que se forman sucesivamente o imperceptiblemente en los fundos ubicados a lo largo de las riberas de los ríos o torrentes pertenecen al propietario del fundo, sin perjuicio de lo que dispusieren las leyes especiales.
- 3 (N. del trad.) Código Civil italiano de 1942: “Art. 948. Acción de reivindicación.- El propietario puede reivindicar la cosa frente a quien la posea o detente, y está habilitado para continuar la acción, incluso si éste, después de la demanda, ha cesado, por hecho propio, de poseer o detentar la cosa.
Art. 1227. Concurso del hecho culposo del acreedor. Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido en la producción del daño, el resarcimiento disminuye de acuerdo con la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que de ello se derivan.
Art. 1229. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.- (...) Es igualmente nulo todo pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad cuando el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya una violación de las obligaciones derivadas de las normas de orden público.
Art. 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.
Art. 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.
- 4 Así, P. RESCIGNO: voz “Atto giuridico (diritto privato)”, en Enciclopedia Giuridica Treccani, IV, Roma, 1988, pp. 1 y ss. (del extracto).
El léxico del Código Civil italiano no siempre es coherente: los arts. 2598 a 2601 se refieren a los “actos” de competencia desleal; supuesto en el que la coherencia imponía que se hablase de hechos.

natural de entendimiento y de voluntad. Ello se deduce del art. 2047 C.C., que exonera de responsabilidad por hecho ilícito al incapaz de entendimiento y de voluntad. Se ha argumentado, al respecto, que bastaría la capacidad de entendimiento y de voluntad a fin de que se produzcan los efectos de la ocupación, del hallazgo, y así por el estilo⁴. En cuanto se trata de hechos del hombre, deben ser distinguidos de los actos jurídicos, que, para el antes recordado art. 2 C.C., requieren la capacidad de obrar. En lo que atañe a los hechos debidos, para éstos no es requerida ni siquiera la capacidad natural, pues de acuerdo con el art. 1191 C.C. “el deudor que ha efectuado la prestación debida no puede impugnar el pago por causa de su propia incapacidad”⁵.

Los actos jurídicos componen una subcategoría de los actos humanos. Se los puede definir como los hechos humanos destinados a producir efectos jurídicos. El Código Civil italiano hace mención de ellos en la citada norma general del art. 2: para que puedan producir efectos jurídicos no basta - como sí basta para los hechos humanos discrecionales - la capacidad natural de entendimiento y de voluntad; es necesaria la capacidad de obrar. Los actos jurídicos parecen susceptibles de una triple clasificación:

a) Los actos o declaraciones de voluntad.

Los hechos humanos en mención producen efecto sólo y en cuanto sean hechos conscientes y voluntarios del hombre, independientemente de la circunstancia de que el sujeto haya deseado sus efectos jurídicos, e incluso en el caso de que el autor del hecho no los hubiera deseado en modo alguno. Así, el hecho ilícito produce el efecto de obligar a quien lo ha cometido a resarcir el daño ocasionado sólo en cuanto hecho doloso o culposo, y esta obligación surge a pesar de no pueda decirse que el autor del hecho haya deseado un efecto semejante. Igualmente, el cumplimiento produce el efecto extintivo de la obligación, independientemente de la intención del deudor de producir tal efecto: el

cumplimiento no es otra cosa que el hecho de la ejecución de la prestación; y este fenómeno ha sido ligado, por el Derecho, con el efecto de extinguir la obligación.

Existen, sin embargo, otros hechos que producen efectos jurídicos sólo y en cuanto estos efectos hayan sido deseados. Se habla, en tal caso, de actos o declaraciones de voluntad. Estos se distinguen, de entre la vasta categoría de los hechos humanos, por el específico papel que la voluntad humana desarrolla en los mismos: el efecto jurídico-constitutivo, modificativo o extintivo de las relaciones jurídicas no se liga con la sola voluntariedad del comportamiento humano, sino con el ulterior aspecto de la denominada voluntad de los efectos. No basta, como sí ocurre en el hecho humano en general, que el sujeto haya querido el hecho: aquí es necesario, para que el efecto jurídico se produzca, que el sujeto también haya querido el efecto.

Tal es el caso del contrato, que es un acto jurídico resultante del acuerdo de dos (contrato bilateral) o más partes (contrato plurilateral), dirigido a constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1321 C.C.): si A vende una cosa a B, se produce el efecto jurídico de la transferencia de la propiedad de la cosa del primero al segundo; y este efecto se produce sólo y en cuanto su voluntad haya estado dirigida a producirlo. Por lo tanto, la diferencia específica es la siguiente: mientras que el hecho humano en general produce los efectos que el Derecho le asigna, siempre que se trate de un hecho consciente y voluntario (no importa, luego, si quien lo ha llevado a cabo haya deseado, además del hecho mismo, también los efectos que el Derecho les asigna), el acto o declaración de voluntad, por el contrario, no produce efectos si resulta que el sujeto no los había deseado. Así, la venta, la donación, la permuta, etc., determinan el efecto jurídico de la transferencia de propiedad de la cosa objeto del contrato en la medida en que la voluntad de las partes esté dirigida a la producción de este efecto jurídico; y no determinan este efecto, si de otra fuente - como puede

5 Que el cumplimiento de las obligaciones se deba clasificar entre los hechos jurídicos ya resultaba claro para G. OPPO: *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pp. 385 y ss. De la misma manera, hace tiempo que se ha advertido la irrelevancia del *animus solvendi*, en oposición a la trascendencia que se reconocía en el pasado. Remito a la demostración crítica de P. RESCIGNO: *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, 1950, pp. 104 y ss.; y a la de P. SCHLESINGER: *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961, pp. 27 y ss. Distinta del cumplimiento de las obligaciones es la determinación de la prestación que debe ser cumplida, como ocurre en el caso de las obligaciones genéricas, cuando, según la norma del art. 1378 C.C., tuviera que efectuarse una elección de la cosa entregar. Sobre este punto, v. *infra*, nota 6.

ocurrir en el caso de la simulación – resultara que el mismo no fue deseado.

El acto jurídico mismo puede ser apreciado, además de como tal, también como hecho jurídico. Así, el “hecho del tercero” al que se hace referencia en el art. 1381 puede ser la conclusión de un contrato; y sin embargo, en la relación entre promitente y promisorio, el contrato que realizara el tercero es tomado en consideración en su materialidad, y degrada al nivel de un mero hecho jurídico. Parejamente, la venta de la cosa, que opera como acto jurídico en relación con el vendedor y el comprador, y que produce el efecto de transferir la propiedad del primero al segundo, actúa como un simple hecho jurídico respecto del tercero que tenga la cosa a título de arrendamiento, el cual experimenta el efecto modificativo de su propia relación de arrendamiento (la sustitución del vendedor, por parte del comprador, en la posición de arrendador) al margen de cualquier concurso de su voluntad (art. 1599 C.C.). Asimismo, el acto jurídico nulo, que en cuanto tal es improductivo de efectos, puede producirlos, de todos modos, como hecho jurídico:

por ejemplo, el mandato para la comisión de un ilícito, que es nulo por ilicitud del objeto (art. 1346, 1418, párrafo 2 C.C.), no produce los efectos propios del mandato (art. 1703, 1709 C.C.), de obligar al mandatario para la ejecución de la comisión y al mandante al abono de la compensación; asume, en cambio, y siempre que fuera cumplido, el valor de un hecho jurídico (en particular, de un hecho ilícito), que produce el efecto de hacer al mandante responsable (o corresponsable) del daño ocasionado por el mandatario.

b) Los actos o declaraciones de ciencia.

El lenguaje legislativo señala con la denominación “actos”, además de los actos o declaraciones de

voluntad, también los actos o declaraciones de ciencia. Con éstos el sujeto declara tener conocimiento de un hecho jurídico: así, la declaración con la cual el acreedor declara haber recibido el pago de su propio crédito (el denominado recibo de pago: art. 1199 C.C.); la confesión, que es una declaración de hechos desfavorables para uno, y favorables para otro (art. 2730 C.C.). El efecto de las declaraciones de ciencia no es, como en el caso de las declaraciones de voluntad, constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sino el de probar la existencia de hechos jurídicos, de por sí constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones. Sin embargo, entre aquellos “actos” que no pueden ser realizados por los menores de dieciocho años (art. 2 C.C.), están comprendidos, además de las declaraciones de voluntad, también las declaraciones de ciencia⁶, y en particular, la confesión (art. 2731 C.C.).

**“...Todos los hechos humanos
discrecionales producen
efectos frente al
sujeto que los ha realizado ”**

c) Las participaciones y comunicaciones.

Componen una variada categoría⁷, que abarca, por un lado, las declaraciones permisivas, las prohibitivas

(oposiciones), las determinativas (las instrucciones del mandante al mandatario, ex art. 1711, 2do. párrafo C.C.), y, por otro, las notificaciones (por ejemplo, la notificación de la cesión de crédito al deudor cedido ex art. 1264 C.C.), las denuncias (como la denuncia de los vicios de la cosa vendida ex art. 1495 C.C.), las intimaciones (como la intimación al cumplimiento de la obligación ex art. 1454 C.C.); las comunicaciones destinadas a la publicidad inmobiliaria, como el acto unilateral con el cual se declara, para la anotación en los registros públicos, la realización de una condición (art. 2655 C.C.) Para todos estos actos se reputa necesario el requisito de la capacidad legal para obrar; por ello, están comprendidos en la noción general de acto jurídico codificada en el art. 2 C.C.

6 Para dar un recibo se requiere, en efecto, la capacidad legal de obrar. Cfr. Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 3795 del 19.8.1977, en «Massimario del Foro Italiano», 1977, relativa a un trabajador menor de dieciocho años y al abono de su retribución.

7 Analizada y clasificada por V. PANUCCIO: Le dichiarazioni non negoziali di volontà, Milán, 1966; ID., voz “Partecipazioni e comunicazioni”, en Enciclopedia del diritto, XXXII, Milán, 1982, p. 30 y ss.

¿Cuál es el elemento común de estas tres categorías de actos? ¿Cuál es el elemento que identifica, en el sistema del Código Civil italiano, la esencia del acto, permitiendo que el mismo se distinga del hecho jurídico? Podemos decir que, a diferencia de los hechos jurídicos – que tienen valor incluso al margen del Derecho, como hechos de la realidad natural o de la experiencia humana, y que asumen el apelativo de hechos jurídicos sólo y en cuanto el Derecho les atribuya algún efecto – los actos jurídicos son hechos solamente jurídicos: los actos jurídicos tienen valor sólo en el mundo del Derecho, y exclusivamente por los efectos jurídicos que producen. Para quien ame las metáforas, anotaré que los hechos jurídicos son hechos “encontrados” por el Derecho, que los atribuye efectos jurídicos; mientras que los actos jurídicos son actos “creados” por el Derecho, a fin de que puedan producir efectos jurídicos.

2. Actos jurídicos y negocios jurídicos en las clasificaciones de la tradición de origen alemán.

Al esquema de clasificación que se ha esbozado, sobre la base del Código Civil italiano, se superpone, a menudo, un esquema distinto, de origen alemán⁸, el cual considera:

- 1) Como hechos jurídicos, los hechos naturales;
- 2) Como actos jurídicos, los hechos humanos (que, por lo mismo, abarcan los “actos ilícitos”) y, además, los actos jurídicos antes indicados sub b) y c), es decir, las declaraciones de ciencia, y las participaciones y comunicaciones.

- 3) Como “negocios jurídicos”, los actos antes indicados sub a), es decir, las declaraciones de voluntad⁹.

La esencia del negocio jurídico radica en que es una manifestación o declaración de voluntad, explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a producir efectos jurídicos, que el ordenamiento realiza “en cuanto han sido deseados”. Esta es su definición más difundida, debida a la Civilística alemana del Ochocientos: las locuciones “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*) y “declaración de voluntad” (*Willenserklärung*) parecen sinónimas en dicha literatura, y ha sido la segunda de ellas la acogida en el primer libro del Código Civil alemán de 1900, que ha elevado el concepto de “declaración de voluntad” al nivel de categoría ordenante del sistema del Derecho privado. Si bien el Código Civil italiano no ha seguido el ejemplo alemán, y aun a pesar de que el negocio jurídico no se ha convertido en una categoría legislativa en nuestro país, la Civilística italiana – fiel a la propia formación científica germánica – no ha cesado de hacerlo objeto de elaboración conceptual, ni de ubicarlo en posición dominante dentro de la sistematización teórica del Derecho privado (significativamente, muchos estudios monográficos italianos sobre el negocio jurídico, como los de Emilio Betti, Luigi Cariota Ferrara, Giuseppe Stolfi y Renato Scognamiglio, además de la obra historiográfica de Francesco Calasso, son posteriores al Código Civil italiano de 1942)¹⁰. De tal forma, el negocio jurídico ha permanecido desde hace mucho, no obstante la opuesta decisión legislativa, entre las categorías de razonamiento de nuestros juristas teóricos y prácticos; y, no en menor medida, entre las más difundidas del lenguaje jurídico.

8 Elaborado por obra de E. ZITLMANN: *Irtumm und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, pp. 41 y ss.; de A. MANIGK: *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín, 1907, pp. 646 y ss. (un ensayo de este autor: “Natura e inquadramento sistematico degli atti giuridici privati”, puede consultarse en «Anuario de Diritto Comparato e di Studi Legislativi», 1941, p. 133). Los desarrollos en Italia se deben a Salvatore PUGLIATTI y Angelo FALZEA: *I fatti giuridici*, Messina, 1945; Vincenzo Michele TRIMARCHI: *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milán, 1940; Giuseppe MIRABELLI: *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Nápoles, 1955; V. PANUCCIO: Op. loc. cit.; D. MEMMO: voz “Rappresentative (dichiarazioni)”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVIII, 1987, pp. 622 y ss., y allí referencias adicionales.

9 Ello, sin perjuicio de negar la natura negocial a una serie de declaraciones de voluntad: sea porque son consideradas actos de ejercicio del derecho potestativo, como la resolución del contrato (así, ya P. RESCIGNO: *Incapacità naturale*, cit., pp. 113 y ss.; en contra, F. MARANI: *La simulazioni negli atti unilaterali*, Padua, 1971, p. 125; E. CESARO: *Il contratto e l'opzione*, Nápoles, 1969, pp. 294 y ss.; B. CARPINO: *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Nápoles, 1977, pp. 153 y ss.; G. GABRIELLI: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milán, 1985, pp. 122 y ss.); sea porque se considera que están privados de una causa propia, como las instrucciones del mandante al mandatario, o las órdenes del empleador al trabajador (A. FALZEA: voz “Efficacia giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XIV, 1965, p. 497); o sea porque no son consideradas declaraciones no innovativas, sino ejecutivas (“modificativas en la relación, no modificativas de la relación”), según la noción general de PANUCCIO (v. supra, nota 7). Este último autor acoge también, coherentemente, la noción de “acuerdo no negocial”, y da el ejemplo de la determinación realizada con acuerdo de las partes, según el art. 1378 C.C., en el contrato traslativo de cosas determinadas solamente en su género (Le dichiarazioni non negoziali, cit., pp. 144 y ss.; referencias adicionales sobre este punto pueden encontrarse en E. GABRIELLI: *La consegna di cosa diversa*, Nápoles, 1987, pp. 150 y ss.).

10 La primera edición de la obra de E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, es de 1943; la de *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, de L. CARIOTA FERRARA es de 1949; la de *La teoria del negozio giuridico* de G. STOLFI es de 1947; la del *Contributo alla teoria del negozio giuridico* de R. SCOGNAMIGLIO es de 1950; y la de *Il negozio giuridico* de F. CALASSO, es de 1957.

De acuerdo con una tendencia expansiva general, propia de las categorías civilísticas, la secuencia “hecho, acto, negocio jurídico” ha surcado, ya en el siglo XIX, los confines del Derecho civil, y ha penetrado en las doctrinas jurídico-comerciales, administrativas, procesales, aun cuando sea necesario advertir que ella jamás ha logrado, fuera del Derecho civil, una importancia igual a la que tiene en el mismo.

El concepto de negocio jurídico está construido en una forma tal que cubre enteramente la vasta área dentro de la cual la constitución, modificación o extinción de las relaciones jurídicas está, en distinto grado, remitida a la libre determinación de los individuos. Es un concepto coextensivo al de autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta última, tanto del Derecho de familia (acto de matrimonio, reconocimiento de hijo natural, etc.) y del Derecho de sucesiones (testamento), cuanto del Derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.). Las analogías presentes, o que se suponen como presentes, en esta variada tipología, son asumidas como indicio de la pertenencia de los distintos tipos a un “género” común. Las analogías se centran en el papel que desenvuelve en cada tipo la voluntad del sujeto, asumida como voluntad creadora del efecto constitutivo, modificativo o extintivo de la relación jurídica. Los elementos de identidad que la analogía presenta, son separados de los elementos de diversidad: los primeros son los elementos que definen el género, que es, precisamente, el negocio jurídico, como declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos; los segundos son utilizados, en cambio, para construir las distintas especies del mismo género.

Es así que se distingue, según el número de partes, entre negocios jurídicos unilaterales, bilaterales, plurilaterales: entre los primeros se encuentran el testamento, el reconocimiento de hijo natural, el acto de fundación, el apoderamiento, las promesas unilaterales, la deliberación y el voto, etc.; entre los segundos figuran el matrimonio, los denominados contratos de intercambio; a la última especie pertenecen, en fin, los contratos de asociación, de sociedad, de consorcio. Se identifica, en

contraposición a los negocios “inter vivos”, la especie del negocio “por causa de muerte” (el testamento, una vez más); en relación con la distinta relevancia de la causa se distingue entre negocios jurídicos causales y abstractos, diferenciándose, ulteriormente, entre negocios que sólo son procesalmente abstractos (la promesa de pago o el reconocimiento de deuda) y negocios materialmente abstractos (títulos de crédito cambiarios); se habla de “negocios jurídicos dispositivos” (los únicos que son, propiamente, constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas) y de “negocios jurídicos declarativos”, que se limitan a determinar una relación jurídica preexistente (la promesa de pago o el reconocimiento de deuda, una vez más), produciendo el efecto – negocial – de invertir la carga de la prueba en torno de la existencia de la relación fundamental; se identifica, en fin, con el concepto de “negocio de organización”, un elemento común a un negocio unilateral, como la fundación, y a una serie de negocios plurilaterales, como la asociación, la sociedad, el consorcio. Y así por el estilo.

3. Revisión crítica de la clasificación tradicional: las normas sobre los contratos y su compatibilidad con los actos unilaterales.

Al haber acogido, sobre la base del modelo alemán, la distinción entre acto y negocio jurídico, nuestra doctrina se ha encontrado en una situación tal de deber identificar el distinto tratamiento de una y otra figura, a tenor del ordenamiento jurídico italiano. Los estudios se han concentrado en la búsqueda:

- a) De un régimen común a los actos jurídicos no negociales, agrupando en esta idea los hechos humanos conscientes y voluntarios, las declaraciones de ciencia y las participaciones o comunicaciones.
- b) De un régimen común a los actos negociales, es decir, común a los contratos y a las declaraciones unilaterales de voluntad.

La búsqueda no ha obtenido resultados positivos en ninguno de estos dos niveles. En el aspecto descrito en a), se ha encontrado un obstáculo insuperable en las, ya examinadas, normas relativas a la capacidad. El Código

Civil italiano separa aquello que la doctrina del acto negocial querría reconducir a una unidad: el hecho humano consciente y voluntario requiere – como se ha observado – la sola capacidad natural de entendimiento y de voluntad, mientras que las declaraciones de ciencia, las participaciones y las comunicaciones exigen la capacidad legal. El acto no negocial unilateral es asimilado, a su vez, al acto negocial unilateral. Así, en el art. 428 C.C., relativo a los actos del incapaz natural, donde la distinción es entre actos y contratos; aquello que – se ha podido objetar¹¹ – sirve para “comprender en la consideración general de los actos, no solamente aquellos de naturaleza negocial, sino también actos que estén privados de carácter negocial”.

La búsqueda descrita en b) parte del art. 1324 C.C., según el cual las normas sobre contratos se aplican, en cuanto fueran compatibles, a los actos unilaterales inter vivos que tengan contenido patrimonial. Sobre la base de esta norma, se ha pretendido construir, en positivo, un régimen del negocio jurídico para el Derecho italiano, deduciéndose que “aquí el legislador ha tenido en mente un régimen común – sin perjuicio de las disposiciones particulares – de los contratos y de los negocios unilaterales”¹². El punto es que el legislador tiene en mente – esto sí es cierto – un régimen común, pero no lo formula; por ello, no es correcto concluir que “el Código dicta un régimen general del negocio dentro de los límites del art. 1324 C.C.”. Es de esto, justamente, de lo que los artífices del Código Civil italiano vigente se han abstenido de forma deliberada; ellos no han decidido, con una sola regla, qué normas deben valer para los contratos y para los actos unilaterales; han introducido, en cambio, un criterio:

el de la “compatibilidad”, que impone un juicio a expresar en cada oportunidad, y que “requiere una evaluación particular, ejercida respecto de cada disposición particular dictada para los contratos”¹³, y no está dicho que esta evaluación tenga que conducir a la aplicación de las normas sobre contratos solamente a los actos unilaterales de voluntad. El art. 1324 C.C. parece inspirado por una técnica legislativa que repudia, sean los conceptos abstractos (o más abstractos que cuanto no lo sea el concepto mismo de contrato), sean las mecánicas deducciones de conclusiones prácticas sobre la base de premisas abstractas. Adoptando el concepto de “acto” como límite de aplicación de las normas sobre contratos, el legislador ha admitido que estas normas pueden ser compatibles también con actos unilaterales de ciencia, con participaciones y comunicaciones¹⁴.

El art. 1324 C.C. hace referencia solamente a los actos unilaterales “inter vivos” y “con contenido patrimonial”; pero se entiende que, si bien en éstos las normas sobre contratos podrán ser objeto, en cuanto compatibles, de una aplicación directa, no se debe excluir la posibilidad de una aplicación analógica de las mismas también al testamento o a los actos inter vivos sin contenido patrimonial. Así lo admite la misma *Relazione al Código Civil*: el art. 1324 “no excluye la posibilidad de una extensión analógica de las normas aplicadas, también a actos unilaterales de naturaleza no patrimonial” (n. 604). Pero se incurre, de nuevo, en un juicio apriorístico, cuando se escribe que “la capacidad expansiva de la disciplina del contrato a los actos unilaterales inter vivos, sea con contenido patrimonial (mírese bien), o bien sin contenido

11 P. RESCIGNO: voz “Atto giuridico”, cit.

12 R. SCOGNAMIGLIO: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2a. ed., Nápoles, 1969, p. 75.

13 V. PIETROBON: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padua, 1963, p. 462.

14 Lo ha constatado P. RESCIGNO: voz “Atto giuridico”, cit. La norma está referida a los actos unilaterales, sin ninguna relación con el desenvolvimiento de la autonomía, es decir, con carácter negocial, con los solos límites del contenido patrimonial y de la eficacia inter vivos”. Por lo demás, al igual que RESCIGNO, también G. MIRABELLI (*L'atto non negoziale*, cit., pp. 34 y ss.) juzga que el art. 1324 conduce a la aplicación directa de las normas sobre contratos, incluso a los actos no negociales, y repite la misma consideración respecto del art. 1334 (ivi, p. 313 y ss.), mientras excluye la aplicación del art. 1414 sólo porque el acuerdo de simulación no puede operar sobre actos que producen efectos inmediatamente. F. SANTORO-PASSARELLI: voz “Atto giuridico”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., IV, 1959, p. 211, admite la aplicación analógica “en cuanto la analogía resulte justificada en el caso concreto” (este autor parece aludir, después, a la aplicación directa, cuando en sus *Dottrine generali del diritto civile italiano*, 9a. ed., Nápoles, 1966, p. 274, considera aplicables las normas sobre la representación también a los actos no negociales). C. M. BIANCA: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milán, 1984, p. 9, se pronuncia también en favor de la aplicación “si bien en forma reducida”. Más decididos son, en cambio, G. CIAN y A. TRABUCCHI: *Commentario breve al Codice civile*, 2a. ed., Padua, 1984, ad art. 1324, p. 891, quienes sostienen que “en vía analógica las normas sobre contratos pueden ser aplicadas también a los actos lícitos no negociales, en particular a las declaraciones similares a los negocios (constitución en mora, denuncia de vicios, participaciones en general)”. Hay que destacar que, para estos últimos autores, la aplicación de las normas sobre contratos ex art. 1324 es siempre analógica (pero no es una opinión condivisible, porque la aplicación analógica presupone la ausencia de normas legales reguladoras de la materia, mientras que en este caso, sí existe una norma legal reguladora de los actos unilaterales, que es, justamente, el art. 1324. V., asimismo, Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 3380 del 16.5.1983, cit. infra nota 16. También R. SACCO: “Le controdichiarazioni”, en *Trattato diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno, X, 2, *Obbligazioni e contratti*, Turín, 1982, juzga que están sujetas a las normas sobre la simulación “incluso las declaraciones de ciencia y las confesiones” (pp. 195 y ss.); en el mismo sentido, G. DE NOVA: “La rappresentanza”, ivi, p. 397, considera que la norma del art. 1399 C.C. es “también aplicable a los negocios unilaterales y a los actos jurídicos”.

patrimonial, no obstante las características estructurales (bilaterales) de la institución, hace de la misma una suerte de sinónimo del negocio jurídico”. El jurista aludido añade, con idéntico apriorismo: “cuando el legislador, con una terminología genérica y cautamente matizada, hace referencia a los actos (unilaterales), quiere dar a entender los negocios unilaterales; el compromiso y la previsión de estos actos, en materia de régimen del contrato, no puede dejar dudas, en efecto, sobre la naturaleza negocial de los mismos”¹⁵.

En la experiencia jurisprudencial, este criterio apriorístico no es utilizado: los jueces orientan el juicio de compatibilidad ex art. 1324 C.C., más en la unilateralidad que en la no negocialidad del

acto; ellos aplican las normas sobre contratos también a los actos unilaterales que no se pueden definir como negociales, siempre que se trate de normas compatibles con la unilateralidad del acto¹⁶.

La doctrina también ha denunciado los “gravísimos errores de perspectiva” en los que se ha incurrido, en materia de juicio de compatibilidad ex art. 1324 C.C., con “la invocación a la dogmática de la declaración de voluntad”¹⁷: el juicio de compatibilidad debe basarse, más que en el aspecto del acto (es decir, en la identidad del acto unilateral y del contrato en cuanto declaraciones de voluntad), en el aspecto de la relación, es decir, en la circunstancia de que el acto, aun cuando

unilateral, actúe sobre una relación bilateral¹⁸. Esto sólo es concebible desde un punto de vista estadístico – pero es un punto de vista que no cuenta en este ámbito – las normas sobre contratos resultan aplicables en mayor número a los actos unila-

terales de voluntad, y no a los actos unilaterales no definibles como negociales.

Que las normas sobre contratos no sean incompatibles con las declaraciones de ciencia, en un

**“... Los actos jurídicos tienen
valor sólo en el mundo del
Derecho y exclusivamente
por los efectos Jurídicos
que producen...”**

(15) G. B. FERRI: *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, p. 70.

(16) Cfr. Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 1072 del 9.2.1985, en «Massimario del Foro Italiano» 1985: “a la oferta y a la aceptación, si consideradas actos jurídicos no negociales o declaraciones unilaterales de voluntad, no les son aplicables, de todos modos, por tratarse de actos unilaterales, el criterio hermenéutico de la común intención y del comportamiento integral de las partes (art. 1362 C.C.); a tales actos les es aplicable, en cambio, y a tenor del reenvío realizado por el art. 1324 C.C., el criterio de la interpretación integral del acto, establecido en el art. 1363 C.C.”. Análogamente, Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 2262 del 9.4.1984, en «Massimario del Foro Italiano», 1984, que adopta un criterio uniforme “para determinar en el destinatario el conocimiento de un acto unilateral recepción, negocial o no”; criterio que consiste en la congruencia del instrumento de comunicación “para hacer captar completamente, y en su significado justo, el contenido”. En precedencia, Corte de Casación Civil italiana: Sent. 2356 del 9.7.1968, en «Giustizia Civile», 1968, I, p. 1566, había aplicado el art. 1399, primer párrafo C.C., sobre la ratificación del contrato del falsus procurator, al acto unilateral que interrumpe la prescripción; Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 1091 del 23.2.1981, en «Il Foro Italiano», 1981, I, c. 1988, a la intimación al cumplimiento; con carácter más general, a los “meros actos jurídicos”, v. Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 969 del 5.4.1974, en «Giurisprudenza Italiana», 1975, I, 1, c. 530; mientras que en Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 3380 del 16.5.1983, en «Giurisprudenza Italiana», 1984, I, 1, c. 297, con nota de F. ROSELLI, se había descartado la aplicación directa de las normas sobre contratos, ex art. 1321 C.C., a la intimación al pago, en cuanto “acto jurídico no negocial”, admitiéndose, sin embargo, su aplicación analógica y, en particular, la aplicación del art. 1363 C.C. Al recibo de pago, calificado como “acto unilateral”, se ha aplicado el art. 1430 C.C. por parte del Tribunal de Milán: Sent. del 23.4.1981, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1982, II, p. 293. Siempre al recibo, se ha aplicado la norma del art. 1414, 3er. párrafo C.C., relativa a la simulación de los actos unilaterales.

(17) F. CARRESI: *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, continuado por Luigi Mengoni, I, Milán, 1987, p. 121.

(18) La bilateralidad de la relación en la que incide el acto unilateral es también el criterio a tenor del cual se debe resolver el problema del régimen aplicable a las denominadas declaraciones no negociales de voluntad (sobre las cuales v. supra, nota 9). Se ha considerado aplicable a las anomalías de estas declaraciones el remedio de la revocación del acto o del *contrarius actus* por parte del mismo declarante, descartándose los típicos remedios contractuales, como la acción de anulabilidad (cfr. V. PANUCCIO: *Le dichiarazioni non negoziali*, cit., p. 280 y ss.). Así, el mandante que haya impartido instrucciones al mandatario en estado de incapacidad natural no tiene necesidad – se dice – de obtener una sentencia que anule su declaración; le bastará, para tal efecto, que una vez cesado su estado de incapacidad, revoque o modifique las instrucciones impartidas.

En realidad, el remedio de la revocación o del *contrarius actus* también puede emplearse, en abstracto, en aquellos actos unilaterales que se dicen negociales, siempre que, como en el caso del apoderamiento, no incidan en una relación bilateral. La posibilidad de emplear tales remedios, extrajudiciales y unilaterales, deriva del propio carácter del acto, cuya unilateralidad puede permitir su remoción por parte del autor sin el concurso de la voluntad ajena, y sin necesidad de una disposición judicial que, ante el desacuerdo ajeno, reduzca el acto a la nada. Pero esto no siempre es posible, ni siquiera para las denominadas declaraciones no negociales: el caso emblemático que se acaba de formular lo pone en toda evidencia, para las hipótesis en las cuales el mandatario – un banco, por ejemplo – hubiera ya efectuado la orden del mandante – el titular de la cuenta corriente, en nuestro ejemplo. Es verosímil esperar que el banco volverá a acreditar al titular la suma utilizada para realizar su orden, pero sólo después de una sentencia que anule el acto por incapacidad natural del titular. Lo que es importante en este punto, no obstante la unilateralidad del acto, es la bilateralidad de la relación en la que incide el acto; por el contrario, parece ser del todo irrelevante la disputa en torno de la naturaleza negocial o no negocial del acto.

Añado, incidentalmente, que la anulabilidad no estará subordinada a la prueba de la mala fe del mandatario, según la norma del art. 428, 2do. párrafo C.C., tratándose de un acto unilateral; sin embargo, el mandatario de buena fe no estará obligado a las restituciones, debiendo ser considerado como “tercero” respecto del acto unilateral en cuestión, protegido por el art. 1445 C.C., a tenor del cual, la anulabilidad del contrato no perjudica los derechos adquiridos por terceros, a título oneroso y de buena fe (la Corte de Casación ha considerado que el régimen de la anulabilidad del contrato es aplicable a los actos *inter vivos*; dicha aplicación ha sido excluida, sin embargo, respecto de los actos *mortis causa*: v. Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 1686 del 13.5.1957, en «Massimario del Foro Italiano», 1957).

nivel pre-judicial, lo demuestra el régimen de la confesión. Para este acto unilateral no negocial, que no es declaración de voluntad, sino declaración de ciencia¹⁹, la compatibilidad de normas específicas sobre contratos resulta admitida positivamente. El art. 2732 C.C. se expresa impropriadamente en términos de “revocación” de la confesión por error de hecho o violencia, es decir, por causa de un vicio del acto. Por ello es preferible la opinión de que se trate, al menos en lo que atañe a la confesión extra-judicial, de una impugnación por invalidez del acto (con este término que es más apropiado, “impugnación”, se expresan, en cambio, los arts. 263 a 266 C.C. respecto de otra declaración unilateral de ciencia, esta vez de contenido no patrimonial, y por lo mismo extraña al campo de aplicación del art. 1324 C.C., que es el reconocimiento de hijo natural). Durante un tiempo, las normas que atribuyen importancia al error de hecho y a la violencia en la confesión fueron consideradas como indicativas de la naturaleza negocial de la confesión; hoy, definitivamente superada la concepción de ésta como declaración de voluntad²⁰, se debe extraer la deducción opuesta: que el error y la violencia no presuponen una declaración de voluntad.

Puede compartirse, indudablemente, el dictamen según el cual es inaplicable a la confesión el art. 1428 C.C., que establece el requisito de la reconocibilidad del error por parte del otro contratante; pero habría bastado aducir que la confesión es un acto unilateral que no está dirigido a un destinatario determinado, y que es inidóneo para plantear problemas de tutela de la confianza ajena; en

cambio, era superfluo – y errado, además – conceder importancia a la naturaleza de la confesión como declaración de ciencia para concluir que, según el art. 1324 C.C., las normas sobre contratos fueran incompatibles con la confesión²¹.

4. Sigue: El negocio jurídico como concepto lógico y como concepto “analógico”.

Según las concepciones tradicionales, como la del Código Civil alemán, la relación entre negocio jurídico y contrato es una relación de género a especie: el primero es el género; el segundo, una de las especies, junto con el acto unilateral, inter vivos o mortis causa, y con los actos, unilaterales o bilaterales, del Derecho de familia. La obra de la primera generación de intérpretes del Código Civil italiano consistió en identificar cuáles de las normas sobre contratos podían considerarse comunes, más allá del contrato mismo, a las demás especies de negocios jurídicos, y cuáles se presentaban, por lo mismo, como normas propias del género, aun cuando legislativamente formuladas en relación con una especie. Es necesario señalar, sin embargo, que el concepto de negocio jurídico ha terminado disolviéndose en las mismas manos de quienes lo propugnan, desde el momento en que éstos:

a) Han sostenido que la aplicación de las normas sobre contratos a los negocios jurídicos unilaterales ex art. 1324 C.C. es una aplicación analógica y no una aplicación directa²²;

19 Indistintamente, cfr. Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 136 del 18.1.1985 en «Giustizia Civile», 1985, I, p. 1967, e ID., Sent. n. 5141 del 19.10.1985, en «Massimario del Foro Italiano», 1985, para lo que atañe al animus confitendi, que es la voluntad y consciencia de reconocer la verdad del hecho, no así la voluntad de producir los efectos propios de la confesión.

20 Una vicisitud análoga ha tenido lugar en el caso del reconocimiento del hijo natural. Cfr. U. MAJELLO: Filiazione naturale e legittimazione, 2a. ed., en Commentario del Codice civile dirigido por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1982, pp. 26 y ss., 131 y ss.

21 Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 136 del 18.1.1985, cit.

Esta sentencia constituye un ejemplo significativo de los “gravísimos errores” denunciados por CARRESI (cit., supra, nota 14), cuando aduce que “en lo que atañe al error de hecho, dado que la confesión consiste en una declaración extraña a la categoría general de los negocios jurídicos, es inaplicable a ella la normativa particular dictada por el legislador en los arts. 1428 y ss. C.C., en materia de vicios del consentimiento como causa de anulabilidad de los contratos. En realidad, respecto de la institución de la confesión no se plantea ni siquiera el problema de la teorización de un modelo unitario y de un régimen general del negocio jurídico fundado en ciertos principios básicos comunes, aplicables, sea a los contratos, sea a los negocios unilaterales; tampoco es necesario verificar, en el espectro del art. 1324 C.C., si las normas que regulan los contratos, y en particular, aquellas que regulan el error, sean compatibles con la naturaleza y la finalidad de la confesión, la cual no es asimilable a los actos unilaterales inter vivos con contenido patrimonial, a los que hace referencia la norma en mención”.

22 Así, G. CIAN: “Tutela della controparte di fronte all’annullamento o alla ratifica del negozio”, en «Rivista di Diritto Civile», 1973, I, p. 549 y ss.; y posteriormente en G. CIAN y A. TRABUCCHI: Op. cit..

En el correcto sentido de que se trata de una aplicación directa v., en cambio, V. PIETROBON: Op. cit., pp. 461 y ss.; L. FERRI: Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, Milán, 1960, pp. 84 y ss.; M. BIN: La diseredazione, Turín, 1966, p. 184; M. COSTANZA: il contratto atipico, Milán, 1981, pp. 66 y ss. La cuestión no es sólo nominal: si se trata de una aplicación directa, estaría también admitida la aplicación de las normas especiales, la cual está excluida, en cambio, en el ámbito de la aplicación analógica (art. 14 del Título Preliminar C.C.).

b) Han sostenido que es analógica, y no directa, la aplicación de las normas sobre contratos a los actos bilaterales no patrimoniales o a los actos unilaterales *mortis causa*²³.

Por su naturaleza intrínseca, el concepto de negocio jurídico designa un género, respecto del cual el contrato, el acto unilateral, etc., constituyen otras tantas especies. Ahora bien, constituye un evidente non-sense afirmar que las normas sobre el negocio jurídico, entresacadas del régimen de los contratos, se apliquen por analogía a los negocios jurídicos distintos de los contratos; proposición que es equivalente a aquella que afirma que las normas generales no se aplican directamente, sino por analogía, a los casos particulares comprendidas en ellas. A quien todavía defiende el concepto de negocio jurídico – reivindicando su naturaleza de “concepto lógico”, y destinado, como tal, a sobrevivir al repudio legislativo – es necesario hacerle notar que dicho concepto, en sus aplicaciones prácticas, es utilizado como un “concepto analógico”²⁴.

La verdad es que los civilistas italianos hablan actualmente del negocio jurídico, más por hábito lingüístico que por convicción conceptual. No hablan del mismo para aludir al antiguo “superconcepto”, que trasciende el contrato y el acto unilateral, sino solamente para utilizar un sinónimo de uno y otro. Cuando se dice “negocio fiduciario”, por ejemplo, se quiere decir “contrato fiduciario” y nada más que contrato fiduciario; y cuando alguno se expresa en términos de “acto negocial”, no quiere expresar cosa distinta de que se está en presencia de un acto de voluntad, y no de una declaración de ciencia. El uso de esta locución como un simple sinónimo es, obviamente, inocuo, excepto por su evidente conraindicación en las relaciones internacionales con operadores jurídicos de lengua inglesa o francesa, en las

cuales falta, en el lenguaje técnico-jurídico y en el lenguaje corriente, el equivalente para una locución semejante²⁵.

5. Orígenes y vicisitudes del concepto de negocio jurídico.

La esencia más íntima de la categoría del negocio jurídico, tal como la fundó la Pandectística alemana en la primera mitad del siglo XIX, radica en característica de ser una categoría elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico (un punto esencial de la secuencia: hechos, actos, negocios jurídicos) y concebida, sin embargo, en función de una teoría del sujeto de derecho. A pesar de estar ubicado en la base, como categoría ordenante de un sistema de actor inter-subjetivos, entre los cuales predomina la figura del contrato, el negocio jurídico ha sido construido como una solitaria declaración de voluntad, para cuya concepción es suficiente referirse a un solo individuo.

El proceso de abstracción del que nace la categoría, se encuadra en el proceso más amplio que, a través de la abstracción, mira hacia la igualdad formal del Derecho. Es el proceso iniciado con la codificación francesa cuyo objetivo consiste en realizar un Derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase; un Derecho concebido en función de la unidad del sujeto jurídico. En una Sociedad como la alemana de la primera mitad del Ochocientos – que todavía no ha conocido la codificación – el proceso de abstracción realizado por la Pandectística pretende ser sustitutivo de la codificación misma: el valor supremo, al cual los pandectistas adecuan su propia obra, es que la construcción doctrinaria también posea, tal como la norma codificada, la más amplia validez social y que pueda, incluso en su contenido indiferenciado, satisfacer y coordinar entre ellos los

(23) V. PIETROBON: Op. cit., pp. 461 y ss.; M. BIN: Op. loc. cit.; G. B. FERRI: Op. loc. cit.

(24) Una distinta consideración se merece la posición de R. SACCO: “La nozione del contratto”, en Trattato di diritto privato dirigido por Pietro Rescigno, X, *Obbligazioni e contratti*, 2, cit., pp. 13 y ss., quien aprecia con cierta cautela el concepto de negocio jurídico (“al jurista le apasiona subordinar el contrato a categorías más amplias”), y después de haber recordado que “conceptualmente el contrato ha sido reducido, entonces, a una especie del género «negocio»”, precisa que “esta clasificación puede ser relevante para regular el juego de la analogía” y en particular “para extender a los demás negocios las normas dictadas para los contratos”, y añade que “la analogía más frecuente ... está prevista, por lo demás, por la misma ley”, mencionando, al efecto, el art. 1324 C.C. Sobre el concepto de acto unilateral según SACCO, v. igualmente, supra, nota 14.

(25) Para N. IRTI: “La regola e l’eccezione (resoconto sulla dottrina italiana del diritto privato nel secolo XX)”, en «Diritto e Società», 1997, p. 448, la categoría del negocio jurídico “sobrevive, actualmente, sólo por una suerte de misticismo doctrinario”; y su declive va de la mano con el de la tradición dogmática, señalando “el fin de un primado histórico e ideológico”, con el resultado de “restituir airosa libertad a nuestra doctrina, liberándola de vínculos sofocantes”.

intereses más diversos, o contrapuestos, inclusive. Con la Pandectística, la política de los juristas alcanza uno de sus picos más altos: los pandectistas alemanes saben traducir en conceptos el sentido revolucionario de la codificación francesa, y saben, adicionalmente, conducirlo a consecuencias extremas. El proceso de abstracción, que había tenido lugar en Francia con la codificación de la categoría general del contrato, prosigue en Alemania, más allá del contrato. Si el contrato evoca, cuanto menos, la imagen de una duplicidad de sujetos y la del acto de intercambio, como su referente económico, el negocio jurídico, que es concebible como el acto de un solo individuo, realiza de la manera más plena la unidad del sujeto de derecho, y elimina, con su máximo grado de abstracción, toda posible referencia a la relación económica.

El negocio – afirma Savigny – es la manifestación de la “capacidad natural de la persona para inducir cambios mediante actos de voluntad”²⁶; Windscheid añadirá que es también una expresión de la “fuerza creadora de la voluntad”²⁷. La coordinación de los intereses distintos o contrapuestos es realizada, así, mediante una categoría jurídica unitaria, al interior de la cual se disuelven las distinciones sociales, y una categoría a tal punto abstracta que está en condición de realizar el máximo grado de igualdad jurídica entre los individuos²⁸.

Cuarenta años después de la codificación civil alemana, que había acogido la noción general de declaración de voluntad, superponiéndola al contrato, la noción general de declaración de voluntad, se plantea para los artífices del nuevo Código Civil italiano, el problema de permanecer fieles al antiguo modelo francés o incluir el

negocio jurídico entre las categorías del Derecho privado, siguiendo el ejemplo alemán, elevándola al nivel de categoría ordenante del entero ámbito de la autonomía privada, en relación de género a especie respecto del contrato, el matrimonio, el testamento, etc.

La opción del Código Civil italiano obedeció a una decisión más general en torno del método de la legislación, que se definió como “método de la economía”²⁹ y que conducía al repudio de los conceptos jurídicos abstractos. La opción del BGB consistió en la fundación de una categoría lógico-jurídica – y es más, de una super-categoría – separada de la tipología histórico social: el concepto de negocio jurídico es, como se ha escrito “una típica construcción generalizante sin contenido histórico: una abstracción-volatilización de lo real”³⁰. Los artífices del Código Civil italiano de 1942 efectúan una decisión opuesta: invierten la perspectiva del BGB³¹, haciendo del contrato la categoría ordenante, y declarando que las normas relativas se observan, en cuanto fueran compatibles, para los actos unilaterales inter vivos que tengan contenido patrimonial (art. 1324 C.C.). Aquí la diversa política de la construcción jurídica consiste en una tendencia a adecuar las categorías jurídico-formales a la tipología social: el contrato tiene un referente económico preciso en el acto de intercambio: la categoría jurídica es ubicada en “un plano inclinado que tiende hacia la dimensión económico-social”³², mientras que la disposición adoptada en el art. 1324 C.C., de hacer que las normas sobre contratos sean aplicables a los actos unilaterales “en cuanto compatibles”, insta la necesidad de una verificación, en cada caso, de las condiciones económico-sociales para su aplicación.

26 F. C. VON SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*, trad. italiana de Vittorio Scialoja, III, Turín, 1900, p. 337.

El concepto de *negotium iudicium* – señala CALASSO (*Il negozio giuridico*, cit., pp. 340 y ss.) – es de origen iusnaturalista, y figura por primera vez en el *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*, publicado por NETTELBLADT en 1749; estaban ya presentes los conceptos de declaración y de voluntad; se habla de “dispositiones, quae sunt declarationes de eo quod fieri, vel non fieri quis vult”.

27 B. WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. italiana al cuidado de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, I, cit., Turín, p. 264, nota 2.

28 Según la idea de SAVIGNY, una análoga función es desarrollada, respecto del derecho de propiedad, por el concepto de relación jurídica, en forma tal de “elevar este derecho al nivel más abstracto y general posible” y de “convertirlo, aparentemente, en expresión de la Sociedad en general y no de la clase (burguesa) en particular”. Así, A. DI MAJO: voz “Situazioni giuridiche” en *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Diritto*, 2, Milán, 1972, pp. 451 y ss.

29 Este método también provenía del ambiente cultural germánico: cfr. J. W. HEDEMANN: *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*; Berlín, 1922, cuyo programa contemplaba la organización, sobre nuevas bases, de los conocimientos teóricos sobre el Derecho regulador de los procesos económicos. Siempre en Alemania, véase E. R. HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrechts*, Tubinga, 1953-1954.

30 U. CERRONI: “Per una critica sistematica della categoria giuridica”, en «*Democrazia e Diritto*», 1974, p. 487.

31 Es necesario precisar, sin embargo, que una reacción vivaz contra el concepto de negocio jurídico tenía ya vigencia en la doctrina alemana de los años Treinta: cfr. K. LARENZ: *Vertrag und Unrecht*, Hamburgo, 1936; H. STOLL: *Vertrag und Unrecht*, Tubinga, 1936.

32 U. CERRONI: *La libertà dei moderni*, cit., p. 487. Para análogas consideraciones críticas frente al concepto de negocio jurídico, véanse, ya, P. RESCIGNO: *Interpretazione del testamento*, Nápoles, 1952, pp. 181 y ss.; M. ALLARA: *Teoria generale del contratto*, Turín, 1955, pp. 20 y ss., aun cuando este último autor terminaba haciendo referencia, no al concepto de contrato, sino al doble concepto de acto recepticio y acto no recepticio.

La introducción del concepto de empresario en lugar del concepto de comerciante fue, para los artífices del Código Civil, el fruto de esta técnica legislativa, llamada “método de la economía”: las formas jurídicas tenían que corresponder a la substancia económica de los fenómenos regulados por el Derecho³³; los conceptos jurídicos debían tener, como “punto de partida” los conceptos económicos³⁴.

Siempre en nombre del método de la economía se decidió no acoger, sobre el modelo de la Willenserklärung del BGB, la categoría del negocio jurídico, en cuanto abstracción privada de correspondencia en la realidad. No era compatible con tal método una categoría que englobase el contrato, el matrimonio, el testamento -- figuras dotadas, cada una, de una distinta tipicidad social -- en una indistinta declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. Se prefirió regular “aquel negocio jurídico que es centro de la vida de las transacciones, que se llama contrato” (Relazione al Rey, n. 250); se precisó que “el contrato es, en realidad, el instrumento para el intercambio de los servicios y de los bienes sobre los cuales se basa la producción; el medio jurídico para la concesión del crédito necesario para el incremento de la producción y, en definitiva, la expresión de la iniciativa privada, en la cual comienza y se desarrolla la vida de la economía” (Relazione del Guardasellos, n. 10).

Ante esta opción de nuestra codificación civil, una parte conspicua de la doctrina italiana se rebelará, reintroduciendo la antigua categoría del negocio jurídico en el sistema del Derecho civil, y ubicándola en la “parte general” del sistema, mientras que el contrato será relegado al ámbito de las “partes especiales” del Derecho

civil, en el mismo plano que el acto unilateral, y en una posición subordinada respecto del negocio jurídico³⁵.

Este nuevo realce se presta a distintas evaluaciones. Por un lado, existe la tendencia a una restauración pura y simple de la categoría clásica, entendida como declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos³⁶. La operación se realiza con ese carácter: una parte de la normativa sobre contratos, aquella que se presenta como más fácilmente reconducible a la categoría tradicional de negocio jurídico como declaración de voluntad, es abstraída de la normativa sobre contratos y ubicada como regla general, respecto de la cual el régimen restante sobre contratos debe considerarse como un régimen de excepción (dictado *ratione imperii* en derogación de las normas generales, formuladas *imperio rationis*)³⁷ o, de cualquier forma, como un régimen especial³⁸.

Diferentes de éstas es la obra de revisión de la categoría, la cual parte de la exigencia de salvar los valores que se expresan en la categoría del negocio jurídico, y al mismo tiempo, de dar plena razón, al interior de ella, de los cambios verificados en el sistema de los contratos. Se replica, en particular, que el negocio jurídico aún puede definirse como declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos, se hace referencia al concepto de autorregulación de los intereses propios, como potestad que el Derecho reconoce para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los particulares³⁹. Sin embargo, Calasso ha dado en el blanco al resaltar que “el negocio jurídico es una categoría lógica, es decir, una síntesis: o es aceptada como tal o es rechazada como tal”⁴⁰. Nacido como exaltación de la

33 Cfr. F. SANTORO PASSARELLI: “L’impresa nel sistema di diritto civile”, en «Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni», 1942, I, p. 377.

34 A. ASQUINI: “Profili dell’impresa”, en «Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni», 1943, I, p. 2.

35 Como “concepto elevado a super-norma”. Así F. LUCARELLI: “Negozio, contratto, rapporto sociale”, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1975, p. 1506.

36 G. STOLFI: Teoria generale del negozio giuridico, 2a. ed., Padua, 1961.

37 G. STOLFI: Op. cit., p. 115; ID., “Persona umana e norma civile”, en «Rivista di Diritto Civile», 1974, I, pp. 512 y ss.

38 Una operación análoga es efectuada por L. CARIOTA-FERRARA: Il negozio giuridico, cit., p. 76.

SANTORO PASSARELLI (Dottrine generali di diritto civile, cit., p. 130) coordina el concepto tradicional de negocio jurídico con el “principio del riesgo del declarante por la confianza sin culpa, del destinatario o de cualquier otro interesado, en la declaración”. Los precedentes se encuentran en la doctrina alemana de finales del Ochocientos, en particular, W. RÖWER: Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Berlín, 1874; H. ISAY: Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena, 1899; E. ZITLMANN: “Die juristische Willenserklärung”, en «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts», XVI, 1878, pp. 357 y ss.; L. ENNECERUS: Rechtsgeschäfts, Bedingung und Anfangstermin, Marburg, 1888, p. 67 y ss.

39 E. BETTI: Teoria generale del negozio giuridico, cit., pp. 45 y ss.; seguido por R. SCOGNAMIGLIO: Contributo alla teoria del negozio giuridico, cit., pp. 105 y ss.

40 F. CALASSO: Il negozio giuridico, cit., p. 346 nota 41.

fuerza creadora de la voluntad individual, el negocio no puede ser convertido en algo opuesto: en un hecho social o en un fenómeno de la vida de relación.

La relación entre el concepto originario y las adaptaciones nacionales posteriores induce a una consideración ulterior: la Willenserklärung del BGB, en torno de la cual los civilistas italianos han elaborado la teoría del negocio jurídico, es una declaración abstracta, incompatible con un sistema basado en la causalidad del contrato – como lo es el sistema de nuestro Código Civil –, que está vinculada, a su vez, con la oportunidad de un control judicial de la función económico-social de la autonomía contractual. De ello resulta que el negocio jurídico de la civilística italiana – que es causal y no abstracto – constituye una mixtura de la declaración abstracta alemana y el contrato causal francés, con lo que termina asemejándose a una suerte de conciliación de dos cosas opuestas⁴¹.

Hay que decir, igualmente, que ni tampoco el intento de nuestra civilística para distinguir, en el Derecho italiano, entre negocios jurídicos causales y negocios jurídicos abstractos puede considerarse realizado: ninguno de los negocios que han sido identificados como abstractos es susceptible de ser calificado como tal.

Una última consideración: nuestra civilística de formación tradicional habla del negocio jurídico, pero piensa, fundamentalmente, en el contrato⁴²; más allá de los límites del contrato no aprecia sino el matrimonio y el testamento⁴³. Así, quedan fuera del ámbito de análisis del negocio figuras relevantes de actos unilaterales inter vivos como la declaración cartular, el voto y la decisión de las asambleas societarias. Más aún, nuestra civilística piensa en el contrato cuando habla del negocio jurídico, pero no

piensa en todos los contratos; permanecen extraños a su campo de observación los contratos con causa asociativa, especialmente el contrato de sociedad. Surge, entonces, una evidente contradicción entre el carácter ominicomprendivo que se ha entendido atribuir al concepto de negocio jurídico, en condición de abarcar toda manifestación de autonomía privada, y el restringido material normativo sobre el cual se ha construido el concepto en mención.

6. Cotejo con la elaboración conceptual en el Common Law.

Sigue siendo fundamental, en la división entre Civil Law y Common Law, la distinta forma de elaborar categorías jurídicas, en dependencia de su diversa fuente: preeminentemente legislativa, en el primero; preeminentemente judicial, en el segundo. El Civil Law, por lo menos aquel que ha producido las codificaciones, es el “derecho de los profesores”: su orgullo es la “cientificidad”, entendida como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por un alto grado de abstracción. Por el contrario, el Common Law descrece de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas muchísimo menos extensas, más fieles a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los common lawyers es el lenguaje “de las cosas”, que tiene por objeto las cosas que componen el mundo; el de los juristas del área romanística es, más bien, un metalenguaje, que tiene por objeto, no cosas, sino otros lenguajes.

En el *Atlante di diritto privato comparato*⁴⁴ lo he documentado ampliamente. Aquí lo ilustro con un ejemplo.

41 La antinomia parece haber sido entendida por R. SACCO: “La nozione di contratto”, cit., p. 13, cuando advierte que en Francia el concepto de negocio jurídico está ausente por algo que define como “una razón intrínseca”, en otras palabras, el hecho de que “en Francia el contrato tiene una estructura constante (consenso apoyado en una causa)”, mientras que “en Alemania, por el contrario, consta, o bien del solo consenso, o bien del consenso apoyado en la causa”. Inmediatamente, este autor añade (nota 8) que “las razones señaladas en el texto explican suficientemente el nacimiento de la teoría del negocio jurídico, difundida en Italia con la recepción de la doctrina de la escuela pandectística alemana”. Lo que se está explicando – aclaro – es el nacimiento de la teoría en Alemania, no la (acrítica) adopción italiana de la misma.

42 En tal sentido, resulta ser un libro sobre el contrato el ensayo de G. B. FERRI: *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit. También P. PERLINGIERI (*Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Nápoles, 1987, p. 174, nota 376) ha constatado que “la teoría del negocio jurídico ha sido construida, preeminentemente, sobre la base del esquema patrimonial del contrato”.

43 Y en ocasiones no siquiera estas figuras son apreciadas. Significativo, en tal sentido, el realce que brinda, al respecto, la obra de P. RESCIGNO: *L'interpretazione del testamento*, cit., p. 205. Señalo, en este punto, que muchos autores han negado *expressis verbis* que el testamento sea un negocio jurídico (NICOLÒ, LIPARI, FERRI, IRTI) o han descartado la posibilidad de una *reductio ad unum* del contrato y del testamento (RESCIGNO). Llamo la atención sobre cuanto ha escrito en torno de la imposibilidad de reducir los “negocios no patrimoniales” a unidad con el contrato, P. PERLINGIERI: *Op. cit.*, pp. 134 y ss.

44 (N. del trad.) *Atlante di diritto privato comparato* al cuidado de Francesco Galgano, con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani, 3a. ed., Bologna, 1999.

– Primer grado de abstracción:

La compraventa y el arrendamiento son acuerdos para el intercambio de prestaciones, siempre y cuando se trate de prestaciones distintas una de la otra; de ello se puede obtener, por abstracción, el concepto de contrato, como acuerdo para el intercambio de prestaciones;

– Segundo grado de abstracción:

La donación tiene en común con la compraventa el hecho de ser un acuerdo para la ejecución de una prestación, pero no existe intercambio con una contraprestación. De ello se obtiene, por abstracción, un concepto de contrato que prescinde del intercambio de prestaciones y que presenta dos subespecies: el contrato a título oneroso, basado en el intercambio, y el contrato a título gratuito, no basado en el intercambio.

– Tercer grado de abstracción:

La compraventa, la donación y el testamento tienen en común el hecho de ser declaraciones de voluntad con las cuales se dispone de derechos propios; pero el testamento no requiere, como sí lo hacen la compraventa y la donación, de dos declaraciones de voluntad concordantes, destinadas a conformar un acuerdo: basta la voluntad del solo disponente. Por abstracción puede obtenerse, entonces, el concepto de declaración de voluntad, o negocio jurídico, de cual son subespecies el

negocio unilateral y el contrato, el cual tiene como subespecies, a su vez, tanto al contrato a título oneroso cuanto al contrato a título gratuito.

Ahora bien, el Common Law se ha detenido en el primer grado de abstracción: es contract solamente aquello que en el Civil Law se define como contrato a título oneroso. El lenguaje jurídico corresponde al lenguaje “de las cosas”; para el Common Law es contrato lo que es tal según el sentido común, es decir, el acuerdo para el intercambio de una prestación con una contraprestación. El sistema romano-francés se ha detenido en el segundo grado de abstracción: el contrato puede ser a título oneroso o gratuito. El sistema romano-alemán ha llegado hasta el tercer grado de abstracción: el negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral.

Ni el contrato en general del Derecho francés, ni el negocio jurídico del Derecho alemán tiene referentes en el mundo de la realidad; existen solamente en el mundo del Derecho, sólo en la escena jurídica verbalizada, como afirmaría la filosofía analítica. El contrato en general, aun en la limitada acepción de los common lawyers, se concilia mal con el empirismo anglosajón, y la literatura jurídica lo emplea como categoría descriptiva, mientras que en clave operativa se continúa haciendo referencia a los particulares tipos contractuales. La locución contract ha entrado en el Uniform Commercial Code norteamericano, pero solamente para designar la compraventa, como sinónimo de sale(*). **D&S**

(*) (N. del trad.) El parágrafo final (n. 5) del texto de 1987 dice así: “El negocio jurídico, no obstante la decisión legislativa en sentido contrario, ha permanecido entre las categorías usuales del razonamiento, y sobre todo, entre los hábitos del lenguaje de nuestros juristas (para adaptarlo al sistema italiano, sin embargo, se ha añadido el requisito de la causa, extraña al concepto alemán de negocio jurídico) [Es así que, como escribí en «Rivista Critica di Diritto Privato», 1983, p. 322, “el negocio jurídico de nuestra civilística es una mixtura entre la declaración abstracta alemana y el contrato causal francés, y termina pareciendo una suerte de conciliación de cosas contrarias”]. Además que en su forma de sustantivo, el concepto de negocio jurídico está presente en el lenguaje de los juristas también en la forma adjetivada, y aún se habla 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, y por lo tanto distinta de la ‘declaración no negocial’, como la declaración de ciencia), de ‘responsabilidad negocial’ (como variante terminológica de responsabilidad contractual) [Sin embargo, en el reciente ensayo de L. MENGONI: La responsabilità contrattuale (en «Jus», 1986, p. 89), no se emplea jamás ni el sustantivo ni el adjetivo]. La decisión legislativa, si bien no ha pesado en el hábito conceptual de los juristas, sí lo ha hecho en la más íntegra organización jurídica del país. Los repertorios de jurisprudencia no tienen la voz “negocio jurídico” (que figura en ellos, con singular inversión de la clasificación teórica, como sub-voz de la voz “contrato”); y esto refleja el empleo más limitado de la categoría por parte de nuestros jueces (significativa, en este aspecto, es también la circunstancia de que los temas de Derecho civil en los concursos para secretario judicial, a menudo basados en materia contractual, sean formulados en términos de contrato y no de negocio: invalidez del contrato, causa del contrato y así por el estilo). C o n la decisión legislativa nacional concurren otros factores, dependientes de la adopción en Italia de un número siempre creciente de figuras contractuales atípicas, provenientes de las áreas que ignoran la categoría negocial. El concepto de negocio jurídico es absolutamente desconocido, además de Francia, en los países anglosajones, y de Common Law en general (la influencia alemana e italiana lo ha propagado, en cambio, en los países de lengua castellana y portuguesa). Se suma el hecho de que en una época como la nuestra, caracterizada por las crecientes relaciones comerciales y contractuales internacionales, la más de las veces con países que ignoran esta categoría del discurso jurídico, el abogado no puede expresarse ni en términos de negocio, ni de voluntad negocial, ni de responsabilidad negocial: debe utilizar, necesariamente, la noción — esta sí, universal — de contrato. “Negocio jurídico” es actualmente una expresión de un dialecto jurídico hablado en algunas sub-áreas de la Sociedad de nuestro tiempo. “Negocio jurídico” es, por lo demás, intraducible al idioma inglés [lo advierte también G. B. FERRI: Il negozio giuridico tra libertà e norma, cit., p. 31]. E. J. COHN, autor del célebre manual que es obra de iniciación de los operadores jurídicos anglosajones para el conocimiento del Derecho alemán, traduce negocio jurídico como legal transaction [Manual of German Law, 2a ed., Londres, 1968, p. 73]; pero debe precisar, de inmediato, que el término alemán “incluye actos en los cuales actúa una sola parte” (lo que parece incompatible, lexicalmente, con el concepto de transaction). En ocasiones, se ha tenido la oportunidad de ver que el concepto de negocio jurídico aparece en traducciones italianas de obras escritas en lengua inglesa: así, Giorgio REBUFFA, amparándose en el ejemplo de Guido GIUGNI, traduce como “negocio jurídico” la expresión legal business, lo que ha dado como resultado que el libro de John R. COMMONS, Legal Foundations of Capitalism, haga su aparición en Italia [I fondamenti giuridici del capitalismo, Bologna, 1981] con un capítulo titulado: “Transacciones y negocios”; sin embargo, el lector es prontamente advertido de que los “sujetos del negocio” de COMMONS no son menos de cinco (un vendedor y un comprador real, un vendedor y un comprador potencial, un funcionario público). El repudio hacia los conceptos abstractos, privados de referentes en la experiencia, tiende a constituir el sentido común en nuestro tiempo. Cito, para terminar, una significativa manifestación de orden didáctico. La Comisión Lombardini, encargada de elaborar propuestas para la inclusión del Derecho (además de la Economía) en el bienio unificado de la escuela secundaria superior (evento de gran importancia, que eleva el Derecho al rango de materia de cultura general, cuya enseñanza es obligatoria), presenta al Ministro de Instrucción Pública, en 1987, una relación en la cual el negocio jurídico es tomado como ejemplo, precisamente, de una abstracción a evitar: “para el Derecho — se lee — la exposición de la materia deberá evitar, en la medida de lo posible, argumentos de carácter poco técnico o abstracto (como los relativos a la teoría general del negocio jurídico)”.