



Massimo Franzoni(\*)

## El debate actual sobre el **negocio jurídico** en Italia<sup>(\*\*)</sup><sup>(\*\*\*)</sup>

### *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

**Resumen:** El presente artículo aborda el debate en la doctrina italiana sobre la pertinencia del concepto del Negocio Jurídico dentro de dicho ordenamiento jurídico. El autor aborda de manera crítica las distintas posturas sobre el tipo de categoría jurídica que sería el negocio jurídico. Concluye señalando que el negocio jurídico no es sino una categoría analógica en el ordenamiento jurídico italiano, negando además su carácter ahistórico. Por tanto, se cuestiona la utilidad y pertinencia de la categoría jurídica del Negocio Jurídico en la actualidad.

**Palabras Claves:** Negocio jurídico - Acto jurídico - Categoría jurídica - Ordenamiento jurídico italiano - Código Civil - Voluntad en el acto negocial.

**Abstract:** This article discusses the debate in the Italian doctrine about the relevance of the concept of the “negozio giuridico” within that legal system. He discusses critically the different positions on the type of legal category that would be the “negozio giuridico”. He concludes pointing out that the “negozio giuridico” is not but an analog category in the Italian legal system, denying furthermore its ahistorical character. Therefore, he questions the usefulness and relevance of the mentioned legal category at present.

**Keywords:** *Negozio Giuridico - Atto giuridico* - Legal Category - Italian Law - Civil Code - Will in the *Atto Negoziale*

---

(\*) Abogado por la Universidad de Boloña. Director de la *Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali “Enrico Redenti”*. Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Boloña. Especialista en Derecho Privado y Derecho Civil.

(\*\*) Título original: *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, publicado originalmente en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. No. 2. Milán: Giuffrè, 1995; pp. 409-429. La traducción y publicación del presente trabajo se hacen bajo la autorización expresa del autor.

(\*\*\*) Traducción de José Luis Gabriel Rivera, Profesor de la Maestría en Derecho Civil y en el Centro de Educación Continua de la PUCP; y de César E. Moreno More, Asistente de Docencia en la UNMSM. La revisión del texto estuvo a cargo de Eugenia Ariano Deho. Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

Se han añadido algunas notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del texto traducido, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

## 1. Premisa

Desde hace ya más de un decenio, el debate sobre el negocio jurídico en Italia ha alcanzado un punto crucial. Se han abandonado temas clásicos ligados a la teoría de la voluntad, a la teoría de la declaración; a la noción subjetiva u objetiva del negocio; a la calificación del negocio en términos de hecho o bien de valor. Actualmente, se cuestiona la existencia de la categoría lógica de negocio jurídico, y su admisión en un sistema

codificado que ha excluido el uso normativo de ésta figura<sup>(1)</sup>. Las contribuciones más significativas a partir de las cuales se puede enunciar esta tesis son las de dos autores: Giovanni Battista Ferri<sup>(2)</sup> y Francesco Galgano<sup>(3)</sup> <sup>(NT1)</sup>. A estos notables aportes se suma el de Natalino Irti<sup>(4)</sup>, que siguiendo un camino cercano al de Ferri, llega, sin embargo, a conclusiones aún más drásticas que las de Galgano.

- (1) Resumen este debate VALLE. *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*. En: *Contratto e impresa*, 1993; pp. 566 y siguientes.; SCODITTI. *Svolgimenti della teoria del negozio giuridico nella dottrina italiana*. En: *Rivista critica di diritto privato*, 1989; pp. 465 y siguientes. En el pasado CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milán, 1959; pp. 345, nota 41, había sostenido que “el negocio jurídico o se acepta así tal como es o se rechaza”: *tertium non datur*
  - (2) FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. Rimini, 1987, quien coherentemente defiende su opinión también en escritos sucesivos: FERRI, Giovanni Battista. *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*. En: *Rassegna di diritto civile*, 1992; pp. 715 y siguientes; FERRI, Giovanni Battista. *Negozi giuridico e la disciplina per tipi?*. En: *Rivista del diritto commerciale*. I, 1988; pp. 421 y siguientes. En la misma línea se coloca también BENEDETTI. *Negozi giuridico e iniziativa economica privata*. En: *Rivista di diritto civile*. II, 1990; pp. 573 y siguientes.
  - (3) GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milán, 1988; quien coherentemente defiende su opinión incluso en escritos coetáneos: GALGANO, Francesco. *Crepuscolo del negozio giuridico*, en *Contratto e impresa*, 1987; pp. 733 y siguientes; GALGANO, Francesco. *L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato*, en la misma revista, 1990; p. 1001 y siguientes.
- (NT1) El profesor Galgano es conocido en los países de habla hispana gracias a las traducciones que de sus obras, sobre todo en las que criticó tan ardua y sesudamente la categoría negocial, se llegaron a realizar. Son emblemáticas en este sentido su *Teorías e ideologías del negocio jurídico*, cuya traducción estuvo a cargo de Mariano Maresca, y publicado en el número 22 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, de 1982; así como su *El crepúsculo del negocio jurídico*, cuya traducción se debe a Leysser León, publicado en el libro que reúne algunos estudios sobre la materia titulado *Teoría general del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales*. También circula en el medio una traducción española de la primera edición de su *Il negozio giuridico*, que forma parte del *Trattato di diritto civile e commerciale* de Cicu y Messineo, continuado por Mengoni, y actualmente dirigido por Piero Schlesinger (la segunda edición italiana data del 2002), cuya lectura no se recomienda por las deficiencias de la traducción.
- Mención aparte merece uno de los primeros escritos en donde el autor se manifiesta críticamente respecto de la categoría, nos referimos a la voz *Negozi giuridico (dottrine generali)*, publicado en volumen XXVII de la *Enciclopedia del Diritto*. Dicho trabajo, destinado, como se sabe, a formar parte de la tan prestigiosa obra de la editorial Giuffrè, causó la inmediata reacción del director de la sección de derecho privado de la *Enciclopedia*, Angelo Falzea, quien pidió al autor modificarlo radicalmente. El autor respondió, haciendo valer su posición, que no la iba a modificar en absoluto, y de no publicarse en la *Enciclopedia*, de todas formas lo iba a publicar en alguna revista del medio, haciendo explícita mención de que se trataba de una voz rechazada por la dichosa *Enciclopedia*. Finalmente, por intermediación de los profesores Mortati y Pugliatti, quienes eran los directores generales de la *Enciclopedia*, fue publicada la voz, sin embargo con el subtítulo *Premesse metodologiche*. El resto de la historia es harto conocida, Angelo Falzea inmediatamente encomendó la *contravoce* a Giuseppe Mirabelli, la cual era la continuación de la misma voz, pero con un cariz totalmente distinto. La voz de Galgano concluía el volumen XXVII, la de Mirabelli aperturaba el XXVIII de la *Enciclopedia*. Estas anécdotas las contó el profesor Galgano poco antes de su desaparición, como presagiando su destino, sintiendo tal vez la necesidad de dar a conocer al mundo la realidad que ocurrió tras *bambalinas*, antes de su partida. Cfr. GALGANO, Francesco. *Cronaca di una morte annunciata (e di una inattesa reincarnazione)*. En: *Contratto e impresa*, No. 2, 2008; pp. 259 y siguientes, en especial p. 260, e GALGANO, Francesco. *Le metafore nel diritto*. En: *Contratto e impresa*. No. 1, 2010; pp. 285 y siguientes, en especial p. 297, *Infra nota al pie No. 28*.
- (4) IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milán, 1991, el cual desarrolla hipótesis ya enunciadas en el pasado; IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Turin, 1990.



## Massimo Franzoni

Antes de resumir los términos efectivos del debate, quisiera constatar que las diversas posturas ofrecidas por los autores sobre el tema del negocio jurídico reflejan las diversas posturas sobre el papel del jurista y de la doctrina en la sociedad post-industrial. No se trata solamente de evidenciar un contraste entre las diferentes escuelas de pensamiento, las que dan cuenta de los resultados de sus propios estudios sobre determinados problemas jurídicos, como ocurre en otros sectores del Derecho Civil. Sino de un contraste del que indirectamente se expresa un modo de considerar la propia profesión de jurista.

De esta forma, quien considera que el negocio jurídico es una categoría lógica que se coloca por encima del contrato, el acto unilateral, el matrimonio, el testamento<sup>(5)</sup> presupone que el papel de la doctrina es el de *construir* la síntesis conceptual, partiendo desde el dato empírico de las normas del Código Civil. Quien, por el contrario, atribuye al negocio jurídico el papel de categoría ideológica y analógica<sup>(6)</sup> (en el sentido que a continuación examinaremos) entiende que el papel de la doctrina es el de *reconstruir* la síntesis conceptual acogida por el sistema del Código Civil. A análogas conclusiones llega quien atribuye al negocio jurídico el papel de categoría historiográfica<sup>(7)</sup>.

Queriendo entrar al fondo de la cuestión, tengo la impresión que en un ordenamiento codificado no hay espacio para la introducción de categorías lógicas, cuya función es la de

elaborar síntesis que serán superpuestas a las generalizaciones creadas normativamente. Tengo la impresión que la función de la doctrina pueda ser solo la de *reconstruir* la síntesis conceptual existente en el sistema del Código Civil y no la de *construirla*; en particular en un ordenamiento que ve unificado el Derecho Civil y el Derecho Comercial en un Código civil único<sup>(NT1bis)</sup>.

## 2. El negocio jurídico como categoría histórica o como categoría abstracta: a) La categoría histórica

El primer nudo por desatar está referido a la utilidad de ofrecer una lectura en términos históricos del negocio jurídico, entendido como supra-concepto. Quien rechaza la categoría lógica del negocio jurídico elabora el razonamiento a partir de un minucioso análisis histórico del origen de la figura; y justamente por esta razón llega a concluir que su función ha terminado. De opinión contraria son aquellos que le atribuyen la calidad de categoría abstracta y ahistórica casi insensible a los cambios histórico-políticos.

(5) Así es para FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. Óp. cit.; pp. 48 y siguientes.

(6) Así es para GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Óp. cit.; pp. 15 y siguientes.

(7) Así IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Óp. cit.; p. 66.

(NT1bis) Fue Vivante quien en su proclama del 14 de enero de 1888, pero publicado en el vol. XXXIX del *Archivio giuridico*, del año 1887, titulada *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al Corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna)*, postulaba, como el título de su obra lo evidencia, la unificación, o mejor, el acercamiento de la "teoría de los institutos mercantiles a la general de las obligaciones" (p. 513) para lograr la formación de un derecho cosmopolita. Sin embargo, como se sabe, la unificación en un mismo cuerpo legislativo, del régimen jurídico civil y comercial italiano, no respondió a exigencias teóricas, sino más bien políticas, cfr. entre otros FERRI, Giuseppe. *Diritto commerciale*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XII. Milán, 1964; p. 924. La decisión de suprimir el código de comercio, cuya preparación se estaba realizando y se había encargado a Asquini, se realizó sobre la marcha del proceso de codificación italiana realizada hacia finales de los años treinta, decisión que fue tomada por el propio Mussolini, cfr. RONDINONE, Nicola. *Storia inedita della codificazione civile*. Milán, 2003; pp. 346-347. La unificación se llevó a cabo predisponiendo no sólo un único régimen general para las obligaciones, sean civiles o comerciales, sino y sobre todo, con la inserción del libro quinto del Código Civil Italiano titulado *Del lavoro*, haciendo girar el Derecho Comercial, ya no sobre el acto de comercio, sino sobre la noción de empresa y de empresario.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

El mérito de haber encuadrado históricamente la categoría del negocio jurídico hay que atribuirlo a Francesco Galgano, en la segunda mitad de los años setenta<sup>(8)</sup>. El estudio del autor parte del análisis de la función que asumió la construcción de la categoría en la pandectística alemana a comienzos del siglo XIX. En un sistema no codificado era necesario elaborar abstracciones que permitiesen crear categorías lógicas compatibles con las reglas operacionales del Derecho moderno, codificadas en el ordenamiento francés. Aun cuando al interior del hecho, el negocio jurídico (como resultado de la conocida secuela que del hecho, a través del acto, llega al negocio) no puede ser desvinculado del proceso creativo del derecho subjetivo, puesto que tanto el negocio cuanto el derecho subjetivo ven en el sujeto de derecho su centro de imputación. En sustancia, el sujeto, considerado igual frente a la ley, y la ley considerada igual para todos, presentan la misma estructura epistemológica que permite que la voluntad sea productora de efectos en la forma del negocio. Esto último constituye la fuente de la regla a ser aplicada a las relaciones humanas de cualquier sujeto, de la misma manera como la ley establece la regla a ser observada por parte de todas las personas que pertenecen al Estado-comunidad: los derechos subjetivos nacen de la ley o del negocio jurídico.

Por consiguiente, en su forma pura, la voluntad que se expresa en el negocio, constituye un valor, de la misma manera que la norma jurídica, ya que ambas dan lugar a sistemas de valoración y no a hechos por valorar, a los cuales la ley vincula los efectos jurídicos<sup>(9)</sup>. A este análisis Galgano añade ulteriores consideraciones, de las cuales concluye que una construcción elaborada de esta manera está al servicio de la clase burguesa en ascenso y de su apropiación de los recursos productivos, en la fase de acumulación capitalista. La voluntad era el medio para hacer vinculante una operación económica, pero sólo a través de la voluntad declarada ésta podría ser exigida. Y en ello se expresa también la tutela de la clase de los terratenientes, realizando así el compromiso entre los intereses de las dos clases. El negocio jurídico

“TENGO LA IMPRESIÓN QUE LA FUNCIÓN DE LA DOCTRINA PUEDA SER SOLO LA DE *RECONSTRUIR* LA SÍNTESIS CONCEPTUAL EXISTENTE EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y NO LA DE *CONSTRUIRLA*; EN PARTICULAR EN UN ORDENAMIENTO QUE VE UNIFICADO EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO COMERCIAL EN UN CÓDIGO CIVIL ÚNICO”.

constituía un punto exacto de equilibrio entre intereses opuestos: los intereses de los adquirentes (los burgueses, la clase en ascenso), en cuanto la voluntad por sí misma podía constituir relaciones, y los intereses de los vendedores (los propietarios latifundistas, la clase en decadencia) ya que con un acto de voluntad propio habrían podido perder derechos<sup>(10)</sup>. Además, poniéndose en el plano de los valores y no de los meros hechos por valorar, el negocio jurídico protegía al individuo del peligro de ser sometido por el poder del Estado: la voluntad era productora de los efectos queridos, sin que el Estado pudiera en algún modo interferir.

El estudio prosigue señalando que el proceso de abstracción ligado a las vicisitudes del negocio jurídico ha cumplido, además, una importante función cuando, superado el particularismo jurídico con la revolución francesa, éste ha sido reintroducido bajo otra

(8) El ensayo original GALGANO, Francesco. *Teoria e ideologie del negozio giuridico*. En: Autores varios. *Categorie giuridiche e rapporti sociali*. Milán, 1978.

(9) Cfr. MIRABELLI, Giuseppe. *Voz Negozio giuridico (teoria del)*. En: *Enciclopedia del diritto*. XXVIII. Milán: 1978; p. 2; SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. Roma: 1933; p. 2; ya señalaba el riesgo de llevar a extremas consecuencias la contraposición entre hecho y valor.

(10) Sustancialmente en los mismos términos, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*. III. Milán, 1987; pp. 25 y siguientes.



Massimo Franzoni

forma: con la distinción entre el Código Civil y el Código de Comercio. Pero, justamente, en esta división de los códigos se encuentra el germen del inicio de la disolución lógica de la categoría, pues justamente a partir de ese momento, comienza a afirmarse un tendencial proceso de objetivización del intercambio, ligado a un mecanismo que encuentra como objeto de tutela al acto de intercambio en sí, y no ya la voluntad del sujeto. Tal proceso se refleja en las teorías que tienden a desplazar el estudio de la voluntad a la declaración, con ello trasladando la atención desde el sujeto hacia su comportamiento exterior, socialmente apreciable.

Si bien tal fenómeno pueda igualmente ser reconducido a la tutela de la esfera subjetiva del declarante y pueda justificar la idea fundamental del negocio jurídico como voluntad de por sí productora de efectos, en cuanto queridos, a pesar de esto es el primer síntoma de una crisis que envuelve el originario alcance del concepto.

### 3. **Continúa: b) la categoría abstracta**

Interrumpo por un momento la reconstrucción en clave histórica del concepto de negocio jurídico para dar cuenta de las críticas a esta tesis. Al hacerlo limitaré mi análisis al trabajo de Giovanni Battista Ferri, que ha expuesto, de la manera más lograda, la opinión contraria.

Según esta concepción, lo que constituye el aspecto más importante del negocio jurídico es el ser un instrumento de libertad del individuo frente al poder del Estado. Esta idea que lo vio nacer no ha sido en algún modo mellada por el paso del tiempo, puesto que esta exigencia no está ligada al tiempo. De allí la tesis que ve al negocio jurídico como categoría ahistórica,

fruto de la obra crítica de la doctrina<sup>(11)</sup>. El rechazo de cualquier encuadramiento histórico lleva a esta vertiente doctrinal a rechazar *in toto* cualquier postura de análisis dirigida a evidenciar el aspecto funcional y sociológico del instituto, negando valor a cualquier intento tendiente a asociar las categorías jurídicas con el tiempo en el cual operan.

El resultado final es el de demostrar la posibilidad de construir la categoría lógica del negocio jurídico, encontrando en las normas del Código Civil la sede sobre la cual fundarla. Desde el punto de vista teórico, el problema consiste en el individualizar una categoría de actos negociales distinta de los no negociales, legitimando la distinción en el plano de la disciplina<sup>(12)</sup>. Ulterior problema es el de legitimar la idea de negocio jurídico en un sistema regido por la causa, entendida como función económico-social del acto; requisito este que pone al negocio en relación de dependencia biunívoca tanto de la voluntad cuanto del control estatal en cuanto a su legitimidad y, a veces, de su oportunidad. Desde el punto de vista teórico, el problema casi irresoluble es el de conciliar con la causa la idea del negocio como valor y no como hecho. En realidad, la verdadera esencia del negocio o se realiza atribuyéndole el papel de valor, y no de hecho, o bien no parece realmente que se pueda fundar en éste uno de los pilares más importantes de la libertad de los particulares.

(11) Prueba de ello es que incluso en el Derecho romano se encuentren indicaciones embrionales sobre la construcción conceptual que sucesivamente sería elaborada: FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. *Op.cit.*; pp. 19 y siguientes. Es emblemática la posición de MIRABELLI, Giuseppe. *voz Negozio giuridico (teoría del)*. *Op.cit.*; p.3: el "negocio jurídico es individualizable independientemente de la inserción que de él se haya realizado en un texto legislativo; y es esta observación la que ha permitido a la doctrina discurrir sobre si el concepto de negocio estuvo presente en el derecho romano o en el derecho intermedio, que seguramente han ignorado la expresión y la sistemática". "La noción de negocio jurídico es, pues, noción de teoría general del derecho, sea cual fuere el ordenamiento en relación al cual es estudiada, sea cual fuere la materia a la cual es aplicada". Sobre el problema, cfr. ampliamente CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*, *Op. cit.*; *passim*.

(12) Cfr. MIRABELLI, Giuseppe. *Voz Negozio giuridico (teoría del)*. *Op. cit.*; p. 2, el cual cita la posición de SCONAGMILIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Nápoles, 1969; p. 5.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

El desarrollo de esta tesis lleva a la consecuencia de que la base normativa del negocio jurídico es individualizada en las normas sobre el contrato en general las cuales, a través del art. 1324 del Código Civil (en adelante, CC) <sup>(NT1ter)</sup> (y de los artículos 1334 y 1414 párrafo 3 CC<sup>(NT2)</sup>) que permite la extensión a los actos unilaterales entre vivos que tienen contenido patrimonial, bien se prestarían a fundar normativamente la categoría<sup>(13)</sup>.

Sobre este aspecto regresaré más adelante, ahora quisiera señalar que el peligro de afrontar el estudio sin tomar en cuenta la perspectiva histórica corre el riesgo de sugerir la afirmación de valores y de ofrecer formas de tutela del individuo en todo caso inadecuadas. Ha sido agudamente demostrado por Natalino Irti que en la sociedad post-industrial afirmar un papel al negocio jurídico, en cuanto éste permite una tutela del particular en contra del Estado, es inútil. El individuo no puede ser oprimido por el Estado, como sostenían los teóricos liberales, sino por el poder del mercado y por su dimensión planetaria. La uniformidad de los actos de intercambio homogeneizados por las necesidades de la praxis empresarial, implica una merma total del papel de la voluntad en la determinación del contenido en cuya salvaguardia se erigía el negocio jurídico.

La verdadera exigencia del individuo no es la tutela de su voluntad, pulverizada por la cantidad de actos de intercambio uniformes, sino es la exigencia de reglas que tutelen el funcionamiento del mercado<sup>(14)</sup>. Y es en esta dirección que se mueve la legislación económica más reciente<sup>(15)</sup> y aquella sobre el contrato en particular. El derecho de desistimiento en los contratos de venta a domicilio (*porta a porta*) y la normativa comunitaria en materia de cláusulas abusivas, aplicables a todos los contratos, prescindiendo de la predisposición unilateral de las condiciones generales, son las únicas formas de garantía efectiva del individuo, mucho más eficaces que la tutela de la voluntad que ofrece el negocio jurídico<sup>(16)</sup>.

### 4. El negocio jurídico y el Código Civil

Como he recordado en el párrafo anterior, los defensores de la existencia de la categoría

(NT1ter) Artículo 1324 Normas aplicables a los actos unilaterales.-

Salvo disposición legal distinta, las normas que regulan los contratos se aplicarán en cuanto fueren compatibles, a los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial.

(NT2) Artículo 1334 Eficacia de los actos unilaterales.-

Los actos unilaterales producen efectos desde el momento en el que llegan a conocimiento de la persona a la cual son dirigidos.

Artículo 1414 Efectos de la simulación entre las partes.-

El contrato simulado no produce efectos entre las partes.

Si las partes querido concluir un contrato distinto del aparente, tendrá efecto entre ellas el contrato disimulado, con tal que subsistan los requisitos de sustancia y de forma.

Las disposiciones precedentes se aplicarán también a los actos unilaterales dirigidos a una persona determinada, que sean simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

(13) Cfr. los autores citados en la nota precedente para ulteriores referencias, y FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico fra libertà e norma*. *Op. cit.*; p. 70. La misma tesis había sido sostenida por MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. I. Milán, 1952; p. 450, el cual entre otros describe el negocio jurídico como un "paradigma lógico, elaborado por la doctrina, por comodidad sistemática (o también didáctica), con la finalidad de coordinar, alrededor de elementos constantes, que figuran en el esquema del negocio jurídico y que son comunes a muchísimos institutos jurídicos concretos, algunos dogmas jurídicos.

(14) Cfr. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. *Op. cit.*; pp. 67 y siguientes.

(15) He desarrollado estas consideraciones en *Etica del legislatore nel governo dell'impresa cooperativa*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993; pp. 493 y siguientes.

(16) Son estas las conclusiones a las cuales llega IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, *Op. cit.*; pp. 67 y siguientes.; IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. *Op. cit.*; pp. 38 y siguientes.



## Massimo Franzoni

lógica del negocio jurídico reconocen en las normas sobre el contrato en general, el conjunto de reglas que expresan la estructura del negocio mismo. El art. 1324 CC es aplicado para extender al negocio unilateral las normas del negocio bilateral y, en aplicación de la sugerencia contenida en la *Relazione*<sup>(NT2bis)</sup> al Código Civil, para aplicarlas análogicamente incluso más allá de los actos entre vivos con contenido patrimonial. Sin embargo, la categoría lógica obtenida por abstracción debería permitir una aplicación directa de las normas sobre el contrato al matrimonio o al testamento, salvo el juicio de compatibilidad a efectuarse en función de la unilateralidad o bilateralidad del negocio. Sólo de esta manera podría decirse alcanzado el fin de construir una categoría del acto negocial distinta también en el plano de la disciplina del acto no negocial. Pero este resultado, que tal vez el legislador tenía en mente<sup>(17)</sup>, no fue querido<sup>(18)</sup>: en el sistema del Código Civil no existe una

verdadera y propia categoría del acto negocial, distinta en su disciplina, del acto no negocial, como afirmaré más adelante exponiendo el pensamiento de Galgano.

Aun prescindiendo por un momento de esta última consideración, es difícil de explicar en términos de voluntad el por qué al negocio contractual esté enlazada la disciplina de la inserción automática de las cláusulas (art. 1339 CC<sup>(NT3)</sup>), de la sustitución de las cláusulas nulas, con el límite puesto por el segundo párrafo del art. 1419 CC<sup>(NT4)</sup>, de la integración del contrato (art. 1374 CC<sup>(NT5)</sup>), de la interpretación conforme a la buena fe (art. 1366 CC<sup>(NT6)</sup>)<sup>(19)</sup> y, en general, de los otros

(NT2bis) *La Relazione al Codice Civile* (también denominada *Relazione al Re Imperatore*) es una suerte de Exposición de Motivos, elaborada gracias a los aportes de los comisionados que llevaron adelante la modificación del Código Civil italiano de 1865. Como se sabe, fue dirigida al entonces rey de Italia y Albania, emperador de Etiopia, Vittorio Emanuele III.

(17) Lo señala GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. Op.cit.*; p. 11.

(18) En nuestro Código Civil falta una norma equivalente al segundo párrafo del artículo 451 del Código Civil boliviano de 1976, el cual establece que las normas sobre el contrato en general “son incluso aplicables, en cuanto compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales con contenido patrimonial entre vivos así como a los actos jurídicos en general”. Sin embargo, en este código es configurada la categoría del acto jurídico como figura que es indiferente al efecto negocial.

(NT3) Artículo 1339 Inserción automática de cláusulas.-

Las cláusulas, los precios de bienes o de servicios, impuestos por la ley (o por las normas corporativas) se insertan de derecho, aún en sustitución de las cláusulas establecidas por las partes.

(NT4) Artículo 1419 Nulidad parcial.-

La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusulas específicas acarrea la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no hubieren celebrado dicho contrato sin aquella parte de su contenido que es afectada con nulidad.

La nulidad de cláusulas específicas no acarrea la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas.

(NT5) Artículo 1374 Integración del contrato.-

El contrato obliga a las partes no solo en cuanto a lo que en él se hubiere establecido, sino también a todas las consecuencias que del mismo derivan según la ley, o, a falta de ésta, según los usos y la equidad.

(NT6) Artículo 1366 Interpretación de Buena fe.-

El contrato debe ser interpretado según la buena fe.

(19) Cfr. el razonamiento seguido por la Corte de Casación para negar eficacia a algunas cláusulas en los modelos de fianza bancaria, antes de la reforma introducida por el artículo 101 de la Ley del 17 de Febrero de 1992. No. 154; Corte de Casación del 18 de Julio de 1989. No. 3362. En: *Foro italiano*. I, c. 2750, 1989; con notas de Pardolesi; con notas de DI MAJO. *La fideiussione omnibus e il limite della buona fede*, en la misma revista. c. 2753; con notas de MARICONDA, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede*, en la misma revista, c. 2763; Corte de Casación. No. 3386, 20 de julio de 1989. En: *Foro italiano*. I, c. 558, 1990, con notas de VALCAVI; Tribunal de Milán, 19 de Octubre de 1987, en *Banca, borsa e titoli di credito*. II, 1988; p. 461; Tribunal de Verona, 23 de Agosto de 1988. En: *Giurisprudenza italiana*, I, 2, c. 307, 1989; con notas de SCALIA. *Fideiussione omnibus: determinabilità dell'oggetto e giudizio di buona fede*. Todas estas sentencias y otras son comentadas por GRANA. *Determinabilità dell'oggetto e giudizio di buona fede nella fideiussione omnibus*. En: *Contratto e impresa*, 1985; p. 749.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

criterios codicísticos de interpretación integradora. Es aún más difícil de explicar la operatividad de la regla establecida por el art. 1467 CC<sup>(NT7)</sup>, que permite al legitimado pasivo de la acción de resolución por excesiva onerosidad sobreviniente el reducir equitativamente la propia prestación; la operatividad del art. 1384 CC<sup>(NT8)</sup>, que permite al juez el reducir equitativamente la suma de la cláusula penal excesivamente onerosa. Con un notable esfuerzo interpretativo, hay quien logra reconducir tales reglas al ámbito de la interpretación dirigida a reconstruir la voluntad de los contratantes o al ámbito de la tutela de la confianza. Pero el fracaso de tal esfuerzo se aprecia en la crítica que de estas normas han hecho los autores que encuentran en ellas la expresión del sistema dirigista-corporativo, que las habría querido para configurar una sociedad de ciudadanos, en la cual todos serían *funcionarios* del Estado<sup>(20)</sup>. De manera que, como abiertamente declara Stolfi, estas normas serían típicas de un “Estado metiche”<sup>(21)</sup>.

Queda finalmente el problema de la causa: ¿cómo justificar la causa con el señorío de la voluntad? Pero también este *impasse* es superado, desde el momento en que se da a este

elemento del acto una importancia limitada tan solo a aquellos que impliquen disposiciones patrimoniales y no, por el contrario, a los otros. Queda también un ulterior problema: ¿cómo justificar la interpretación del art. 1987 CC<sup>(NT9)</sup> del cual se infiere la regla de la tipicidad de la promesa de obligación, en derogación del art. 1322, párrafo 2 CC<sup>(NT10)</sup> que establece el principio de la atipicidad del contrato? Si la sola voluntad fuese suficiente para producir obligaciones o para producir el efecto real, se debería admitir la atipicidad de la promesa. Por el contrario, esta tesis es excluida incluso por los partidarios del negocio jurídico como categoría lógica<sup>(21)</sup>.

El punto es que en el momento en el que con Betti se alcanza el más alto grado de mediación entre la concepción originaria del negocio y la disciplina codicística sobre el contrato, se llega a afirmar sustancialmente la

(NT7) Artículo 1467 Contratos con prestaciones recíprocas.-

En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa debido al acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe dicha prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevinida es producto del alea normal del contrato.

La parte contra la cual es demandada la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente del contrato.

(NT8) Artículo 1384 Resolución de la pena.-

El monto de la pena podrá ser disminuido equitativamente por el juez, si la obligación principal hubiere sido ejecutada en parte o si dicho monto es manifiestamente excesivo, tomando siempre en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.

(20) Cfr. FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma. Op. cit.*, pp. 116 y siguientes; a propósito del propietario-funcionario, p. 136 y siguientes, a propósito de la causa y de las normas recordadas en el texto.

(21) Cfr. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padua: 1947; pp. 230. Nota 1; pp. 236 y siguientes, a propósito del artículo 1371 Código Civil que autoriza al juez a interpretar el contrato en el sentido menos oneroso para la parte obligada, si a título gratuito, o bien en el sentido que logre la equitativa ponderación de los intereses, si a título oneroso; e incluso, allí mismo, pp. XI y siguientes. a propósito del artículo 1339.

(NT9) Artículo 1987 Eficacia de las promesas.-

La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos establecidos por ley.

(NT10) Artículo 1322 Autonomía contractual.-

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites establecidos por la ley (y por las normas corporativas).

Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos que cuenten con un régimen particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

(21) La demostración de la imposibilidad de introducir en el sistema italiano la atipicidad de las promesas ha sido ampliamente demostrada por GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. Op. cit.*; pp. 206 y siguientes, constatando que la atipicidad llevaría a introducir la regla de la abstracción material de la causa, que nuestro sistema no establece.



## Massimo Franzoni

utilidad de este concepto lógico solo a condición de que sirva para distinguir operativamente el acto negocial del no negocial. En el momento en el cual se afirma que el negocio es el *valor por valor*<sup>(22)</sup>, se afirma que el valor del negocio (su carácter autónomamente preceptivo), debe ser puesto en relación con el ordenamiento jurídico. Pero, esta relación impone que se establezca una jerarquía que ve al segundo, inevitablemente, prevalecer respecto del primero<sup>(23)</sup>. El negocio como valor, pese a ser expresión de la autonomía privada en la concepción de Emilio Betti, padece pues una fuerte reducción que legitima la pregunta acerca de la utilidad de la categoría lógica, si ésta, insisto nuevamente, no sea funcional a la finalidad de permitir una interpretación directa de las normas del contrato en general a todos los actos negociales<sup>(24)</sup>. Esto presupone que el Código Civil haya recogido sistemáticamente, traduciendo en una disciplina coherente, la distinción entre actos negociales y actos no negociales.

### 5. *Continúa*: el régimen jurídico del acto no negocial

Como he apenas observado, la idea de negocio como “supra-concepto”, como categoría lógica insensible a la falta de recepción legislativa, como concepto de género respecto al

contrato, al acto unilateral y a los otros actos no-patrimoniales, postula la individualización de una disciplina codicística distinta del acto negocial respecto del acto no negocial. Por ello, es necesario demostrar que los dos momentos en los cuales se expresa la voluntad en el negocio jurídico, la voluntad del acto en sí y la voluntad de sus efectos, encuentren en el plano de la disciplina normativa un distinto alcance respecto de la figura del acto jurídico, en la cual cuenta la sola voluntad del acto en sí, estando los efectos predeterminados por la ley. Solo bajo estas condiciones puede tener valor la conocida distinción dogmática entre acto y negocio que se funda en el hecho que la declaración de voluntad presente la naturaleza de “autoregulación vinculante” o bien se coloque como “mero presupuesto de efectos jurídicos”<sup>(25)</sup>.

Como ha sido demostrado<sup>(26)</sup>, la conclusión de este estudio ha sido negativa. Así por ejemplo, para el acto humano consciente y voluntario (el acto jurídico en la tradicional

(22) Así BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Turín, 1952; pp. 47 y siguientes.

(23) Esto es reconocido incluso por FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, *Op. cit.*; p. 57, en la reconstrucción del pensamiento de Betti. En el mismo sentido MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. I. *Op. cit.*; p. 448, afirma que “el negocio jurídico es la manifestación más saltante de la llamada autonomía privada, o autonomía de la voluntad; así que él se presenta como “precepto de autonomía privada”. Sin embargo, precisa que “la autonomía no es ni puede no estar delimitada; por el contrario, está sujeta a límites, dirigidos a la tutela de intereses *generales* (*aspetto social* de la autonomía de la voluntad) y de los intereses de *terceros*” (allí mismo, p. 450, la cursiva es del autor).

(24) Para este propósito señalo la posición de BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il contratto*. III. *Op. cit.*; pp. 8-10, quien si bien no rechaza expresamente la categoría abstracta del negocio jurídico, le dedica tan solo dos páginas de tratamiento, en el contexto de un volumen reservado al contrato. Además, las dos páginas parecen dirigidas principalmente a dar cuenta de las críticas hechas al concepto, más que a demostrar su efectiva utilidad.

Cuando pasa a tratar de los actos jurídicos en sentido estricto, afirma: “en ausencia de un régimen general de los actos jurídicos en sentido estricto es necesario caso por caso recurrir a la disciplina particular y las normas idóneas para una profunda composición de los intereses en conflicto” (allí mismo, p. 17). Si bien no afirmándolo expresamente, parece inevitable incluso para este autor el recurso a la analogía, de la cual trataré en el sucesivo No. 7.

Finalmente hay que señalar la atenta demostración de la superación del dogma de la voluntad en el derecho positivo vigente desarrollado por el autor: allí mismo, pp. 20 y siguientes.

(25) SANTORO PASSARELLI. *Voz Atto giuridico (Diritto privato)*. En: *Enciclopedia del diritto*. IV. Milán, 1959, p. 207 (la cursiva es del autor). Al autor va el mérito de haber llevado a cabo un estudio en el que la categoría del acto en sentido estricto ha sido depurada de elementos que no le son propios en vía exclusiva, como la revocación y el interés general al cual estaría dirigido; elementos estos sobre los cuales los demás autores habían establecido la distinción con el negocio jurídico. En verdad también el negocio puede ser revocado y además el negocio puede realizar intereses generales.

(26) Cfr. GALGANO, Francesco. *Op. cit.*, pp.9 y siguientes.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

tripartición) bastaría la capacidad natural<sup>(27)</sup>, mientras que las declaraciones de conocimiento, las participaciones y las comunicaciones requieren de capacidad legal<sup>(29)</sup>. Así, para la intimación al cumplimiento, para la notificación de la cesión de crédito, para el recibo de pago, para la promesa de pago, para la comunicación del siniestro a la aseguradora, para la confesión, para el reconocimiento de hijo natural, para la fijación y cambio de domicilio, para la constitución de servidumbres por destinación del padre de familia, para la convocación a asamblea, para la notificación al propietario de la cesión del usufructo, para la comunicación al elegido de la

voluntad de ceder la cosa objeto de prelación, se requiere capacidad legal.

Por otro lado, existen actos humanos para los cuales no es necesaria capacidad para obrar ni tampoco capacidad natural: piénsese en la accesión (art. 934 CC<sup>(NT11)</sup>), en la unión o mezcla (art. 939. CC<sup>(NT12)</sup>), en la especificación (art. 940 CC<sup>(NT13)</sup>), en la separación (art. 821 CC<sup>(NT14)</sup>), en el hallazgo (art. 927 CC<sup>(NT15)</sup>), en el descubrimiento de tesoro (art. 932 CC<sup>(NT16)</sup>), en

(27) Así como es para la ocupación que puede ser efectuada por el menor de edad, con tal que sea capaz de entender y de querer: SACCO, Rodolfo. *Il possesso*. En: *Trattato di diritto civile*. Dirigido por Cicu-Messineo. VII. Milán: 1987; pp. 179. Según otros la ocupación y el abandono pertenecerían, por el contrario, a la categoría de los actos negociales: SCONAGMILIO, Renato. *voz Atto giuridico*. En: *Enciclopedia forense*, 1957; pp. 597 siguientes.

(29) Esta, que en el texto es señalada como una contradicción, es simplemente descrita por MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. I. *Op. cit.*; p. 433. Tampoco SANTORO PASSARELLI. *Voz Atto giuridico (Diritto civile)*. *Op. cit.*; p. 211, les atribuye efectos particulares.

(NT11) Artículo 934 Obras hechas sobre y bajo el suelo.-

Cualquier plantación, construcción u obra existente sobre o bajo el suelo pertenece al propietario de este, salvo lo establecido en los artículos 935, 936, 937 y 938 y salvo que resulte distintamente del título

(NT12) Artículo 1939 Unión y conmixión.-

Cuando varias cosas que pertenecen a distintos propietarios han sido unidas o mezcladas de manera que se forme un todo común, pero que aún son separables sin causar mayor deterioro, cada uno conservará la propiedad de su cosa y tendrá derecho a obtener la separación. En caso contrario, la propiedad será común en proporción del valor de las cosas correspondientes a cada uno.

Sin embargo, cuando una de las cosas pueda ser considerada como principal o de mayor valor, aún cuando sirva a la otra de adorno, el propietario de la cosa principal adquirirá la propiedad de la totalidad. Este tiene la obligación de pagar al otro el valor de la cosa que está unida o mezclada, pero si la unión o la mezcla se ha producido sin su consentimiento por acción del propietario de la cosa accesoria aquel no se encontrará obligado a abonar, sino la suma menor entre el aumento del valor aportado a la cosa principal y el valor de la cosa accesoria.

Además, se deberá el resarcimiento de los daños en caso de culpa grave.

(NT13) Artículo 940 Especificación.-

Si alguno empleare una materia que no le pertenecía para formar una cosa nueva, pueda o no la materia retomar su forma anterior, adquiere la propiedad de la misma pagando al propietario el precio de la materia, salvo que el valor de la materia sobrepase notoriamente el valor de la mano de obra. En este último caso, la cosa corresponderá al propietario de la materia, quien deberá pagar el precio de la mano de obra.

(NT14) Artículo 821 Adquisición de los frutos.-

Los frutos naturales pertenecen al propietario de la cosa que los produce, salvo que dicha propiedad sea atribuida a otro. En este último caso la propiedad se adquiere con la separación.

Quien hace suyo los frutos debe rembolsar, dentro de los límites de su valor, los gastos de producción y de cosecha a quien haya incurrido en ellos.

Los frutos civiles se adquieren día a día, en razón de la duración del derecho.

(NT15) Artículo 927 Cosas encontradas.-

Quien encuentra una cosa mueble debe restituirla a su propietario, y, si no lo conociese, debe entregarla sin demora al alcalde del lugar en el que la cosa fue encontrada, indicando las circunstancias del hallazgo.

(NT16) Artículo 932 Tesoro.-

Tesoro es cualquier cosa mueble de valor, oculta o enterrada de la que ninguno puede probar ser propietario.



## Massimo Franzoni

la siembra, en la plantación. De tales actos, así considerados por cierta doctrina, se afirma la irrelevancia de la voluntad como requisito del supuesto de hecho legal, pero pese a ello, el culto a la tradicional tripartición del hecho-acto-negocio jurídico, excluye la posibilidad de calificarlos como hechos, como quisiera el lenguaje del Código Civil<sup>(30)</sup>.

Pero hay más. No se puede ver en el art. 1324 la norma que permita la aplicación de las normas sobre el contrato en general (sobre el negocio jurídico), a todas las manifestaciones de voluntad, ya sean bilaterales o unilaterales. Ello no solo por las limitaciones establecidas por la misma norma (su contenido patrimonial, el hecho de ser actos entre vivos) sino porque los jueces han aplicado estas normas en vía directa incluso a los actos que no son negociales y más allá de la analogía, una vez satisfechas las condiciones de compatibilidad. Este es el sentido de algunas decisiones en las cuales, aunque buscando aparentemente la voluntariedad de los efectos del acto, se aplican las reglas de los contratos sólo porque

son compatibles con el acto en cuestión y porque la relación es patrimonial<sup>(31)</sup>. Así, por ejemplo, para establecer el conocimiento del destinatario respecto del contenido de un acto unilateral recepticio, se prescinde del hecho de que el acto sea o no negocial<sup>(32)</sup>.

En otras decisiones, en cambio, parece haberse acogido el criterio de la naturaleza negocial del acto, a los fines de aplicar la disciplina del contrato, por lo demás aplicada en vía analógica. Es el caso de la intimación de pago escrita, para la cual se niega la extensión directa de los criterios de interpretación del contrato. Viéndolo bien sin embargo se decide que “en la interpretación de dicha intimación, mientras hay que excluir la aplicación analógica del art. 1362 CC<sup>(NT17)</sup>, atendiendo a la irrelevancia del propósito

---

El tesoro pertenece al propietario del fundo en el que se encuentre. Si el tesoro es encontrado en fundo ajeno, siempre que haya sido descubierto por casualidad, corresponde por mitad al propietario y por mitad a quien la haya encontrado. La misma disposición se aplica si el tesoro es descubierto en una cosa mueble ajena.

(30) Ello ha obligado a esta doctrina a distinguir en el ámbito del acto jurídico los actos meramente exteriores o materiales, los actos que ejecutan un elemento interior, los actos de participación o comunicación: cfr. MIRABELLI, Giuseppe. *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*. Nápoles, 1955; passim; SCONAGMILIO, Renato. voz *Atto giuridico*. *Op. cit.*; p. 593 y siguientes. de los cuales se deriva la noción de meros actos jurídicos, los debidos y no discrecionales, y los actos jurídicos en sentido estricto, en los que la búsqueda de la voluntad tiene relevancia, aunque solamente con la finalidad de inferir la subsistencia ontológica del acto y no de los efectos que se producen.

Los ejemplos citados en el texto son, por el contrario, calificados como hechos jurídicos por SANTORO PASSARELLI. voz *Atto giuridico (Diritto privato)*. *Op. cit.*; pp. 212 y siguientes, quien rechaza la precedente clasificación al interior de los actos, sosteniendo que en los actos meramente exteriores o materiales la referencia al sujeto no depende de la naturaleza del acto, sino “del nexa causal entre el cumplimiento del hecho por obra del sujeto y los efectos” (allí mismo, p. 212). Por lo que concluye que la única distinción relevante es aquella entre meros actos y participaciones (allí mismo, p. 213).

(31) Cfr. Corte de Casación, 9 de Febrero de 1985, No. 1072, en *Massimario del Foro italiano*, 1985: “a la oferta y a la aceptación, ya sea que se les considere actos jurídicos no negociales o declaraciones unilaterales de voluntad, siendo actos unilaterales, no les son aplicables el criterio hermenéutico de la común intención del comportamiento conjunto de las partes (artículo 1362 CC); a tales actos, excluida toda relevancia al comportamiento del autor de la oferta o de la aceptación, por el contrario sí les son aplicables, conforme a la remisión operada por el artículo 1324 CC, el criterio hermenéutico de la interpretación conjunta del acto, establecida por el artículo 1363 del mismo código”. También, Tribunal de Milán, 23 de Abril de 1981, en *Banca, borsa e titoli di credito*. II, 1982; p. 293, ha aplicado el criterio del artículo 1430 CC, sobre el error de cálculo, al recibo de pago.

(32) Cfr. Corte de Casación, 7 de Octubre de 1993, No. 9943, en *Giustizia civile*, 1984, I, p. 383, en el caso se trataba de una comunicación de receso, el supremo Colegio ha resuelto que “la comunicación (de hecho o de una voluntad) constituye un acto unilateral recepticio al cual, en defecto de pacto diverso se aplica la normativa prevista en los artículos 1334 y 1335 CC; análogamente, Corte de Casación, 9 de Abril de 1984. No. 2262. En *Massimario del Foro italiano*, 1984.

(NT17) Artículo 1362 Intención de los contratantes.-

Al interpretar el contrato se debe investigar la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la común intención de las partes, se debe analizar la totalidad de su comportamiento, incluso aquel posterior a la conclusión del contrato.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

perseguido por el autor del acto, en cambio, es admisible (en vía analógica) recurrir a la disposición del art. 1363 del mismo código<sup>(NT18)</sup>, con la precisión, por otro lado, que la consideración del acto en su conjunto no está enderezada a la búsqueda del propósito perseguido por su autor sino a la objetiva reconocibilidad del acto mismo por parte del destinatario<sup>(33)</sup>. La regla operacional seguida es la que niega la aplicación de las normas sólo bajo el presupuesto de la no-compatibilidad, no ya por efecto de la naturaleza no negocial del acto: sólo la primera regla es *ratio decidendi*, no así la segunda.

Distinto es el razonamiento a seguir para los otros actos unilaterales realizados por el representante carente de poder expreso: piénsese en la constitución en mora<sup>(34)</sup> o en la impugnación del despido<sup>(35)</sup>. Aparentemente también aquí la decisión se toma bajo el presupuesto de la naturaleza negocial o no negocial del acto; en realidad es la ausencia de las condiciones de existencia del acto lo que constituye la única *ratio decidendi*. La constitución en mora sólo puede ser realizada por quien está legitimado, salvo presunción del poder, si el acto al que se refiere la relación no es formal. La misma regla vale también para la impugnación del despido,

solo que en este caso la ley exige la forma escrita, y por consiguiente también la forma escrita del poder. Estos casos son decididos bajo el presupuesto de que el acto, sea o no negocial, pueda ser jurídicamente imputable a su autor, en presencia de requisitos típicos; el resto de la motivación no es *ratio decidendi*<sup>(36)</sup>.

En sustancia lo que la concepción del negocio jurídico quisiera unir en una única categoría, el acto negocial, el legislador de 1942 ha diferenciado, aunque aplicando una regla común en presencia de la compatibilidad estructural del acto con las normas sobre el contrato. Por lo demás también los sostenedores de la teoría del negocio jurídico, con respecto al acto jurídico, llegan a la conclusión que esta categoría puede tener solo un “valor de orientación o descriptivo” y que su disciplina no debe buscarse como alternativa a la del negocio jurídico, sino individualizando caso por caso los elementos

(NT18) Artículo 1363 Interpretación integral de las cláusulas.-

Las cláusulas del contrato se interpretan las unas a través de las otras, atribuyendo a cada una de ellas el sentido que resulta del acto en su totalidad.

- (33) Corte de Casación, 16 de Mayo de 1983. No. 3380. En: *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, c. 297, con notas de Roselli.
- (34) Cfr. Corte de Casación, 15 de Julio de 1987. No. 6245. En: *Massimario del Foro italiano*, 1987: “la disposición del artículo 1392 CC, según la cual el poder no tiene efecto si no es otorgado con las formas prescritas por el contrato que el representante debe realizar, encuentra aplicación conforme al artículo 1324 CC a los actos unilaterales negociales pero no al acto de constitución en mora, aunque a tenor del artículo 1219 CC deba ser hecho por escrito, tratándose de mero acto jurídico, no negocial que, una vez ejecutado, produce los efectos señalados en el artículo 1221 CC, y, conforme al artículo 2943, último párrafo, CC, el efecto de interrumpir la prescripción; por lo tanto el poder para la realización de un acto jurídico, no negocial, tal como el requerimiento de resarcimiento del daño, tendiente a producir el efecto interruptivo de la prescripción, puede ser otorgada verbalmente, y la prueba de tal otorgamiento puede darse incluso por presunciones”; Corte de Casación. Sección Laboral. 16 de Agosto de 1993. No. 8711. En: *Massimario del Foro italiano*, 1993.
- (35) Cfr. Corte de Casación, 2 de Marzo de 1987. No. 2179, en *Foro italiano*, 1987, I, c. 2425. En: *Orientamenti della Giurisprudenza del lavoro*. 1987; p. 466. En: *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 1987; p. 377; en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*. 1987; p. 467. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*. I, 1987; p. 715, con notas de VALLEBONA, y en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*. II, 1987; p. 259, en cuya motivación se da relieve a la naturaleza negocial de la impugnación para dar valor a la aplicación del artículo 1324 CC y llegar a las siguientes conclusiones: “el procurador legal está legitimado para impugnar el despido del trabajador solo si posee poder escrito antes del término de caducidad”.
- (36) El mismo razonamiento puede ser seguido para explicar la motivación de la Corte de Casación, 30 de Mayo de 1991, No. 6124, en *Foro italiano*. I. 1992, c. 814: “en el caso de embargo de créditos, la declaración a la que alude el artículo 547 Código Procesal Civil hecha no por el supuesto tercero deudor ejecutado, personalmente o por medio de mandatario especial, sino por otra persona no premunida de poder especial de representación, es ineficaz sin que sea admitida su ratificación, en cuanto, tratándose de acto no negocial, sino procesal, no le es aplicable el régimen civilista relativo a los contratos celebrados y a los actos unilaterales con contenido patrimonial realizados por un *falsus procurador*”.



## Massimo Franzoni

del supuesto de hecho legal<sup>(37)</sup>. Con ello dan por sentado lo fragmentario de la categoría y su incapacidad de oponerse a la negocial: si el análisis debe partir del examen del supuesto de hecho legal y no de los efectos reconducibles a la voluntad, ésta última no puede constituir el factor discriminante entre acto negocial y acto no negocial.

### 6. Continúa: la voluntad en el acto no negocial

También para el hecho humano voluntario, el elemento de la voluntad marca el paso frente al alcance atribuido a la finalidad del acto y al interés al cual está encaminado<sup>(38)</sup>. Así se explica cómo el pago efectuado por el deudor incapaz no puede ser impugnado a causa de su incapacidad (artículo 1191 Código Civil<sup>(NT19)</sup><sup>(39)</sup>; así se explica cómo usualmente pueda haber un hecho ilícito en todas las hipótesis de responsabilidad objetiva, en las cuales, como es sabido, no es aplicable el artículo 2046 Código Civil<sup>(NT20)</sup> que requiere de la imputabilidad del agente<sup>(40)</sup>. También respecto al hecho humano, pues, no

siempre es su voluntariedad la que determina la imputación a su autor. Justamente este distinto andamiaje sistemático pone en crisis la tesis, fiel a la conocida secuela hecho-acto-negocio jurídico, según la cual las fuentes de las obligaciones se distinguen en voluntarias y legales<sup>(41)</sup>: a las primeras pertenecerían el contrato y el hecho ilícito, a las segundas cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas. La pérdida de centralidad del querer humano tanto en su aspecto fisiológico, como en el aspecto patológico, lleva a atribuir a la ley la sola función de otorgar eficacia a hechos o actos a los cuales previamente ha atribuido el papel de supuesto de hecho. El punto es que no sólo la voluntad lícita (el contrato) o ilícita (el hecho ilícito) son fuentes de obligaciones, ya que la sola voluntad del sujeto no tiene la exclusividad del actuar social jurídicamente relevante.

(37) Cfr. SCOGNAMILIO, Renato. *Voz Atto giuridico*, *Óp.cit.*; p. 589 y p. 594. Contra ésta tesis se pronuncia SANTORO PASSARELLI. *voz Atto giuridico (Diritto privato)* *Óp.cit.*; pp. 203 y siguientes, aunque sus conclusiones no vayan en el sentido de afirmar una diferencia estructural entre acto y negocio, sino que se limitan a indicar una separación dogmática entre las dos figuras. Son emblemáticos algunos pasajes en los cuales se admite el recurso a la analogía de las normas sobre el control a aquellos actos no negociales y se admite el recurso a una improbable analogía de las normas sobre el ilícito aquiliano a todos los actos jurídicos en sentido estricto (allí mismo, pp. 211 y siguientes)

(38) El aspecto del interés, producto de la objetivización del intercambio y más en general de las relaciones humanas relevantes para el Derecho, es particularmente evidenciado por IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. *Óp.cit.*; p. 34 y siguientes.

(NT19) Artículo 1191 Pago ejecutado por un incapaz:

El deudor que ha ejecutado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de su incapacidad.

(39) De ello la Corte de Casación, 7 de Agosto de 1989, No. 3616, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, c. 968, ha afirmado que “el acto de constitución en mora interrumpe la prescripción del crédito si se dirige contra el deudor inhabilitado, mas no en contra del curador especial, ya que el acto de cumplimiento, justamente solicitado con la constitución en mora, en cuanto no negocial y de ordinaria administración, no requiere la capacidad para obrar”. También para SANTORO PASSARELLI. *Voz Atto giuridico (Diritto privato)*. *Óp.cit.*; p. 213, el pago es un hecho y no un acto jurídico.

(NT20) Artículo 2046 Imputabilidad del hecho dañoso.-

No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer al momento en el que cometió el hecho, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa.

(40) Cfr. FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. En: *Commentario al codice civile*., dirigido por Scialoia-Branca, 1993, *sub* artículo 2046: la referencia es a quien ejercita una actividad peligrosa, al productor de bienes defectuosos, custodio, al propietario de animales o de edificios, al propietario de automóviles, a quien ejerce una actividad nuclear o una actividad espacial. La referencia es también al conductor de vehículos motorizados que no se desplazan sobre rieles, ya que el estado de incapacidad constituye siempre causa de imputación de responsabilidad, salvo que presente los requisitos del malestar repentino. En este caso constituye hecho fortuito que libera de responsabilidad, ya que se califica como caso fortuito y como tal excluye el nexo de causalidad de hecho entre la conducta y el evento dañoso (allí mismo, *sub* artículo 2054).

(41) Cfr. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. V. *Óp.cit.* 1953; p. 530 y siguientes.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

En definitiva, así como la voluntad del sujeto ha cedido el paso frente a las exigencias del nuevo modelo de sociedad<sup>(42)</sup>, del mismo modo el negocio jurídico ha corrido igual suerte en el andamiaje sistemático que sostiene al Código Civil. La transición de la idea de libertad de negociar a la idea de necesidad del acto negociado<sup>(43)</sup> excluye ideológica y técnicamente la posibilidad de introducir alguna categoría lógica con el fin de introducir reglas operacionales comunes a los actos voluntarios y a los negociales.

### 7. El negocio jurídico como categoría analógica

Queda el hecho que el vocablo “negocio” ya ha ingresado en el léxico del jurista italiano, y que esta función suya ha devenido en sinónimo de contrato, matrimonio, testamento, acto unilateral. Sin embargo, existe la posibilidad de atribuirle también un significado distinto: el de constituir una categoría *analógica*<sup>(44)</sup>. Del hecho que los intérpretes recurran a las normas sobre el contrato en general para aplicarlas a distintas figuras, no se puede inferir que exista la categoría lógica del negocio jurídico<sup>(45)</sup>; por el contrario, se debe inferir que el negocio jurídico es una categoría analógica. Por ejemplo, cuando se aplican algunas de las normas sobre la interpretación del contrato en general a los actos unilaterales no negociales o al testamento, no se hace sino recurrir a la *analogia legis*.

Parecería que concepciones tan distantes en el punto de partida del respectivo estudio, coincidan sustancialmente en las conclusiones: según la concepción del negocio como categoría lógica, las normas del contrato serían aplicables a todos los actos

“SI BIEN, COMO HA SIDO OBSERVADO, “NUESTROS CIVILISTAS HABLAN ACTUALMENTE DE NEGOCIO JURÍDICO MÁS POR HÁBITO LINGÜÍSTICO QUE POR CONVICCIÓN CONCEPTUAL. NO HABLAN DEL NEGOCIO PARA ALUDIR AL ANTIGUO ‘SUPRA-CONCEPTO’, QUE TRASCIENDE EL CONTRATO Y EL ACTO UNILATERAL, SINO SOLO PARA UTILIZAR UN SINÓNIMO DEL UNO Y DEL OTRO”.”

negociales en vía directa; según la concepción del negocio como categoría analógica, las mismas normas podrían ser aplicables sólo por vía analógica. Desde el punto de vista del efecto parecería que, en verdad, los opuestos se tocan.

Así sería si el código hubiese codificado el género de los actos no negociales distintos de los actos negociales, pero así no es, como nos lo ha demostrado Galgano. Si el código hubiera codificado la categoría del acto negocial, incluso sin preverlo normativamente, la disputa de la que estoy tratando parecería una mera disputa terminológica: nada más.

(42) Se podría extraer un ulterior argumento de la interpretación del artículo 1124 Código Civil, en el caso de la conversión del contrato nulo, con tal que las consideraciones sobre la referida voluntad hipotética se pongan como meros *obiter dicta* en el contexto de decisiones sólidamente fundadas en la búsqueda del interés y a la finalidad perseguidas por las partes con el acto realizado. Son expresión de esta tendencia: Corte de Casación, 14 de Agosto de 1990. No. 8263. En: *Massimario del Foro italiano*, 1990; Corte de Casación, 29 de Noviembre de 1986, No. 7064, en *Foro italiano*, 1987, I, c. 805; Corte de Casación., 14 de Julio de 1983, No. 4827, en *Massimario del Foro italiano*, 1983; y Corte de Casación, 11 de Octubre de 1980, No. 5451, en *Giustizia civile*, I, 1982, p. 1893, con notas de UNZO, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, aun cuando en estas últimas se niega la posibilidad de convertir un contrato nulo en dos actos unilaterales con la atribución de nuevos y diversos efectos; cfr. por último DE NOVA, *Conversione (conversione del negozio nullo)*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma: 1998; p. 158.

(43) En ello se traduce fenomenológicamente la fórmula: objetivación del intercambio.

(44) Así GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*, *Op.cit.*; p. 15.

(45) GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*, *Op.cit.*; p. 16, observa: “constituye un evidente *non-sense* afirmar que las normas sobre el negocio jurídico, extraídas del régimen de los contratos, se apliquen *por analogía* a los negocios jurídicos distintos de los contratos; proposición que equivale a aquella que afirma que las normas generales se apliquen no directamente, sino por analogía, a los casos particulares en ellas comprendidas”.



Massimo Franzoni

Existe además una ulterior diferencia que se refiere a la aplicación directa de las normas sobre el contrato en general, respecto a la aplicación analógica. Mientras la primera operando como por efecto de una remisión, permite la aplicación integral de las normas<sup>(46)</sup>, no así la segunda, ya que por efecto del art. 14 de las disposiciones sobre la ley en general del CC<sup>(NT21)</sup>, las normas especiales no pueden ser aplicadas analógicamente.

## 8. La investigación de la civilística: un ejemplo concreto

Retornamos ahora a la reflexión inicial ligada a la función de la doctrina en el contexto del debate sobre el negocio jurídico. Señalábamos inicialmente que la búsqueda de la doctrina no debe orientarse a construir el sistema, es decir a elaborar categorías lógicas, sino a reconstruir la arquitectura jurídica querida por el codificador<sup>(47)</sup>. Intentemos comprender qué significa esto en concreto, partiendo de las conclusiones elaboradas sobre el negocio jurídico.

Un primer dato consiste en la imposibilidad de concebir una categoría de acto negocial distinta de aquella la del acto no negocial. Ello se infiere de la imposibilidad técnica de aplicación del art. 1324 CC sólo a los actos negociales. En el ámbito de los actos unilaterales entre vivos, con contenido patrimonial, las *rationes decidendi* de la jurisprudencia parecen

dirimir las controversias aplicando solamente el criterio de la compatibilidad.

Un segundo dato se infiere del hecho que el art. 2 CC al requerir la capacidad para obrar para la realización de actos jurídicos, no distingue entre actos negociales y actos no negociales. En todo caso, es de la disciplina de cada hecho humano que el intérprete debe inferir cuáles entre estos necesiten de la capacidad jurídica, a través de los efectos que la ley les atribuye, y cuáles requieran solamente capacidad natural, como el supuesto de hecho general del hecho ilícito, la actividad desplegada por el representante, y otras más; cuáles no necesiten ni siquiera de la capacidad natural como los hechos de responsabilidad objetiva y el pago.

Con estas premisas se puede formular la hipótesis de que, cuando el legislador estableció el art. 1324 CC, no pensó en una disciplina general del acto negocial<sup>(48)</sup>, sino que predispuso la disciplina general del acto jurídico con contenido patrimonial, en el sentido del art. 2 CC<sup>(NT22)(49)</sup>. Además de las sentencias indicadas precedentemente respecto a la aplicación del

(46) En relación al testamento, también FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, *Óp.cit.*; 92, invocando la Exposición de Motivos del código civil, debe admitir la aplicación analógica, conforme al tenor del artículo 1324 CC.

(NT21) Artículo 14 de las Disposiciones sobre la ley en general.-

Las leyes penales y las que hagan excepción a reglas generales o a otras leyes no se aplicarán sino a los casos y a los tiempos en ellas establecidas.

(47) Cfr. IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*, *Óp.cit.*; pp. 38 y siguientes, en especial pp. 49 y siguientes.; p. 70, quien reconoce en el método neo exegético la posibilidad de coordinar el derecho común de los códigos con los sistemas y subsistemas creados con la legislación especial; ello con el objeto de mostrar "a la sociedad criterios prácticos de comportamiento, y descubriendo, caso por caso, *pequeños y unitarios sistemas de normas*" (allí mismo, 70, la cursiva es del autor)

(48) Por el contrario, FERRI, Giovanni Battista., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit.; p. 70; MIRABELLI, Giuseppe. *Voz Negocio giuridico (teoría del)*. *Óp.cit.*; p. 8, los cuales, sin embargo, no distinguen suficientemente entre aplicación directa de las normas del contrato en general al acto unilateral y aplicación analógica.

(NT22) Mayoría de edad. Capacidad de obrar.-

La mayoría de edad se adquiere en el momento en el que se cumplen los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos para los cuales no se haya establecido una edad distinta.

Quedan a salvo las leyes especiales que establezcan una edad inferior en materia de capacidad para prestar trabajo. En dicho caso el menor se encuentra autorizado para ejercitar los derechos y las acciones que dependan del contrato de trabajo.

(49) Incidentalmente recuerdo que ya CARNELUTTI, *Teoría generale del diritto*. Roma: 1951; p. 202 y siguientes; había afirmado que una doctrina general del acto jurídico, que comprendiera tanto a la teoría del negocio, como a la teoría del acto jurídico en sentido estricto, habría representado una fase más avanzada de la ciencia jurídica basada en el estudio sobre el negocio

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

art. 1324 CC, incluso al acto no negocial, vale la pena detenerse en un reciente caso jurisprudencial que se sitúa en el hipotético diseño descriptivo de la arquitectura del Código Civil.

El caso se refería a la impugnabilidad de los acuerdos de consejo de administración de las sociedades de capitales. Sobre el tema, y como es conocido, desde hace tiempo se enfrentan dos opiniones contrapuestas. Hay quien considera que los acuerdos del consejo gozan de una sustancial incensurabilidad, salvo el caso normativamente previsto sobre la impugnación en la hipótesis de conflictos de

intereses, a tenor del art. 2391 CC<sup>(NT23)</sup>. Así que, más allá de esta hipótesis, el vicio se reflejaría sobre el acuerdo de la asamblea de socios, por lo menos en relación con la que aprueba el balance<sup>(50)</sup>. En cambio, hay quien propone asumir los vicios de impugnación de los acuerdos asamblearios como normas generales aplicables incluso a los acuerdos del colegio sindical con la consecuencia que incluso estos serían impugnables en aplicación de los artículos 2377-2379<sup>(NT24)</sup><sup>(51)</sup>.

---

jurídico. Esta posición era naturalmente criticada por SANTORO PASSARELLI. Véase *Atto giuridico (Diritto privato)*. *Óp.cit.*; p. 204, sobre el presupuesto que acto y negocio serían figuras esencialmente diversas.

(NT23) Artículo 2391 Conflicto de intereses.-

El administrador que tenga interés en una determinada operación por cuenta propia o de tercero, que entre en conflicto con el interés de la sociedad deberá informar del hecho a los administradores y al colegio de síndicos, y deberá abstenerse de participar en los acuerdos relacionados con dichas operaciones.

En caso de inobservancia, el administrador responderá por las pérdidas que se deriven para la sociedad por el incumplimiento de la operación.

El acuerdo del consejo puede ser impugnado dentro de los tres primeros meses de su toma por los administradores ausentes o que no estuvieron de acuerdo y por los síndicos si, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiere alcanzado la mayoría requerida, aún cuando pudiere originar daño a la sociedad. En todo caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe realizados en cumplimiento del acuerdo.

(50) La tesis ha sido sostenida por GRECO. *Atti invalidi degli amministratori e legittimazione ad agire nei rapporti interni*. En: *Revista delle società*: 1963; p. 310, en relación a los acuerdos de consejo de administración. Para un caso de inelegibilidad del síndico, cfr. Tribunal de Monza, 16 de Febrero de 1993, en *Diritto fallimentare*. II, 1993; p. 873. Excluye el uso de la analogía, no pudiendo aplicarse el sistema excepcional de impugnación previsto para los acuerdos de asamblea, Corte de Casación, 20 de Abril de 1961, No. 883, en *Foro italiano*, 1961, I, c. 1711; Corte de Casación, 10 de Abril de 1973. No. 1016, allí mismo, 1973, I, c. 2501; y Corte de Casación, 24 de Enero de 1990. No. 420, allí mismo, 1990, I, c. 1551, en ésta última se ha afirmado que “al socio sería asignada una tutela solamente indirecta, realizable a través de las iniciativas dirigidas a promover la revocación de los administradores (artículo 2383), la acción de responsabilidad del artículo 2393, la denuncia al colegio sindical (artículo 2408) y al tribunal (artículo 2409), la acción resarcitoria a tenor del artículo 2395 o bien, en fin, la facultad de impugnar el acto externo, de la cual el acuerdo es presupuesto, o de someter el acuerdo mismo a la asamblea”.

(NT24) Artículo 2377 Invalidez de los acuerdos.-

Los acuerdos de asamblea adoptados de conformidad con la ley y el acto constitutivo, vinculan a todos los socios, aún cuando estos no hayan asistido o no estuvieren de acuerdo.

Los acuerdos que no fueren adoptados de conformidad con la ley o del acto constitutivo pueden ser impugnados por los administradores, por los síndicos y por los socios ausentes o por quienes no estuvieron de acuerdo, y los acuerdos de asamblea ordinaria, también, por los socios con derecho de voto limitado, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produjo el acuerdo, o, si esta se encontrare sujeta a inscripción en el registro de las empresas dentro de los tres meses siguientes a la inscripción.

La anulación de los acuerdos tiene efecto respecto de todos los socios y obliga a los administradores a tomar las medidas del caso, bajo responsabilidad. En todo caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros en base a los actos cumplidos en ejecución de los acuerdos.

La anulación de los acuerdos no puede tener lugar, si el acuerdo impugnado es sustituido por otro acuerdo adoptado en conformidad con la ley y el acto constitutivo.

Artículo 2379 Acuerdos nulos por imposibilidad o ilicitud del objeto.-

Las disposiciones establecidas en los artículos 1421, 1422 y 1423 podrán ser aplicadas a los acuerdos nulos por imposibilidad o ilicitud del objeto.

(51) Cfr. CAVALLI. *I sindaci*. *Óp.cit.*; p. 78, para ulteriores indicaciones.



## Massimo Franzoni

En una controversia en la que se discutía la invalidez del acuerdo de consejo de administración de una cooperativa de vivienda, adoptado en disconformidad con el derecho de un socio precalificado como adjudicatario de un inmueble, la jurisprudencia ha resuelto que los acuerdos de la sociedad pertenecen a un género más amplio, el del acto jurídico, y que los artículos 2377-2379 CC constituyen “la regla de una determinada categoría de actos, muy bien diferenciada en el ámbito de los *actos jurídicos* en general y con una connotación propia que justifica una disciplina sectorial con respecto a los supuestos de hecho que constituyen su objeto. Es decir, ellas establecen la regla (relativamente) general y objetiva de una serie de supuestos de hecho que constituyen un sector *per se* del ordenamiento, aunque diferenciado del núcleo común de la disciplina de los *actos jurídicos*. De tal disciplina, que obviamente las precede, tales normas, constituyen la continuación, aplicación y especificación y, como tales, están caracterizadas por un aspecto de especialización y de ulterioridad y ya no de contrariedad (y, por eso, de excepcionalidad) respecto a la disciplina común”<sup>(52)</sup>.

El valor de esta decisión es el de haber otorgado tutela al socio excluyendo que la normas de impugnación de los acuerdos asamblearios tengan naturaleza excepcional, ya que ha reconocido en ellas no una hipótesis de excepcionalidad respecto al régimen de la invalidez del contrato, sino más bien la disciplina general respecto a la impugnabilidad del género acto jurídico de fuente colegiada. En sustancia, en lugar de deducir la regla de la categoría del negocio jurídico, infiriéndola de las normas sobre el contrato en general, ha aclarado la existencia de una categoría, el *acto jurídico*, respecto al cual ha vuelto ordinarias las prescripciones de los artículos 2377-2379 CC. A la categoría del acto, pues, y no a la del negocio, es necesario recurrir para la solución del caso<sup>(53)</sup>, y

la homogeneidad en el ámbito de la categoría del acto unilateral se determina según el tipo de violación. Solo si el acto viola normas que tutelan a los terceros, entre los cuales se puede incluir a los socios, tiene cabida la tutela directa de su posición mediante el planteamiento de la impugnación, de otro modo, cuando el acto viole solo las reglas de la buena administración que indirectamente tutelan a los terceros, entonces se puede restringir la tutela a la establecida en el art. 2391 CC.

Esta decisión puede ser o no compartida, se puede objetar que el caso controvertido era muy específico, aquel entre socio y cooperativa, que no es fácilmente reproducible en relaciones entre sociedad de capitales y socio. Sin embargo, el razonamiento seguido por los jueces supremos lleva a concluir que no al negocio, sino al acto es necesario reconducirse como categoría sistemático-normativa del legislador.

## 9. La función de la civilística

Los cincuenta años del Código Civil han puesto fin a una reflexión en buena cuenta iniciada hace más de un decenio y vinculada a una renovada producción de obras jurídicas de comentario y de nuevos tratados. El riesgo señalado años atrás acerca de una desintegración del Derecho, ligada al

- 
- (52) Corte de Casación, 24 de Enero de 1990. No. 420. En: *Foro italiano*. I, 1990; c. 1551 y siguientes; en la motivación. Precedentemente la Casación había diferenciado entre violación de las normas de buena administración, que implican solo la impugnación conforme al artículo 2391 CC, y la violación de las normas en tutela de intereses también de los socios. En esta segunda hipótesis, afirma que “cuando se esté en presencia de actos del consejo de administración vinculados (o sea no discrecionales) y directamente lesivos del derecho del socio, se debe excluir la operatividad de aquellos límites, no siendo razonable considerar que la ley haya querido, incluso en tal caso, otorgar a los terceros la tutela del socio (evidentemente perteneciente a la minoría), precluyéndole el ejercicio directo de su derecho de defensa, o bien que haya querido reducir el ejercicio directo, limitándolo a la utilización de mecanismos de intervención ya en abstracto no idóneos para garantizar una defensa plena”.
- (53) La observación, naturalmente, es de GALGANO, Francesco. *L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato*. En: *Contratto e impresa*, 1990; pp. 1006 y siguientes.

## El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia *The current debate on the negozio giuridico in Italy*

fenómeno de las leyes especiales<sup>(54)</sup>, ha encontrado una respuesta concreta en una suerte de neo-exégesis del derecho, tendiente a la búsqueda (redescubrimiento) de las reglas del Derecho común. La estructura del Código Civil ha sido el punto de partida de todas estas investigaciones, las cuales han abandonado el terreno de la sistemática conceptual (dogmática), incluso desde la organización del índice sumario de las obras. La técnica empleada ha abandonado los conceptos o los supra-conceptos lógicos”, a favor de un análisis dirigido a ampliar el campo a la jurisprudencia práctica, al derecho comparado, a veces a la reflexión histórica. El resultado ha sido la llegada a un “método de las ‘reglas’ en lugar del antiguo método de los conceptos”<sup>(55)</sup>.

En esta clave debe leerse la dirección emprendida por los estudios de Galgano y de Bianca que, con sus tratados de derecho privado, han marcado un vuelco sin retorno en el camino de estudio del jurista y, consecuentemente, en la función de la doctrina en la sociedad post-industrial. No es mi deseo

aventurar complejos análisis sobre el método, al término de los cuales probablemente llegaría a la conclusión de que la comercialización del Derecho Civil, operada con el Código Civil de 1942, ha agotado de verdad el proceso, haciendo homogéneo el método de análisis del iuscomercialista y el del iuscivilista. Tampoco me propongo demostrar que las expectativas de la sociedad civil de hoy son diferentes a las de la sociedad civil del siglo pasado; éstas, más bien, son las mismas: aplicar las reglas del Derecho objetivo, en función de una efectiva tutela de la persona.

El punto es que a idénticas expectativas no coinciden las mismas idénticas condiciones estructurales del objeto del análisis. De aquí la conclusión de que la defensa de la persona no puede ser hecha con los mismos instrumentos conceptuales y con el mismo método. Con la consecuencia que “la teoría del negocio puede ceder útilmente el propio patrimonio a la teoría del contrato: que es figura de derecho positivo, dotada de específica eficacia reguladora específica. Las defensas supérstites son episodios de nostalgia científica”<sup>(56)</sup>. Si bien, como ha sido observado, “nuestros civilistas hablan actualmente de negocio jurídico más por hábito lingüístico que por convicción conceptual. No hablan del negocio para aludir al antiguo ‘supra-concepto’, que trasciende el contrato y el acto unilateral, sino solo para utilizar un sinónimo del uno y del otro”<sup>(57)</sup>.

(54) Es inevitable la remisión a IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milán, 1986 (la 1era. edición era de 1977).

(55) IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. *Op.cit.*; p. 42, a quien nos remitimos para las ulteriores indicaciones sobre el examen del estado actual de la cultura jurídica en Italia

(56) IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. *Op.cit.*; p. 41.

(57) GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. *Op.cit.*; p. 16.