

EL CONTRATO EN GENERAL * ¹

Rodolfo Sacco **

Tanto nuestro Código Civil como el Código Civil Italiano se caracterizan por presentar gran influencia de diferentes doctrinas jurídicas. Estas doctrinas pueden, incluso, llegar a contradecirse mutuamente. Este es uno de los muchos ejemplos que utiliza el autor en su afán de comprensión sobre los múltiples obstáculos que se le presentan al legislador durante el proceso de creación y vida de la norma jurídica.

Al respecto, el autor hace un análisis acerca del papel del legislador en la construcción de la regulación de los contratos. Llega a la conclusión de que los legisladores, al crear normas, toman decisiones entre varias alternativas posibles, pero estas decisiones están condicionadas por sus receptores y por el ámbito en que tendrán aplicación. En ese sentido, la interpretación juega un papel de vital importancia en la construcción de tal regulación, de modo que, las reglas cambian constantemente sin necesidad de expedir nuevas leyes.

* La presente ponencia fue publicada originalmente en el primer volumen de las actas del congreso I cinquant'anni del Codice civile, celebrado en Milán del 4 al 6 de junio de 1992, con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán. Milán: Giuffrè. 1993. pp. 205-215. Bajo el título "Il contratto in generale". La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de Rodolfo Sacco. La traducción fue realizada por Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). A quien agradecemos por habernos cedido la presente ponencia para su publicación.

¹ Nota del traductor: La tercera sesión del congreso milanés por los cincuenta años del Código Civil italiano, dedicada a las obligaciones y a los contratos, fue presidida por el decano de los civilistas italianos, y miembro de la Accademia dei Lincei, Angelo Falzea (nacido en 1914), profesor emérito de la Universidad de Mesina.

** Profesor emérito de la Universidad de Turín. Miembro de la Accademia dei Lincei.

“El Código Civil ha nacido”. De ello nos daban noticia, cuando era universitario de segundo año, estudiosos que nada hacían para corregir la imagen del legislador que yo bien podía crear en mi inexperiencia: la imagen de un personaje omnipotente que escoge, entre un universo de soluciones posibles, entre un número ilimitado de soluciones posibles, aquellas que le sugiere su espíritu, y que crea normas destinadas a vivir uno, dos, diez, cien años, hasta que un “reglicidio” es cometido por un nuevo código.

El Código precedente había durado sesenta y siete años. ¿Cuánto tiempo iba a durar el nuevo? Quien le tenía cariño, le auguraba larga vida. No todos tenían familiaridad con aquella regla según la cual los cambios de la sociedad humana son siempre y fatalmente más rápidos, de modo que los instrumentos creados para reflejarla o para gobernarla –tal cual ocurre con otras condiciones– están destinados a tener una vida más breve.

Pero han pasado cincuenta años, y el Código se ha mantenido; yo he envejecido –no por ello, para mi pesar, he mejorado, pero sí he adquirido experiencia–, y he llegado a saber que el Código no vive un siglo, no vive un año, no vive ni un solo día, porque desde el momento mismo en que entra en vigor, el Código es triturado por la obra de los intérpretes que le imprimen –sin un solo momento de pausa– continuos, minúsculos cambios, los cuales, en un lapso temporal medio o largo, devienen en mutaciones totales.

Justiniano, Napoleón, el legislador italiano de 1865. La obra de Justiniano no pasa a mejor vida la noche anterior al 1 de enero de 1900. El derecho alemán de la última noche del año 1899 ya no tenía nada en común con el derecho romano del momento en que entró en vigor el *Corpus iuris*. En Francia, el Code Napoléon no era el mismo al momento de la entrada en vigor el Código Civil italiano de 1865. El Código Civil italiano de 1865 tampoco era el mismo al momento de entrada en vigor del Código de 1942. Y este último código, continuamente atormentado y recreado, este código que muere a cada instante, para revivir también a cada instante, en la creación del intérprete, no ha sido creado por un legislador omnipotente.

El legislador escoge. Si así no fuera, serían inexplicables las discusiones y tensiones surgidas en la Comisión encargada de elaborar las fórmulas del código; sería inexplicable el hecho de que los que han llegado después puedan leer, hoy, actas de debates, de consideraciones efectuadas a altísimo nivel, todas las cuales revelan opciones conscientes entre varias soluciones posibles. Sin embargo –hay que ser claros al respecto–, el ámbito en que operan

tales opciones es un ámbito marginal; las decisiones de fondo ya han sido tomadas, por una serie de condicionamientos que no se reducen a los puros precedentes legislativos.

En 1942, cuando nos anunciaban, en un aula que pocos días después iba a ser destruida por un bombardeo aéreo, que “el código ha nacido, el legislador ha actuado”, no negaban que el legislador tuviese interlocutores: nos hacían verlo mientras dialogaba con sus equivalentes, es decir, con otros legisladores; nos hacían verlo mientras dialogaba con el *bürgerliches Gesetzbuch*, mientras dialogaba con el Code Napoléon (aun cuando el diálogo con este último se había enfriado un poco). Nos hacían ver al legislador, por lo tanto, mientras trataba con otros iguales a él; pero lo que no nos hacían apreciar era una escena jurídica plena, donde figuraran, delante del telón, todos los personajes del diálogo jurídico, a saber: el legislador –¡desde luego!–, pero también el juez, también el teórico y, quizá, puesto que hablo de 1942, puesto que hablo del interlocutor de aquel que elabora una fórmula legislativa, será más verídico que yo diga: el legislador, el teórico, el juez y, finalmente, el editor, que es el cuarto personaje en el cuarteto de los creadores del derecho, de los operadores de la norma jurídica.

El legislador tiene, pues, sus interlocutores, y estos interlocutores lo condicionan. El legislador tiene varias tareas: por un lado, escoge la solución operacional (hay que establecer, por ejemplo, si la prescripción debe durar veinte años o treinta años, y el legislador escoge, con un acto sapiencial); por otro lado, tiene la tarea adicional de formular la regla operacional de la mejor manera, de la manera más económica. El legislador debe evitar fijar una regla para el lunes y otra, igual, para el martes, y otra regla igual para el miércoles, y otra regla igual para cada día de la semana; debe saber realizar una labor de síntesis, y crear una sola regla que prescindiera del nombre del día de la semana. El legislador debe saber dar una definición a la que sea capaz de atenerse. Si ha fijado un punto, el legislador debe saber no contradecirlo. Y si tiene en mente algo concebible y claro para todos, el legislador debe saber indicar con precisión la definición de tal idea, en lugar de apartarse de la misma.

El legislador no sólo regula: él también crea la estructura formal y lingüística de la regla, la estructura lógica de la regla. Y esta tarea no es de importancia menor que la inicialmente indicada, por lo menos en la escala de las tareas que se asignaba, a sí mismo, el legislador de 1942.

El legislador vive en un mundo donde opera la norma jurídica, y donde la fijación de esta norma (como norma

operacional) y la formulación de esta norma (como construcción lógica del imperativo) no se agotan jamás en un único momento. Por otro lado, será difícil que el legislador invente algo completamente distinto a lo que han dicho los demás, y él, además, no estará a la altura de la tarea si no tiene en cuenta las soluciones que resultan ser las más actualizadas.

Si tal es la situación, el proceder del legislador se encuentra casi unívocamente condicionado. El mérito del legislador es, cómo no, el de saber prever, el saber qué decir, el de comprender, entre todas las cosas que hoy se dicen, cuáles son las que ostentan una flama que les asegurará vitalidad, cuáles pueden ser utilizadas en un discurso coherente, sin incurrir en contradicciones. Sin embargo, un legislador que interpreta el resultado del pensamiento de aquellos que lo han precedido en la misma posición, cumple funciones que son más propias de un notario que de un registrador. Nosotros podemos repasar la obra del legislador de 1942 para preguntarnos cómo cumplió dicha tarea notarial, la cual era mucho más acentuada en aquel momento, dado que en la Italia de entonces tenían presencia modelos de diversa proveniencia. Italia es un país que no rechaza la imitación, es un país que tiende a la imitación, y que puede recurrir, por lo tanto, a modelos de diversa proveniencia, y escoger entre modelos diversos; es un país que hubo de recibir, en abundancia, y sin oponer resistencias, modelos de proveniencia francesa, desde inicios del siglo XIX, hasta una fecha que podemos establecer, convencionalmente, en 1880, y que después comenzó a obtener beneficios de modelos de proveniencia alemana.

A los franceses, el italiano les había solicitado modelos legales y, luego, modelos científicos. La que habrá de dejar un legado a los italianos es, sobre todo, la ley francesa.

De los alemanes, en cambio, y más que de todos los demás, el italiano recibe modelos científicos; modelos que suscitan en Italia un entusiasmo no menor que el generado en los países escandinavos, en Rusia, en Hungría y en muchos países balcánicos, y que el posteriormente desencadenado –esta vez debido, en gran medida, a la mediación italiana– en los países de lengua castellana.

Aquel notario de 1942, se disponía, entonces, a “rogar” un acto en el cual iban a figurar las conquistas

del pensamiento jurídico italiano logradas hasta aquella fecha; sin embargo –tarea insólita para un notario–, él podía escoger entre dos diversas versiones, y podía conceder una parte más grande al legado francés o conceder una parte más grande al legado alemán. Y lo que se hizo, al final, ha sido interpretado de diverso modo, quizá sin una buena distinción de los *genera* que el legislador absorbió de una parte y de la otra.

El Código Civil italiano de 1942 (que me toca ver limitado a los artículos 1321 a 1469)¹¹ se mantiene fiel, en lo sustancial, a la regla operacional francesa: la propiedad se transmite mediante un contrato justificado por la causa, sin necesidad de entrega ulterior, sin necesidad de publicidad ulterior. Este episodio legislativo debería ser suficiente para aclarar en qué medida el Código de 1942 perpetúa lo señalado en el Código de 1865, tributario, a su vez, del modelo napoleónico.

Si nos apartamos de los artículos 1321 a 1469, apreciamos que se perpetúa, así mismo, la prohibición del pacto sucesorio; que la repetición del pago indebido es admitida fuera de toda condición de error; que se regula la acción subrogatoria; que la responsabilidad delictual no presupone la violación de un derecho. Si tuviera tiempo, podría brindar un gran número de referencias adicionales. Hasta hoy, pues, las soluciones del Código siguen siendo las soluciones francesas. Lo distinto es el modo en que se han formulado tales soluciones.

Tuvo que enfrentar la desconfianza de sus colegas, ciertamente, el primer jurista italiano que habló de “prestación en lugar de cumplimiento”¹². Como resulta claro, no es difícil retraducir del italiano al alemán tal expresión: *Leistung an Erfüllungs Staat*. Pero en el Código de quiebras, que permanece fiel a la tradición del país, se habla de “dación en pago”¹³, que era la expresión del Código Civil de 1865, y que permite apreciar a todos su paralelismo, de tipo gemelar, con la expresión *dation en paiement*¹⁴. Ya no se hablará más, por otro lado, de la “nulidad” como categoría equivalente a la “invalidez”, subdividida en “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”. A partir de entonces, se hablará de “invalidez”, la cual se descompone en dos figuras: la “nulidad” (ex “nulidad absoluta”) y “anulabilidad” (ex “nulidad relativa”). Y ya no se dirá que “la obligación de dar hace al acreedor propietario”; se dirá, en cambio, que el contrato

¹¹ Nota del traductor: Los artículos 1321 a 1469 del Código Civil italiano contienen el régimen del contrato en general, fuente directa de la normativa correspondiente del Código Civil peruano vigente.

¹² Nota del traductor: *Prestazione in luogo di adempimento*, en el original.

¹³ Nota del traductor: *Dazione in pagamento*, en el original.

¹⁴ Nota del traductor: De la cual deriva, como es evidente, la expresión “dación en pago”, preferida por el legislador peruano: Libro VI, Las Obligaciones; Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones; Título II, Pago; Capítulo Sexto, Dación en pago (artículos 1265 y 1266).

constituye, regula, extingue relaciones jurídicas patrimoniales, y que, en particular, transfiere la propiedad^{vi}. Todas estas expresiones son fáciles de traducir en alemán; presentan dificultades, por el contrario, y a pesar de su carácter elemental, para quien pretenda traducirlas al francés.

En el sentimiento italiano, el sentido de la sucesión temporal entre la influencia francesa y la influencia alemana se había transformado en una escala axiológica, en virtud de la cual, el modelo alemán resultaba ser el modelo del progreso, si se le comparaba con el modelo francés. Y la libertad del notario que redactaba el Código Civil, desde este punto de vista, estaba unívocamente condicionada por la valoración del ambiente del círculo, del club de los juristas italianos.

Lo que hace el legislador italiano es exponer en lenguaje “germanizante” la tradición operacional francesa, ya legitimada en Italia a través del Código Civil de 1865. Es un legislador que merece que su obra sea ponderada, y la valoraremos por el modo en que aquél supo expresar los resultados que se habían logrado previamente; la valoraremos, igualmente, por el modo en que él supo mostrar apertura frente a los resultados que se iban perfilando, en perspectiva. No suscitan problemas los resultados definitivamente adquiridos. Sí surgen problemas, en cambio, del modo en que la regla ha sido formulada, y también hay problemas que tienen que ver con lo que está por arribar; el legislador, por lo demás, todavía no es, a plenitud, el dueño de la escena.

Con los artículos 1321 a 1469, el legislador nos traza una figura del contrato. El legislador regula la materia de los “vicios de la voluntad”. El legislador regula aquella parte de la autonomía privada –y es la parte principal– que está basada en los actos *inter vivos*.

La primera dificultad que se presenta es que el legislador no va más allá de los umbrales propios de la experiencia de su época. Mediante el artículo 1321^{vii}, el legislador identifica el contrato con el acuerdo; en el artículo

1325^{viii}, sin embargo, el legislador hace del acuerdo uno de los cuatro constituyentes del contrato. No es posible –lógicamente– que, si el contrato es el acuerdo, el acuerdo sea, luego, uno de los cuatro constituyentes del contrato; no es posible que una entidad coincida con un objeto real o concebido, y que sea, al mismo tiempo, uno de los varios constituyentes de tal objeto.

Quien se ocupa del contrato tiene que vérselas, tarde o temprano, con una pluralidad de ideas sobre el contrato y, más aún, con una pluralidad de genotipos ideales del contrato, de los cuales le será difícil apartarse.

¡Cuántos episodios –episodios curiosos, inclusive– se pueden narrar en relación con aquellos contactos, con aquellos encuentros escenificados en el gran salón por donde deambulan todas las figuras jurídicas, todos los diversos genotipos del contrato!

En una famosa obra, Gilmore ha celebrado la “muerte” del *contract*. Y un colega nuestro –meritoriamente– ha puesto a nuestro alcance tales páginas, traduciéndolas bajo el título italiano de *La morte del contratto*^{ix}.

¿Por qué Gilmore dice que el *contract* ha muerto? Él dice que el *contract* ha muerto porque los jueces estadounidenses, a partir del decenio 1920-1930, conceden una acción a quien ha recibido una fianza gratuita, o a quien ha recibido una promesa que en Italia llamaríamos *espromissione gratuita*^x. Según los harto conocidos principios del *common law*, una promesa gratuita, una promesa no acompañada de –y no fundada en– una *consideration* no puede fundar una acción *on contract*. Tal es la razón por la que el *contract* ha muerto.

En cambio, un jurista de Europa continental bien puede decir a Gilmore: “no te doy las condolencias por la muerte de tu *contract*, porque en el momento en que tu *contract* ha muerto, ha nacido nuestro contrato”.

En aquel gran salón hay otros encuentros curiosos que son posibles. El Instituto Unidroit promueve la

^{vi} Nota del traductor: La aguda observación del autor grafica la incoherencia del proceder del legislador peruano, quien mantuvo un régimen afrancesado de las obligaciones en general (incluida la tripartición en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer), y copió, al mismo tiempo, el régimen italiano sobre el contrato en general.

^{vii} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1321. Noción. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas”.

La norma citada ha servido de modelo para el artículo 1351 de nuestro Código Civil: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

^{viii} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1325. Indicación de los requisitos. Los requisitos del contrato son:

- 1) El acuerdo de las partes;
- 2) La causa;
- 3) El objeto;
- 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”.

^{ix} Nota del traductor: GILMORE, Grant. “The death of contract”. Columbus: Ohio State University Press. 1974. La versión italiana –“La morte del contratto”. Milán: Giuffrè. 1988– ha sido traducida por Andrea Fusaro, y está precedida por un ensayo, “Il contratto tra passato e avvenire”, de Guido Alpa.

^x Nota del traductor: “Promesa gratuita”. La referencia es a la jurisprudencia estadounidense del *promissory estoppel*.

uniformización a escala planetaria del derecho privado, principalmente, del derecho de los contratos, y solicita a René David, a Popesco, a Schmitthof, la predisposición de los primeros artículos de un código de comercio que sea planetario. Las labores continuarán, con nobles intenciones, y con gran capacidad de realización, a cargo de las personas que sucederán a las primeras que se encuentran comprometidas en la obra. Los tres estudiosos que he nombrado son tres grandes comparatistas. René David ha escrito en su idioma, que es el francés, una obra sobre *les contrats en droit anglais*. Sin embargo, trabajando en dos idiomas (francés e inglés), él y los demás han escrito la primera palabra del Código, que en inglés suena *contract* y en el texto francés suena *contrat*, sin pensar qué es lo que pasaría si la ley cayera en manos de un juez que tuviera que juzgar si un acuerdo relativo a una transferencia de propiedad, si un acuerdo gratuito, si un contrato del tipo comodato o depósito, es un *contract* o un *contrat*.

En aquel salón, los encuentros son frecuentes, y el legislador de 1942 no ha tomado las precauciones necesarias para que ellos no se produzcan al interior de la propia casa de los italianos.

Pienso en los artículos 1321, 1325 y 1333. En el 1321 el contrato es un acuerdo; en el 1333, una declaración unilateral seguida de la nada es un contrato^{x1}. El jurista siempre puede decir, naturalmente, que la nada es algo real: una declaración tácita; sin embargo, “declaración tácita” es una expresión mentirosa: si queremos, podemos adoptarla, porque sirve para crear un puente entre un artículo que habla de “acuerdo” y un artículo que pone delante del telón una figura que es – claramente– una declaración unilateral.

El legislador ilustra una idea con una definición; al mismo tiempo, desdice una idea mediante una regla operacional (también expresada por medio de palabras y, por lo tanto, también dirigida a los conceptos). Y nosotros estamos observando al legislador de 1942 en el momento en que afronta el panorama de las ideas jurídicas que lo circundan y que lo conciernen. En dos ocasiones el legislador no escoge: no escoge frente a aquellos grandes genotipos del contrato.

El legislador afronta problemas operacionales. Tiene suerte con la idea de la irrevocabilidad de la oferta. Esta idea había declinado en el transcurso del siglo XIX. En Italia, un autor como Gabba decía que la regla de la

revocabilidad era la regla conveniente para un pueblo de pícaros, mientras que la regla de la irrevocabilidad es la conveniente para una nación de personas serias. Sólo que esta idea de la irrevocabilidad de la oferta, que causa furor en Francia en la segunda mitad del siglo XIX, y que en el mismo momento causa furor en Alemania (y que, por ello, es recogida en el Código Civil alemán, porque éste se redacta cuando la idea estaba establecida), tarda en arribar a Italia. Por dicha razón, el Código Civil de 1942 registrará la victoria del principio de la libre revocabilidad de la oferta. ¿Fue un retraso? Quizás. ¿Fue acaso un error? Quizás. *Felix error*, en todo caso. Existen países que reconocen el principio de la revocabilidad. En los países del common law habría sido difícil elaborar una tesis de la irrevocabilidad de la oferta. Y el mundo del *common law* llega a la cita de la segunda posguerra manteniéndose fiel, entonces, a la idea de la revocabilidad, la cual vuelve a difundirse en el planeta gracias al nuevo prestigio adquirido por el derecho inglés y estadounidense. Así pues, Italia se encuentra afortunadamente, y felizmente, del lado de la parte vencedora; la Convención de Viena demostrará que la regla que cuenta con el favor de la historia, y en cuya dirección sopla el viento en popa, es la regla de la revocabilidad.

El legislador se cimienta con los vicios de la voluntad. El error, el dolo, la violencia, aparecen reunidos, por vez primera, en *Lo codi*, aquella épitome provenzal de 1147, tan poco estudiada en nuestras Facultades, pero que anticipa en mucho, curiosamente, a la dogmática alemana del siglo XIX, y que ya contiene el término *negoci*, así como su doctrina *in nuce*.

El año 1147, los tres reyes magos que portan la libertad psicológica para el contratante, es decir, los remedios para el error, el dolo y la violencia, ya figuran juntos, y perdurarán. Se mantienen así en el Code Napoléon, y se mantienen así en el BGB.

El Código Civil de 1942 da pequeños pasos hacia adelante. Protege al incapaz natural, protege a quien ha celebrado el contrato condicionado por una situación de peligro, protege a quien ha celebrado el contrato condicionado por una situación de necesidad. Una vez más, el notario no inventa nada. Él se limita a dar fe de lo que le sugería una jurisprudencia francesa, que se había transformado en jurisprudencia italiana, en materia de situación de peligro; a dar fe de las extensiones de las que habían sido objeto las reglas relativas al incapaz de derecho; a dar fe de las sugerencias que le transmitían

^{x1} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1333. Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la que está destinada.

El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado”.

todos los *microcodificadores*, todos aquellos *microlegisladores* de los que hemos hablado al inicio de la presente ponencia.

El legislador da fe (pero sabe dar fe, sabe captar los nuevos estímulos), y extiende, de manera significativa, la protección de la libertad del contratante, y lo hace en la dirección justa, porque a partir de entonces, las medidas que se dirigen a proteger al contratante contra la falta de discernimiento, contra la falta de meditación, contra los condicionamientos provenientes del exterior, no harán otra cosa que multiplicarse, condicionándose de una manera altamente significativa que la doctrina, en cierto momento, tendrá que ocuparse de ilustrar.

Es así como han venido apareciendo las normas contra la propaganda subliminal, las normas contra el abuso de posición dominante, contra el abuso de oligopolio; las normas sobre la venta “casa por casa”, las cuales operan, técnicamente, como un instrumento diferente de la anulabilidad, pero que, desde el punto de vista del interés protegido, protegen al contratante contra una sorpresa, que es una especie de figura hermana menor respecto de la incapacidad (es una incapacidad de un solo instante, pero siempre incapacidad).

El legislador de 1942 da un paso adelante en comparación con sus grandes interlocutores –los demás códigos–, y se inserta en la línea evolutiva justa, que será confirmada en las décadas venideras. Es un notario atento... ¿ha sido lo mismo, empero, en todos los casos?

En el derecho romano, los actos son muchos: los distintos contratos, sí, pero también la *traditio*, pero también –hasta cierto momento histórico– la *mancipatio*. El Code Napoléon reduce las cosas e ilustra un único acto bilateral: el contrato.

En el contrato confluye todo, especialmente, el acto traslativo de propiedad. Existe el contrato, y no hay más. La generalidad misma de esta categoría hace que sea menos urgente, en Francia, la edificación de una doctrina que pueda paragonarse a la doctrina del “negocio”, que triunfará en Alemania.

En 1865, el único acto bilateral será el contrato; en 1942, el único acto bilateral seguirá siendo el contrato: hijo primogénito e hijo único, aparentemente, procreado por la figura de los actos negociales bilaterales *inter vivos*.

Pero ¿es cierto que el contrato –categoría primogénita– es también una categoría única?

Las relaciones de hecho preexisten al año 1942. La sociedad de hecho estaba muy difundida en aquel entonces. Y el legislador de 1942 escribe en letras claras que pretende erradicar la sociedad de hecho. El solo silencio del legislador es suficiente para acabar con una regla, pero el legislador de 1942 hace algo más y dice, en voz alta, que quiere eliminarla. Bastan pocos años para que el derecho se imponga sobre el código: la sociedad de hecho se muestra en toda su pompa, entonces, al observador del fenómeno jurídico. Pero ¿acaso existe sólo la sociedad de hecho en nuestro ordenamiento? Existe, ciertamente, la relación de trabajo de hecho. Pero ¿qué otras relaciones de hecho son acalladas por el código, aunque estén vivas en la práctica, y sean reconocidas por la justicia que opera en el mundo jurídico?

Ese modo de aceptación del contrato que está previsto en el artículo 1327^{xii}, nos muestra suficientemente las posibilidades implícitas del acto simple, de tipo no-negocial, no-declarativo. Y la vida cotidiana ha hecho muy evidente para todos, antes de la reforma del derecho de familia, la sociedad de gananciales tácita entre los cónyuges, que es una relación de hecho. La vida campestre nos revela la *collatio agrorum rusticorum*, que el Código no prevé, pero que es también un contrato de hecho.

El legislador ha demostrado, entonces, no saber verlo todo.

Y hay algo más, de mayor generalidad aun, que el legislador tampoco ha visto, a pesar de que no le faltaban las indicaciones, a pesar de que existían personas que trabajaron en la redacción del Código que habían vivido, en carne propia, significativas aventuras de la transformación jurídica.

¡El principio de la apariencia! Puede decirse que la jurisprudencia, en la rama civil, inaugura su función creativa en Italia (función que, obviamente, es posterior al momento de la unificación de las Corti di Cassazione) dando vida a esta figura: es decir, a la regla general de apariencia. Aquel que, con culpa, crea una situación equívoca de apariencia, no puede oponer el verdadero estado de cosas al tercero que de buena fe, y sin culpa,

^{xii} Nota del traductor: Código Civil italiano: “1327. Ejecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente, o por la naturaleza de la operación según los usos, la prestación debe ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución.

El aceptante debe dar pronto aviso de la ejecución iniciada a la otra parte y, en caso de omisión, está obligado al resarcimiento del daño”.

Esta norma ha sido copiada, si bien imperfectamente, en el Código Civil peruano: “Artículo 1380.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios”.

hubiere creído en tal situación de apariencia. Esta es una regla jurisprudencial; quizás la primera, en orden temporal, en la vida del derecho italiano; su aparición es tan extraña que la doctrina, a partir de entonces, cuando ha hablado de apariencia, lo ha hecho para analizar el “concepto” de apariencia, y ha evitado así, en alguna medida, hablar de la regla positiva; ello se debe a que la doctrina, hasta hace poco tiempo, sabía que era estéril – ella misma– si replicaba frontalmente una creación jurisprudencial; además, no estaba entrenada para presentar la creación jurisprudencial en el plano en que se acostumbraban presentar creaciones legislativas o (mucho más frecuentemente) doctorales-legislativas.

En 1942, la doctrina de la apariencia ya había echado raíces profundas. Tal evolución había sido propiciada por un personaje que se puede identificar con nombre y apellido: Mariano D’Amelio, primer presidente de la Corte di Cassazione, autor de dicha solución, que él hubo de ilustrar en importantes obras doctrinales (no en libros^{xiii}, porque la doctrina no sólo está hecha de libros).

Mediante su silencio, el Código realiza el “reglicidio” de la apariencia. Pero el problema, el conflicto, se vuelve a presentar a la suprema Corte di Cassazione. Los personajes del conflicto van armados: la doctrina está armada, el Código está armado, y también el juez dispone de un arma: la expresión “Como esta Corte ha resuelto numerosas veces”^{xiv}. El discurso prosigue, entonces. La argumentación guarda silencio sobre un detalle: que entre la situación anterior y el caso presente ha entrado en vigor un código civil. El Código no dice nada, por cierto, sobre la regla de la apariencia, y en dicho aspecto se le podía considerar ausente; el único dueño de casa en esta oportunidad, por lo tanto, iba a ser el juez.

La figura primogénita: el contrato mediante declaraciones, el contrato “negocio”. Las figuras hermanas menores: la relación de hecho, la apariencia. Un legislador que no ha previsto. ¿Hemos de reprobarlo por ello? No se reprueba una decisión de ayer con el saber de hoy.

^{xiii} Nota del traductor: La referencia es a D’AMELIO, Mariano. “Sull’apparenza del diritto”. En: *Monitore dei tribunali*. 1934. p. 521 y siguientes; “L’apparenza del diritto nella giurisprudenza francese”. En: *Monitore dei tribunali*. 1934. p. 641 y siguientes; voz “Apparenza del diritto”. En: *Nuovo Digesto italiano*. Vol. I. Ed. Torinese. 1937. p. 550 y siguientes.

^{xiv} Nota del traductor: “Come questa Corte ha numerose volte deciso”, en el original. En algunos países de habla castellana se emplea la expresión, más breve, “es jurisprudencia de esta Corte” o “de este Tribunal”.