

## CAPITULO II

### ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURIDICO

#### SUMARIO :

10. Elementos constitutivos del negocio jurídico: forma y contenido.—11. Forma del negocio: declaración o comportamiento.—12. Carga de la expresión, emisión y comunicación (determinación del destinatario).—13. Documentación y reproducción de la declaración.—14. Conducta concluyente. Negocio omisivo.—15. Declaraciones preceptivas (dispositivas) y enunciativas (representativas).— 16. Contenido del negocio: precepto de la autonomía privada.— 17. Caracteres del precepto de la autonomía privada.—18. Iniciativa y responsabilidad del negocio en general.—19. Elemento subjetivo del negocio en cuanto a la forma y en cuanto al contenido (\*).

#### 10. *Elementos constitutivos del negocio jurídico: forma y contenido.*—

La estructura del negocio jurídico comprende tanto la forma como el contenido. Forma es el modo *como* es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es

(\*) Entre las obras generales menos recientes véase: WINSCHID, *Pand.*, § 85; REGELBERGER, *Pand.*, § 136, 165; BEKKER, *Pand.*, § 92, 97, Beil. III; DERNBURG, *Pand.*, § 106, 109; ZITELMANN, *Recht d. B. G. B.*, 87 y sigs.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 63, 1, 64; COSACIC *Bürg. R.*, § 52, 60 y sigs.; ENNECERUS, *Bür. R.*, I, § 136, 176; TUHR, *Teil*, § 52, 61; COVIELLO, § 101, 104. Dentro de la literatura más nueva, mientras la doctrina alemana sólo ofrece alguna apreciable contribución (por ejemplo, HENLE, *Bürg. R.*, § 10, 19, 20, 36; MANICK, *Das rechtswirksame Verhalten: systematischer Aufbau und Behandl. d. Rechtsakte*, 1939), la italiana se ha enriquecido con la meditada sistematización de las obras de CARNELUTTI. *Sistema del diritto processuale civ.*, II, § 454-521; idem, *Teoria generale del diritto*, § 105-116; 130-150; también, «Note sull'accertamento negoziale», en *Studi in memoria di B. Scorza*, 1940. 115; y con varias monografías de jóvenes autores, alguna de ellas también estimable. La doctrina francesa ofrece una notable monografía del rumano M. DURMA, *La ratification de la volonté dans la formation des actes juridiques*, 1930.

## EMILIO BETTI

*lo que* el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de la interpretación (cap VI). En la vida de relación un acto no es *reconoscible a los otros* sino a través de su *forma*. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica. Pero acompañar a un acto efectos jurídicos significa, sustancialmente, estatuir que cuantas veces sea realizado por alguien, los otros miembros sociales deban o puedan comportarse en cierta manera, soportando, o aceptando, o removiendo, sus consecuencias. Ahora, puesto que para los demás el acto no es identificable sino por su forma, tal prescripción parte necesariamente de una determinación de la forma que es de exclusiva competencia del orden jurídico (como, en general, la disciplina abstracta de los elementos y presupuestos de los actos) y que se adopta basándose en la hipótesis de hecho a que se refiere (1).

La común clasificación de los negocios en «formales» y «no formales» (mejor se diría negocios con forma forzada o libre) no debe inducir a la errónea creencia de que existan negocios en los cuales pueda prescindirse de una cualquiera forma. En realidad, un acto, como hecho socialmente eficaz, no existe sin una forma de actitud a través de la cual sea reconocible para los demás. La distinción citada parte del criterio de que el Derecho puede, o prescribir a la autonomía privada el modo del acto, considerando inoperante uno distinto, o bien dejarla en libertad de elegir los medios más adecuados, siempre que sean admisibles e idóneos para hacer el acto exteriormente reconocible. Según este criterio, se distinguen actos con forma taxativa o solemne y actos con forma libre, o sea, no determinada preventivamente, si bien determinable (2). Pero una forma que satisfaga, aun de manera mínima, la exigencia fundamental de la identificación por parte de otros, es un elemento del que nunca se puede prescindir; se requiere en todo caso

(1) Sobre ello, HENLE, *Lb. d. bürgerl. R.*, I, 1 .34; DUMA, *Notification de la volonté*, n. 15, 19, 275, 276, 281.

(2) Dice bien CARNELUTTI, *Sistema*, II, 175: «Actos no formales, en el sentido de que no se halle en absoluto regulada su forma, no existen; sí hay, sin embargo, actos cuya forma es libre del lado de la acción, y éstos son los que comúnmente se llaman no formales.» No creemos, sin embargo, poder aceptar la identificación que CARNELUTTI propone (*Sistema*, II, 161, 171; *Teorice gener. dir.*, 368) del resultado, que en los actos ilícitos se contrapone a la acción con el «contenido» de lo= actos jurídicos, de manera que pudiese comprenderse éste dentro de la forma, ampliamente entendida. En nuestra opinión, la forma, de cualquier modo que se la conciba, se opone conceptualmente al contenido, y éste no puede integrarse en ella.

y también en el llamado negocio omisivo (n. 14). En los actos con forma libre, el modo de ser de ésta resultará, por vía indirecta, del que sea contenido típica del acto.

Lo que sea el negocio, intrínsecamente considerado, se deduce, en general, de cuanto se ha dicho en el cap. 1; pero, en particular, se verá más adelante, al tratar concretamente sobre su contenido. Ahora es conveniente profundizar en el análisis de la forma. Y, previamente, ponernos en guardia frente al equívoco de la terminología común, inspirada, aun si advertirlo, en el dogma de la voluntad, que identifica la forma con la «manifestación (de voluntad)» y, distinguiendo ésta de la declaración en sentido estricto, reconoce en aquélla el mínimo indispensable de todo negocio (3). En realidad, la forma no es otra cosa que la posibilidad objetiva de reconocimiento de la actitud, dentro del ambiente social en que se ha producido, mientras que la manifestación es algo *más*, porque requiere conceptualmente una proyección, más o menos consciente, hacia otros sujetos y, por tanto, no se distingue, en sustancia, de la declaración (n. 11).

11. *Forma del negocio: Declaración o comportamiento.*—La forma, a través de la cual el acto jurídico que es el negocio se hace reconocible a los demás, puede ser la de una declaración o la de un comportamiento puro y simple, sin valor de declaración (1). Es de recordar aquí cuanto se ha dicho en general acerca de la naturaleza de la declaración (capítulo intro., n. 3).

El fenómeno que se nos ofrece en la declaración es, como se ha visto, el de un trascender el pensamiento de sí mismo y volverse expresión objetiva, dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social (2).

(3) Por ejemplo, SCIALOJA, *Negozi giur.*, tercera ed., 29, n. 2; COVIELLO, *Man. dir.*, cuarta ed., 318; recientemente, CARIOTA, «Volontà, manifestazione, negozio giur.: un problema nuovo», en *Annuario di dir. comparato*, XV, 1941 377-379. Sobre la distinción entre «manifestación» y «extrinsecación»: DURMA, *op. cit.*, n. 40.

(1) Corresponde a MANICK, en su *Willenserklärung u. Willensgeschäft*, § 23, 30, págs. 175 y sigs. (otros autores son señalados por DURMA, *Notification*, pág. 53, n. 3), el mérito de haber delineado por primera vez, rigurosamente, la distinción, encontrando el elemento característico de la declaración en la función manifestativa frente a otros (Kundgebungszweck); véase también *Rechtswirksames Verhalten*, 153 y sigs., 212 y sigs., 135, y en *Annuario de dir. comparato*, 16, 1942, 162 y sigs. Pero la calificación del comportamiento como «negocio de voluntad», *Willensgeschäft* (*Willenserkl.*, § 87: 418 y sigs.), inspirada en el dogma de la voluntad, no recoge exactamente, en nuestra opinión, la esencia de esta diferente categoría de negocios, que él, a veces (ej., *Annuario cit.*, 165), designa mejor como «actos de realización».

(2) HENLE, *Lehrb. d. bürgerl. R.*, I, 203 b; CARNELUTTI, *Teoria gener. dir.*, 371.

Y puesto que el resultado del acto es tal que se concreta siempre en la mente ajena, acudiendo ora a la sola conciencia, ora a la voluntad también, la declaración está, por su naturaleza, conscientemente destinada a ser conocida por otros y a hacerles notorio un determinado contenido; un acto, por tanto, que se dirige necesariamente a otros. De ello es consecuencia que no es concebible una declaración sin destinatario que más pronto o más tarde deba tomar conocimiento de ella; sólo que el destinatario podrá ser tanto determinado e inmutable como indeterminado y mudable (más adelante, n. 12) (3) y el conocimiento podrá ser tanto inmediato como retardado; pero el que se produzca no podrá faltar sin que el acto cese de tener su efecto (casi *Vox clamares in deserto*), y pierda así toda trascendencia social.

A diferencia de la declaración, el comportamiento puro y simple no se construye sobre la colaboración psíquica ajena, representando una exigencia a realizarse en una relación con los demás; no acude a la conciencia o a la voluntad de las personas en cuya esfera deberán desplegarse los efectos del negocio. Está caracterizado por el hecho de que perfecciona su resultado con una modificación objetiva, socialmente trascendente, del estado de hecho que preexistía. El opera y actúa de hecho una regulación de intereses privados, sin mirar a hacerla conocida a los demás, aunque se traduce, como todo acto, en un cambio del mundo exterior apreciable en el ambiente social (4). Por tanto, la distinción entre declaración y comportamiento hace referencia a la distinta naturaleza del acto y del resultado en que desemboca, y se funda sobre el mismo criterio que en la teoría general de los actos jurídicos (cap. intr., n. 3) ha llevado a distinguir entre declaraciones y operaciones (5).

Un simple comportamiento configuran negocios como la derelicción la ocupación (art. 923 Cód. civ.; cfr. arts. 609, ap. 1.<sup>o</sup>, 610 C. C. esp.; que operan, respectivamente, el abandono y la toma de posesión con el consiguiente efecto de la pérdida o la adquisición de la propiedad, sin que a este fin sea requerido un conocimiento por parte de otros, y por tanto, alcanzable también si se ha actuado en secreto. También aquí es cierto,

(3) Cfr. REGELBERGER, *Pand.*, 492, *jur jeden, den es angeht*. El carácter de declaración propio de las disposiciones testamentarias se evidencia en la carga, que incumbe al disponente, de despojarse del documento que las representa (testamento) y ponerlo en condiciones de ser accesible a los interesados (destinatarios indeterminados, por lo menos en parte) en el momento de la muerte (MANICK, *Rechtswirkrs. Verhalten*, 332, y en *Annuario di dir. comp.*, 1942, 164).

(4) DURMA, *Notification*, n. 275-287. Cfr. para la tradición, G. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, n. 45: 165.

(5) CARNELUTTI, *Sistema*, II, 91, 96 y sigs.

naturalmente, que un acto trascendente en el ambiente social no existe sin una forma de actitud a través de la cual sea ostensible a los demás individuos (n. 10); pero entonces la reconocibilidad es una cualidad objetiva del acto, no ya una condición del efecto, que no está destinado a producirse en la mente de los otros, sino, puramente, en el mundo de los hechos. Lo que por otro lado no impide que el acto sea operante en el mundo social, en el sentido de ordenar intereses del actor en relación a otros.

Esto vale, en particular, para la gestión de negocios ajenos, como negocio que crea una relación de obligación entre gestor y dueño del negocio. Este queda vinculado por el hecho objetivo de la gestión, independientemente de la circunstancia de que llegue a su conocimiento, y sin que el gestor le haya dado noticia. El conocimiento por parte del dueño del negocio es sólo condición para el cumplimiento de obligaciones y para el ejercicio de derechos derivantes de la gestión.

Por lo demás, no está excluida que un determinado modo de comportarse pueda asumir en el ambiente social significado de declaración, pese a no estar dirigido, en la conciencia de quien lo realiza, a dar noticia de sí a destinatarios determinados. Pero de esto se hablará más adelante (n. 14).

Del hecho de que el simple comportamiento no está destinado a dar noticia de sí y carece de destinatarios, se ha querido deducir una diferencia entre sus criterios de interpretación y los de la declaración (6). Mientras que la declaración vincula al autor según su significado objetivo y pone a su cargo el riesgo de un inexacta modo de expresarse, el simple comportamiento no vincularía al agente según su objetivo significado social, y sí sólo en cuanto éste fuera, concretamente, conforme a su intención efectiva. De modo que aquí estaría permitido evitar las consecuencias que se acompañan a aquel significado sólo con que se demostrase su disconformidad con la intención que existía en el caso concreto, sin necesidad de recurrir a una impugnación por error. Ahora bien, es preciso reconocer que tal diferencia existe, y está fundada sobre la distinta naturaleza de las dos categorías de actos. Pero sería un error explicar esta diferencia recurriendo a la idea de que en los negocios consistentes en un simple comportamiento la «voluntad» se encuentre en el estado puro, sin requerir una forma. La verdad es que ningún negocio existe sin una forma que lo haga socialmente patente, y la forma del acto obliga, por principio, al agente, según su objetivo significado social. No obstante, el valor vinculante es distinto al tener

(6): MANICK, *Willenserkl. u. Willensg.*, § 106 (478), 128 (554) y sigs.; TUHR, *Allgem. Teil*, II, 406-408; también MANICK *en Rechtsw. Verhalten*, 459 y sigs., y en *Anuario*, 1942, I, 0, 164 y sigs.

el negocio destinatarios (es decir, sea declaración) y como tal, engendrar en ellos una *confianza*, que cuando no esté dirigido a nadie, como el simple comportamiento. Pues bien, cuando no existe una destinación a *alguien*, no se produce propiamente una confianza en los demás, y esta distinta naturaleza justifica el diferente tratamiento apuntado. Existirá sólo la cuestión de apreciar si se halla el agente en un grado tal de conciencia de las circunstancias concomitantes que permita estimar concluyente su modo de comportarse (n. 53, II) (7).

Por lo demás, el negocio consistente en un comportamiento no dirigido a destinatarios, se construye, no ya como «indicio» de una voluntad que eventualmente puede comprobarse por otros medios, derivarse de otros indicios (8), sino como expresión objetiva de autonomía privada con la que se da vida a una reglamentación de intereses privados. También aquí, y no menos que en los negocios declarativos, el comportamiento tiene una función constitutiva, no meramente probatoria, reveladora. El carácter concluyente que se requiere en el comportamiento no se entiende ya como referido a un indicio para permitir una deducción segura sobre un acto que no tiene en sí función comunicativa, sobre una incontrolable voluntad puramente interna, sino que representa la univocidad de la manifestación de autonomía entendida en su objetivo significado social.

12. *Carga y riesgo de la expresión, emisión y comunicación (determinación del destinatario).*—En el tema de la estructura del negocio jurídico se comprende el problema de la forma adecuada, tanto de la declaración como del comportamiento; de la forma idónea, no sólo por sí y en general, sino también en orden a aquel determinado contenido de que se trata. En cuanto a la declaración, el problema concierne a la expresión del pensamiento y, por tanto, al lenguaje (en alemán se habla de «*Verlautbarung*»), y su solución es contingente y variable según las fases históricas de la civilización y el ambiente social a cuya ordenación está *el* Derecho desti-

(7) Así, *si* alguien deja caer inadvertidamente un objeto, o si por un momento se levanta de su asiento en el tren sin mostrar intención de abandonarlo, no podrían otros pretender ocupar el objeto o el puesto fundándose en la impresión que ellos han recibido de tratarse de un abandono voluntario: JHERING, *Jurisprudenz des täglichen Lebens*, 14 ed., 1921, I, n. 4145; MANICK, en *Anuario*, 1942, 164, 166, el cual señala que la concluyencia puede ser excluida también por indicios interpretativos no reconocibles para los terceros. Contra la posición criticada véase también KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 41.

(8) MANICK, *Willenserkl. u. Willensg.*, 478 y sigs., y en *Anuario*, 1942, 165; TURR, *Teil*, II, 406.

nado. Cambia, en efecto, en función de las unas y del otro la estimación de cuales sean las exigencias de la claridad en la vida de relación. En la actual fase histórica de la civilización del Occidente europeo (excluidos los países de cultura anglosajona, donde mantiene fuertes raíces la costumbre de hablar por alusiones) se considera generalmente como carga del declarante el hablar claro, sin reticencias ni ficciones y, en todo caso, se reputa indispensable, en el interés de los terceros, un mínimo de univocidad y de claridad, salvando siempre las exigencias de la terminología técnica correspondiente a la materia del negocio. La única concesión hecha a la iniciativa de las partes es la de establecer por acuerdo, en orden a determinadas materias, el uso de un lenguaje convencional abreviado, con el riesgo que a ello es inherente (1). En este terreno del lenguaje convencional (2) nos encontramos también al admitir, bajo ciertos supuestos, la eficacia del negocio simulado, siempre, sin embargo, limitada a las relaciones entre las partes de un negocio bilateral (n. 51). Se trata siempre de una carga o deber del declarante, en el sentido de que éste corre el riesgo y soporta las consecuencias de su propia falta de claridad; el negocio *inter vivos* oscuro en determinadas cláusulas se interpreta contra la parte que en aquéllas tenía interés (art. 1.370) Ud. civ., n. 45; cfr. art. 1.283 C. C. español); el negocio *mortis causa* no vale según la intención sino en la medida en que ésta sea exteriormente apreciable en él, al menos con algún fundamento.

Dada la genérica necesidad de una forma para que sea reconocido el acto por parte de los demás, se comprende bien que la voluntad de la parte que no se expresa en forma adecuada no tiene valor jurídico. En conclusión, en los negocios declarativos, a la parte, libre en cierta medida en cuanto a la elección de las palabras, incumbe la carga de escoger la expresión adecuada para cuanto le ofrezca interés, y consecuentemente, el riesgo que acompaña a una expresión inadecuada, oscura o ambigua. Puesto que la intención negocial no tiene eficacia sino en la medida en que es expresada, debe deducirse de las palabras empleadas el contenido esencial del negocio jurídico. Y donde la ley o la conciencia social lo exijan, éste debe resultar de un modo explícito o completo, sin que entonces sea admitida remisión o referencia a datos o hechos extrínsecos al negocio (3).

El proceso formativo de la declaración no está propiamente acabado

(1) HENLE, *Lehrb. d. bürgerl. R.*, 1, 67, 272 y sigs.; SCHMIDT-RIMPLER, en *Archiv J. civ. Pr.*, 147, 1941. 184.

(2) SEGRÈ, *Scritti girar.*, I, 295, 427.

(3) HENLE, *Bürgerl. R.*, I, 170, 172; DR PACE, *II neg. per relationem*, 1940, 29 y siguientes.

sino con la separación de la expresión de aquel que es su autor (4). El momento de esta separación es distinto según se trate de una declaración inmediata o mediata, o sea, que alcance inmediatamente al destinatario o sólo llegue a él a través de un medio comunicador que normalmente es la escritura. El acto con el que el autor de la expresión desprende ésta de sí, la libera y la hace una cosa independiente, extraña a él y apta para llegar a noticia del destinatario, determinado o no, haciéndola propiamente una declaración irrevocable, se denomina *emisión* (5). Pero el momento y el acto de la separación, cuando se trata de una declaración inmediata, hecha directamente al destinatario que está presente o en comunicación (piénsese en una declaración por teléfono), se confunden con el momento y el acto de la expresión. Emisión y expresión son entonces una sola cosa, e inmediatamente recogidas por el destinatario, tienen carácter irrevocable. Cuando se trata, en cambio, de declaración mediata, formulada por el trámite de un escrito o de otro medio de comunicación, la expresión es precedente y se produce con la formación del escrito u otro medio, mientras que la emisión le subsigue y consiste en poner en acción el procedimiento por el que lo escrito deba llegar a noticia del destinatario (ejemplo, imposición de la carta), o, cuando menos, pueda venir en conocimiento de terceros. En las declaraciones llamadas no recepticias, la distancia entre expresión y emisión es igualmente apreciable (recuérdese el testamento ológrafo) (6). La emisión puede ser realizada mediante una forma de publicidad o a través de un intermediario que asume la figura de mensajero o nuncio, con la función de dar noticia o transmitir una declaración cuya paternidad corresponde al remitente (n. 71, A). A quien escoge el camino de la declaración mediata incumbe el riesgo, que le es anejo, de una notificación inexacta, que no corresponda al tenor originario de la expresión tal como fué expuesta por su autor (piénsese en la entrega de un telegrama no conforme al texto del despacho impuesto en la oficina transmitente; arg. sobre el

(4) Sobre las cuestiones jurídicas relativas al riesgo y la responsabilidad a que da lugar la separación, voluntaria o no, a la transmisión incorrecta, SERRÉ, *Scritti giur.*, I, 91 y sigs., 125, 201, 309 y sigs., 547 y sigs.; SALEILLES, *Déclaration*, sobre el art. 122, 6. Cfr. MANICK, *Das rechtswirksame Verhalten*, 1939, 177 y sigs., 254 y sigs., 278, 305 y sigs., y en *Anuario*, 1942, 161.

(5) Sobre ella, DURMA, *La notification de la volonté*, 1930. nn. 298-302 (página 323).

(6) SALEILLES, *Déclaration*, sobre el art. 130, nn. 38-41; BARASS *Notificazione necessaria delle dichiarazioni stragiudiziali*, 1906, 282 y sigs.; CARNELUTTI, *Sistema*, 11, 99. 101, 71; TUHR, *Aligero. Teil*, II, 411 y sigs. Sobre el testamento, MANICK, *Willenserklärung u. Willensg.*, S 61; ídem, *Rechtswirks. Verhalten*, 333 y sigs. y en *Anuario*, 1942, 164.



art. 2.706). No basta para eximir de tal riesgo al autor la circunstancia de que la forma de la declaración mediata haya sido elegida tras invitación del destinatario (7).

Aquí se perfila una distinción entre declaraciones según el criterio de la determinación del destinatario y de la necesidad de dirigirlas exactamente hacia él. Es cierto que no existen declaraciones sin destinatario, pero entre ellas algunas deben ser emitidas hacia un destinatario determinado e inmutable al que son comunicadas, por razón del interés que para él tiene el contenido de la declaración (ejemplo, arts. 1.326, 1.334, 1.411 al 2, Cód. civ.; cfr. arts. 1.262, 1.257, 1.259 C. C. esp.) y son denominadas recepticias (8); y existen otras, en cambio, que por la razón contraria, no necesitan ser dirigidas a un destinatario determinado, ya que en realidad no lo tienen, sino de carácter genérico, y son llamadas «no recepticias» (9). Mientras que para éstas basta un acto de emisión que se cumple con el solo hecho del declarante, para las declaraciones con destinatario determinado y fijo es necesaria una transmisión o comunicación dirigida a él que, cuando no pueda hacerse directamente a una con la emisión, requiere el empleo de procedimientos de comunicación extraños al declarante, acreando el riesgo de una notificación inexacta. Las declaraciones de esta categoría, cuando no sean hechas directamente a su destinatario (presente o en comunicación telefónica) no son eficaces sino a partir del momento en que se ha realizado también el proceso comunicativo. Para lo que se requiere la recepción por parte del destinatario y no el efectivo tener conocimiento (arta. 1.334-1.335 Cód. civ.; cfr. art. 1.262 § 2.º C. C. esp.); es decir, se precisa que la declaración alcance su esfera de control, de manera que según la experiencia normal, sea puesto en condiciones de tener cono-

(7) TITZE, *Missverständniss*, 290; TUHR, *Allgem. Teil*, 411, n. 57; SEGRÉ, locución citada.

(8) Respecto a tales declaraciones, la *comunicación o notificación* es elemento constitutivo del acto mismo, que no es operante, ni siquiera concebible sin ella; DURMA, *Notification de la volonté*, nn. 371-372.

(9) ZITELMANN, *Rechtsgeschäfte im Entwurf*, L 23; ídem, *Aligera. Teil*, 94 y siguientes; RECELSBERGER, *Pared.*, 152 y qsig.; *Allg. Teil*, II, 427 y sigs.; SA-  
*Déclaration*, sobre el art. 133, nn. 3 y sigs.; BARASSI, *Notificazione neces-*  
*seria*, 174 y sigs.; CARNELUTTI, *Sistema*, II, 107. La denominación de recepticia es entendida de otra manera por SALEILLES, *Déclar.*, sobre el art. 115, n. 4; sobre el 130, no. 15 y 42, que la aplica también a la promesa de recompensa dirigida a persona indeterminada. En el terreno del Derecho positivo alemán, la distinción es sometida a crítica por MANICK, *Willenserjl. u. Willensg.*, 5 63 y sigs.; ídem, *Rechtswirk. Verhalten*, 300 y sigs. Sin embargo, el que sea esencial a toda declaración el dirigirse a «otros» no demuestra la inutilidad de la distinción.

cimiento de ella (10). El criterio de la recepción responde bastante mejor a las exigencias prácticas que el que se remite al conocimiento efectivo. Aun prescindiendo de la circunstancia de la relativa facilidad de la prueba de una recepción, comparándola con la dificultad de probar el conocimiento efectivo, aparece notoriamente como suficiente el hecho de que la recepción haya tenido lugar en condiciones tales que el destinatario debiese, usando una diligencia normal, tener conocimiento de la comunicación que le ha sido dirigida. No es admisible hacer recaer sobre el remitente las consecuencias de la negligencia del destinatario en enterarse de la declaración que llega hasta él. El conocerla, en las condiciones supuestas, es evidentemente una carga del destinatario y asunto suyo, siendo, por consiguiente, de su exclusivo riesgo.

13. *Documentación y reproducción de la declaración.*—Puede ocurrir que para garantizar el efecto de la declaración —es decir, el conocimiento ajeno— la expresión destinada al conocimiento de los demás deba ser representada en un documento, bien en orden a una certificación permanente de cuanto es declarado, o simplemente, para su comunicación al destinatario que no está presente o en contacto por vía auricular. Bastará recordar aquí brevemente la noción de *documento*; es una cosa que, formada en presencia de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a distancia de tiempo (1). Precisamente la distancia cronológica entre el acto y el efecto representativo diferencia la prueba documental de la testimonial. El hecho de cuya representación se trata es, en nuestra hipótesis, la declaración, sea que esté ya formada (cuando es reproducida en un documento a fines de certificación) o en vía de formación (cuando se redacta documentalmente para su comunicación). El criterio que distingue la declaración de la respectiva documentación se funda sobre el diverso carácter del resultado al que una y otra concurren; psíquico para la declaración que, por su naturaleza, se proyecta hacia la mente ajena; físico para la documentación, la que, en cuanto encaminada a formar una cosa dotada de capacidad representativa, entra dentro de la categoría de las simples ope-

(10) Ultimamente, *Notification*, nn. 382-425; FERRARA, *Teoria dei contratti*, 1940, 198-204.

(1) CARNELUTTI, *La prova civile*, 1915, 182 y sigs.; ídem, *Sistema*, II, 98 y siguientes; Voz Documento en *Nuovo Digesto Italiano*, V, 105 y sigs., y bibliografía allí citada; nuestro *Dir. proc. civ. italiano*, 1936, 356 y sigs.

raciones con las que se modifica un estado de hecho preexistente (2). La distinción es fácilmente apreciable cuando la documentación procede de otro sujeto que el autor de la declaración y el escrito tiene el carácter de documento heterógrafo de una declaración que está ya formada antes de ser documentada (testamento por acto notarial). La distinción se hace en cambio más delicada cuando declaración y documentación provienen de la misma persona y se forman ambas con un mismo acto, como suele ocurrir en el caso de un documento autógrafo (testamento ológrafo). Entonces la expresión documentada consiste ante todo en el escribir, en el formar el documento, el cual, en cuanto representa la expresión del negocio, representa también el acto de su formación. Pero aun entonces, el diferente carácter, físico o psíquico, del resultado a que se encaminan, respectivamente, la operación representativa y la declaración, lleva a mantenerlas diferenciadas y a reconocer que la formación del documento no agota de por sí el proceso formativo de la declaración. Para esto es necesaria que el documento formado sea también puesto a disposición del que debe conocer la declaración (es decir, el destinatario), de modo que éste deba —si determinado y preciso— o cuando menos, pueda —si indeterminado y cambiante— venir en conocimiento de ella. Este acto ulterior de puesta a disposición o puesta en acción es —como ya sabemos (n. 12)— la emisión. La que es indispensable y puede lógicamente reconocerse también en las declaraciones no recepticias, si bien en éstas pueda reducirse hasta el solo comportamiento negativo que representa la abstención consciente de interponer impedimentos al conocimiento por parte de los destinatarios (como en el testamento ológrafo).

Se distingue netamente de la documentación, que es una simple operación representativa, la *reproducción* o repetición de la declaración de negocio. Ya no existe aquí una contraposición entre declaración y operación representativa, sino entre una declaración precedente y otra sucesiva, emitidas por el mismo o por los mismos sujetos, y que pretende presentar la misma naturaleza y *el* mismo contenido de la declaración precedente (3). La si-

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, II, n. 429, págs. 98 y sigs. La operación representativa hecha a fines de certificación no viene a formar, sino a garantizar la declaración (CARNELUTTI, *Teoria gener. dir.*, 373).

(3) CARNELUTTI, «Documento e negozio giuridico», en *Riv. dic. proc. civ.*, 1926, 192-197; CANDIAN, *Documento e negozio giur.*, 1926; SEGRÉ, *Scritti giur.*, I, 638 y siguientes; GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, 1913; DEL BONO, en *Tem. Emil.*, 1933, II, 81; NICOLÒ, *11 riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio*, 1934, 23 y sigs.; PUGLIATTI, en *Arch. giur.*, 113, 1935, 166; SALV. ROMANO, *Revoca degli atti giur., priv.*, 1935, 316 y sigs.; F. L., en *Ciar. campar. dir. civ.*, 1939, 254

tuación es distinta, por tanto, pero su análisis es igualmente materia de la teoría de la forma del negocio. Normalmente, la reproducción tiene lugar en una forma que es más idónea para la prueba o la interpretación, ambas referidas no a un nuevo negocio sino a aquel negocio único, que se ofrece en la primera y en la segunda declaración en dos formas diferentes (34 bis). Siempre en el supuesto de que ambas declaraciones hayan sido hechas en la forma prescrita para la existencia del negocio, y que la segunda, al menos en cuanto a la forma, no se presente como una simple confesión del hecho de haber realizado la primera o como mera interpretación de su contenido (art. 2.720), puesto que entonces ésta sería sólo una declaración representativa con valor de prueba y no de negocio o, cuando más, de carácter integrador o complementario (n. 37). Puede ocurrir también, sin embargo, que la nueva declaración negocial sea hecha, o para desplazar en el tiempo el momento de la entrada en vigor del negocio, o para renovarlo, introduciendo en él alguna modificación accesoria o, en general, parcial; o, en fin, para darle una interpretación auténtica, vinculante y absorbente que excluya toda posibilidad de remontarse a la primera declaración para una interpretación distinta (n. 31). Se produce en tal caso la figura de un nuevo negocio que, o se coloca junto al preexistente y lo renueva, o se superpone a él y lo relega; negocio renovatorio u, respectivamente, de constatación. En particular la constatación contractual representa una apreciación concorde de la situación preexistente, a la que la ley reconoce valor preceptivo, el de un precepto de la autonomía privada (n. 16), de modo semejante a como en la sentencia atribuye valor de *mandato* a la apreciación del juez (4). Pero en tales hipótesis la reproducción de la declaración da lugar a un nuevo tipo de negocio cuyo análisis escapa de la teoría de la forma y entra en la de los efectos y la interpretación (auténtica) del negocio jurídico (nn. 31 y 43), interesando también a sus clasificaciones (n. 35).

14. *Conducta concluyente. Conducta omisiva* (1).—Un determinado modo de comportarse, aun no estando encaminado a dar noticia de un

(4) Cfr. CARNELUTTI, en *Riv. proc. civ.*, 1926, 201-208; ídem, «Note sull'accertamento negoziale», en *Studi Scorza*, 115, n. 5; GORLA, *Riproduz. del negocio giuridico*, 29 y sigs.

(1) Sobre el comportamiento omisivo y con preferente atención al valor del silencio, véase: WINDSCHEID, *Pandette, trad. ital.* con notas de FADDA y BENZA, I, 420, y la bibliografía en él citada; VENEZIAN, en *Studi Scialoja*, I, 201; HARTMANN, «Werk u. Wille bei dem stillschweigenden Konsens», en *Archiv f. d. civ. Pr.*, 72, 1888, 161;

dato contenido preceptivo a aquellos a los que interesa, puede sin embargo adquirir, en el ambiente social en que se produce, significado y valor de declaración, en cuanto manifiesta, según la experiencia común, una cierta toma de posición respecto a algunos intereses que afectan la esfera jurídica ajena. En la conducta concluyente, que consiente e impone por coherencia lógica semejante deducción, se nos ofrece una manifestación que, en contraposición a la directa, se califica de indirecta o también de tácita (calificativo este último que es bien evidente por los motivos que se expondrán). El criterio discriminador entre las dos formas de manifestación —criterio aplicable también a otros actos jurídicos, aunque controvertido (2)— tiene carácter puramente objetivo y se quiere encontrar en la idoneidad y finalidad del procedimiento expresivo adoptado respecto a la función comunicativa o de manifestación; idoneidad y finalidad que se valoran en relación a los usos sociales, generales o especiales, o también a la luz de las convenciones realizadas entre las partes. Es directa y explícita la manifestación cuando se produce —no importa si intencionalmente o no— por medio de signos que en la práctica social o por convención de las partes sirven a la función de hacer conocer un determinado contenido preceptivo a aquellos a quienes interesa lenguaje hablado o escrito es el medio principal, pero no exclusivo, pudiendo bastar para cumplir estas condiciones, el utilizar indicaciones, gestos y actitudes silenciosas). Es, por el contrario, indirecta la manifestación cuando se produce por medio de una conducta que, tomada en sí, no tiene la función de hacer conocer a los interesados el contenido en cuestión, pero que por deducción necesaria y unívoca permite colegir una toma de posición vinculante respecto a ciertos intereses ajenos. La con-

ZITELMANN, *Irrtum u. Rechtsgeschäft*. 262; SIMONCELLI, «E silencios, en *Rendic. Ist. Lomb.*, 1897, 53; SEGRÈ, *Scritti giur.*, I, 298 y sigs.; BONFANTE, *vil silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Scritti giur.*, 1903. III, 150, 158, 174; SCIALOJA *Negozi giur.*, tercera ed., 69 y sigs. Entre la literatura más reciente pueden consultarse: DURMA, *La notification de la volonté*, 1930, n. 38, 224-39; TESAURO, «Il silenzio nella teoria degli eventi giur.», en *Studi Cammeo*, 535; MAGNI, «Il silenzio nel diritto canonico», en *Riv. di dir. priv.*, 1934, 50, 113; VAS SALLI, *Teoria gener. dei negozi giur.* (sumario), 1934, 36-39; CARNELUTTI, en *Riv. dr. commer.*, 1937, 473; ídem. *Sistema dir. proc. civ.*, 163, 165; FURNO, *Prova legale*, 1940, 70 y sigs.; A. CANUSAN, «Abuso di biancosegno», en *Riv. di dir. pen.*, 1940, 175; CARIOTA-FERRARA, «Volontà, manifestaz, negozio giur.», en *Ana. dir. campar.*, 1941, 391; KELSEN *Hauptproblema*, 114 y sigs.; MANICK, *Rechtswirks. Verhalten*, 99, 210 y sigs., 231 y sigs.

(2) Para la doctrina antigua, véase BEKKER, *Pand.*, II. 73-76; COVIELLO, *Man.*, 1 112.

ducta es calificada de *concluyente* en cuanto impone una conclusión, una *deducción* lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente, sino sobre el espíritu de *coherencia* en el que según los puntos de vista comunes debe informarse todo comportamiento entre miembros sociales y sobre la autorresponsabilidad que es aneja, por una exigencia normativa, a la carga de conocimiento.

El valor concluyente es entendido aquí como idoneidad de un indicio para justificar una deducción segura e inequívoca. Pero es preciso, sin embargo, no confundirse sobre el sentido de tal deducción. Se trata, no ya de inferir de la actitud exterior la existencia de una voluntad meramente interna, sino de colegir por la conducta, encuadrada en el complejo de circunstancias, el significado objetivo del negocio jurídico, que no está explícito sino implícito e indirecto. La manifestación indirecta puede consistir también en un discurso o razonamiento, siempre que éste no se dirija a hacer notorio el contenido que de él se deduce, sino a exponer cualquier otra cosa, pero es necesario que entre ésta y el contenido en cuestión exista, por relación lógica, un nexo positivo o negativo, de inclusión o de incompatibilidad. Por otra parte, no estando fundado el sentido concluyente sobre la conciencia refleja del agente, sino sobre el objetivo espíritu de coherencia, bien se comprende cómo de ningún modo ha de ser excluida por carencia de conocimiento subjetivo (3) sobre ella (ya que no se requiere nunca una intención proyectada positivamente hacia los efectos jurídicos: nn. 6 y 16), y sí sólo por un estado de conciencia lógicamente incompatible con la pretendida deducción (por ejemplo, una gestión de asuntos de la herencia realizada por el llamado en la errónea creencia de su inaplazable urgencia) (4), o por una reserva explícita capaz de privar a la deducción de su univocidad. Entendiéndose que esta reserva no debe contradecir al que, en la conciencia social o por determinación de la ley, sea el único significado plausible o el significado típico legal de la conducta

(3) Entendida como la conciencia de hacer una declaración, es decir, lo que KARS (*Schweigen*, 2) y Mantee (*Rechtswirksames Verhalten*, 97, 99, 214, 220, 239), entre otros, llaman «Erklärungsbewusstsein». En el puesto de tal conciencia (que es un *saber* efectivo), suhentra, en el caso de comportamiento concluyente, una carga de conocimiento '(un *deber saber*) que hace que aquel que ignora lo haga a su propio riesgo y sufra las consecuencias de ello, de modo que el comportamiento se imputa, según su significado social, en virtud de la confianza engendrada en los demás interesados (MANICK, op. cit., 237 y si<sup>ss.</sup>, 254 y sigs., 150 y sigs.), conforme a una exigencia normativa y no a un hecho psicológico.

(4) TUHR, *Teil, II*, 408.

en cuestión (5), ya que respecto a una reserva contradictoria con tal significado rige la máxima *potestati, jacto contraria nihil valet*.

A la luz de los criterios indicados es también planteada y discutida la cuestión de si y en qué medida la inercia consciente frente a ciertas circunstancias por parte de quien tenía la concreta posibilidad de obrar, sea suficiente para dar cuerpo a un acto de autonomía privada y asumir el significado de negocio jurídico (*conducta omisiva*). La cuestión ha sido sobre todo discutida con respecto al *silencio*. Y no ha de plantearse así: Si pueda tenerse negocio jurídico sin manifestación alguna; términos equívocos éstos, que rozan el absurdo. No se trata tampoco de ver si alguna vez, y en cuanto a determinadas categorías de relaciones, sea suficiente que la «voluntad» (con lo que se entiende el contenido del negocio), se presente como reconocible y no precise ser propiamente exteriorizada, porque la reconocibilidad de un propósito práctico no se puede concebir sino como efecto de una exteriorización, aunque sea indirecta, de tal propósito (6). Pero no ha de desecharse en absoluto que el silencio, ausencia de una manifestación positiva, pueda, sin embargo, valer como negocio jurídico. En efecto, es necesario atender a que el efecto de un acto, en su concepto jurídico, no se resuelve necesariamente en el cambio del estado de hecho preexistente, sino puede comprender también su permanencia; es decir, que el efecto o suceso, en sentido jurídico, se concreta en una posición del mundo exterior cualificada por la diferencia, ya respecto a lo que era antes, ya con relación a lo que habría debido o podido ser después (7). Un efecto en este sentido puede ofrecerlo, en ciertas circunstancias, el silencio, o, en general, el comportamiento omisivo.

Ciertamente es inexacta la regla canónica (c. 43 en VI, 5, 12) *qui*

(5) MANICK (*Irrtum und Auslegung*, 274) habla, a propósito del § 362 del Código comp. alemán, de «acto declarativo típico con efecto predeterminado por la ley» o sea, al que se enlaza una deducción legal sustraída a toda prueba en contrarrio. El concepto es desarrollado por H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933, 127 y sigs. Sobre ello y sobre el tratamiento como declarativo de un comportamiento que no es intencionalmente tal, véase también MANICK, *Das rechtswirksame Verhalten*, 279 y sigs., 208 y sigs.

(6) ELTZBACHER, *Handlungsfähigkeit*, 144. Un correcto planteamiento del problema en Desea, *La notification de la volonté*, 1930, n. 38, 40. CA BIOTA-FERRA Fa, «Volontá, manifestazione, negozio giur.», en *Annuario di dr. comparato*, 1941, 395, se pregunta si existe negocio cuando falta también la manifestación, por lo menos subjetivamente, cuando ni siquiera aquélla es querida. MANICK, «Natura e iqudr. sistem. di atti giur.», *Annuario*, 1942, 160, señala, con todo, la diferencia con la declaración intencional y el requisito de que concurra una culpa en relación a la confianza ajena.

(7) Así, justamente, CARNELUTTI, *Sistema*, II, 163, 165; cfr. KELSEN, *op. cit.*, 114.

*tacet consentire videtur*; es agregada la restricción *si loqui debuisset ac potuisset*. Si al comportamiento se enlazan efectos jurídicos en consideración a su conformidad a la intención normal que lo determina, se le deberá reconocer el valor de negocio, ya configure una verdadera declaración, aun silenciosa, ya se concrete en una conducta concluyente (8). Así, quien, teniendo la concreta posibilidad, el interés y el deber de hablar, y, en especial, de contradecir, omite conscientemente el hacerlo frente a aquellos a quienes debería declarar su oposición, hace una declaración silenciosa de consentimiento (silencio del enajenante en la *mancipatio* y en la *in iure cessio* romana) (9), o manifiesta indirectamente su asentimiento a la iniciativa ajena en lo que concierne a sus intereses propios. Por lo demás, que el silencio adquiera significado de negocio depende de una apreciación que es contingente y variable según el ambiente histórico, los usos y la conciencia social, como también de la calidad de las personas (por ejemplo, comerciantes acostumbrados a aquel género de contrataciones) y de las circunstancias en que éstas actúan, en el camino de una objetivación, según las costumbres del tráfico. El silencio puede ser hecho significativo, objetivamente, por una costumbre dominante en un determinado sector social, o bien, subjetivamente, por una práctica introducida o por un acuerdo establecido entre los interesados. Costumbres, prácticas y acuerdos de tal clase tienen razón de ser sobre toda en materia contractual, donde la conducta del destinatario de una propuesta, que se abstenga de responder a ella negativamente, es *a veces* interpretable como

(8) En materia de silencio, la jurisprudencia formada durante la vigencia del Código de 1865 se orientó en *el* sentido que no puede aquél ser considerado como manifestación de consentimiento, sino cuando esté acompañado por circunstancias externas concomitantes que puedan autorizar al otro contratante a interpretarlo como aceptación, sin pugna con la razón y la buena fe: Cas., 4 mayo 1936 (*Foro*; 1936, I, 1.575, y allí otras referencias). Y más recientemente, Cas., 24 enero 1938, nn. 219 y 226; ídem, 20 junio 1938 (*Rep. Foro*, 1938, voz *Obblig. e contr.*, nn. 103, 104 y 106); ídem, 22 abril 1938 (*ibid.*, n. 105), que ha decidido que «una tácita manifestación de voluntad puede producirse con el callar, particularmente cuando, existiendo una relación entre dos personas, el modo de obrar común reconociese el deber de hablar y de responder» (también en este sentido, Cas., 17 abril 1939 y 7 febrero 1939 (*Rep. Foro*, 1939, voz *cit.*, nn. 134 y 135); ídem, 30 abril 1949 (*ibid.*, 1940, voz n. 77); ídem, 18 junio 1940 (*Riv. comm.*, 1941, II, 362).

(9) Es también declaración silenciosa la de quien, con un comportamiento positivo, recoge una oferta al público (por ejemplo, tomando un periódico de un quiosco o subiendo a un tranvía), porque aquí, entre personas en sociedad, el significado de negocio es directo y no indirecto (en contrario: TUHR, II, 419; ARANGIO, *Inst.*, quinta ed., 81, y CARNELUTTI, *Sistema*, 11, 266). La declaración silenciosa ocupa en estas hipótesis una zona marginal al comportamiento sin valor de declaración.



aceptación. Esto sucede, justamente, cuando un uso general o un hábito de los contrayentes dan al silencio de la persona a la que es dirigida la propuesta un valor como de lenguaje mudo. Así, quien recibe una factura de mercancías que aporte cláusulas modificativas del contrato con el que han sido aquéllas encargadas, no se puede decir que acepte las cláusulas nuevas, aun si no las rechaza expresamente; sin embargo, si el uso considera aceptadas implícitamente las cláusulas cuando la factura sea recibida sin reservas, entonces el silencio equivale a una aceptación (10). Del mismo modo, si un librero envía desde hace algún tiempo a un cliente las nuevas publicaciones y el cliente tiene la costumbre de adquirir y pagar las obras no restituidas dentro de un cierto plazo, el no haber devuelto o rehusado expresamente un libro reporta al cliente, en relación al librero, las mismas consecuencias que una explícita elección del libro. En suma, para que el silencio frente a la comunicación de la otra parte equivalga a la aceptación de la factura recibida o de la cosa ofrecida, es preciso que ambas partes se encuentren ya en relación contractual o, por lo menos, en relación de negocios, de modo que el que recibe no se halle ante un hecho inesperado, sino pueda y deba ya prever el envío de la factura o de la cosa (11). El efecto vinculante del silencio, en tales casos, encuentra su justificación en el marco de las circunstancias en que el silencio se en-

(10) SEGRÈ. «Della sede del contratto e delle fatture accettate», en *Riv. dir. comen.*, 1915, II, 953 y sigs.; ídem, *Scritti*, 1, 574 y sigs. A más de la literatura comercialista (SRAFFA, *Studi*; Rocco, *Principi*) sorbe la aceptación de las facturas, véase H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben. von der Vollmacht und von der Verwirkung*, 1933, 129 y sigs.

(11) La jurisprudencia se pronuncia en el sentido de que las cláusulas añadidas con la factura (la hipótesis de más frecuente aplicación es la de las cláusulas derogatorias de la competencia territorial) no pueden gozar de eficacia jurídica si no han sido aceptadas; la aceptación no puede ser deducida del simple silencio después de la recepción de la factura o de la ejecución del pago, precisándose, por el contrario, que existan, a falta de una aceptación expresa, *actos o hechos* de los que se pueda inequívocamente derivar la voluntad de la parte de aceptar aquella cláusula (cfr. Cas., 21 enero 1938, en *Temì Lomb.*, 1938, 895; ídem, 23 enero 1940 y 23 abril 1940, en *Rep. Foro*, 1940, voz *Fattura*, nn. 4 y 5, y otros allí citados). Por el contrario, alguna sentencia admitía (Cas., 21 mayo 1940, en *Mass. Foro*, 1940, col. 242, n. 1.645) que «en los contratos de venta, a falta de orden escrita, debe atribuirse eficacia de pactos contractuales a las cláusulas insertas en la factura que ha sido aceptada sin reserva». Pero véase actualmente el art. 1.341. § 2.º del nuevo Código, que requiere una aceptación «específica».

MANIGK, *Das Rechtswirksame Verhalten*, 26, 121, 144, 170, 197 y sigs., admite que ya las negociaciones instauran una relación sometida a las reglas de la corrección. Tal relación explica las normas de los arta. 1.337, 1.338, 1.398; cfr. 1.175; más § 61, n. 11.

cuadra. Ante todo, dicho efecto es conforme al propósito práctico que normalmente determina la inercia consciente y es independiente de una conciencia específica del valor concluyente de ésta; además, constituye la lógica consecuencia del incumplimiento de una carga que responde a las exigencias del tráfico y de la buena fe. En los casos indicados, por tanto, el efecto de negocio del comportamiento omisivo se funda sobre el criterio de la iniciativa y de la autorresponsabilidad privada (n. 18), prescindiendo de que refleje una conciencia del valor concluyente de la omisión (n. 19).

Con todo, es preciso no olvidar que el silencio en los casos señalados tiene valor de negocio, y, en consecuencia, el comportamiento silencioso está sujeto a todas las reglas propias de tal negocio. Por tanto, si el negocio, en un determinado supuesto de hecho, es concebido como manifestación recepticia, es decir, con destinatario determinado (n. 12), y debe, por ello, llegar a conocimiento del mismo (como la propuesta o la aceptación contractual), también el silencio debe ser ostensible al destinatario para producir las consecuencias jurídicas del negocio. También el régimen del elemento subjetivo y de los vicios relativos a él (falta de voluntad, deficiencia de la determinación causal) se aplica al silencio cuando tenga valor *de* negocio. Si, por tanto, alguien ha sido inducido a callar por engaño o con amenazas, puede, con la acción de anulación, eliminar las consecuencias que *el* silencio haya producido a su cargo. Se requiere, además, la presencia de los presupuestos de capacidad y de legitimación (nn. 26-27). Estas indicaciones vienen a demostrar radicalmente viciosa toda aquella doctrina más antigua que tendía a fundar la eficacia vinculante *del* silencio únicamente en la responsabilidad por haber obrado en contra de la buena fe, la cual imponía el hablar. Es claro que si la inobservancia de semejante deber puede justificar una obligación de resarcimiento de daños, no puede, en cambio, fundamentar el diferente criterio que atribuye al silencio las consecuencias de un negocio (12).

Cuanto se ha expuesto hasta aquí acerca de la aplicación al silencio de toda la disciplina propia de los negocios jurídicos sirve, además, para deslindar netamente la eficacia del silencio *como negocio jurídico* frente a la eficacia que el mismo silencio otras veces despliega, entendido como *inobservancia de una carga de iniciativa*, y particularmente, de un deber

(12) Cfr. Cas., 3 marzo 1933 (*Nuova riv. app.*, 33, 230): «Sólo en determinadas circunstancias puede el silencio ser interpretado como una manifestación de voluntad, como en el caso de que, dadas las relaciones existentes entre dos personas, la forma común de obrar hace debido el hablar. En tales hipótesis se produce la *retinencia*, la cual constituye un comportamiento ilícito que, si produce daño, *acarrea la obligación del resarcimiento*»

de manifestación explícita establecido por la ley. La confusión es aquí fácil, sobre todo por la tendencia, derivada del «dogma de la voluntad», de justificar con el artificio de la ficción o presunción de una voluntad de negocio numerosas consecuencias jurídicas que, en realidad, se enlazan directamente a situaciones objetivas previstas por la ley. Así, cuando la ley atribuye a un comportamiento inactivo del individuo los efectos que serían propios de un negocio (de aquiescencia a la iniciativa ajena o de renuncia), sin considerar, por lo demás, si aquéllos se hallan o no en exacta correspondencia con una intención normal determinante de la inactividad. Así, la ley civil (art. 951 Cód. del 65), en el caso de falta de respuesta a la acción interrogatoria; la ley procesal (ejemplo, 215), en los casos de contumacia, de omitir la excepción de incompetencia, de falta de respuesta a un interrogatorio, de contestación a un escrito, etc. Entonces nos encontramos ante una ficción legal de aquiescencia o de renuncia; en realidad, frente a una imposición de *caducidad* (13), y las normas sobre los negocios no encuentran, por tanto, aplicación, salvo en lo que atañe a la posibilidad de surgir una relación jurídica, como las normas sobre la legitimación. Tampoco es de admitir que en algunos de tales casos el comportamiento deba ser apreciado como un negocio él mismo y requiera, por tanto, la correspondiente capacidad o pueda impugnarse por vicios del querer (14). Otras veces, al comportamiento inactivo del interesado refiere la ley efectos ventajosos para otros, terceros de buena fe, en cuanto contribuye a hacer surgir ante ellos una apariencia de derecho en la persona que, frente a estos terceros, ejercita un derecho ajeno (perteneciente a quien se mantiene inactivo) sin estar para ello legitimado, como poseedor, acreedor aparente, heredero aparente, representante apa-

(13) Cfr., en efecto, junto al citado art. 951 del Código de 1865, el art. 481 del nuevo Código civil, que, con toda oportunidad, evita la equívoca ficción. Así también los arts. 38 y 239 del nuevo Cód. de proc. civ., mientras el art. 232 remite a la apreciación del Juez las deducciones que deben extraerse de la falta de respuesta a un interrogatorio (cfr., por el contrario, el art. 218, § 2.º del viejo Cód. de proc. civ.). Cfr. también Cid. civ., 1.399, penúltimo párrafo.

(14) En sentido contrario, ТУНН, *Allgem. Teil*, II, 424-426, el cual reconoce la insubsistencia de un negocio en los casos de caducidad de términos, pero admite su existencia en aquéllos en que la «declaración» fingida por la ley se traduce en un resultado positivo consistente en un cambio de derecho. Casos de esta última especie serían, en el nuevo Código civil italiano, los previstos por los arts. 477, 478, 686, 608 y 1.597. Pero en estos casos se tiene construcción legal de un comportamiento positivo. Sobre la revocación tácita del legado, según el art. 686, véase КОШЧАКЕР, «L'alienazione della cosa legata», en *Conferenze romanistiche*, Pavia, 1940, 91 y siguientes.

rente. Pero en estos casos la ley prescinde completamente del esquema ficticio de una «declaración tácita» del interesado inactivo y mira sólo a tutelar la buena fe y la legítima expectativa de quien tiene motivos para creer en la apariencia (15). Cuando la ley, en cambio, recurre al esquema ficticio de la declaración tácita o implícita para calificar un comportamiento activo o inactivo del individuo (por ejemplo, art. 1.399, 4.º inciso, 1.597 Cód. civ.; cfr. arts. 1.727, 2, 1.566 C. C. esp.), adopta entonces en sustancia un procedimiento de tipificación, por el que se considera la intención que es determinante en la generalidad de los casos, y toma por base una interpretación típica del comportamiento en cuestión. Es decir, se plantea la cuestión, no ya de ver qué cosa haya entendido hacer este Ticio en el caso concreto que se somete al examen del Juez, sino, en general, un individuo cualquiera en una situación objetiva como la que abstractamente y en hipótesis se considera, y en la normalidad de los casos; y puede admitir o no que el significado del comportamiento, así fijado *a priori*, ceda el puesto a una apreciación distinta, pero siempre, sin embargo, extraída de circunstancias objetivas, con base en una interpretación igualmente típica (n. 44). Así, en el artículo 686 del Código civil (cfr. art. 689 C. C. esp.), la ley atribuye a la enajenación de la cosa legada el significado típico de una llamada revocación tácita del legado, derivándolo de la normal incompatibilidad práctica entre la subsistencia de éste y el hecho de la enajenación, y sin permitir una apreciación diferente según las circunstancias (16). La construcción legal del comportamiento como negocio reclama en tales casos una correspondiente capacidad de obrar en el agente (igualmente en los arts. 477, 478, 608, 1.597 (17); cfr. artículos 1.000, 711, 1.566, C. C. esp.).

No se nos oculta, por último, que la doctrina común, dominada por el dogma de la voluntad y siguiendo las huellas de las fuentes justinianeas, recurre de buena gana a la figura de la «manifestación tácita» o del «consentimiento tácito» para justificar con la ficción de una intención jurídica la atribución de un efecto que aparece requerido por la equidad o por la

(15) V., a más de los escritos sobre la apariencia del derecho (FINZI, G. STOLFI, BOLAFFI y otros) reseñados por D'AMELIO en *N. Digesto italiano*, I, voz *Apparenza*, especialmente: SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, 1930, y *Riv. dir. priv.*, 1936, 121-154 (con referencias de literatura y jurisprudencia); H. KRAUSE, *Schweigen int Rechtsverkehr*, 1938 y sigs.; WEILL, *Rélativité d. conv.*, n. 288. 306; y recientemente, VERGA, en *Riv. dr. priv.*, 1940, 193. negando que la apariencia sea principio general. V. cap. intr. n. 4, nota 4.

(16) KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata*, cit, 195, 128 y sigs.

(17) MANICK, *Rechtswirk. Verhalten*, 279 y sigs., reconoce aquí una conducta con valor declarativo típico predeterminado por la ley.

buena fe, en varios casos en que se carece de una expresa declaración dirigida a él (así se ha hablado incluso de una comunidad familiar «tácita» o de un mandato «presunto», según la fórmula infeliz del art. 1.723 Cód. civ. del 65; cfr. art. 1.695 C. C. esp.). Se trata de un mal hábito que, una vez adoptada la concepción objetiva de la autonomía privada, es decididamente rechazado. El ingenuo expediente de suponer una «voluntad» correspondiente para llegar a justificar ciertos efectos es índice de una mentalidad individualista inspirada en el viejo prejuicio que reconoce en la voluntad de los individuos la fuente creadora de los efectos jurídicos (cap. I, n. 3).

15. *Declaraciones preceptivas* (dispositivas) y *enunciativas* (representativas).—Pasando a considerar, después del examen de la forma, el *contenido* del negocio, conviene partir de un extremo que se ha tenido ocasión de subrayar al tratar de la naturaleza de la declaración (n. 3 prel.). La declaración, como se vió, es un acto cuyo efecto se concreta siempre en la mente ajena, apelando ora sólo a la conciencia, ora también a la voluntad, según tienda sólo a conocer un hecho o bien pretenda provocar un comportamiento; en suma, a un *zacere* o a un *iubere*. Sobre la base de esta distinción, deducida de la naturaleza del resultado psíquico al que se mira en cada caso, se acostumbra calificar el acto, en la primera categoría de casos, como «declaración de ciencia», en la segunda como «declaración de voluntad». Esta clasificación corriente tiene, sin embargo, el defecto radical de apoyarse sobre el fin más bien que sobre el contenido del acto, es decir, de ser teológica más que lógica, de confundir el contenido —que erróneamente pretende reflejar— con el fin, y cambiar así el elemento psicológico por el elemento normativo de la declaración (1).

No ayudaría a salvar esta clasificación el concebir la «ciencia» o la «voluntad» que es objeto de la declaración, mejor que como un resultado atendiendo al destinatario, como una actitud o un estado de ánimo del de-

(1) La confusión criticada es, en efecto, fácilmente observable en los sostenedores de la clasificación; véase, por todos, TÜHR, *Allgem. Teil*, II, 225, que identifica el contenido del contrato con el estado jurídico querido. cfr. 113 y sigs.; CARNE-LUTTI, *Sistema*, II, 171 y sigs., 378 *ea*, 399, cfr. 101; ídem, *Teoria generale del diritto*,

«declaraciones de voluntad» comprende TÜHR, 105 y sigs., todos los actos que miran a «mudar o conservar un estado de derecho o de hecho». Contra la consideración de los «actos ordinativos» como «declaraciones de voluntad» se ha pronunciado netamente INVREA, *Parte generale del diritto*, 1935, n. 215-217 («ordinativas» denomina INVREA, n. 215, 235, las declaraciones que nosotros llamamos preceptivas). Contra la confusión, KELSEN, *Hauptprobleme*, 1911, 123 y sigs.

clarante que existiría ya de por sí, y vendría manifestado, revelado a otros, con la declaración. Al modo que allí se confunde el contenido con el efecto, aquí se confunde el elemento objetivo de la declaración con su elemento subjetivo, dando a éste la precedencia lógica que corresponde a aquél, y se atribuye a la declaración una función puramente comunicativa, evidenciadora del pensamiento y el querer del declarante, desconociendo así el carácter constitutivo del papel que aquélla puede estar llamada a cumplir, y que en efecto cumple, en el negocio jurídico. Contra la clasificación así delineada vale la crítica de principios que ya hemos opuesto al dogma de la voluntad (n. 3).

El criterio exacto para la búsqueda clasificación no se deduce del ánimo interno del declarante, mirando, diríamos, atrás, sino mirando adelante, al ambiente social externo en el que la declaración se emite y está llamada a desplegar sus consecuencias y a realizar su efectividad. Es cierto que el contenido no se identifica con él, pero sí que se determina en función del resultado, al que está destinado. Pues bien, según esté el contenido destinado a un *docere* o a un *iubere*, a enunciar algo existente o bien a disponer un deber ser para el futuro, la declaración deberá calificarse como enunciativa o representativa cuando *docet*, o respectivamente, como preceptiva, dispositiva u ordenadora, cuando *iubet* (2). Y puesto que para tales calificaciones ha de tenerse en cuenta el ambiente social externo en el que la declaración es emitida y recogida, se explica que no se ofrezca como decisivo el tenor literal o la forma exterior por sí, sino el significado objetivo que en la apreciación social adquiere la declaración, dentro del conjunto de circunstancias en que socialmente se encuadra; punto de vista éste utilizable también, como se verá en el cap. VI (n. 41), como criterio de interpretación.

La diferencia de contenido trae también consigo una diferente función de la declaración, como forma, respecto a ese contenido. En la declaración enunciativa, teniendo el contenido carácter meramente representativo, también la forma tendrá normalmente (3) sólo una función comunicativa respecto a tal contenido, que puede ser hecho conocer de manera distinta. Por el contrario, en la declaración preceptiva, asumiendo el contenido carácter

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, 61 y sigs.; II, 101, el cual reconoce (I, 62) que bastante más sencilla y expresiva que la noción de la «declaración de voluntad» aplicada a representar el carácter de los actos que constituyen el ejercicio de un poder o de un derecho sería la de «mandato jurídico» (entendido como el jurídicamente relevante).

(3) No siempre. Así, por ejemplo, tiene función constitutiva la notificación prevista por el art. 1.264 Cód. civ.

normativo, la forma también asumirá normalmente una función constitutiva, en cuanto el contenido no *será* influyente y válido en una forma diferente. El valor normativo que el contenido adquiere para los destinatarios se presenta justamente unido a la forma, es decir, al tipo de declaración en que aquél es llevado a su conocimiento y aparece, por tanto, inescindible de tal forma y ésta como no susceptible de equivalentes ni, en principio, de remisión (4).

La distinción ahora delineada entre declaraciones enunciativas y preceptivas nos será útil para entender, según su figura característica, el contenido del negocio jurídico.

16. *Contenido del negocio; precepto de la autonomía privada.*—El elemento central y propiamente característico del negocio jurídico es el contenido de la declaración o del comportamiento (n. 11). Declaraciones y comportamientos trascendentes en el campo del Derecho privado pueden tener el más variado contenido. Pero sólo ha de calificarse de negocio jurídico la declaración o el comportamiento cuando ofrezca un contenido preceptivo en orden a una materia de autonomía privada y respecto a tal contenido asuma función constitutiva, en el sentido de que *el* precepto sólo en esta forma es operante de nuevas situaciones jurídicas.

En realidad, lo que el individuo declara o actúa con el negocio es siempre una regulación de intereses propios en las relaciones con otros sujetos, de la cual advierte aquél el valor socialmente vinculante antes aún de que sobrevenga la sanción del Derecho (n. 1). Característica del negocio es que ya su supuesto de hecho, antes aún que su efecto, prescriba una reglamentación obligatoria, la cual, reforzada que sea por la sanción del Derecho, está destinada a elevarse a precepto jurídico. No es ya —como frecuentemente se repite— que la voluntad privada por sí sola, por virtud propia, sea causa inmediata del efecto jurídico, ya que sin un orden jurídico que establezca el nexo funcional tal efecto no es siquiera concebible. *Sino* es que aquí el supuesto a que el efecto jurídico se enlaza contiene él mismo un precepto de la autonomía privada, cuyo reconocimiento por parte del orden jurídico representa en su esencia un fenómeno de *recepción* (n. 2). El orden impuesto por las partes a sus intereses es valorado por el Derecho según sus puntos de vista generales, hecho propio con las modificaciones oportunas y traducido en los términos de un precepto jurídico.

(4) Cfr. DI PACE, «II negozio per «relationem», en *Memoria*. Turín, 1940, II, 46, 29 y siguientes.

## EMILIO BETTI

Así, el precepto de la autonomía privada, expresado en forma de declaración o de comportamiento, es inmediatamente operante de los efectos jurídicos correspondientes a su función económico-social. Esta fuerza operativa inmediata, que podría también llamarse *constitutiva*, por su estrecha analogía con la eficacia operativa de las sentencias y pronunciamientos constitutivos, no está de ningún modo en contraste con el contenido preceptivo (de deber ser) propio de la declaración o del comportamiento. como ha pensado alguno (1). En realidad, todas las estimaciones normativas del Derecho son formulables en términos de deber ser, pero no por esto son menos eficientes y actuales. Se trata de un deber ser que no se contrapone a la realidad como una mera exigencia o un no ser (2), sino que más bien, informa de sí la realidad de la vida social y sólo se pone en antítesis con todo posible comportamiento disconforme.

En este punto se preguntará cómo se determina y delimita el «contenido» de un acto jurídico de autonomía privada, o en otros términos, qué es lo que debe ser declarado, qué especie de comportamiento debe ser observado para que se tenga un negocio jurídico. En general, puede decirse que la determinación del contenido típico de un acto jurídico escapa a la iniciativa individual y entra en la competencia de la conciencia social y del orden jurídico (3). Y el criterio de determinación es que el contenido se extiende a todo aquello cuya expresión o ejecución es necesaria, según la conciencia social y el orden jurídico, para que la declaración o el comportamiento pueda cumplir la función económico-social típicamente designada por su nombre (por ejemplo: venta, mutuo, aceptación de herencia) (4). Solamente entonces será declarada o actuada en forma suficiente una típica reglamentación de intereses privados y el precepto de la auto-

(1) Se alude aquí a quién, siempre sobre el terreno de la «Dispositionstheorie» taimada frente a la vieja «Offenbarungstheorie» (HENLE, *Vorstellungs Willensstheorie*, 1910, 248 y sigs., 305 y sigs.), ha querido oponer a la concepción imperativa («Befehlstheorie») de la «Sollenserklärung», formulada por BÜLOW (*Geständnisrecht*, 125 y sigs.) y seguida últimamente por LARENZ (*Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 45 y sigs., 63 y sigs.), una concepción operativa o constitutiva («Vollzugstheorie»); ésta es defendida especialmente por HENLE, *Vorstellungen, u. Willensstheorie*, 324, 348 y sigs.; *Lb. d. bürgerl. R.*, I, 41 y sigs. Cfr. ALLORIO, *Dir. proc. tributario*, 1942, 580 y siguientes.

(2) Posición ésta (propia de Kelsen, *Reine Rechtslehre*) criticada, por ejemplo, por HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, ed. 1841, I, 139.

(3) Cfr. SALEILLES, *Déclaration*, sobre el art., 138, n. 4.

(4) Para este criterio, CARNELUTTI, *Sistema*, 11, 263, con preferente atención a la función técnica de los actos procesales.



nomía privada podrá considerarse identificado y expresado de modo unívoco (más adelante, n. 34 *bis*).

Por lo que respecta a las declaraciones en que se contiene un negocio jurídico, cualquiera pueda ser su tenor literal, es siempre posible entresacar de ellas un contenido preceptivo. Es decir, es posible, ante todo, traducir las declaraciones en una regulación vinculante dispuesta para el futuro, y además, traducir ésta, a su vez, en términos de Derecho, extrayendo de ella un precepto jurídico. Esto sucede también allí donde el contenido preceptivo de la declaración sea menos visible, porque —como se ha advertido— lo que cuenta no es tanto el tenor de las palabras, como la situación objetiva dentro de la que ellas se pronuncian o suscriben y el marco de circunstancias que le prestan significado y relieve. Pues bien, el significado preceptivo puede estar implícito aun en una declaración representativa, ya de tenor asertorio (piénsese en el formulario de la *mancipatio* romana: *hunc ego hominem meum esse aio ex i. Q.*), ya de tenor confesorio (declaración de haber recibido, cuando acarree deber de restitución). En efecto, en la primera hipótesis la afirmación (a la que corresponde el silencioso reconocimiento del adversario), en la segunda la confesión, implican y suponen una declaración de deber ser para el futuro. En los ejemplos aducidos. el *meum esse* indica una pertenencia que deberá ser respetada por el enajenante, y el haber «recibido» denota una fiducia a la que deberá corresponder la restitución de la cosa confiada. Otras veces, el significado imperativo puede deducirse, teniendo en cuenta la posición del declarante y el concurso de las circunstancias, de lo que por sí no sería más que la expresión de un deseo, de una voluntad (en el riguroso sentido psicológico de esta palabra), o aún, de un consejo, y esto, precisamente, cuando tal expresión, en la apreciación social hecha propia por el Derecho, sobreentienda un juicio de valor vinculante, un «así deberá ser» en sentido jurídico. Semejantes expresiones indirectas o encubiertas, que son usuales, del contenido preceptivo, son posibles en cuanto basta que esté presente en la conciencia de las partes el valor socialmente vinculante, aunado con el resultado práctica típico del negocio. La concordancia de los efectos jurídicos con la intención normal dirigida hacia el resultado práctico es puramente objetiva, es decir, no es necesario en absoluto que a su vez sea consciente, querida. Es el orden jurídico, y él exclusivamente, quien provee a establecer la concordancia entre la una y los otros (5). No depende del agente determinar

(5) BECHMANN, *Kauf*, II, § 105; LENEL, «*Parteiabsicht und Rechtserfolg*», en *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1881, 154, y sigs.; 249 y sigs.; SEGRÈ, «*Studi sul negozio giuridico*», en Scritti, I, 204 y sigs.; CARNELUTTI, *Sistema*, II, 406 (no sin alguna incerteza; 398 y sigs.). De contrario opinión, en la doctrina reciente, THUR, *Allgem.*

## EMILIO BETTI

si algún efecto, y de qué clase, se enlaza a un acto jurídico, puesto que aquél está solamente llamado a dar vida al supuesto de hecho dentro de la órbita trazada por el orden jurídico, siendo tarea exclusiva de éste formular los efectos que mejor responden a las exigencias del cuerpo social en general y de la autonomía privada en particular (n. 6). Como ya se vió en el capítulo 1 (n. 3), la institución del negocio jurídico no consagra la facultad de «querer» en el vacío, ni siquiera tutela la persecución de finalidades espirituales de orden superior, las que permanecen confiadas a la iniciativa individual o colectiva fuera del campo del Derecho (n. 5); antes bien, garantiza *y* sanciona la autonomía privada en la vida de relación, en cuanto se proyecta hacia la reglamentación de los intereses privados y de las relaciones que los afectan.

17. *Caracteres del precepto de la autonomía privada.*—El precepto de la autonomía privada que constituye el contenido del negocio jurídico presenta una serie de caracteres cuya ausencia puede reportar la inexistencia o nulidad de éste. Es un precepto, a) concreto-, es decir, relativo a intereses determinados, sujetos al poder de los individuos y susceptibles de pasar de uno a otro, b) referente a la vida de relación, y en este sentido, social, pero no jurídico (el vínculo jurídico no es el contenido sino el efecto del negocio y presupone ya una apreciación de trascendencia por parte del Derecho). Es, en fin, un precepto, c) vinculante para quien lo establece *y* dotado de una eficacia legítimamente para otros, ya sobre el terreno social, antes aún que sobre el jurídico; como tal, idóneo para elevarse a hecho jurídico eficiente en virtud de una estimación y recepción por parte del Derecho.

Estos caracteres hacen también comprender dentro de qué límites un precepto de la autonomía privada es posible y plausible y, por tanto, capaz de trascendencia jurídica. Se trata de límites reconocidos por la conciencia social, antes aún que impuestos por el orden jurídico. Requisitos que, según la dogmática tradicional, suelen ser expuestos dentro de la teoría de las «obligaciones», como aquellos que debe reunir la prestación debida --la cual ha de ser posible, lícita y susceptible de una estimación económico-social que la reconozca correspondiente a un interés apreciable (artículo 1.174 Cód. civ.; cfr. arts. 1.255, 1.258 C. C. esp.)--- pero que cons-

*Teil*, II, 106 y sigs., 1.61 y sigs., aun admitiendo que, en la mayoría de los casos, la parte se contentará con designar el efecto desde su faceta económica; más resueltamente, HENLE, *Lb. bürg. R.*, I, 39. Téngase presente cuanto se ha dicho en el n. 6 del cap. I.

tituyen en realidad los caracteres indefectibles de todo precepto de la autonomía privada.

Puesto que con tal precepto se actúa un poder de autonomía, y su eficacia vinculante y legitimadora queda en principio —conforme a la idea de la autonomía— circunscrita a la esfera de los individuos que le dan vida, es decir, las partes (n. 5), es lógico que aquél presuponga en las partes mismas ciertas aptitudes, cualidades personales y posiciones respecto a la materia del precepto. Además de una adecuada capacidad físico-psíquica de entender y de querer, que es una cualidad de la persona en general (n. 26), las partes deben revestir, ya según la conciencia social, una correspondiente legitimación en orden a los intereses concretos sobre los que su poder se emplea; no basta que dichos intereses estén en general sujetos a la autonomía privada, es preciso que se hallen sometidos al poder individual de las partes (n. 27). También aquí el Derecho, al reconocer la autonomía privada, acoge, aclara y precisa la concepción un tanto aproximativa de la conciencia social, y al unir al negocio efectos jurídicos congruentes con su típica función económico-social y, por tanto, a la normal intención práctica de las partes, establece una correlación entre ellos y aquellas circunstancias extrínsecas al negocio que, en contraposición a los elementos constitutivos, se califican de presupuestos de validez, referentes unos a los sujetos (capacidad y legitimación), otros al objeto (posibilidad, licitud, ponderabilidad: n. 28).

Así, al establecer el precepto, las partes, de un lado ejercitan poderes, del otro, encuentran límites negativos y cargas positivas que conciernen a la idoneidad de los medios puestos en acción y que acarrearán el riesgo de la ineficacia. La inmediata eficacia vinculante y legitimante de la declaración (1) es señalada por las mismas partes cuando dicen, por ejemplo: «declaro aceptar, recibir, comprar, transigir», etc. En cuanto a los efectos jurídicos, en cambio, las partes los operan por virtud de la recepción de que se ha hablado, pero no los declaran necesariamente ni están forzados a ello, a la carga de tener de ellos conciencia. Lo que deben declarar y lo que tienen el deber de conocer es la reglamentación de intereses que se dispone para el futuro.

Ahora estamos en condiciones de descubrir la raíz del equívoco de perspectiva en que incurre quien identifica el negocio con el acto jurídico de ejercicio del derecho (supra, n. 4) y quien reconoce en él el contenido de la «voluntad» (n. 16). Ciertamente que el negocio configura el ejercicio de

(1) Hasta, *Vorstellungs- und Willensth.*, 341 y sigs., 349; ídem, *Lb. d. bürgerl. R.*, I, 42; CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc. civ.*, I, 88.

un poder de autonomía y, por tanto, requiere en las partes una legitimación. Y puede parecer que el reconocimiento por parte del orden jurídico transforme aquel poder en un derecho, pero no es así. La legitimación para el negocio tiene muy distinto sentido; sirve simplemente para justificar el que se produzca la eficacia del negocio en cabeza de las partes y en sus relaciones recíprocas. El efecto adquisitivo u oneroso no supone el ejercicio del derecho que está en juego, sino sólo una posición tal respecto a él que justifique su adquisición o su pérdida.

En cuanto al segundo punto, nadie duda que el precepto sea hecho surgir por una voluntad dirigida a un fin determinado. Pero el hecho es éste: Que la voluntad, de por sí mera entidad psicológica individual, no adquiere efectividad social sino haciéndose visible a los demás bajo forma de declaración o de comportamiento y llenándose de un contenido socialmente apreciable en el terreno de la autonomía privada, es decir, concretándose en un precepto. Qué importancia le corresponda dentro del elemento subjetivo del negocio lo veremos seguidamente.

18. *Iniciativa y responsabilidad en el negocio en general* (1).—El negocio es un acto humano de importancia social, fruto de consciente *iniciativa* y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de *autorresponsabilidad* (2). Iniciativa y autorresponsabilidad son términos correlativos (3) que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente. Consciente iniciativa, o sea, libertad, antes del acto; autorresponsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite y correctivo que el de la buena fe. Libertad —como se ha dicho varias veces— no de «querer» en el vacío y, por tanto, sin un contenido socialmente apreciable, sino libertad de dar vida a una regulación de intereses propios en las relaciones con los demás. ope-

(1) Sobre el tema ha de tenerse presente la crítica desarrollada en el n. 3 y, entre la bibliografía indicada en el cap. I, especialmente: BÜLOW, *Geständnisrecht*, 115 y sigs.; HENLE, *Vorstellungs- und Willenstheorie*, 305 y sigs.; SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giur.*, 1895, reeditado en *Scritti giur.*, I, 272; nuestro *Dir. rom.*, I, § 52, 58; además, con un planteamiento netamente subjetivista, VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, 1941, 211 y sigs.

(2) Sobre la autorresponsabilidad: BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, segunda ed., 58; ídem, *Istituzioni di diritto romano*, segunda ed., I, 97, 143. 234; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, § 92; MICHELI, *L'onere della prova*, 1942; 50 y siguientes.

(3) Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, 1926, 320 y sigs.; 664 y sigs.

rando con los mecanismos e instrumentos que el Derecho pone a disposición de los individuos para este fin. Por otra parte, una vez que tales mecanismos e instrumentos hayan sido empleados, por decirlo así, accionados, el individuo no es ya libre de sustraerse a las consecuencias, buenas o malas para él, de su funcionamiento (n. 6). El efecto del acto se dirige también contra su autor que queda por él ligado y como aprisionado (4). Aquí se aprecia cabalmente el valor vinculante, normativo, que el acto de autonomía privada tiene en el terreno social, antes aún que en el jurídico, y en los mismos negocios de carácter revocable (valor del que es índice la carga de la revocación que incumbe a quien pretende removerlo). Este valor es algo inescindible del contenido mismo del negocio (n. 17) e inherente a su función social (cap. III), ya que la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho. de emprender un juego libre y sin compromisos, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social (5). Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autoresponsabilidad, que viene después (n. 2), y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido (6).

Ahora bien, el problema del elemento subjetivo del negocio jurídico consiste en ver si es referible al declarante o al agente, primero, a) el hecho de la declaración o del comportamiento, b) también, y sobre todo, su contenido y significado (7). No consiste ya en ver si en el momento en que fué emitida la declaración reflejase en su contenido un querer actual, puesto que en el acto de la emisión la deliberación del querer no es ya propiamente un hecho presente, sino pasado (8). Y así es también cuando el negocio consiste en un comportamiento (n. 9). Se puede decir sólo que el proceso volitivo, el *iter voluntatis*, se agota en el momento mismo en que se hace surgir el hecho exterior irrevocable de la declaración o del compor-

(4) Este punto no parece haya sido considerado por ENNECERUS, *Rechtsgeschäft*, 163.

(5) No existe, por ello, la pretendida incompatibilidad entre función instrumental y efecto vinculante del negocio, que LARENZ, *Auslegung der Rechtsgesch.*, 61, hace valer contra la tesis de HENLE, *Vorstellungs u. Willenstheorie*, 341 y siguientes. 347, 349.

(6) LARENZ, *Auslegung*, 68 y sigs.

(7) LARENZ, *Auslegung*, 33, 35, 48.

(8) *Dir. rom.*, I, 202; LARENZ, *Auslegung*, 49.

tamiento (9). Se puede decir también que el surgir de la acción es el comienzo del proceso formal que denuncia el término del proceso volitivo (10). El punto de unión entre el hecho (declaración o comportamiento) y la voluntad determinante tiene importancia precisamente para establecer el nexo de referibilidad entre aquél y el agente (11).

19. *El elemento subjetivo del negocio en cuanto a la forma y en cuanto al contenido.*—El elemento subjetivo del negocio comprende únicamente aquellos aspectos de la actitud del sujeto que tienen trascendencia para el tratamiento jurídico. Puede ser idealmente distinguido en tres fases o momentos, correspondientes a los tres aspectos del elemento objetivo: forma, contenido, causa.

a) A la forma, es decir, al acto, corresponde conceptualmente una voluntad del acto mismo, que debe ser voluntario: Voluntad de la declaración o del comportamiento. Por otro lado, no basta, como es evidente, que el acto sea materialmente realizado, debe ser también querido como

(9) Lo que parece no ha sido entendido por ALLA RA, *Testamento*, 322, nota 4; cfr. MES SINEO, *Errore ostativo*, 17-18. Quien obra debe *saber* lo que quiere.

(10) Así, CARNELUTTI, *Sistema*, II, n. 500, al final.

(11) Al determinar el elemento subjetivo del negocio jurídico no se trata de hacer una completa descripción psicológica de la actitud normal del sujeto, sino de destacar los aspectos de la misma que ofrecen *trascendencia para el tratamiento jurídico*. Basta tener presente este criterio para encontrar una respuesta suficiente a las críticas de los que, junto a la conciencia, reclaman una precisa voluntad del contenido, sin satisfacerse con la determinación causal compleja. Es también obvia —en los casos en que la falta de conciencia es influyente— la observación de que entre *no saber* y *deber saber*, a los fines de justificar una autorresponsabilidad de la parte, la distancia es menor y el enlace aparece bastante más plausible que entre no querer y, a pesar de ello, hacer presumir que se ha querido.

Las cuestiones propuestas por GROSSO en *Studia et documenta historiae et* 2, 1936, 201, no tienen razón de plantearse porque se basan todas en el desconocimiento del nexo orgánico entre conciencia y determinación causal (más adelante; n. 19, *sub e*), ignorándose la presencia normal de esta última. Sólo tiene sentido la consideración de que, cuando tiene valor la confianza ofrecida a la otra parte, es entonces decisivo *el deber tener conciencia*, y es indiferente la conciencia efectiva; pero justamente esta hipótesis es considerada por nosotros bajo el aspecto de la autorresponsabilidad, la cual toma el lugar de la conciencia deficiente precisamente allí donde el error (falta de conciencia) es ininfluyente (n. 19, b; 55). (Útiles aclaraciones acerca de los prejuicios y errores corrientes en torno al concepto psicológico de conciencia pueden encontrarse en ROTHACKER, *Die Schichten der Persönlichkeit*, primera ed., 1933; segunda ed., 1941, cap. XI: das Problem des Bewusstseins.)

declaración de la especie precisa o como comportamiento socialmente influyente frente a los demás (1).

b) Al contenido, es decir, al precepto de la autonomía privada (n. 16) debe corresponder en el agente la conciencia de su significado y valor. Se precisa que el autor conozca el significado objetivo de la declaración emitida, en su contenido total y en los varios elementos de que consta, y tenga noción del específico valor social del comportamiento que despliega; o sea, del significado y valor que a una declaración o comportamiento tales atribuye la conciencia social en el ambiente históricamente determinado en el que el negocio se realiza. Esta conciencia es también el fundamento de la autorresponsabilidad del agente (n. 18). Lo que nos hace responsables ante nosotros mismos de la situación en que venimos a encontrarnos con nuestros actos es el haberlos hecho cargo de ellos y haber podido prever así, y medir, sus consecuencias (2).

Es cierto que en el camino de la objetivación del negocio según las exigencias y los conceptos del tráfico se ha llegado a reconocer el valor de negocio jurídico a formas de producirse en las cuales falta, tanto la voluntad del acto, como la conciencia de su contenido y valor. Pero aquí —como ya se ha señalado (n. 14, nota 3)— se trata sólo de esto: Que la carga de conocimiento (el *deber saber*), en la estimación del Derecho, ocupa el puesto de la conciencia efectiva, y el haber descuidado cumplirla trae consi-

(1) En la doctrina alemana este momento subjetivo suele ser designado como «voluntad de la declaración» («Erklaerungswille»); v., por todos: BÜLOW, *Gesamte Rechtslehre*; TUHR, *Teil*, II, 401; H. LEHMANN, *Allgem. Teil*. La distinción propuesta por HENLE (*Lb. d. bürgerl. R.*, I, 203 y sigs.) entre «Betätigungswille» y «Erklaerungswille», afectando éste también al contenido y evento del acto, no ha tenido, justamente, seguidores, ya que, o bien engendra una confusión con el segundo momento, o supone inútilmente una voluntad abstracta del acto, sin entidad social.

(2) En la doctrina germana este segundo momento es designado a veces como «voluntad declarada», con lo que se da por supuesto que objeto de la declaración sea una «voluntad» (visión errónea, ya criticada), y, de todos modos, se confunde el elemento subjetivo con el elemento objetivo (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, II, 378 en); otras veces se le denomina «voluntad de lo declarado» («Wollen des Erklärten») sobre la pauta del § 116 del Ud. civ. alemán (HENLE, *Lb. d. bürgerl. R.*, I, 204). Voluntad que, como veremos, no es de ningún modo indispensable, aunque sí normal; otras veces, en fin, es designado como «intención negociada» («Geschäftswille») o como «voluntad del resultado» («Erfolgswille») (TUHR, *Allgem. Teil*, II, 400 y sigs.), y es así confundido con el tercer momento, del que se habla en c. Sólo algunos, como H. LEHMANN, *Teil*, emplean «Sinnbewusstsein», o, como KRAUSE, *Schwaigen im Rechtsverkehr*, 1933, 2 (otra bibliografía allí, en nota), y MANICK, *Das Rechtswirksame Verhalten*, 97, 99, 214, 220, 239 y otros lugares, hablan, también correctamente, de «Erklaerungsbewusstsein».

go una autorresponsabilidad que justifica la imputación del comportamiento concluyente, sobre la base de la confianza provocada en los demás (n. 14). El fundamento no es psicológico, sino normativo.

Están, por tanto, injustificadas las deducciones contrarias que de ese tratamiento jurídico del comportamiento concluyente se han querido extraer para el concepto general del negocio jurídico. Injustificada y absurda la ficción a que han recurrido ciertos secuaces impertérritos del dogma de la voluntad al considerar existente en aquellas formas de comportamiento una «voluntad de la manifestación» y al requerir en el autor un conocimiento que, de hecho, pueda no darse (3). injustificada y mal planteada la cuestión, presentada por otros, de si no obstante la falta de una «voluntad de la manifestación» y una correspondiente conciencia se tenga, sin embargo, un negocio productivo de efectos (4); cuestión que resolviéndose en sentido afirmativo por parte de quien sigue la llamada teoría de la declaración conduce a reducir a un «supuesto de hecho mínimo» los elementos constitutivos de la declaración suficiente para un negocio (5), y a negar que la conciencia del contenido sea conceptualmente parte integrante de su elemento subjetivo (6). El esfuerzo de reducir a un mismo concepto el negocio declarativo (o. 11) y las hipótesis de que tratamos, choca con la sinceridad constructiva y es totalmente vano, ya que dichas hipótesis no presentan, en cuanto a la figura normal del negocio, sino un apoyo, sobre cuya base la conciencia social o la ley configuran un tipo anómalo de comportamiento omisivo o, en general, de comportamiento concluyente (n. 14), igualmente vinculante para *el* interesado (7).

La apoyatura es aportada, precisamente, por la conciencia que acompaña al negocio y que en la vida de relación *debe* acompañar también a todo comportamiento que afecte directamente la esfera jurídica ajena. Cuando nuestra conducta sea adecuada para suscitar en otros, con los

(3) Por ejemplo, ENNECERUS, *Lehrbuch*, I. § 136, II, 3: 359 y sigs.; cfr. MANICK *Rechtsw. Verh.*, 107 y sigs.; KELSEN, *Hauptprobleme d. Staatsrechtsl.*, 114.

(4) La cuestión es presentada también recientemente por CARIOTA-FERRARA, «Volontà, manifestazione, negozio giur.: un problema nuovo», en *Annuario di dir. comparato*, 1941, 376, 394 y sigs. El planteamiento es justamente criticado por MANICK, «Natura ed inquadramento degli atti giur. pri.», en el mismo *Annuario*, 1942, 157 y siguientes.

(5) Sobre ello, MANICK, *Rechtswirksames Verhalten*, 106 y sigs., 98, y en *Annuario*, cit., 1942, 159.

(6) En este sentido, especialmente KRAUSE, *Schweigen ira Rechtsverkehr*, 1933, 2, y los escritores allí citados, en segundo lugar.

(7) La configuración por tipos puede ser obra de la ley (MANICK, *Rechtswirk. Verhalten*, 107, 279 y sigs.; gesetzlich typisierte Erkl), pero no necesariamente.

que estarnos en relación, la razonable impresión de un compromiso por nuestra parte y, por tanto, sea apta para justificar una confianza (8), no es operante para la tutela de ésta que exista o no en nosotros la conciencia efectiva de su valor vinculante. En el puesto de saber subentra el *deber* saber, y a este deber es correlativo, en el caso de negligencia, una autorresponsabilidad que justifica la imputación de la conducta.

c) A la causa corresponde en el agente el interés y la proyección de la voluntad hacia un fin práctico, que se identifica normalmente con la actuación de la función típica (causa) del negocio en cada caso, pero que en supuestos anormales puede también diferenciarse de ella. La determinación causal de la voluntad, así entendida, es a la voluntad del acto (de que hablamos en a) como una voluntad final (de segundo grado) es a una voluntad instrumental (de primer grado) por cuyo medio aquélla se actúa. Como nexo entre la una y la otra voluntad funciona la conciencia del contenido del acto. Pero puesto que de la causa se tratará más adelante, en el cap. n. 21, remitimos también allí el estudio de este tercer momento subjetivo. Aquí hablaremos de los dos restantes.

a) En cuanto a la voluntad del acto diremos que es un elemento esencial e indefectible de todos los actos jurídicos, pero mientras en los actos jurídicos distintos de los negocios, sean lícitos o ilícitos, ésta es en principio la única voluntad que cuenta para el Derecho, asume en los negocios una especial importancia, junto a ella, la determinación causal, a la que sirve de medio (9). La trascendencia de este momento subjetivo se destaca allí donde una actuación, observada en su material exterioridad y separada del marco de las circunstancias, adopta la apariencia de una declaración o de un comportamiento *negocial*, cuando en realidad, encuadrada por las circunstancias, no constituye un negocio y representa un valor social esencialmente distinto. Pensemos en la reproducción que se haga del tenor de un negocio jurídico para un simple fin de enseñanza. Aquí el acto es querido, no como negocio, sino en cuanto representación didáctica del *negocio*, lo que es cosa muy distinta. Otro tanto ha de decirse de la reproducción que de un negocio se haga en el curso de una acción dramática teatral. También aquí el acto es realizado, no como negocio de la vida real, sino como su representación fantástica, que se encuadra en el drama y responde a aquella personalidad, igualmente fantástica e irreal, que el actor se atribuye sobre la escena. Juzgaría superficialmente quien quisiese hallar

(8) MANICK, *Rechtswirk. Verhalten*, 128. 164 y sigs., 181 y sigs., 237 y sigs.. 278; CARIOTA, *cit.*, 396.

(9) Esta reserva queremos hacer a la construcción general trazada por CARNE-LUTTI, *Teoria generale del reato*, nn. 55-56. 71; *ídem*, *Sistema*, II, n. 511.



en tales fenómenos alguna analogía con el negocio simulado (10); en éste las partes siempre quieren realizar, de todos modos, un acto socialmente operante como negocio y están bien enteradas del significado objetivo que su contenido tiene como tal, mientras que no ocurre esto en los casos que hemos supuesto. Es quizá superfluo detenerse en otros ejemplos de escuela. Pero ha de subrayarse que la voluntad en cuestión no significa que el acto ha de ser también espontáneo. Un acto psicológicamente forzado es, sin embargo, siempre, un acto referible a la voluntad de quien lo ejecuta, porque la coacción psicológica, lejos de excluir la voluntad, la presupone, haciendo actuar solamente un factor anormal sobre la determinación causal, y constituyendo así un vicio de ésta (11).

b) En cuanto al contenido preceptivo del acto, es momento subjetivo suficiente la *conciencia*; no se requiere también una específica voluntad (12). Si bien es normal que acompañe a la conciencia una voluntad del contenido, no es necesario, ni siquiera socialmente influyente, que la declaración o la conducta exterior sea también *sincera*, es decir, tenga tras ella y refleje en sí fielmente, una voluntad efectiva. Del mismo modo que ante los demás puede valer una declaración representativa, aunque falsa, vale también una declaración preceptiva, aunque sea insincera. La insinceridad —asuma la forma de reserva mental, de broma no evidente, o (hacia los terceros) de simulación— es asunto interno del declarante y no para. liza el vigor social y jurídico del negocio. Atañe al fuero interno e interesa a la moral mejor que al Derecho (13). Ciertamente que si el negocio consistiese en una declaración «de voluntad» —como por inercia mental se considera corriente— sería una contradicción en los términos admitir la posibilidad de una declaración semejante, falta *de* la voluntad que se trataría de declarar (14). Pero la contradicción desaparece una vez se reconozca que la declaración característica del negocio contiene solamente un precepto destinado a valer frente a los demás.

Así como no es necesaria una puntual voluntad del contenido, no lo

(10) Es de otra opinión CARNELUTTI, *Sistema*, II, 407.

(11) Más adelante, cap. VII, ti. 56, B; cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, II, 416 y siguientes, quien, aun intuyendo esta situación psicológica, comete el error de no distinguir entre voluntad de primer grado y voluntad de segundo grado, llegando a negar que la violencia sea un vicio también de ésta.

(12) Véanse nuestras indicaciones en *Istituzioni di diritto romano*, segunda edición, I, 105, n. 1.

(13) Nuestras observaciones en *Dir. romano*, I, § 64; «Trattamento del negozio simulato nel dir. romano classico e nel dir. giustiniano», en *Atti del congresso di studi romani*, 1937.

(14) Cfr. ya KELSEN, *Hauptprobleme d. Staatsrechtl.*, 127.

es tampoco, a más de la conciencia, una especial estimación del acto como vinculante, diríamos, una *opinio necessitatis*, aunque normalmente también se presenta (15). Quien realiza voluntariamente un acto de autonomía privada, dándose cuenta del significado que aquél tiene según la conciencia social, reconoce por ello mismo, regularmente —como enseña la experiencia— el valor vinculante de cuanto hace o declara. La apreciación del carácter vinculante es inmanente a la conciencia del significado. Por donde, basta tal conciencia, y no se precisa más, para la referibilidad del contenido y significado del acto a su autor. Si éste quiere excluir o limitar en el caso concreto la deducción genérica de la experiencia, tiene la carga de hacer visible a los otros la falta de la seriedad necesaria, o de acompañar la declaración o conducta con reservas igualmente ostensibles, dirigidas a despojarla de su valor vinculante, a excluir éste respecto a ciertas consecuencias normales (*naturalice negotii*) o a subordinarlo a la verificación de determinados casos (condiciones), y así sucesivamente. También aquí es requerida sólo en sentido negativo una iniciativa individual (n. 6, *in fine*). A falta de una exclusión o limitación que sea apreciable por los demás, el contenido del acto es referible, en su significado social, al autor que fué consciente de él. Si, y en qué sentido, la falta de conciencia del contenido (es decir, el error), dependiente de hecho o negligencia del mismo declarante, pueda —según un criterio de autorresponsabilidad— ser igualmente imputada, es cuestión que será discutida cuando se expongan los vicios del elemento subjetivo y su tratamiento jurídico (cap. VII, n. 55). La trascendencia de tales vicios es diferentemente determinada, en la doctrina actual, según el punto de vista adoptado sobre la llamada «relación entre declaración y voluntad». De las distintas posiciones mantenidas al respecto liaremos una crítica de principios cuando se trate de la interpretación (capítulo VI, n. 44).

<sup>1</sup>(15) En este sentido se puede admitir con MESSINA, *Negozi fiduciari*, 68, que el reconocimiento por parte del Derecho reacciona sobre la intención práctica de las partes.