



**Discurso Acto Solemne de
Investidura de Doctor
Honoris Causa de
Dr. D. Enrico Gabrielli y
D. Jeffrey W. Stempel**

D. Enrico Gabrielli

Acto de Solemne de Investidura
de Doctor *Honoris Causa*
27 de noviembre de 2024

**Discurso Acto Solemne de
Investidura de Doctor
Honoris Causa de
Dr. D. Enrico Gabrielli y
D. Jeffrey W. Stempel**

D. Enrico Gabrielli



Palabras de D. Enrico Gabrielli
Ceremonia Doctor *Honoris Causa*
Universidad Pontificia Comillas

“El negocio jurídico en el tiempo presente”



*Rector Magnífico,
Dignísimas Autoridades,
Profesores e Investigadores,
Personal de Administración y Servicios,
Señoras y Señores.*

*Queridos amigos, que hoy me acompañáis
en un acto tan entrañable para mí.*

Un agradecimiento, ante todo, a la Universidad Pontificia Comillas y a sus Órganos académicos por el altísimo honor que me concede, que aprecio en todo su valor y significado y deseo expresar mi profunda gratitud al Excmo. Sr Rector Magnífico de esta Universidad, a su Junta de Gobierno, a la Facultad de derecho, a todos los claustrales y muy singularmente un agradecimiento especial a mi estimado colega y amigo profesor Abel Benito Veiga Copo, Decano de la Facultad de Derecho y a mi madrina profesora Salomé Adroher Biosca.

Gracias por el honor que recibo y también agradezco de todo corazón su presencia a quienes han querido acompañarme, dando mayor realce a este solemne acto académico.

Acto dignísimo que se otorga con la solemnidad que sólo la Universidad sabe desplegar.

El tema de mi *lección doctoral* representa uno de los puntos de encuentro de algunas de mis principales líneas de investigación en cuarenta años de estudio y actividad académica: la teoría general del negocio jurídico, del contrato, de la autonomía privada.

I. HISTORIA Y DOGMA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

El código civil italiano – así como el español – no menciona en su tejido normativo el negocio jurídico, sino únicamente el contrato (art. 1321 c.c.) y el acto unilateral entre vivos con contenido patrimonial (art. 1324 c.c.).

El negocio jurídico, en efecto, no es una figura normativa ya que representa una pura creación de la dogmática.

El negocio es un acto *de autonomía privada*, es decir una forma de exteriorización del poder de los privados, para autorregular sus intereses en el terreno de las relaciones económico-sociales¹.

La teoría del negocio jurídico es fruto fecundo de la ciencia jurídica del siglo XIX y sobre todo de la corriente de pensamiento de la cultura alemana que recibe el nombre de Pandectística, que se propuso la tarea de ordenar sistemáticamente el derecho privado alemán de origen romano, de modo que el concepto nace y se desarrolla históricamente como expresión de la sociedad burguesa, nacida de los resultados de la Revolución Francesa².

El nacimiento de la teoría del negocio jurídico, que se debe a Bernard Windscheid³, es, por lo tanto, la expresión de una liberación del individuo de las

1 Véase F. Santoro Passarelli, *Atto giuridico*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milán, 1959, 206, «la doctrina moderna, indagando cada vez más el concepto de negocio jurídico, ha encontrado en el fondo, el de autonomía privada: sobre este punto, que tiene su base textual en una disposición fundamental del sistema entero (art. 1322 c.c.), parece que convergen las opiniones más dispares. El negocio es, precisamente, el acto de autonomía privada, por el cual el privado regula sus propios intereses».

2 La pandectística tuvo un verdadero culto de la sistemática, y, en virtud de la autoridad que ostentó, influyó sobre toda la ciencia jurídica hasta nuestros días. Sin embargo, las buenas intuiciones, la historicización de la sistemática, el descubrimiento de los nexos estructurales, funcionales y lógicos presentes en cada ordenamiento no fueron adecuadamente desarrollados por la Panteística, que cristalizó las partes individuales del derecho encasillándolas en un esquematismo árido, el cual, al menos hoy, nos parece aislado de la concreción de la experiencia jurídica. Porque esencialmente se basa en la transposición en términos lógicos de esquemas de elaboración conceptual que tenían, sin embargo, un fundamento histórico.

Se consideró la sistemática perfectible en sí y por sí misma y se la sacó de su contexto: la experiencia concreta jurídica e histórica de un sector particular o de un derecho positivo particular, creando así la convicción de su perfectibilidad como esquema lógico y metodológico, independientemente de su objeto.

En realidad, la fundación sobre un principio teórico y cognoscitivo se convirtió en una forma de satisfacer necesidades concretas de certeza fuera de un orden codificado.

3 B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it. de Fadda y Bensa, reimpresso Torino, 1930, 202.

En ese contexto el dogmatismo jurídico reforzó la abstracción y las generalizaciones, de modo que el derecho subjetivo será en Rudolf von Jhering un interés protegido jurídicamente y la acción su envoltura protectora. La voluntad del sujeto se convierte, en cambio, en el elemento central de los actos con contenido patrimonial y de los contratos, y se asiste a una transición de un sistema en el que, en el plano de las relaciones económico-políticas, la obligación tenía su fuente en el estatus de la persona, independientemente de un modo de ejercicio de la voluntad, a un sistema en el que la obligación surgía sobre la base de esta voluntad, percibida y representada como poder de obligarse perteneciente a la voluntad individual.

ataduras del pasado y de un poder recuperado, con la progresiva afirmación de la potestad de la voluntad del individuo que se refleja en la teoría del sujeto de derecho y de los derechos subjetivos⁴.

La aspiración a la sistemática, propia del pensamiento de la Pandectística, llevó a reintegrar en una sola categoría – la de el negocio jurídico – múltiples instituciones del derecho privado; que van desde *los actos inter vivos* a los *mortis causa*, incluyendo la figura del matrimonio que, aunque sin la connotación de la patrimonialidad propia del contrato, presenta las demás características típicas de la categoría del negocio: la manifestación de voluntad conscientemente dirigida a producir efectos jurídicos, la confianza en la declaración generada en terceros, a la que el ordenamiento jurídico relaciona efectos correspondientes a los deseados por la parte o las partes, si ellos son dignos de protección a la luz de los principios fundamentales y de los valores del ordenamiento jurídico.

La noción de negocio jurídico – como manifestación de una categoría abstracta, conceptual y lógica, descriptiva de toda la materia (actos unilaterales, contratos, testamento, matrimonio, etc.), que se reconduce a lo mismo – facilita y simplifica, en efecto, el discurso sobre todas estas figuras singulares y, en particular, expresa el reconocimiento que el ordenamiento atribuye en general a esa manifestación de poder

Bernhard Windscheid, uno de los más grandes intérpretes de la Panteística, recibe en cambio este paso del status al contrato (puesto ya en luz por Henry Sumner Maine) y bajo el impulso del liberalismo económico y de la ideología mercantilista, descocha de crear un nuevo sistema económico-social, coloca el derecho subjetivo en el centro del sistema, concibe la idea de propiedad como predicado del hombre, fácilmente agregable lógicamente al sujeto, como derecho subjetivo real y atribuye a la voluntad individual un poder adecuado para realizar lo que lícitamente se desea.

En este triángulo equilátero: derecho subjetivo, transacción jurídica y propiedad, a la voluntad individual se le atribuye también la lógica que rige las relaciones económicas.

En el plano de las relaciones jurídicas, el contrato se califica, así, como poder del hombre para alienar a otros una parte o, más bien, como consecuencia de su propia libertad, es decir, como poder de auto-obligarse; cuando la conexión entre propiedad y contrato, y más precisamente entre acto de enajenación de la propiedad y acto de obligación, contribuyera a la formación del concepto de negocio jurídico, como poder de la voluntad de crear el efecto jurídico, o al menos de auto-obligarse, que se relacione lógicamente con el ejercicio del poder de disposición de la propiedad.

⁴ Sobre el tema me permito, también, remitir a E. Gabrielli, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, 969 ss.

privado, cuando, a la luz de sus valores y principios fundamentales, el ordenamiento evalúa positivamente la importancia de los efectos que el negocio está preordenado y dirigido a producir.

II. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO “ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA”.

Las teorías e ideologías sobre el negocio jurídico han dado lugar, a lo largo del tiempo, a un floreciente debate y a un largo itinerario de pensamiento entre las doctrinas⁵: las subjetivas, las cuales fundan la esencia del negocio jurídico en la voluntad de quien es su autor⁶; y las llamadas objetivas, que valoran, en cambio, el momento de la declaración, más que el de la voluntad interna, y dan particular importancia a las confianzas que ésta produce, en el plano de los efectos, en la esfera subjetiva de conocimiento de los terceros que la reciben, por la modificación de la realidad material sobre la cual esos efectos terminan

5 Sobre todos, véase G. B. FERRI, *IL NEGOZIO GIURIDICO*, 2ª ED., PADOVA, 2004, 31 ss.

6 Según la teoría subjetiva la voluntad debe considerarse como dirigida a producir consecuencias jurídicas.

De esta manera – que se refiere a la contraposición entre una concepción según la cual los efectos jurídicos derivan directamente de la manifestación de voluntad del autor o autores del negocio (la *cd. causa efficiens*) y otra según la cual éstos, en cambio, se derivan directamente de la ley – el pensamiento predominante, en la doctrina panteística, era en el primer sentido: el negocio realiza la fuerza creadora de la voluntad privada en el campo del derecho, por lo que es la persona, el sujeto de derecho, quien comanda y el derecho hace suyo ese comando.

La doctrina italiana de principios del siglo pasado estaba, en cambio, orientada en el segundo sentido: la voluntad privada no es capaz por sí sola de crear efectos jurídicos, está dirigida a realizar fines prácticos (el denominado “intento empírico”), que, sin embargo, logra poner en práctica en la medida en que el ordenamiento jurídico le pone a disposición los medios necesarios para ello, es decir, que el ordenamiento reconoce los efectos que los sujetos privados quieren realizar mediante esa manifestación de voluntad y declaración.

Esta clara distinción entre las dos teorías, hecha en estos términos, por la conveniencia de síntesis representativa del desarrollo conceptual del tema y por la utilidad que ésta ofrece en este sentido, no responde, en realidad, a una puntualizada clave de reparto de las ideas que la componen y debe ser acogida con estos límites y con esta precisión, ya que en la mayor parte de las formulaciones sugeridas, en realidad, los dos momentos subjetivo y objetivo terminan a menudo por soldarse o superponerse, como resulta de la misma compleja fisonomía del instituto.

Las teorías subjetivas, que encuentran su común denominador en la idea de negocio jurídico como declaración de voluntad, a lo largo del tiempo, evolucionaron en el sentido de un desplazamiento del momento central del negocio de la voluntad a la declaración, que no debe sin embargo ser identificada con la mera reconocibilidad de la voluntad interna.

Es decir, la declaración, debía ser considerada como prevalente sobre la voluntad.

La prevalencia se justificaba en razón del significado objetivo que la misma declaración producía en el ámbito de conocimiento y comprensión de su destinatario y, por tanto, en el valor que la declaración, entendida como hecho socialmente apreciable, generaba tanto en términos de autorresponsabilidad del declarante, como de confianza en su destinatario.

por incidir, como consecuencia directa e inmediata del negocio⁷ como precepto de la autonomía privada, es decir como “un comando” para la conducta del autor o autores del acto, y para los terceros que eventualmente fueran destinatarios de sus efectos⁸.

7 Las teorías objetivas, caracterizadas por una mayor heterogeneidad en la articulación de sus construcciones conceptuales, tienden a desvincular la producción de los efectos del negocio de la voluntad para reconducirlos al ordenamiento jurídico, y, aun en la variedad de sus formulaciones, encuentran un rasgo común en el desplazamiento progresivo de la producción de los efectos negociadores de la voluntad del privado a la voluntad de la ley.

El negocio jurídico constituiría, según estas teorías, el medio ofrecido por el ordenamiento jurídico al individuo para producir efectos jurídicos y sería el instrumento que la ley pondría a disposición del sujeto de derecho o de la pluralidad de sujetos, para realizar modificaciones de la realidad material, ya que el autor o los autores de el negocio podrían tender a producir solo el efecto práctico, pero no el efecto jurídico.

Efectos que se sustraen del ámbito de incidencia de la voluntad individual de los autores del negocio para ser reinsertados, más bien, en el ámbito de el ordenamiento, ya que no toda declaración de voluntad puede constituir un negocio, pero solo aquello que corresponda a una causa adecuada según el ordenamiento.

Los efectos se realizarían, en efecto, no por voluntad del sujeto privado, sino por voluntad de la ley, y en esta perspectiva de signo “normativo”, el negocio jurídico encuentra su origen en una norma fundamental (la llamada Grundnorm), que rige y sostiene todo el sistema del ordenamiento, norma que autoriza al sujeto privado a poner en práctica actos aptos para producir efectos jurídicamente vinculantes. Surge, en este sentido, la importancia que, en la conformación estructural del negocio, asume su función, es decir, su causa.

La idea del negocio jurídico, como acto considerado idóneo por el ordenamiento para realizar la satisfacción de intereses concretos, como precepto, como regla privada, mueve y dirige la reflexión ulterior de los intérpretes en una dirección diferente, es decir, a enmarcarlo en su dimensión instrumental, como medio que los sujetos privados utilizan para realizar sus intereses, y en este sentido el negocio jurídico, en su realidad socio económica, expresa una regulación de intereses vinculante para sus autores, sea una persona, como en el testamento, sean dos o más personas, como en el matrimonio o en el contrato.

El negocio jurídico es observado, en esta perspectiva, por una parte de la doctrina, según el esquema lógico del “hecho” (“fattispecie”) (es decir como hecho o acto jurídico).

La crítica a la teoría del negocio como hecho, no obstante, se dirige principalmente contra el relieve que en ella se atribuye a la voluntad, como elemento esencial de la figura y, en definitiva, a la misma definición de el negocio como declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. Definición considerada por doctrina autorizada como «blanda e incolora, inspirada en el ‘dogma de la voluntad’» (BETTI, *TEORIA GENERALE DEL NEGOZIO GIURIDICO*, EN *TRATTATO DI DIRITTO CIVILE*, DIRIGIDO POR F. VASSALLI, 2ª ED., TORINO, 1950, 52)

8 La revisión de la teoría del hecho (“fattispecie”) se realiza configurando el negocio jurídico como un acto consistente o en una declaración, o en un simple comportamiento.

El negocio, en este sentido, debería satisfacer una exigencia de reconocibilidad, es decir ser un hecho socialmente reconocible, que contiene esencialmente una algo estatuido, “un precepto de la autonomía privada”, con respecto a los intereses concretos del autor o de los autores del negocio, destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a explicar inmediatamente los efectos previstos en dicho precepto, según su función, es decir, su causa.

Es la denominada “teoría preceptiva del negocio jurídico”.

El nuevo encuadramiento teórico, así descrito, sufre un cambio de perspectiva desde el perfil subjetivista y psicológico, que se apoyaba en la importancia concedida en su estructura a la voluntad y a la declaración, al objetivo y funcional, en el que se pone de manifiesto el carácter del establecimiento como instrumento idóneo para regular con efectos jurídicos los intereses y las

Sin embargo, el negocio, en el sentido de la teoría conocida como “preceptiva”, responde mejor a la idea de autonomía privada como comando que las propias partes autoras del acto se imponen y a cuya observancia se comprometen, ya que reconocen al negocio “fuerza de ley” (art. 1372 c.c.)

Independientemente de la teoría que se quiera adoptar, en todo caso, el negocio es un acto de *autonomía privada*⁹.

relaciones de los sujetos privados.

La causa es considerada por el derecho como razón justificativa del negocio, y como criterio rector para la predeterminación y producción de los efectos jurídicos y prácticos que le son conformes y correspondientes.

Los efectos de el negocio son determinados por el ordenamiento de acuerdo con la función del negocio, ya que eso, según esta teoría, es «esencialmente una disposición, un precepto de la autonomía privada en orden a intereses concretos propios de quien lo plantea» (BETTI, *OB. CIT.*, 51). La manifestación del poder que el ordenamiento atribuye y reconoce a los privados, a los sujetos de derecho, para crear su propia y concreta autorregulación de intereses, una regla jurídicamente vinculante y productiva de efectos materiales capaz de modificar la realidad sobre la que está destinada a incidir.

La teoría preceptiva, sin embargo, no afirma la identificación del negocio con la norma, sino que tiende a mantener separados el concepto y la eficacia del negocio, por una parte, y la norma jurídica, por otra, ya que quiere poner en evidencia que el negocio, precisamente en virtud de la ley, asume la importancia de un precepto, cuyo contenido se traduce en una regla según la cual deben evaluarse las relaciones consiguientes.

El negocio no constituye una norma que vincula por su propia fuerza, sino que es un reglamento vinculante, en virtud de la importancia que le reconoce y le atribuye una norma del ordenamiento (G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 59).

9 El negocio, como acto de autonomía privada, es una regla puesta en marcha por los sujetos privados para obligarse una autorregulación, que en este sentido compromete a sus autores, inmediata y concreta de sus propios intereses que el ordenamiento somete a juicio.

En esta visión el ordenamiento - como única y exclusiva fuente de calificación jurídica - según su apreciación, y a la luz de sus principios y valores fundamentales, somete a valoración el negocio.

Al resultado de dicho juicio, si resulta positivo, en la medida en que la regla privada es reconocida como meritoria de realización por el ordenamiento, la ley traduce el acuerdo, la autorregulación, en una relación jurídica vinculante en cuanto a los efectos jurídicos, que las partes han preordenado y querido producir con ese único y concreto negocio, atribuyéndole consecuentemente efectos correspondientes a la regla que las partes se han dado.

Es necesario, sin embargo, precisar que la relación entre negocio y ordenamiento, o mejor, el encuentro del primero con el segundo, ha sido interpretada y graduada por la doctrina en forma variada, y en todo caso no puede, y no debe, concebirse según una rígida contraposición entre hechos concretos (el negocio) y hechos abstractos (los principios del ordenamiento), es decir, de la autorización, de la legitimación de los resultados y de los efectos por parte del ordenamiento, del mero reconocimiento y, en definitiva, de la aprobación, que el ordenamiento opera del negocio jurídico.

El negocio jurídico y el orden estatal se mueven cada uno por dos lógicas diferentes: particular a los intereses de los privados, la del negocio; general, como expresión del principio de soberanía estatal, la del ordenamiento.

Negocio y ordenamiento, por consiguiente, expresan “valores” diferentes: la libertad de los sujetos privados, por un lado, y la autoridad del ordenamiento, por otro.

Valores ambos originarios, autónomos y destinados, en ciertos aspectos, a permanecer funcionalmente extraños los unos a los otros en las lógicas sobre las cuales se basan y que los caracterizan (G. B. FERRI, *IL NEGOZIO GIURIDICO*, CIT. 61).

III. LAS CRÍTICAS Y LA UTILIDAD PERSISTENTE DE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

La teoría del negocio jurídico, nacida, edificada y desarrollada en el contexto de una determinada experiencia jurídica, como consecuencia del progresivo cambio histórico, económico y social que se produjo desde su aparición, ha ido perdiendo, o al menos reduciendo, su propia centralidad conceptual y sistemática, hasta el punto de que, en doctrina, recientes corrientes de pensamiento han negado decididamente su utilidad científica y su capacidad sistemática como categoría ordenante del derecho de los privados.

El ordenamiento jurídico, en efecto, establece un conjunto de reglas y principios que deben observarse y respetarse para que el negocio jurídico pueda adquirir, por los efectos que está destinado a realizar, la definitividad y la obligatoriedad que solo la ley puede garantizarle.

Los sujetos privados, por el contrario, actúan para la realización de sus fines personales, mediante el instrumento del negocio, que es precisamente un acto de autonomía de los privados, dirigido a realizar tanto los efectos prácticos (denominados empíricos), como los jurídicos, que, en cuanto considerados en clave de calificación jurídica, son aplicados exclusivamente por el ordenamiento estatal. Se trata, según una doctrina autorizada (G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 69), de una relación dialéctica, que no tiene necesariamente que resolverse en la prevalencia de uno de los dos términos sobre el otro, tanto en la constatación del grado de compatibilidad entre el valor contenido en la regla negociadora y los valores manifestados por el sistema normativo del ordenamiento, de tal manera que el negocio jurídico, como acto de autonomía privada, se considera esencialmente como “valor”, valorado por el ordenamiento jurídico.

Los dos términos de la comparación – libertad y autoridad; voluntad de los particulares y la voluntad de la ley – están destinados a encontrarse, y a confrontarse, sobre la base de un parámetro de compatibilidad, según criterios de calificación, de valoración, de medida que varían en función del variar, históricamente considerado, de los valores expresados por el ordenamiento estatal, la experiencia jurídica concreta, la realidad económica y social en cuyo marco se quiere el negocio de las partes, en la doble perspectiva con la que se manifiesta la autonomía privada, es decir: como poder de regular sus intereses; como fuente de efectos jurídicamente vinculantes tanto para los autores del negocio, como para posibles terceros que entren en relación o conflicto con el negocio.

En la visión del negocio jurídico como acto de autonomía, en definitiva, terminan por encontrar una síntesis conceptual también las contrapuestas y tradicionales definiciones, que lo entienden como declaración de voluntad, dirigida a un fin garantizado por la ley, como precepto de la autonomía privada, como “un precepto” para la conducta del autor o autores del acto, y para los terceros que eventualmente fueran destinatarios de sus efectos.

En esta definición del negocio, se reconoce una preponderancia de la función del acto, respecto al momento de la manifestación de la voluntad. Esta posición teórica termina por privilegiar – como producto de la autonomía de las partes, así igualada a un precepto de naturaleza y fuente legal – la limitación de la libertad que el vínculo determina y su inmediata eficacia en el terreno de producción de los efectos deseados y pactados.

El negocio, en este sentido, responde mejor a la idea de autonomía privada y según la más autorizada doctrina (Rescigno, *Contrato*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma, 1988, 7) el término “autonomía” «resulta aún más correcto si se refiere al negocio jurídico. En primer lugar, permite evitar la palabra negocio jurídico y elegir como concepto “portador” del sistema una solución que sigue siendo de ejemplar coherencia científica».

La crítica se ha presentado argumentando tanto desde una perspectiva ideológica - según la cual la teoría del negocio jurídico constituiría una mera abstracción edificada por la cultura individualista-burguesa y destinada a desaparecer con esa misma cultura¹⁰ - como desde una perspectiva tecnocrática, en virtud de la cual, se debería hablar de contrato y no de negocio, ya que el primero constituiría el instrumento por excelencia que permite la circulación de la riqueza y de los patrimonios¹¹. No obstante, contra la crítica de la teoría del negocio jurídico se han levantado voces autorizadas de la doctrina italiana de derecho civil¹² – sobre todas, ellas de Pietro Rescigno y Giovanni Battista Ferri – que, bajo múltiples y diferentes perfiles, han confirmado de manera motivada su utilidad¹³.

10 Galgano, *Il negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. por Ciccio Messineo Mengoni, 2ª ed., Milano, 2002, 15 ss. y 27 ss.; ID., *Il contratto*, Padova, 2007, 13.

11 Irti, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 69 ss.

12 Sobre el tema, véase G.B. FERRI, *IL NEGOZIO GIURIDICO*, 2ª ed., Padova, 2004, 94 ss.; ID., *La nozione di contratto*, en E. Gabrielli, (al cuidado de), *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, Torino, 2ª ed. 2006, 10 ss.; Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1978, IV, 113 y segg.; ID., *Contratto*, cit., 6 ss.; Natoli, *In difesa del negozio giuridico*, en AA.VV., (al cuidado de C. Salvi), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Roma, 1978, 262 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., vol. IV, Napoli, 2020, 31, nota 100; E. Gabrielli, *La nozione di contratto*. (*Appunti su negozio giuridico, contratto, autonomia privata*), en *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 2780, (también ahora en E. Gabrielli, *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020); F. Benatti, *Uno sguardo sul diritto privato*, Napoli, 2023, 95 ss.

13 G. B. Ferri (*La nozione di contratto*, en E. Gabrielli, (al cuidado de), *I contratti in generale*, cit., 12) ha observado que las reservas y los objeciones promovidas contra la figura del negocio terminan en realidad «por referirse y golpear también el contrato, dada la superposición, en nuestra cultura civilizada, de los dos institutos».

Rescigno (*Contratto*, cit. 7), por un lado, recordó como «la denuncia política de las “hipocresía”, la distinción de niveles diferenciados de ejercicio, el compromiso reductor de la categoría negociadora (en primer lugar a través de la identificación de los actos en sentido estricto) no puede sostener la ilusión que los prejuicios y “mitos” se disipen, y un discurso constructivo se realiza, sustituyendo al negocio por la figura “concreta” del contrato, o poniendo en el centro del discurso la relación obligatoria, casi que en las relaciones se tengan que considerar riqueza y ductilidad de contenidos y en el negocio prevalezcan esquemas de pura lógica abstracta».

Por otro lado, en defensa de la categoría negociadora y en respuesta a sus críticas, Rescigno observa que «Hay, en efecto, en el retorno al contrato y en la insistencia sobre la relación obligatoria, toda una serie de peligros, desde la reducción de perspectiva en la detección del campo de los intereses privados hasta la devaluación de perfiles de libertades que merecen ser alentados o promovidos, hasta la negligencia de áreas enteras que pueden ser referidas al discurso de la autonomía mientras que en el pasado fueron vistas bajo el signo de la autoridad y del sometimiento» (Rescigno, *Contratto*, cit. 7).

Con la consecuencia de que «la autonomía negociadora (y por tanto la misma noción de negocio, pero advirtiendo que con ella se opera una simplificación reductiva de la variedad de la experiencia) puede proponerse, pues, como marco conceptual de innegable utilidad en sectores que conviene

Así como me parecería que ocurre en la doctrina española, según la autorizada voz de Manuel Albaladejo¹⁴.

En efecto, el negocio jurídico, más allá de los motivos de crítica que ha suscitado, ha representado innegablemente, en la historia de las ideas y de los dogmas, una admirable e inolvidable creación conceptual y teórica.

La categoría del negocio jurídico, aunque se caracteriza por una abstracción generalizadora y por la relatividad del concepto, sin embargo, conserva aún hoy, en el tiempo presente, su utilidad persistente, con respecto a las figuras que se relacionan con él mismo, por una pluralidad de razones: por su significado de “categoría histórica”¹⁵ e históricamente determinante; y por su eficacia como síntesis conceptual, representativa de los actos de autonomía privada que expresa y encierra como “categoría lógica”¹⁶ y como marco conceptual de innegable utilidad en sectores que conviene indicar sin pretensión de una lista exhaustiva¹⁷, para ordenar y arreglar distintos actos de autonomía privada.

Por lo tanto, la categoría, sigue mostrando una fascinante fuerza de

indicar, sin pretensión de una lista exhaustiva (familia, prestación de trabajo asalariado, materias que hacen posible el ejercicio de la autonomía colectiva de grupos privados)), sin descuidar sin embargo tanto el área de las relaciones económicas que se desarrollan fuera de la gran empresa; las técnicas de la negociación de masas, es decir, las que corren entre productor y consumidor, con respecto al territorio amplio y articulado que pertenece al sector donde se sitúan los operadores económicos de dimensiones modestas, marcado por caracteres singulares «que reafirma la necesidad de un discurso sobre la autonomía negociadora articulado y diferenciado, sin partir de condenas perjudicadas y sin buscar refugio en nociones de más vistosa concreción como la relación o el contrato» (Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, 172).

14 Albaladejo, *Hecho jurídico*, Santiago de Chile, 2017, 47, escribe «Es posible construir una teoría general del negocio jurídico porque de las que son hoy singulares figuras del mismo se puede inducir un sistema de conceptos y principios comunes a todas. Y el mérito de haber realizado tal tarea corresponde a los pandectistas alemanes del siglo XIX, que con ello han dado una pieza importantísima a la ciencia jurídica actual, pues el estudio del concepto del negocio jurídico como tipo abstracto y de la teoría general del mismo facilita el de dichas figuras singulares (contrato, testamento, matrimonio, etc.), simplifica la exposición de aquello que les es común, y da una visión unitaria de una serie de cosas que conviene contemplar conjuntamente. Por eso hay que sostener que el negocio jurídico constituye una abstracción útil».

15 Calasso, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Milano, 1959, 25.

16 G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 84; G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, 112.

17 Rescigno, *Introduzione al codice civile*, cit., 172.

atracción en el plano semántico y nominalista, y es una importante referencia sistemática en el ámbito de los conceptos jurídicos.

La elaboración de una teoría general del contrato¹⁸ está, por lo demás, estrechamente ligada a la construcción de la categoría del negocio jurídico.

La vitalidad de la categoría negocial, por otra parte, deja nuevos espacios y motivos para ser hoy reconocida, y con convicción reafirmada, en razón, y en función, de la expansión de nuevas formas de protección de la persona y de sus derechos fundamentales, en cuyo contexto la expresión de la voluntad del sujeto mantiene un importante significado.

El negocio jurídico se convierte hoy en un instrumento estrechamente vinculado y funcional a la protección de la posición de centralidad que la persona ocupa en el ordenamiento, y a la exaltación de la libertad individual del sujeto de derecho, recuperando así aquel papel originario que, durante la era cultural de Pandetística, había favorecido su nacimiento y expansión.

Como se ha observado justamente, hoy insospechadamente, cada vez más, la supervivencia del negocio jurídico, como categoría general, se proyecta en la «conquista de territorios en aquella área de las situaciones subjetivas personales tradicionalmente pensadas como ajenas al ámbito asignado a la autonomía privada»¹⁹.

El negocio, en esta perspectiva, ocupa el espacio que corre entre el interés y su realización concreta, dando cuerpo a su función de instrumento de aplicación tanto de valores como de funciones concretas dirigidas a satisfacer las necesidades del individuo, de modo que, como

18 Véase C. De Cores Helguera, *La teoría general del contrato a la luz de la historia. Contribución de la Escuela de Salamanca*, Buenos Aires, 2018, *passim*; ID., *Sulla teoria generale del contratto*, en *www.Jus civile*, 2016, 4, 306; ID., “*Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*”, Montevideo, 2015, *passim*.

19 Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, en *Europa e diritto privato*, 2009, 87 ss.

ha afirmado autorizada doctrina, «también el negocio contribuye a la estrategia del cambio y es un instrumento de participación del hombre en las transformaciones del mundo real. Como tal, el negocio debe ser defendido como expresión de la libertad y posible medio de expresión de la misma persona humana»²⁰.

El negocio jurídico identifica, en el presente momento histórico, un instrumento de segura utilidad tanto para la aplicación de los principios de igualdad formal del individuo ante la ley y de libertad de autodeterminación, como para regular y disponer, por sí mismo, de los acontecimientos de los que depende la realización de sus propios intereses y deseos.

Entre las múltiples áreas afectadas por el fenómeno negocial en sentido estricto, puede hacerse referencia por ejemplo, al denominado “pacto de familia”, o a todas aquellas situaciones y acontecimientos en los que el interés protegido, y por realizar, asume, en el plano de la relevancia social del fenómeno que ese interés expresa, formas individuales o colectivas que prescinden del mecanismo y de las reglas del intercambio de bienes y servicios y de la relación caracterizada por el elemento de la patrimonialidad; o la materia de la crisis de empresa y de la insolvencia, donde el término “negocio” en sus adjetivos aparece por la primera vez en Italia en un texto de ley, cual es hoy el código de la crisis de empresa²¹.

Materias y acontecimientos en los que – en el perímetro marcado, por el principio de autonomía privada, independientemente de la presencia del requisito de la patrimonialidad – se presenta sensible la recuperación de la libertad de disponer, la dimensión de la persona como sujeto de necesidades materiales y espirituales. Como ocurre en las vicisitudes que tienen por objeto las relaciones dentro de la familia;

20 Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 69 ss.

21 E. Gabrielli, *Contratos y crisis de la empresa en el derecho italiano*, en *www. TR LALEY AR/DOC/2270/2024*; ID., *Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d'impresa le modulazioni dell'autonomia privata e l'"apparizione" del negozio giuridico*, en ID., *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020; ID., *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, en *Rivista di diritto privato*, 2023, 327 ss.

entre médico y paciente, o se desarrollan en la más amplia área de los actos de consentimiento funcionales a la disposición del propio cuerpo (art. 5 c.c.), ya sea en vida, ya sea en función del fin de la misma, ya sea después de la muerte, como en el caso de que, con una impropiedad terminológica, se llama hoy el “testamento biológico” (ley 2 de diciembre 2017, n. 219), o con la donación, en vida pero con efectos *post mortem*, de los propios órganos a alguien que los necesite realizando un trasplante que salve la vida de otras personas.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales, en cambio, se observa, por un lado, la mayor importancia que adquieren los comportamientos y las actividades conexas y dependientes con respecto al contrato, considerado en sí y para sí mismo, con la consecuencia de que tales situaciones, en la teoría del negocio jurídico, en efecto, concurren a definir la importancia sustancial del acto de autonomía privada el cual debe ser considerado en su unidad estructural, esto es, como “operación económica”²² – es decir como “operación negocial” – independientemente de los elementos singulares, sustanciales o formales que las partes han utilizado para construir el entramado de sus intereses.

Se observa, también y por otro lado, la aparición de nuevas formas de protección de intereses, como los expresados por la destinación de un patrimonio para la realización de un fin específico, previstos en el art. 2645 ter c.c., o la realización de intereses dignos de protección relacionados con las personas con discapacidad, cuya ejecución, por la particular naturaleza que los caracteriza, no puede ser confiada y entregada a la materia y las reglas del contrato.

22 Sobre el tema, y también para ulteriores indicaciones, me permito reenviar a E. Gabrielli, *Il pegno «anomalo»* Padova, 1990, 131 ss., (y ahora ID., *La prenda «anómala»*, traducida, reimpresa y prologada, por Abel Veiga Copo, Civitas Arandazi (Thomson Reuters), Cizur Menor, 2023, 145 ss.; y más recientemente a E. Gabrielli, *El contrato, el coligamiento negocial y la “operación económica”*, en *Revista de derecho privado*, 2023, 29; ID., *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago de Chile, 2020; ID., *Operación económica y teoría del contrato*, Buenos Aires, 2017; ID., *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Lima, 2013, 463 ss.; ID., *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo, 2009.

Por lo demás, la actualidad de la figura del negocio jurídico, moviéndose la reflexión a través de un punto diferente de observación y encuadre, encuentra confirmación y apreciación en la circunstancia de que el intérprete utiliza, todavía en el tiempo presente, en estas materias, esquemas conceptuales y lógicos en relación con la categoría del negocio jurídico, que, desde el punto de vista de la reconstrucción, se apoya en conceptos y modelos que permiten proporcionar un cuadro completo y fiable de los intereses que los sujetos privados, en aplicación de su poder de autonomía, pretenden realizar y de su relativa y concreta disciplina.

La noción, y la figura del negocio jurídico, en virtud de la unicidad del sistema normativo compuesto por los artículos 1323 y 1324 c.c., aparece, pues, todavía apreciable, no solo en el plano de las clasificaciones, sino como esquema ordenador que en el sistema, permite fundar, enmarcar y disciplinar bajo un común denominador conceptual, determinados fenómenos, algunos de los cuales están marcados también por elementos de novedad, que presentan entre ellos funciones, estructuras y caracteres homogéneos.

Así que, se debe compartir, incluso hoy, la afirmación autorizada de que una visión global del ordenamiento permite excluir tanto que la figura del negocio jurídico sea considerada ya “anticuada” porque surgió en el seno de una economía burguesa fundada en la ausencia de limitaciones a la iniciativa de los sujetos, como que constituya un simple artefacto histórico, o que pertenece a una sociedad “utópica”, y que por lo tanto nuestro ordenamiento se encuentra ya en una fase “postnegocial”²³.

IV. EL NEGOCIO JURÍDICO Y UNA MIRADA AL FUTURO.

Sin embargo, el derecho de los contratos de este siglo, es diferente de la época de Windscheid, a partir de la cual se inició la teoría del negocio jurídico.

23 M. Giorgianni, *Relazione introduttiva*, en AA.VV. (al cuidado de M. Paradiso), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 10.

Hoy en día, los contenidos y los objetos del comercio económico y financiero son en su mayoría inmateriales, virtuales o digitales.

Pensemos en las monedas electrónicas, en los bitcoins, en los smart contracts, es decir los contratos fundados y gestionados por algoritmos, en los instrumentos financieros cuyo sustrato económico material casi nunca se sabe y define, como los contratos llamados derivados.

Bienes y objetos que imponen, por un lado, la necesidad de la creación de formas y técnicas “virtuales” para la constitución de contratos y para la determinación e individualización de sus disciplinas.

Por otro lado, se necesita una ampliación del poder de la autonomía privada para hacer congruente la función del contrato con las continuas y nuevas exigencias de la práctica de los mercados económicos y financieros, como en el caso de la negociación en un sistema de blockchain, en el que se determina el valor de los bienes en tiempo real y de manera automática.

Observamos así el pasaje del contrato con objeto determinado o determinable directamente por los contratantes, al sistema en el cual la determinación e individualización del concreto objeto del contrato por los contratantes, en realidad, es una ficción; como es el caso del sistema de smart contracts, en el cual el contrato se estructura mediante algoritmos que representan la transposición en términos informáticos de la voluntad de las partes de concluir un contrato concreto y después de ejecutarlo posteriormente.

Al mismo tiempo, precisamente a través del sistema de bloques sucesivos, es posible insertar tantas cláusulas y opciones de elección en cuanto al contenido y ejecución de las prestaciones contractuales. De forma que el contenido y el objeto del contrato, y las prestaciones individuales a los que están obligados los contratantes, se establecen y determinan en virtud de una infinidad de cláusulas,

que están determinadas en un momento dado, y teniendo en cuenta ciertas circunstancias.

Se trata, de contratos en virtud de los cuales la determinación del objeto tiene lugar automáticamente y sin que el contratante pueda intervenir activamente, y por lo tanto se trata, en el plano teórico, de ficciones en la determinación e individualización de los objetos de los contratos.

Ficciones que el ordenamiento suele utilizar para dar un sentido normativo y una forma técnica a situaciones que de otro modo, en el tiempo presente, no serían explicables, recurriendo a la clásica doctrina general del derecho contractual, pero respecto de los cuales precisamente la amplitud conceptual y sistemática de la categoría del negocio jurídico (que comprende contratos, actos unilaterales, declaraciones, comportamientos, etc.) puede proporcionar un suficiente apoyo conceptual y sistemático, como categoría ordenante de los actos de autonomía privada, para determinar la disciplina aplicable a tales situaciones.

En la historia de las ideas y de los institutos hemos pasado por muchas otras ideas, definiciones y teorías del negocio jurídico, así como por otras tantas crisis de su utilidad y de su misma existencia como figura teórica y sistemática.

Sin embargo, hoy en día, a la luz de las innovaciones del mercado financiero y de la economía digital, aquella antigua figura y categoría parece renovar su utilidad precisamente en el terreno sistemático y teórico, como estructura formal unitaria de agregación en un común denominador conceptual de figuras entre sí diferentes, pero caracterizadas, aun en la pluralidad de las formas y de los modelos, por una esencial unicidad de función.

La teoría general del negocio jurídico, por lo tanto, en el tiempo presente, sigue siendo un importante modelo formal y conceptual,

al que remitirse para encuadrar y reconstruir, también en el plano de la disciplina aplicable, los nuevos horizontes de estudio, los nuevos problemas y desafíos conceptuales que esperan a los estudiosos ante las actuales novedades del derecho de la era digital, de la economía y de la finanza.

Desafíos que seguramente lograrán – y lograremos – superar, apoyándonos en la humildad de la investigación científica, confiando en la ciencia y en el principio de la unidad del saber, que siempre ha representado una de las pocas certezas que iluminan y guían, desde el primero hasta el último paso, el camino incierto y fascinante de todo jurista.

27 de noviembre de 2024 | Alberto Aguilera, 23 | Madrid

