
ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LIBRO HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



Fernando Hinestrosa
Rector

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL
OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LIBRO HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

TOMO I

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN (tomo 1) 958-616-777-1
ISBN(obra completa) 958-616-776-3
e-ISBN 978-958-772-398-4

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá, Colombia. Fax 342 4948.
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2003

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: José Curcio Penen
Fotomecánica, impresión y encuadernación: PANAMERICANA, formas e impresos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

JORGE ADAME GODDARD	PIERANGELO CATALANO
FERNANDO ALARCÓN ROJAS	SERGIO CHIARLONI
GUIDO ALPA	GIOVANNI COMANDÉ
ANDRÉ-JEAN ARNAUD	ÉDGAR CORTÉS
RAMÓN BADENES GASSET	MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE
JAIME BALLESTEROS	JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
CARLOS DARÍO BARRERA TAPIAS	DIEGO ESPÍN CÁNOVAS
JORGE BASADRE AYULO	JUAN ESPINOZA ESPINOZA
RAMIRO BEJARANO GUZMÁN	DIEGO FERNÁNDEZ ARROYO
JOSÉ A. BONIVENTO FERNÁNDEZ	ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
ALBERTO J. BUERES	CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO
LUCIANA CABELLA PISU	ENRICO GABRIELLI
RICCARDO CARDILLI	FRANCESCO GALGANO
JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS	MERCEDES GAYOSSO Y NAVARRETE

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
El concepto de contrato en el <i>ius gentium</i> <i>Jorge Adame Goddard</i>	17
Negocio jurídico indirecto <i>Fernando Alarcón Rojas</i>	33
Diritto privato europeo. L'armonizzazione della disciplina dei contratti <i>Guido Alpa</i>	45
Janus quadrifrons. Quelques interrogations sur le retour contemporain du contrat <i>André-Jean Arnaud</i>	57
La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación <i>Ramón Badenes Gasset</i>	73
La voluntad como elemento del acuerdo conciliatorio <i>Jaime Ballesteros</i>	85
El objeto ilícito <i>Carlos Darío Barrera Tapias</i>	99
Los inicios del derecho civil internacional o de la solución a los conflictos internacionales: del sistema romano a BARTOLUS <i>Jorge Basadre Ayulo</i>	111
De las cuentas en participación <i>Ramiro Bejarano Guzmán</i>	127
La caducidad en las relaciones contractuales privadas <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	143
La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual <i>Alberto J. Bueres</i>	161
La vendita di beni di consumo e le occasioni perdute del legislatore italiano <i>Luciana Cabella Pisu</i>	181
Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio <i>Riccardo Cardilli</i>	199
Tendencias del derecho de las obligaciones. El concepto en el derecho público y el derecho privado <i>Jesús María Carrillo Ballesteros</i>	227

El derecho contra la “deuda” <i>Pierangelo Catalano</i>	269
Le controversie dei consumatori <i>Sergio Chiarloni</i>	293
Responsabilità, assicurazione e precauzione: un dialogo da costruire per il governo dei rischi <i>Giovanni Comandé</i>	313
El rescacimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión, traídos de dos modelos europeos <i>Édgar Cortés</i>	331
La doctrina de los actos propios <i>Manuel de la Puente y Lavalle</i>	351
El contrato y sus transformaciones <i>José Luis de los Mozos</i>	361
Venta de una misma cosa a compradores distintos <i>Diego Espín Cánovas</i>	383
El atormentante binomio débito-responsabilidad. Algunas consideraciones sobre la (mal) denominada garantía genérica <i>Juan Espinoza Espinoza</i>	399
Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo <i>Diego Fernández Arroyo</i>	411
A propósito de la naturaleza contractual del arbitraje <i>Antonio Fernández de Buján</i>	455
Reflexiones en torno a la “autonomía de la voluntad” <i>Carlos Fernández Sessarego</i>	481
<i>Aliud pro alio</i> e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo <i>Enrico Gabrielli</i>	503
Dall’antica alla nuova universalità del diritto civile <i>Francesco Galgano</i>	519
Análisis del problema de la responsabilidad civil objetiva en la Convención de Viena sobre daños nucleares a la luz del derecho romano <i>Mercedes Gayosso y Navarrete</i>	531

Felices los hombres a los que les es dado conmemorar sucesos que, muy raras veces a lo largo de su vida y aun de la de los pueblos, marcan o deciden, definitivamente y para siempre, la historia de una familia, la de una Nación o la de una Institución. Es lo que ocurre con las bodas de oro del doctor FERNANDO HINESTROSA con la cátedra de derecho civil y con sus cuarenta años al frente de una Universidad que, como el Externado de Colombia, es orgullo de la república y patrimonio moral, inestimable y sagrado, de varias generaciones de colombianos que en ella han aprendido a ser hombres libres y de honor, a respetar el derecho del otro y a ser fieles a una vocación de servicio, respaldada por una sólida formación profesional, ética y humana. En una palabra, a ser hombres de bien y, en lo social, ciudadanos a secas, es decir habitantes y actores de la *civitas*, tal como lo quisieron sus fundadores en momentos en que el oscurantismo, impuesto como dogma oficial invitaba a la más grande desesperanza. *Post tenebras spero lucem*.

Motivo de festejo y de legítima alegría, una celebración como ésta es, además, ocasión propicia para hacer un alto en el camino y reflexionar sobre la importancia que para la comunidad tiene una figura de la talla de la del doctor HINESTROSA, no sólo para identificar los valores y las actitudes que distinguen al hombre superior, sino, sobre todo, a fin de que su ejemplo de vida, a manera de espejo, nos sirva para hacer un balance personal y colectivo, indispensable en la vida de todo hombre y de toda sociedad.

Verdadero aristócrata de la inteligencia, FERNANDO HINESTROSA es un hombre multifacético, pues en él se combinan, en armonía perfecta, las calidades de educador, jurista, hombre de Estado, escritor y musicólogo. Dueño de una cultura universal, ninguna de las actividades del espíritu le es ajena. Naturalmente, nos es imposible dar siquiera una idea aproximada de cada una de las aristas que configuran una personalidad tan avasalladora y atractiva en estas pocas líneas, apenas destinadas a presentar la obra que, para rendirle justo homenaje de admiración, afecto y respeto, en buena hora decidieron componerle los esclarecidos juristas, nacionales y extranjeros, todos ellos sus amigos, que figuran en sus páginas. Así, pues, forzados por las circunstancias, nos limitaremos a hacer una breve evocación y a presentar algunas reflexiones sueltas sobre su enorme significado como educador y jurisconsulto.

Educador, su vida se confunde, desde la más tierna infancia, con la del Externado de Colombia, entonces apenas un colegio de derecho pero ya plenamente consolidado gracias a la fe y a la tesonera labor adelantada al frente de sus destinos por sus ilustres antecesores, los doctores NICOLÁS PINZÓN, DIEGO MENDOZA PÉREZ y RICARDO HINESTROSA. Llegado muy joven a la rectoría de la

venerable institución, apoyándose en las sólidas bases que le fueron legadas por sus mayores, muy pronto FERNANDO HINESTROSA transformó la casa de estudios en una gran universidad, dándole albergue a nuevas facultades en el campo de las humanidades. Economía, Administración de Empresas, Finanzas y Relaciones Internacionales, Finanzas y Gobierno Municipal, Educación, Hotelería y Turismo, y Restauración, dan cuenta de su amplia visión de futuro, de su compromiso con el desarrollo de Colombia y de su ciega confianza en el brillante destino de la patria. En el plano material este ingente esfuerzo se ha traducido en las hermosas y apacibles construcciones que hoy conforman el *campus*, construido en las faldas de los cerros orientales de Bogotá, en medio del bosque natural y de jardines cuidados con esmero, generando un medio ambiente que los mismos griegos hubieran querido para el estudio y la reflexión serena, no sólo de los alumnos de pregrado sino de los muchos de posgrado que, de todos los rincones del país, y aun del exterior, acuden a perfeccionar sus conocimientos en él.

Con todo, sin ser de poca monta esta admirable gesta administrativa, indispensable y exitosa, es en el ejercicio diario de la cátedra en donde mejor puede medirse el enorme valor del doctor FERNANDO HINESTROSA como educador. Como profesor, son legendarias, entre sus innumerables discípulos, sus clases de historia del derecho, que conformaban la primera parte del curso de derecho civil personas. Del *fas* al *ius* y de la mano de los más insignes romanistas, con un dominio envidiable de la historia, de la filosofía y de la *iurisprudentia*, el maestro iba indicándole a una audiencia deslumbrada de jóvenes discípulos que el derecho es arte y no una simple técnica; que, como en un eterno retorno, siempre se regresa a las construcciones de los juristas romanos, no para repetirlas puras y simplemente, sino para ajustarlas a las necesidades sociales y económicas de cada coyuntura histórica; y que el noble ejercicio del derecho no es un oficio como cualquiera otro, sino un compromiso de vida, una definición del ser.

Edictos de los pretores; constituciones imperiales; las grandes codificaciones de TEODOSIO y de JUSTINIANO; la caída del Imperio; el afán de los pueblos conquistadores por asimilar las instituciones del derecho romano, como lo atestiguan las leyes de los ostrogodos y el *Breviario* de ALARICO; el cierre del comercio mediterráneo con la arremetida de los musulmanes; el medioevo del derecho; el resurgimiento del derecho romano en la escuela de Bolonia; glosadores y postglosadores; iusnaturalismo tomista y la crítica de GUILLERMO DE OCCAM y DUNS SCOTT; los juristas humanistas, en especial DUMOULIN y CUJAS; el iusnaturalismo de GROTIUS, PUFENDORF y WOLFF; el *Code civil* y DOMAT y POTHIER como sus inspiradores; la razón de ser de las particularidades del derecho anglosajón; la escuela histórica de SAVIGNY, la pandectística alemana y el BGB; la in-

fluencia española y francesa en la obra jurídica de don ANDRÉS BELLO; la adopción del Código Civil chileno entre nosotros y la evolución de nuestra legislación civil y comercial a lo largo del siglo XX, son apenas algunos de los temas con los que el doctor HINESTROSA nos dejó alucinados y que nos mostraron la necesidad de buscar más allá de la fría letra de un texto legislativo. De esa cátedra queda un libro de *Lecturas*, varias veces editado y hoy agotado, en el que el maestro, con la generosidad que lo caracteriza y el nivel de exigencia que se impone a sí mismo y a los demás, nos dio prueba incontrovertible de su confianza en la bondad y en la capacidad natural del hombre. Sus múltiples ocupaciones y la necesidad de atender nuevamente a su cátedra de derecho civil obligaciones, hicieron que dejara la de civil personas. Nadie ha podido sustituirlo, pero nos ha quedado el mensaje implícito de autoexigencia y plenitud.

En la década de los 70 del siglo pasado, apenas terminada su brillante gestión como ministro de Justicia de la administración LLERAS RESTREPO, con resultados tan perdurables e importantes como la creación del Instituto de Bienestar Familiar por medio de la llamada Ley Cecilia, que promovió y defendió en el Congreso de la República, y la modernización del Código de Procedimiento Civil, la expedición de los estatutos de Notariado, de Registro de Instrumentos Públicos y de Registro del Estado Civil de las Personas, y bien adelantados los trabajos de la comisión redactora del Código de Comercio expedido en 1971, el doctor HINESTROSA asumió, por un corto tiempo, la cátedra de derecho de familia. Con pasión y rigor científico inigualables explicaba a sus alumnos la evolución de la filiación, en particular de la ilegítima, hoy llamada extramatrimonial, categoría en la que se discriminaba entre los adulterinos e incestuosos o de dañado y punible ayuntamiento; la pequeña revolución que en su momento fue la expedición de la Ley 45 de 1936 y los ajustes necesarios que vino a hacerle la Ley 75 de 1968, en especial la posibilidad de obtener la declaración judicial de paternidad por el trato dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, y no sólo en la época de la concepción, así como la posibilidad de adelantar la acción de investigación de la paternidad después de muerto el presunto padre y de acudir a pruebas científicas para determinar las características heredo-biológicas tanto del padre como del hijo, iniciativas todas de su autoría durante su paso por el Ministerio de Justicia y que deben ser rescatadas en honor de la verdad histórica y porque fueron un antecedente fundamental en el largo camino que ha sido necesario recorrer para llegar a la igualdad de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, comenzando por la sucesoral (Ley 29 de 1982) y terminando con la igualdad plena, amparada como derecho fundamental por el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

Pero quizás en donde su pensamiento liberal fue expuesto con más vehemencia y claridad fue en el tema del matrimonio y de las relaciones entre Iglesia

y Estado. Legítimo heredero de los legisladores radicales que establecieron el divorcio vincular en 1853, por primera vez entre nosotros, se mostraba en sus clases partidario de brindar una amplia gama de posibilidades a los esposos que habían dejado de serlo y que querían rehacer honestamente su vida, abiertamente y ante la mirada de la sociedad entera, en lugar de verse obligados, los más a mantener relaciones ocultas y vergonzosas, y los menos, los que contaban con recursos económicos, a obtener, con evidente fraude a la ley, un divorcio de complacencia en el exterior, y por esa vía la pseudo legitimidad de una relación de hecho, aceptada hipócritamente por una sociedad enferma. Divorcio sanción, divorcio remedio y divorcio por mutuo consentimiento. Así lo imponían el respeto a la dignidad de las personas, el derecho a la libre autodeterminación y el interés superior de la colectividad, tres ideas que son clave de su pensamiento filosófico, político y jurídico. Esas tesis, sencillas y profundas, inspiraron en buena parte la Ley 1.^a de 1976, pues su ponente en el Senado, el senador GREGORIO BECERRA, se apoyó en ellas, en el sabio consejo del maestro y en la profusa bibliografía que éste le suministraba para hacerle frente a los debates. La admisión del divorcio en Colombia, sin embargo, de poco servía mientras se mantuviese el Concordato de 1887, reformado en 1973 por el Convenio Vásquez-Palmas, pues la jurisdicción eclesiástica mantenía el control sobre el vínculo de los matrimonios católicos.

Para cuando se estaba discutiendo el Convenio Vásquez-Palmas, la Sociedad Económica de Amigos del País, consciente de la importancia del tema y de su dificultad jurídico-política, decidió, por iniciativa de su director, el expresidente LLERAS RESTREPO, invitar al doctor FERNANDO HINESTROSA para que explicara, en una decena de conferencias, toda la problemática de las relaciones Iglesia-Estado. Fueron magistrales, y el resultado un libro, *Concordato, matrimonio y divorcio*, que es una verdadera joya por la profundidad de sus conceptos, por su claridad y el enorme poder de síntesis del autor, por la riqueza de su información y por la elegancia y ponderación del lenguaje. Tal vez el punto más álgido de la discusión en aquella época giraba en torno de la posibilidad constitucional de adoptar en Colombia una ley de divorcio como la italiana de 1970, más conocida como Ley Fortuna-Baslini, la cual, sin desconocer el texto del artículo 34 del Concordato de Letrán de 1929, que se limitaba a reconocerle efectos civiles al matrimonio canónico, permitió a los jueces ordinarios pronunciar la cesación de los efectos civiles de este. Infortunadamente, en nuestro caso el artículo 8.º del Concordato de 1973 cerró esa posibilidad al disponer que las causas de nulidad o disolución de los matrimonios canónicos eran de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos. El problema real del divorcio seguía prácticamente intacto. Al finalizar la década de los 80 del siglo

pasado, el presidente VIRGILIO BARCO designó al doctor HINESTROSA embajador ante la Santa Sede, con la clara misión de negociar un nuevo Concordato que estuviera a tono con las nuevas circunstancias. Las gestiones que en tal sentido adelantara el diplomático fueron conscientemente dilatadas so pretexto de la necesidad de someterlas al sofisticado y laberíntico trámite burocrático del Vaticano, de modo que no pudo llegarse a nada concreto. Fue, un poco, la táctica del avestruz; en definitiva, perdería la Iglesia, pues en el entretanto se expedirían la Constitución Política de 1991, que haría de Colombia un Estado laico e igualitario y, en desarrollo de tales principios, el artículo 5.º de la Ley 25 de 1992 que dispuso: “Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia”.

No obstante su universalidad como jurista, el área del derecho con la que es más afín, la que más le gusta y más satisfacciones espirituales le produce, y en la que más ha profundizado, es el derecho privado de las obligaciones. Se ha ocupado de su estudio, a fondo, desde que se inició en esa cátedra medio siglo atrás. Fruto de ese esfuerzo y de su perseverancia fue el *Curso de obligaciones*, cuya primera edición data de 1955 y la última de 1969. Con una misma línea de pensamiento, original en su concepción y en su contenido, abierto al debate con las más modernas corrientes del pensamiento en la materia tanto en Europa como en América, dotado de una bibliografía amplísima que el autor comparte generosamente con sus lectores y sus alumnos en los cientos de notas de pie de página, el *Curso* va en camino de convertirse en un monumental *Tratado de las obligaciones*, compuesto de tres volúmenes, el primero de los cuales, dedicado al estudio del concepto de obligación y al análisis minucioso de su estructura y de sus vicisitudes, vio la luz el año 2002 y ya agotó la primera edición.

El segundo, que está en ciernes, bastante adelantado por cierto, es esperado con ansiedad por infinidad de lectores ávidos por encontrar algo más que los lugares comunes de los simples manuales. Tratará, científicamente, la Teoría General del Negocio Jurídico, quizás de los temas que más le apasionan y que explica en sus clases con naturalidad y sencillez que sólo alcanzan quienes tienen un auténtico dominio de la materia, es decir quienes, para usar el símil de la jerarquía de los oficios existente en la Edad Media, recibían el título de *Maîtres*. Partiendo de los conceptos básicos de la teoría general del derecho, con CARNELUTTI a la cabeza, el doctor HINESTROSA construye su análisis a partir de una concepción objetiva no extrema del acto de autonomía particular, no por llevar la contraria, o por afán de aparecer como exótico innovador, sino porque la experiencia, la exigencia de comportarse con buena fe y la necesidad de buscar la seguridad en el tráfico jurídico así lo aconsejan. Y esa posición de principio se manifiesta en el tratamiento que le da a los vicios del consentimiento, al

problema de la causa de la obligación y a la fijación de los límites y cargas de la autonomía privada, para sólo citar algunos de los aspectos que escudriña con pericia y sentido común inigualables. Este realismo, si se nos permite la expresión, ha sido una preocupación constante suya. Baste, para mostrar que no se trata de una posición simplemente teórica, con remitir a tres sentencias de las que fue ponente como magistrado de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia: la del 4 de mayo de 1968, sobre la fuerza y el estado de necesidad o de peligro como vicios del consentimiento; la del 13 de mayo de 1968 sobre venta de cosas embargadas; y la del 16 de mayo de 1968, sobre simulación y negocio indirecto.

El tercer volumen se ocupará de la segunda gran fuente de las obligaciones: el daño. Es un tema al que el doctor HINESTROSA ha dedicado muchos ensayos, notables alegatos judiciales y significativos aportes jurisprudenciales. En este sentido, no puede pasarse por alto la sentencia de casación civil del 4 de abril de 1968, de la que fue autor y en la que se propone una nueva clasificación del daño extrapatrimonial de modo de darle autonomía y eficacia propia al daño a los bienes de la personalidad en cuanto a su repercusión en la vida de relación, que sirvió de antecedente inmediato al artículo 4.º del Decreto 1260 de 1970 y que 30 años después fue acogida con ese alcance por el Consejo de Estado, en sentencias del 19 de julio de 2000 y del 6 de septiembre de 2001 de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo. Como tampoco su vigorosa defensa del régimen de responsabilidad objetiva, instaurado entre nosotros luego de una interpretación audaz del artículo 2356 del Código Civil a partir de la sentencia de casación civil del 14 de marzo de 1938, que habla de actividades peligrosas y no de responsabilidad por el hecho de las cosas; ni su patrocinio razonado de la teoría de la causalidad adecuada como criterio para resolver los problemas de relación de causalidad.

Como puede verse, su contribución al desarrollo del derecho civil de las obligaciones ha sido inmensa y abarca toda la materia. Ya antes de publicar el primer tomo de su *Tratado*, nos había regalado una obra preciosa sobre *La prescripción extintiva*, en la que se hace un análisis exhaustivo de este modo de extinción de las obligaciones, necesario, entre otras cosas, no sólo porque la bibliografía nacional sobre el tema es prácticamente inexistente, sino porque comenzaban a aparecer signos inquietantes de confusión de esta figura con la de la caducidad. La obra y la intervención de su autor en el Congreso de la República fueron decisivas para la expedición de la Ley 791 de 2002, por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil.

Si pudiera definirse al doctor HINESTROSA, como jurista, en unas cuantas palabras, tal vez de él, como de muy pocos, podría decirse, con COUTURE, que

“ha tenido fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz”.

Resultaba apenas natural, entonces, que un libro de homenaje a la vida y obra de uno de los más ilustres juristas latinoamericanos de todos los tiempos estuviera dedicado al estudio de las obligaciones y de los contratos. Se ofrecen en él ensayos serios y bien documentados, controvertibles en ocasiones, sobre una gran diversidad de aspectos relacionados con la materia escogida, la gran mayoría de actualidad, lo que sin duda hará de esta obra colectiva una fuente obligada de consulta en el inmediato futuro. A todos sus autores va el reconocimiento sincero y el efusivo agradecimiento del comité encargado de coordinar la obra, integrado por la doctora EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, directora del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia; el secretario general de la Universidad y distinguido profesor de derecho civil, doctor HERNANDO PARRA NIETO, y por el suscrito, director del Departamento de Derecho Civil.

FELIPE NAVIA ARROYO
Octubre de 2003

J O R G E A D A M E G O D D A R D

El concepto de contrato en el “ius gentium”

Del jurista FERNANDO HINESTROSA tengo el concepto de ser alguien que se siente a gusto, como en casa, en cualquier parte del mundo. Tiene ese espíritu abierto que le permite comunicarse con cualquier persona, independientemente de las diferencias económicas, sociales o culturales que pueda tener con ella. Es un jurista que tiene don de gentes, por lo que me ha parecido oportuno contribuir a su merecido homenaje con este trabajo que versa sobre el derecho de gentes.

Dentro del actual movimiento tendiente a la formación de un derecho uniforme que regule las relaciones privadas internacionales, destacan los esfuerzos que procuran definir un régimen común para los contratos internacionales, que son las figuras jurídicas que revisten la mayor parte de las relaciones mercantiles internacionales. Además de lo ya alcanzado en cuanto a la regulación de ciertos contratos internacionales específicos, como la compraventa (en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980) o el contrato de transporte (como, entre otras, la Convención de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 1978), se ha querido formar cuerpos de reglas generales o principios aplicables a cualquier tipo de contrato internacional. En esa dirección, el Instituto para la Unificación del Derecho, conocido simplemente como Unidroit, publicó en 1994 un cuerpo doctrinal de reglas denominado Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Con el mismo propósito ha trabajado una comisión de la Unión Europea, encabezada por OLE LANDO, que ya publicó un primer volumen titulado *The principles of European Contract Law* (Dordrecht-Boston-London, 1995). Algunos años atrás (1965) se dio en Inglaterra un esfuerzo similar por impulso de la Law Commission que ha dado como resultado el proyecto de código contractual conocido como Mac Gregor Contract Code, sobre el cual también ha trabajado un grupo de juristas italianos en Pavía.

La idea de un régimen jurídico común que regule las relaciones mercantiles entre personas pertenecientes a diferentes pueblos no es en rigor una novedad en la historia del derecho de Europa y América. Ya en el antiguo Imperio Romano existió un derecho semejante, el llamado *ius gentium*, que regulaba las relaciones privadas entre personas de los diferentes pueblos que integraban el Imperio Romano. En el fondo de esta experiencia de un derecho privado común compartido por pueblos de diferentes culturas y lenguas está la evidencia de que los problemas a que se refiere el derecho privado son básicamente los mismos en todos los pueblos de cualquier tiempo, que la intención de resolverlos de una manera racional objetiva y no de forma arbitraria es también una aspiración común a todos

los pueblos, y que por lo tanto es posible encontrar y practicar algunos principios, reglas jurídicas generales que compartan todos los pueblos. Por eso, la noción de *ius gentium* que nos conservan las fuentes jurídicas romanas (principalmente GAI. 1, 1) afirma dos notas características: que es un derecho conforme con la razón natural, y que lo practican todos los pueblos.

Desde esta perspectiva del *ius gentium* como un derecho privado internacional, me propongo exponer aquí una noción de contrato que formaba parte de ese ordenamiento jurídico antiguo, la que dice que el contrato es obligación recíproca, y que, en mi opinión, puede ser adoptada como una noción moderna de contrato internacional, que coadyuve en esa tendencia a formar un nuevo derecho mercantil internacional.

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO EN EL “IUS GENTIUM”

A. NOCIÓN DE “IUS GENTIUM”

El *ius gentium* fue originalmente en el ámbito del Imperio Romano un derecho privado internacional, que regulaba las relaciones comerciales entre los ciudadanos romanos y los no ciudadanos o *peregrini*, o las relaciones entre no ciudadanos que acudían a la jurisdicción romana; tenía su propio órgano jurisdiccional, el *praetor peregrinus*, establecido desde el año 242 a. C. El *ius gentium* se oponía al *ius civile* que regulaba exclusivamente las relaciones entre ciudadanos romanos. Pero estos dos ordenamientos jurídicos tenían instituciones jurídicas comunes, que se practicaban en las relaciones entre ciudadanos y también en las relaciones entre ciudadanos y peregrinos, por ejemplo ciertos modos de adquirir la propiedad, como la *traditio* o la *ocupatio*, que lo mismo servían para que un ciudadano o un peregrino adquiriera la propiedad, o ciertos contratos como la compraventa o el arrendamiento, que se podían aplicar igualmente en ambos tipos de relaciones. Por eso GAYO puede afirmar que el pueblo romano, al igual que los demás pueblos, en parte se rige por un derecho propio y exclusivo (el *ius civile*) y en parte por otro común a todos los pueblos (el *ius gentium*).

Al hacerse extensiva la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, y hacerse aplicable a todos el *ius civile*, el *ius gentium* en la época postclásica deja de existir como un ordenamiento jurídico vigente y diferente del *ius civile*, y se conserva solo como una “fuente” de la cual proceden ciertas instituciones jurídicas, entre las cuales se cuentan las relativas al comercio y además las que se refieren a la guerra. La aglutinación de estos tipos de instituciones se debió a que el comercio de esclavos requería el tratamiento de la guerra que era la principal causa de esclavitud.

En el siglo VII, el *ius gentium* aparece con un nuevo significado en San ISIDORO DE SEVILLA (*Etym.* 5, 6), quien lo concibe como derecho inter gentes, es decir, un derecho que regula las relaciones entre pueblos, semejante al actual derecho internacional público. Se pudo llegar a esta concepción como consecuencia de la disgregación del poder político romano: originalmente el *ius gentium* es un derecho que se aplica dentro del Imperio a las relaciones comerciales entre personas de los diferentes pueblos que integran esa vasta unidad política. En tiempo de San ISIDORO, el Imperio Romano es para él solo una unidad política externa con la cual tiene relación el Reino Visigodo.

Volviendo a la perspectiva clásica, el *ius gentium* era un ordenamiento jurídico que regulaba relaciones privadas entre personas pertenecientes a diferentes pueblos. Una parte fundamental de ese derecho era el régimen de ciertos contratos, especialmente la compraventa, el arrendamiento (en sus dos especies de arrendamiento de cosa y arrendamiento de obra), el mandato y la sociedad. Era un régimen no exclusivo del *ius gentium* sino común con el *ius civile*, de modo que lo que los juristas juzgaban acerca de los contrato servía para ambos ordenamientos jurídicos.

Los juristas romanos no construyeron (ni pretendieron construir), como los modernos, una teoría general del contrato, que agrupara todas las reglas comunes a las diversas especies de contratos, pero sí tuvieron un conocimiento claro de que el contrato era un negocio diferente con su propia especificidad.

B. EL CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

En la romanística se había venido afirmando que el elemento esencial de los contratos era el acuerdo de voluntades o consentimiento. Según esto, el contrato era el consentimiento, convención o convenio que generaba obligaciones. Este punto de vista encontraba base documental en las *Institutiones* de GAYO, donde dice (GAI. 3, 88 y 89) que todas las obligaciones nacen de contrato o de delito, que las que nacen de contrato se perfeccionan por la entrega de una cosa (como el mutuo), por las palabras (como la estipulación), por documento (como la transcripción en libros bancarios de cuentas) o por el solo consentimiento (como la compraventa). El común denominador de todos estos negocios es precisamente el consentimiento, y es esto lo que los define como contratos. La doctrina de GAYO pasó con algunos cambios menores a las *Institutiones* de JUSTINIANO (*Inst.* 3, 13). Y de ahí a la doctrina civilística moderna que en general considera el contrato como un acuerdo de voluntades que produce obligaciones, si bien hay diferencias en cuanto a si es también efecto del contrato la cesión, modificación o extinción de obligaciones.

Pero, desde hace ya casi cincuenta años, ÁLVARO D'ORS ha propuesto que la noción romana clásica del contrato es la que da LABEÓN en el libro primero de su comentario *ad edictum* (cit. por ULPIANO 11 ad ed. D. 50, 16, 19), según la cual el contrato es obligación recíproca (*ultra citroque obligationem*). De acuerdo con esta noción, los contratos son exclusivamente aquellos negocios en que las dos partes están recíprocamente obligadas; en concreto, son los cuatro contratos consensuales *iuris gentium* y además el antiguo contrato de fiducia y el depósito. Los contratos que GAYO denomina reales, como el mutuo, la prenda y el comodato, no son propiamente contratos, pues aunque requieren un acuerdo entre las partes no generan obligaciones recíprocas, porque solo una de las partes (el mutuuario, acreedor pignoraticio o comodatario) queda obligada. La promesa formal o estipulación, que GAYO llama “contrato verbal”, solo genera obligación a cargo de quien promete, por lo que tampoco es un contrato en este sentido.

La tesis de D'ORS fue muy discutida, principalmente por la romanística italiana, pero actualmente parece que se ha ido abriendo paso entre los mismos romanistas italianos. No se trata aquí de discutir cuál de las dos definiciones, la de LABEÓN (obligación recíproca) o la de GAYO (convenio que produce obligaciones), es la propia del derecho romano clásico. Lo que me propongo es poner a consideración del lector si la definición de LABEÓN puede ser adoptada como propia en el moderno derecho mercantil internacional.

II. LA RACIONALIDAD DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO COMO OBLIGACIÓN RECÍPROCA

La perspectiva desde la que pretendo analizar la definición de LABEÓN es precisamente la perspectiva del *ius gentium*, es decir la de ese derecho que por ser conforme con la razón natural se practica en muchos pueblos.

Me parece que puede aceptarse como algo natural (o quizá sea mejor decir conforme con el sentido común) que la persona que afirma claramente su voluntad de dar o hacer algo a otra queda obligada por su declaración. El fundamento de su obligación es, en la terminología del *ius gentium*, la propia *fides*, es decir, la lealtad a la palabra dada. En el fondo de cualquier obligación (en el sentido propio de vínculo jurídico personal entre un acreedor y un deudor) libremente contraída está este principio de respeto a la palabra dada: quien, por ejemplo, firma un título de crédito está expresando su voluntad de pagar lo que indica el documento, y quien recibe el título confía en la lealtad o *fides* de quien lo emitió; o, quien presta dinero, confía en la *fides* del deudor que dice que lo va a pagar; o quien hace una promesa verbal se obliga ante el acreedor que confía que el primero cumplirá su palabra; igualmente, cuando se convie-

ne una compraventa, el comprador confía que el vendedor le entregará las mercancías, y el vendedor que el comprador pagará el precio.

Toda obligación supone naturalmente una relación entre dos personas, entre un acreedor y un deudor, e igualmente supone un acuerdo, convenio o consentimiento entre ellas, por el que una manifiesta su voluntad de obligarse y la otra la acepta. Es evidente que a veces sucede que el resultado del convenio es que una persona queda obligada frente a la otra, y que otras veces sucede que las dos personas quedan recíprocamente obligadas. Así, quien recibe dinero prestado queda él como deudor y el mutuante como acreedor; quien firma un título de crédito es deudor y el beneficiario acreedor; pero cuando se conviene un contrato, las dos partes quedan recíprocamente obligadas y son a la vez deudores y acreedores entre sí.

El análisis anterior lleva a distinguir entre el convenio y la obligación. Una cosa es la manifestación de la voluntad de obligarse y de la voluntad de aceptar la obligación, y otra la relación entre las partes u obligación que resulta de ese convenio. Por eso, aunque toda obligación suponga un convenio, pueden distinguirse las obligaciones que resultan de esos convenios en dos categorías: las obligaciones unilaterales en que una parte es deudor y la otra acreedor, y las bilaterales en que las dos o más partes son recíprocamente acreedoras y deudoras.

Esta distinción no es meramente teórica, pues se basa en la realidad misma de la relación. La realidad a la que alude la palabra obligación es la conducta que las personas realizan entre sí, que es evidentemente diferente si solo una es la obligada o si lo son las dos. Cuando sólo una es la obligada, solo una (el acreedor) confía en la otra, mientras que cuando lo son las dos, ambas confían entre sí. Por eso, el derecho clásico distinguía la *fides* o lealtad a la palabra propia de las obligaciones unilaterales, de la *bona fides* o lealtad recíproca que se da en las relaciones bilaterales.

La causa de la obligación también es diferente según sea el caso. Es de sentido común que cuando alguien manifiesta su voluntad de obligarse lo hace por alguna razón o causa (o *consideration* según el *common law*). Quien, por ejemplo, firma un título de crédito o hace una promesa, lo hace quizá porque ya debe esa cantidad, de modo que la causa de su obligación de pagar el título es la existencia de esa otra deuda, o porque se la van a prestar, y entonces la causa de su obligación es la entrega del dinero convenido, o incluso simplemente porque quiere donarla, y entonces la causa es la sola donación, es decir, la voluntad de proporcionar un lucro al donatario. En las obligaciones unilaterales, la causa es necesariamente un acto distinto de la obligación. En cambio, en las obligaciones bilaterales la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra y viceversa, como en la compraventa la causa de la obligación del vendedor de entregar la mercan-

cía es la obligación del comprador de pagar el precio, y viceversa; por eso puede afirmarse que la obligación bilateral tiene su causa en sí misma.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS COMO OBLIGACIONES BILATERALES

Siendo relaciones diferentes a las unilaterales, las obligaciones bilaterales tienen un régimen jurídico distinto. Sin entrar a un análisis de detalle del régimen contractual, solo menciono aquí tres reglas propias que me parecen importantes para mostrar su diferencia con el régimen de las obligaciones unilaterales y que se deducen de la naturaleza de la obligación bilateral; son: el perfeccionamiento consensual, el equilibrio entre las prestaciones, y la reparación del incumplimiento en la medida del interés del acreedor de la obligación. Estas reglas, que por ser connaturales a las obligaciones bilaterales podrían calificarse de *ius gentium*, han sido recogidas de alguna manera en los Principios de Unidroit, a los cuales hago aquí la referencia correspondiente, y como éstos son una expresión de la actual costumbre en materia de contratación internacional, puede afirmarse que las reglas son también de *ius gentium* en el sentido de que son practicadas en muchos pueblos.

I. EL PERFECCIONAMIENTO CONSENSUAL

El principio del perfeccionamiento consensual de las obligaciones vale exclusivamente para las obligaciones bilaterales, precisamente porque cada obligación tiene su causa en la obligación recíproca. Como una se obliga porque la otra se obliga, no hace falta que se entreguen algo o que cumplan una forma, basta solo con que ambas queden simultáneamente obligadas.

En los Principios se formula este enunciado diciendo que todo contrato se celebra, modifica o extingue “por el mero acuerdo de las partes sin ningún otro requisito” y en el comentario se explica que no es necesario para la validez del contrato demostrar una causa (en terminología civilista) o *consideration* (en terminología del *common law*). La razón por la que se excluye tal requisito, dice el mismo comentario, es que en los contratos comerciales ambas partes contraen obligaciones.

En cambio, el perfeccionamiento de las obligaciones unilaterales es diferente porque su causa no está en ellas mismas, y por eso requiere, o la entrega de una cosa que ha de ser devuelta, de modo que la entrega es la causa de la obligación, o el cumplimiento de una forma verbal o escrita que presume la existencia de una causa de la obligación.

El que para ciertos contratos, por disposición de ley o por costumbre, se requiera un documento escrito solo tiene razón como medio para facilitar la prueba de que se ha concluido un contrato consensual.

El principio de consensualidad admite igualmente que el contrato pueda ser modificado por el solo consentimiento de las partes, y es esta una regla que no puede variarse por voluntad de las partes, pues aun cuando las dos partes de un contrato hubieran convenido que toda modificación al mismo tendría que hacerse en un escrito firmado por las dos, si ellas convienen verbalmente una modificación, ésta vale aunque falte el escrito, pues finalmente el documento escrito no es más que medio probatorio, y lo que constituye el contrato es el consentimiento efectivo de las partes. Esta regla se ha recogido expresamente en los Principios diciendo que, no obstante el escrito, las partes quedan vinculadas “por sus propios actos”.

2. EL EQUILIBRIO ENTRE LAS PRESTACIONES

Es evidente que si la causa de la obligación de una parte es la obligación que asume la otra debe haber, al menos al momento de perfeccionarse el contrato, un equilibrio entre las conductas o prestaciones a que cada una se obliga; ha de haber, por ejemplo, un equilibrio entre el precio y la mercancía, entre la renta y el uso de la cosa, etc.

Lo que he llamado “equilibrio” entre las prestaciones quizá fuera más claro expresarlo como igualdad proporcional. Las prestaciones a que se obligan las partes en un contrato son lógicamente diferentes. No puede hablarse por lo tanto de igualdad pura entre las prestaciones, como sí sucede, por ejemplo, en las obligaciones unilaterales que derivan de la entrega de una cosa, en las que la parte obligada tiene que devolver exactamente lo que recibió. En los contratos cada parte espera recibir algo diferente de lo que se obliga a pagar. El valor de la prestación que una se obliga a cumplir lo considera en relación a la prestación que va a recibir de la otra, y viceversa. Al hacer esta valoración, las partes pueden sentir que lo que deben pagar resulta de mayor o menor valor que lo que van a recibir, con lo cual se manifiesta que ellas saben que el valor de las prestaciones no tiene que ser aritméticamente igual; sucede, y este es el mejor contrato posible, que ambas partes valoren en más lo que esperan recibir que lo que tienen que pagar; pero también sucede que una parte, aunque juzgue que lo que paga es más que lo que recibe, da su consentimiento para el contrato porque necesita lo que la otra parte puede darle. Hay sin embargo un límite que marca la diferencia entre una proposición contractual aceptable y otra inaceptable. Ese límite es la proporción o equilibrio.

Cuando un contrato no tiene esa proporción al momento del perfeccionamiento, ello solo se explica porque la parte obligada a la prestación de mayor valor consintió por error (voluntario o inducido) o por haber sido coaccionada, y en ambos casos es lógico que se considere que el contrato, o al menos la obligación excesiva, no es válida porque carece de la racionalidad propia de los contratos, la de la igualdad proporcional entre las obligaciones. Los Principios aceptan este enfoque al dar reglas para impugnar la validez de un contrato por causa de error, dolo o coacción, y al establecer, además, una causa de invalidez objetiva (independientemente de error, dolo o coacción) por el solo hecho de la excesiva desproporción de las prestaciones contractuales.

También pudiera ser que el contrato fuera desproporcionado porque la parte obligada a la prestación de mayor valor quiere hacer una donación del valor excedente a la otra parte. En este caso, el contrato es válido porque la prestación mayor se justifica no tanto por la causa contractual (la prestación recíproca) sino por causa de la donación.

Puede suceder que exista proporción entre las prestaciones al momento de perfeccionarse el contrato, pero que al momento de cumplirlas su valor, por los cambios de las circunstancias, se haya vuelto desproporcionado. En la lógica de los contratos que generan obligaciones que han de ser cumplidas en un futuro próximo o remoto está siempre latente ese riesgo. Quien, por ejemplo, se obliga a vender maíz a cierto precio en una fecha determinada, sabe que el precio del grano puede subir o bajar y asume el riesgo de que el precio de mercado suba y tenga él que vender al precio inferior contratado. Pero hay contratos en que las partes se obligan recíprocamente no solo a una operación, sino a una serie de operaciones durante un plazo relativamente amplio, como un año o más. En estos contratos (llamados modernamente “de tracto sucesivo”) la relación que se genera entre las partes vincula sus intereses de forma duradera, casi como si fueran socias entre sí, por lo que es natural que se busquen medios para restaurar el equilibrio entre las prestaciones cuando se ha roto durante la vigencia del contrato. Los Principios, en consonancia con esta idea, tienen una sección específica (6.2) para remediar los casos de desproporción sobrevenida del valor de las prestaciones, donde se señala que tiene que ser una desproporción grave, causada por acontecimientos que no pudieron ser previstos al momento de celebrarse el contrato, ni a los cuales podía la parte afectada poner remedio, y respecto de los cuales no había asumido el riesgo.

El principio de igualdad proporcional o equilibrio entre las prestaciones conduce también naturalmente a la regla de que el cumplimiento de las obligaciones naturales ha de ser simultáneo, a menos que las partes hayan convenido otra cosa. Esta regla del cumplimiento simultáneo también se recoge en los Principios.

El criterio de igualdad proporcional entre las obligaciones contractuales sirve también como regla de interpretación del contenido de un acuerdo contractual, de modo que cuando sea ambiguo o confuso se procura interpretarlo en un sentido que conserve el equilibrio contractual.

3. LA VALORACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

En los contratos las partes tienen más interés en la prestación que esperan que en el valor de lo que pagan. Por eso, es lógico que cuando una parte, por incumplimiento de la otra, no recibe la prestación que esperaba, pueda exigir judicialmente a quien incumplió no solo el valor objetivo de la misma, sino el valor que para ella tenía la prestación incumplida, el cual se suele calcular considerando el valor objetivo de la prestación incumplida más el daño emergente y el lucro cesante.

Esta agravación de la condena se explica por la propia reciprocidad de las obligaciones contractuales: si quien se obliga lo hace a causa de la obligación que asume la otra parte, es natural que en caso de incumplimiento se procure ponerlo en la situación que tendría de haberse cumplido el contrato, y no en la situación que tenía al momento de perfeccionarse el contrato. En los Principios se acepta esta regla, a la cual se denomina “reparación integral”. En cambio, en una obligación unilateral, como la consignada en un título de crédito, se condena al deudor a pagar solo lo que debía, y si acaso en una deuda pecuniaria se agravara la condena cobrando intereses moratorios que no estuvieran expresamente previstos es porque se entiende, a mi juicio erróneamente, que los intereses son frutos que el dinero produce espontáneamente, de modo que lo que el deudor resulta condenado a pagar es la cosa debida (la cantidad de dinero fijada) y sus frutos (los intereses), pero no se valoran los daños y perjuicios que sufrió el acreedor.

Como el objetivo de la reparación por incumplimiento contractual es poner a la parte afectada en la situación que tendría de haberse cumplido el contrato, se entiende que si las partes convienen una suma que deba pagar alguna de las partes en caso de incumplimiento, esa suma no es una cantidad fija, sino que el juez la puede reducir si resulta que es excesivamente alta en relación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Así lo entienden los Principios. Para que una suma convenida por incumplimiento contractual pueda cobrarse sin posibilidad de que el juez la reduzca, es decir para que sea realmente una “pena” por incumplimiento, es necesario que la obligación de pagarla derive de una causa no contractual, como una promesa formal, de modo que no quede sujeta a la lógica de las obligaciones bilaterales.

IV. LA NOCIÓN DE CONTRATO COMO OBLIGACIÓN RECÍPROCA EN COMPARACIÓN CON LOS CONCEPTOS ACTUALES DE CONTRATO EN LA TRADICIÓN CIVILISTA Y EN EL “COMMON LAW”

La noción de contrato como obligación recíproca no ha estado ausente ni de la tradición civilista ni de la del *common law*, pero en ambas tradiciones ha quedado como subsumida en una categoría más amplia de contrato, por lo que perdió mucho de su significación.

En la tradición civilista, como consecuencia de la influencia de la distinción de GAYO, recibida en las *Institutiones* de JUSTINIANO, de dos fuentes de obligaciones, el contrato y el delito, así como de su cuadripartición de los contratos en reales, verbales, literales y consensuales, predominó la concepción del contrato como conventio, es decir, como acuerdo de voluntades. Como muestras de este concepto pueden considerarse los dos códigos civiles más influyentes en esta tradición: el francés de 1804 y el alemán de 1900. El *Code Civil*, que tanto influyó directa o indirectamente en los códigos latinoamericanos, dice (art. 1101) que el contrato es una convención (*convention*) por la cual una o más personas se obligan frente a otra u otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa. En esa concepción se incluyen tanto las convenciones que dan lugar a obligaciones unilaterales como las que dan lugar a obligaciones bilaterales; consecuentemente, el mismo Código distingue (art. 1104) entre contratos sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales. El Código Civil alemán (BGB) dice (art. 305) que es el convenio (*Vertrag*) que sirve para crear o modificar obligaciones; la doctrina, siguiendo a SAVIGNY, entendió por convenio (*Vertrag*) la concurrencia de dos o más personas en una misma declaración de voluntad; el Código alemán distingue también entre contratos unilaterales y bilaterales. En ambos códigos se afirma que el contrato es convenio y se admite que los contratos bilaterales son una especie de ese género amplio.

En la tradición norteamericana del *common law*, aunque no hay una definición legal del contrato, hay sin embargo diversos textos autorizados que lo definen. En la obra de WILLISTON, que es considerada como la doctrina más autorizada, se define el contrato como una promesa o conjunto de promesas a las que el derecho reconoce carácter obligatorio. Distingue el contrato del mero acuerdo de voluntades o *agreement*, al que considera un concepto más amplio, que incluye también las donaciones, transmisiones de propiedad e incluso promesas que no constituyen una obligación jurídica. El acuerdo, aclara, es esencial para la formación del contrato, pero no es el único requisito del contrato.

La doctrina de WILLISTON fue esencialmente recogida en la compilación conocida como *Restatement of the Law Contracts*, que él mismo dirigió, y que

pretende ser una síntesis del derecho hasta entonces elaborado primordialmente por los jueces. Ahí se define el contrato como una promesa o conjunto de promesas por cuyo incumplimiento el derecho otorga una reparación, o cuyo cumplimiento el derecho reconoce como obligatorio. Esta definición pasó luego a las reediciones de la obra de WILLISTON y a la segunda edición del *Restatement*. En esta última se distingue (párr. 3) el contrato (*contract*) del acuerdo de voluntades (*agreement*), y éste del negocio (*bargain*) al que conceptúa como un acuerdo para intercambiar promesas, o intercambiar una promesa por una prestación efectiva, o intercambiar prestaciones efectivas. En el comentario que hace a la definición de contrato aclara que no son propiamente contratos aquellos negocios en los que se da un intercambio de prestaciones efectivas, como podía ser una compraventa de contado, porque en ellos no hay una promesa de dar o hacer algo. Y añade que la palabra contrato, como denota la existencia de una obligación jurídica, también puede usarse para designar esa obligación resultante del acto de hacer una o un conjunto de promesas jurídicamente válidas. En este sentido, el *Uniform Commercial Code* (1201[11]) define el contrato como la obligación que resulta del consentimiento de las partes.

En esta tradición norteamericana del *common law* existía la distinción entre contratos bilaterales y unilaterales, y así se conservó en la primera edición del *Restatement on Contracts*, pero la distinción fue hecha a un lado en la segunda edición por considerarse que causaba confusión el considerar como contratos a obligaciones unilaterales derivadas de una promesa formal o de la entrega de una cosa; sin embargo, se conserva todavía un contrato unilateral llamado *option contract*, y por eso se mantiene la definición de contrato como promesa, que sería una obligación unilateral, o conjunto de promesas.

La diferencia principal entre los conceptos de ambas tradiciones me parece que se da en que la tradición civilista define el contrato principalmente como convenio, mientras que el *common law* lo define como obligación judicialmente exigible o “promesa”. Pero en ambas es aceptable la noción del contrato como obligación recíproca. Para la tradición civilista el concepto de contrato podría formularse, como ya lo había hecho siglos atrás CUYACIO, como el convenio que produce obligaciones recíprocas. Para la tradición del *common law*, como conjunto de promesas recíprocas sancionables por acción judicial.

V. LOS TIPOS CONTRACTUALES QUE CABEN DENTRO DE LA NOCIÓN DEL CONTRATO COMO OBLIGACIÓN RECÍPROCA

Al reducir la noción de contrato a la obligación bilateral libremente contraída, los tipos contractuales se reducen prácticamente a los cuatro contratos consen-

suales típicos: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, y a otros convenios que produzcan, por el solo consentimiento, obligaciones recíprocas.

Estos eran, por una parte, los tipos contractuales que se consideraban propios del *ius gentium*. También es a estos a los que se refieren los Principios de Unidroit, que contemplan siempre contratos que se perfeccionan por el solo consentimiento. Así mismo es ilustrativo que los casos que proponen los Principios para ilustrar el alcance de cada una de sus disposiciones son, salvo excepciones, de contratos bilaterales.

Los Principios muestran un total de 213 casos, de los cuales 60 son casos de compraventa de mercancías y uno de compraventa de inmuebles; 1 de permuta, 6 de arrendamiento de cosas, 25 de arrendamiento de obra o construcción, 54 de prestación de servicios profesionales, 6 de suministro, 7 de distribución, 7 de franquicia, 3 de seguro, 8 de transporte, 5 de asociación (4 de *joint venture* y un convenio de comprar acciones de una sociedad), 7 de agencia, 9 contratos bancarios (3 contratos de prestar o de línea de crédito, un contrato de garantía bancaria y 4 de mutuo) y 14 no identificables, puesto que hablan en abstracto de “contrato” u “oferta” sin precisar las condiciones o características que permitan identificarlos específicamente.

Todos estos contratos, salvo los 9 contratos bancarios, son contratos bilaterales en que las dos partes están recíprocamente obligadas. Y si se quisiera clasificarlos, podrían reducirse todos a los cuatro contratos consensuales clásicos: la compraventa (que incluiría como modalidades los contratos de distribución y suministro, y por aproximación la permuta); el arrendamiento, en sus dos variantes de arrendamiento de cosa (que incluiría la franquicia como arrendamiento de cosa intangible) y de arrendamiento de obra (que incluiría todos los contratos de construcción, prestación de diversos servicios profesionales, transporte y seguro); la sociedad (entendida como el contrato de asociación separado de la creación de una persona jurídica, lo cual no es ciertamente un asunto contractual, sino de orden público, y que incluiría los contratos de asociación o *joint venture*, así como los convenios de compra de acciones de una sociedad ya establecida y ciertas modalidades de los contratos de distribución, suministro y agencia) y el mandato (que incluiría la agencia, aunque este contrato también podría catalogarse como una especie del arrendamiento de obra).

CONCLUSIONES

La noción del contrato como obligación recíproca, por estar fundada en la realidad misma de la relación contractual, puede considerarse como parte integrante del *ius gentium*, entendido como un derecho conforme con la razón natural.

Este concepto de contrato está implícito en el régimen contractual que proponen los Principios de Unidroit, y siendo éstos expresión de la costumbre jurídica internacional actual, puede decirse que tal concepto forma parte del *ius gentium*, entendido como el derecho que practican muchos pueblos.

El concepto de contrato como obligación recíproca, si bien es diferente de los conceptos de contrato actuales en la tradición civilística y en la del *common law*, es también un concepto contenido en ellas y que puede ser adoptado por ellas sin rupturas internas.

La adopción del concepto de contrato como obligación recíproca facilitará la formación de un régimen contractual común, al delimitar la materia a las solas obligaciones bilaterales y excluir otros negocios unilaterales que deben tener un régimen diferente, como son casi todos los negocios bancarios y financieros.

FERNANDO ALARCÓN ROJAS

Negocio jurídico indirecto

“Hacer todo lo más posible con el menor número de elementos” es la expresión que utilizó IHERING¹ para describir su ley de la economía jurídica, la que concibe como el “arte de emplear hábilmente aquello que existe”².

Este arte de la técnica jurídica, agregaba, puede ser aplicado empleando las instituciones jurídicas para una finalidad diversa a la que les es propia pero sin violar los principios del ordenamiento³, o utilizándolas también para un fin extraño a su naturaleza pero en abierta contradicción con el orden jurídico⁴.

Esta última consideración lo condujo a expresar que “el arte que protege al derecho, y que ayuda a su progreso y perfección, sirve también para eludir las disposiciones de este, separándose de él y paralizando sus efectos. Si la ciencia se ingenia en encontrar giros que la dejen alcanzar fines lícitos, la vida encuentra otros para obtener resultados ilegales”⁵.

Estas reflexiones conservan hoy plena vigencia, empero, se evidencia que la posibilidad de utilizar las instituciones en fraude a la ley ha dado lugar a que doctrina y jurisprudencia tiendan a desconocer o, por lo menos, a menguar la importancia de aquellos casos en que la aplicación se hace sin defraudación alguna.

Posturas de esta estirpe han pretendido ver el negocio indirecto como un mecanismo para eludir el *ius cogens*⁶.

Desde luego que semejante posición, por lo extrema, no se compadece con la realidad pues basta un breve razonamiento para concluir que no todo negocio indirecto es *in fraudem legis*.

En otros escenarios el fenómeno del negocio jurídico indirecto no ha sido analizado en su verdadera dimensión, como ocurre con nuestra Corte Suprema de Justicia que ha pretendido comprenderlo dentro de la simulación⁷.

1 R. VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. III, ENRIQUE PRÍNCIPE Y SATORRES (trad.), Madrid, Librería Editorial D. Carlos Bailly-Bailliere, 1891, p. 25.

2 *Ibid.*, p. 28.

3 *Ibid.*, t. IV, p. 267.

4 *Ídem*.

5 *Ibid.*, p. 285.

6 F. DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 455 y 456: “El movimiento pro negocio indirecto tendrá por objetivo final ir eliminando las reglas imperativas [...] En las amplias, prolijas y complejas explicaciones con las que se arropa la defensa del negocio indirecto, queda discretamente velado el instrumento que se utiliza para descartar las normas imperativas”.

7 Sala de Casación Civil. Sentencias del 30 de septiembre de 1943, LVI, 173; 26 de marzo de 1957, LXXXIV, 385 y 386; 19 de mayo de 1964, CVII, 202; 21 de mayo de 1969, CXXX, 144, y 16 de febrero de 1973, 33.

Sin embargo, ha habido un avance en el tratamiento de la figura por parte de la Corte, avance del que fuera precursor el maestro FERNANDO HINESTROSA a su paso por la corporación.

En efecto, con ponencia suya la sala de Casación Civil en Sentencia del 14 de mayo de 1968⁸ señaló las diferencias existentes entre la simulación y el negocio jurídico indirecto.

Sirva entonces este reconocimiento y este escrito como un homenaje sincero a sus 40 años de rectoría de la Universidad Externado de Colombia.

I. EL FUNDAMENTO LÓGICO-JURÍDICO DEL NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO

El ser humano no es autosuficiente y por ende necesita de la colaboración de quienes pueden proporcionarle los bienes y servicios⁹ que requiere para subsistir.

Obtener esta intervención implica el ejercicio de la autonomía privada y una consecuencial regulación de intereses¹⁰ por parte de todos los que han participado en ese acto.

Empero, el acto que se celebra no es uno cualquiera sino aquel que brinda una finalidad que coincide con el designio y propósito de los intervinientes, de suerte que justamente él se realiza por ofrecer ese fin.

Y es que todo negocio jurídico cumple una función práctico-social que está determinada por su tipo¹¹, y por esto puede afirmarse que si varios actos dispositivos de intereses se encuadran descriptivamente en un mismo tipo negocial, todos ellos están llamados a producir las mismas consecuencias¹².

De manera que cuando se celebra un determinado negocio jurídico, las partes han previsto, querido y esperan el resultado¹³ que él produce.

Aún más, se insiste, el alcanzar ese predeterminado resultado es lo que los ha movido a celebrar ese específico negocio.

Luego la operación no consiste en celebrar un negocio para luego percatarse de aquello que se deriva de su celebración, sino en prefijar una finalidad y a continuación celebrar aquel negocio que la produzca.

8 CXXIV, 142 a 150.

9 Cfr. E. BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, A. MARTÍN PÉREZ (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 40.

10 Cfr. L. FERRI. *La autonomía privada*, LUIS SANCHO MENDIZÁBAL (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 43.

11 Cfr. BETTI. Ob. cit., pp. 132 y ss.

12 Así por ejemplo toda compraventa está llamada a producir como resultado final el que una parte transfiera la propiedad de una cosa a la otra y que esta pague por ella un precio en dinero.

13 Cfr. L. CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, MANUEL ALBALADEJO (trad.), Madrid, Aguilar, 1956, pp. 27 y ss.

Sin embargo, es factible que los particulares, en ejercicio de su autonomía privada¹⁴, regulen sus intereses y alcancen el fin propuesto utilizando uno o varios tipos negociales¹⁵, o pactos, predispuestos de tal manera que tiendan a producir indirectamente ese resultado previsto¹⁶ y querido pero que les es ajeno¹⁷.

Con otras palabras, no se utiliza el esquema o los esquemas negociales que naturalmente están destinados a producir la finalidad perseguida sino que se acude a otros instrumentos dispositivos¹⁸ que al ser adaptados u ordenados previamente conducen ulteriormente a las consecuencias propias de aquellos¹⁹.

Y la posibilidad de que los particulares disciplinen de esta manera sus intereses encuentra respaldo en aquellas normas superiores que son el soporte del poder dispositivo de que están investidos.

En efecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica²⁰, aunado a la libertad de empresa²¹ y a la garantía de la propiedad privada²², integran un conjunto normativo que pone de presente que a los particulares se les reconoce constitucionalmente la autonomía privada.

Y ese autogobierno así reconocido no puede ser otro que el que se ejerce dentro del marco jurídico, pues mal puede pensarse en la admisión de un poder para quebrantar el orden que lo acepta.

No en vano la *norma normarum* señala que “los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes”²³, dando a entender de contera que ellos pueden realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido.

14 F. HINESTROSA. “Funciones, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 9 y ss.

15 G. ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales. El contrato*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 194.

16 Cfr. F. GALGANO. *El negocio jurídico*, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ y LORENZO PRATS ALBENTOSA (trads.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 68.

17 Cfr. D. RUBINO. *El negocio jurídico indirecto*, L. RODRÍGUEZ-ARIAS (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 25 y 71.

18 Cfr. G. DE NOVA. “Le controdichiarizioni”, en *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (dir.), vol. 10, t. 2, Torino, Utet, 1982, p. 212.

19 L. BIGLIAZZI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI. *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 933.

20 El artículo 14 de la Constitución Política contiene esta garantía que debe entenderse como el derecho de toda persona a los atributos de la personalidad, dentro de los que se encuentra la capacidad jurídica o de goce: cfr. *Gaceta Constitucional*, n.º 82 25 de mayo de 1991, y Corte Constitucional. Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995.

21 La actividad económica y la iniciativa privada son libres, reza el artículo 333 de la Carta.

22 La posibilidad de apropiación individual de los bienes es lo que mueve a los particulares a participar en la vida económica y a tener iniciativa en esta materia.

23 Artículo 6.º.

Luego, como entrelazar negocios jurídicos o añadirles pactos para conseguir fines que no son consecuencia normal del celebrado no es una conducta que esté prohibida por el ordenamiento, los particulares pueden disponer de lo suyo de esta manera y aun así contar con la tutela del orden jurídico.

Por supuesto que si ese fin ulterior y extraño es una elusión a normas cogentes, la disposición no contará con respaldo alguno y será valorada negativamente.

En conclusión, el negocio o los negocios jurídicos adaptados u ordenados previamente para lograr un fin extraño a su naturaleza y eludir además el imperio de las normas de orden público jamás pueden ser catalogados como indirectos, pues esta connotación debe reservarse para aquellos que se utilizan con miras a alcanzar un fin distinto al de su tipicidad pero sin el propósito de eludir normas imperativas.

Así que el negocio en fraude a la ley no es un negocio jurídico indirecto²⁴.

II. EL NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO COMO PROCEDIMIENTO

A pesar de la expresión “negocio jurídico indirecto”, debe precisarse que este fenómeno no configura un tipo contractual autónomo²⁵ porque su esencia consiste en un método para adaptar u ordenar esquemas negociales preexistentes de una manera tal que produzcan un resultado ulterior que no les es propio²⁶.

Por esta razón es que se afirma²⁷ que el “negocio jurídico indirecto” presupone la preexistencia de un negocio, o varios negocios o pactos añadidos, que sirven como instrumento²⁸ o medio para la consecución de ese fin ulterior que es ajeno a su tipicidad.

24 En contra F. FERRARA. *La simulación de los negocios jurídicos*, RAFAEL ATARD y JUAN A. DE LA PUENTE (trads.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1961, p. 100; BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. *Derecho civil*, cit., p. 911; J. L. DE LOS MOZOS. *El negocio jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 465; DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio*, cit., pp. 446 a 448 y 455; R. RUIZ SERRAMALERA. *Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, p. 341.

25 M. BIANCA. *Diritto civile. Il contratto*, t. III, Milano, Dott. A. Giuffré, 1987, p. 458; R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1971, p. 219; F. SANTORO PASSARELLI. *Doctrinas generales del derecho civil*, A. LUNA SERRANO (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 214; CARIOTA FERRARA. *El negocio*, cit., p. 213.

26 BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Ob. cit., p. 933, distinguen negocio indirecto y procedimiento indirecto, señalando que el primer caso consiste en la alteración de un tipo negocial para conseguir el fin extraño, y el segundo en el enlace de varios tipos negociales con este mismo propósito.

27 CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, cit., p. 212.

28 A. CICU y F. MESSINEO. *Trattato di diritto civile e commerciale. Il contratto in genere*, vol. XXI, t. 2, Milano, Dott. A. Giuffré, 1972, p. 571.

Sin embargo, podría pensarse que el “negocio jurídico indirecto” cabe catalogarlo como un negocio jurídico innominado²⁹, habida cuenta de que una de las maneras de ser innominado un negocio jurídico es por la mixtión de varios negocios típicos o nominados³⁰.

Pero si se analiza que, como ocurre en los nominados, en los innominados mixtos hay una unidad orgánica contractual³¹, se descarta de inmediato ese encuadramiento porque en el “negocio jurídico indirecto” lo que se presenta es una pluralidad de negocios o pactos en donde cada uno de ellos conserva su individualidad.

Así que si a un negocio jurídico nominado simplemente³² se le añade un pacto o prestación propia de otro negocio jurídico nominado, ni aquel ni este cambian, y por ende negocio y pacto se regirán por sus correspondientes reglas³³.

Algo semejante sucede cuando lo que acontece es la agregación de varios negocios jurídicos nominados que se vinculan en aras de una precisa función económica³⁴.

De otro lado, si se recuerda que la celebración de los negocios jurídicos obedece al deseo de las partes de alcanzar la finalidad que aquellos permiten conseguir, se hace evidente que en los nominados esa finalidad es tutelada de inmediato por la ley, porque ella está señalada normativamente para cada tipo negocial, mientras que en los innominados la finalidad la señalan las partes y en este caso el amparo del ordenamiento solo se obtendrá si esa singular forma de disposición de intereses no excede los límites de la autonomía privada³⁵.

Pues bien, en el “negocio jurídico indirecto” la finalidad o consecuencia perseguida por las partes sigue siendo la que corresponde a la señalada normativamente para cada uno de los negocios o pactos que se predisponen, con el aditamento que esa particular predisposición o combinación permite también alcanzar ulteriormente otra finalidad que es extraña a cada uno de los negocios o pactos considerados individualmente no obstante que de todas maneras esta otra será siempre una finalidad reconocida por la ley, aunque para otro tipo negocial.

29 Entendiendo por estos los negocios jurídicos que no tienen una disciplina propia en la ley, cfr. F. MESSINEO. *Doctrina general del contrato*, t. I, R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA (trads.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 379; CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, cit., p. 175.

30 Por esta razón se les denomina contratos innominados mixtos; cfr. MESSINEO. Ob. cit., p. 396.

31 Cfr. *Ibid.*, p. 391.

32 Al utilizar la expresión “simplemente”, se quiere significar que la introducción de este otro elemento no tiene la virtualidad de alterar el negocio jurídico que lo recepciona de tal manera que lo convierta en otro nuevo. Cfr. CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, cit., p. 176.

33 *Ídem.*

34 *Ibid.*, pp. 391 y 392.

35 *Ibid.*, pp. 394 y 395.

Y es que el hecho de que el fin ulterior no sea propio de los negocios o pactos predispuestos no significa que él sea atípico o no previsto en la ley.

En síntesis, en los “negocios jurídicos indirectos”, a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos atípicos, la finalidad perseguida es siempre una descrita y tutelada inmediatamente por la ley, y no una señalada por las partes que requiera de valoración positiva para su amparo; razón esta por la que también se descarta el que ellos puedan ser tenidos como innominados.

Luego, tal como se dijo anteriormente, “el negocio jurídico indirecto” no es una figura negocial autónoma sino un mero procedimiento por el que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, alcanzan fines legalmente típicos mediante la combinación de negocios o pactos, fines que si bien no corresponden a los de los combinados sí pertenecen a otras figuras tipificadas en la ley.

III. NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO Y SIMULACIÓN

Con el propósito de destacar lo que a continuación se dirá, y no con el de repetir conceptos indiscutidos y suficientemente averiguados, recordemos que la simulación consiste en que las partes negociales convienen en declarar ante los terceros algo distinto a lo que en realidad han concertado³⁶.

Este fenómeno así entendido ha dado lugar a que se identifique con el negocio jurídico indirecto, porque en la simulación la finalidad exteriorizada por las partes no es idéntica a la que en realidad ellas pretenden³⁷.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en múltiples fallos sostuvo la identidad de los dos fenómenos.

En efecto, en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1943³⁸, 26 de marzo de 1957³⁹ y 19 de mayo de 1964⁴⁰ manifestó expresamente⁴¹ que los negocios fiduciarios⁴² constituyen un evento de simulación.

36 Cfr. N. COVIELLO. *Doctrina general del derecho civil*, FELIPE DE J. TENA (trad.), México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1949, p. 412; G. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*, JAIME SANTOS BRIZ (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 154; BETTI. *Teoría general del negocio*, cit., p. 297; FERRARA. *La simulación de los negocios*, cit., p. 43; MESSINEO. *Doctrina general*, cit., t. II, p. 6; BIANCA. *Diritto civile*, cit., p. 656.

37 Cfr. A. ROCHA. *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, pp. 262 y 263.

38 LVI, 173.

39 LXXXIV, 385 y 386.

40 CVII, 202.

41 En decisiones anteriores, si bien no lo dijo expresamente, de los hechos planteados en cada caso y del contexto de lo considerado y decidido se desprende que constituyen los precedentes de esa misma posición conceptual. Así en sentencia del 11 de septiembre de 1935, XLII, 469 y ss.; 7 de marzo de 1939, XLVII, 703 y ss.; y 19 de febrero de 1946, LX, 123 y ss.

42 En estos pronunciamientos se parte del supuesto que los negocios jurídicos fiduciarios y los negocios

Esta doctrina de la Corte fue rectificada en Sentencia del 14 de mayo de 1968⁴³, al señalarse allí que “también la ley ha permitido que los miembros sociales, en el ejercicio de la dicha autonomía dispositiva, decididos a una completa atribución patrimonial e insatisfechos con las posibilidades típicas a su alcance o deseosos de resultados más enérgicos que los que ellas otorgan, desplieguen su iniciativa a través de figuras cuyas proyecciones superan conocidamente el propósito limitado de las partes que las realizan, quienes así asumen deliberadamente un riesgo mayor del inherente a todo crédito; o que les conceden la oportunidad de conseguir determinados fines por vía indirecta, es decir, por un trámite que no es el inmediato y natural correspondiente a su propósito, pero que, a manera de atajo, les facilita el acceso al *efecto buscado*”, y que si bien la doctrina las ha englobado dentro de la simulación, hay notorias diferencias entre esta y el negocio jurídico indirecto⁴⁴.

Según esta decisión tales diferencias, en síntesis, son:

1. En la simulación no hay una pluralidad de contratos pues se trata simplemente de un solo negocio jurídico con doble manifestación⁴⁵;
2. En la simulación hay una discrepancia entre las varias manifestaciones de ese único negocio jurídico⁴⁶;
3. Esa discrepancia se traduce en una divergencia entre lo querido y lo expresado por las partes⁴⁷;
4. En la simulación hay una incompatibilidad entre la misión típica del negocio jurídico y su resultado práctico⁴⁸;
5. En el negocio jurídico indirecto las partes quieren lo que declaran⁴⁹, y
6. En el negocio jurídico indirecto no hay incompatibilidad entre la función típica del negocio y su resultado práctico⁵⁰.

jurídicos en fraude a la ley son modalidades de negocios jurídicos indirectos, posición esta que no compartimos.

43 CXXIV, 142 a 150.

44 Con ocasión de esta sentencia se publicó un breve artículo sobre el tema que acá nos ocupa: E. OSPINA ACOSTA. “La autonomía del negocio fiduciario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, enero de 1985, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 125 a 131.

45 “... lejos de haber una dualidad contractual, lo cierto es que se trata de una entidad negocial única, de doble manifestación: la pública y la reservada...”: CXXIV, 146.

46 “... de doble manifestación: la pública y la reservada, igualmente queridas y ciertas, cuyas consecuencias discrepan, según los intereses y las disposiciones en juego, con arreglo a los principios generales del derecho; o sea un antagonismo, no entre dos negocios, sino entre dos expresiones de uno solo, que se complementan y conjugan...”, ídem.

47 “... en la simulación hay divergencia entre lo querido y lo expresado...”: íbid., 148.

48 “... allá hay incompatibilidad entre la misión típica del negocio y su resultado práctico...”: ídem.

49 “... en tanto que en el negocio jurídico indirecto se quiere realmente lo que se hace...”: ídem.

50 “... mientras que aquí apenas media disparidad pero no incompatibilidad”: CXXIV, 148.

Podemos por nuestra parte afirmar entonces que en términos generales en la simulación hay un solo negocio jurídico mientras que en el negocio jurídico indirecto hay una pluralidad de actos, bien por la combinación de un negocio y un pacto añadido o bien por la mezcla de varios negocios; en la simulación las partes no quieren la finalidad que expresan pues la que desean es la que ocultan, mientras que en el negocio jurídico indirecto hay una finalidad querida y expresada por las partes que es la ulterior; en la simulación la finalidad perseguida pero oculta se logra aparentando conseguir otra, mientras que en el negocio jurídico indirecto la finalidad perseguida y declarada se alcanza ulteriormente mediante la combinación de negocios o pactos; en la simulación las partes convienen en hacer creer a los terceros en la realidad de la finalidad expresada mientras que en el negocio jurídico indirecto no hay convención de las partes tendiente a crear ilusión alguna entre los terceros; en la simulación la finalidad oculta es la que vincula a las partes entre sí, mientras que en el negocio jurídico indirecto la finalidad que vincula a las partes es la ulterior; y en la simulación se puede pretender, o no, defraudar a los terceros, mientras que en el negocio jurídico indirecto jamás puede haber defraudación de terceros puesto que no hay ocultamiento alguno.

A pesar de la precisión y trascendencia conceptual de aquel fallo, la Corte retomó su postura inicial, y es así como en Sentencia del 21 de mayo de 1969⁵¹ expresó que “por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr”.

Este criterio se acogió luego en Sentencia del 16 de febrero de 1973⁵², de tal suerte que la depuración que se había alcanzado con el Fallo del 14 de mayo de 1968 se borró de golpe y, lo que es peor, sin argumentación seria y profunda que controvirtiera las razones que se habían dado para sostener la diferencia existente entre simulación y negocio jurídico indirecto.

Este retroceso progresivo parece haber tenido un alto con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de enero de 1985⁵³ al señalar que en el negocio jurídico indirecto “se provee un resultado negocial mediante disposiciones peculiares no necesariamente coincidentes con la voluntad, pero sí real, en cuanto a la dirección del acto y a la función típica del contrato; dentro de la soberanía contractual las partes escogen una vía indirecta para llegar al mismo fin

⁵¹ CXXX, 144.

⁵² CXLVI, 33.

⁵³ Sentencia 009, sin publicar.

negocial. La venta con pacto de retracto⁵⁴ no puede, por sí sola, reflejar un negocio simulado, puesto que este se ofrece, tal como lo tiene entendido la doctrina, cuando se enderezan las voluntades, de manera distinta a lo que en verdad quieren las partes, para hacer producir efectos externos completamente apartados al propósito negocial”.

Este argumento final lo hace suyo la sentencia de la Corte del 27 de julio de 2000⁵⁵; empero, este nuevo aire que recibe la autonomía del negocio jurídico indirecto en relación con la simulación no es del todo vivificadora puesto que se echa de menos en estos dos fallos un delineamiento teórico de aquel de tal manera que constituya una nítida y autorizada diferenciación con esta.

Por estas razones es que lo plasmado en la tantas veces mencionada Sentencia del 14 de mayo de 1968 es lo que constituye hasta ahora en nuestro medio la mejor ideación jurisprudencial sobre el negocio jurídico indirecto.

Valga entonces reiterar nuestro reconocimiento por ello al Rector de nuestra Universidad y quien fuera por aquel entonces el magistrado ponente del precitado fallo.

54 Cuando con una venta con pacto de retracto se pretenden alcanzar los fines propios de un mutuo con garantía hipotecaria y de paso violar la prohibición del pacto comisorio contenida en el artículo 2448 con integración del artículo 2422 del C. C., en nuestra opinión no se configura un negocio jurídico indirecto sino uno en fraude a la ley porque, como ya lo expresamos en este escrito, aquel solo puede ser el que no persigue vulnerar norma cogente.

55 Sentencia 117 proferida dentro del expediente 6238, sin publicar.

GUIDO ALPA

*Diritto privato europeo. L'armonizzazione
della disciplina dei contratti*

I. LE INIZIATIVE DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE

Il processo di “ravvicinamento” del diritto civile e commerciale degli Stati membri ha preso avvio da alcune iniziative assunte dal Parlamento Europeo con la Risoluzione del 26 maggio 1989 su un’azione volta ad avvicinare il diritto privato come disciplinato negli ordinamenti nazionali e con la Risoluzione del 6 maggio 1994 sull’armonizzazione di taluni settori di diritto privato negli Stati membri. Si deve dunque al Parlamento Europeo il merito, tra le altre istituzioni comunitarie, di aver dapprima incentrato l’attenzione del mondo politico e del mondo degli operatori economici e degli operatori del diritto sulla opportunità di affiancare, alle iniziative dirette a realizzare uno spazio economico e uno spazio giudiziario europeo, anche uno spazio di diritto sostanziale, e di poi, di aver proposto, mediante lo strumento della risoluzione, il perseguimento di un obiettivo tanto ambizioso quanto utile, cioè il “ravvicinamento”, a cui può conseguire l’armonizzazione e, se ritenuto possibile, la uniformazione del diritto privato.

A sua volta, la Commissione dapprima ha predisposto uno studio sugli ordinamenti di diritto privato della Unione Europea (*Serie giur. JURI*, 103) e di poi un’ampia comunicazione (COM 2001, 398) con la quale ha posto ai parlamenti e ai governi dei Membri dell’Unione, alle istituzioni professionali e accademiche, alle associazioni esponenti degli interessi dei cittadini dell’Unione alcune alternative di base. L’indagine muove da una attenta ricognizione delle direttive comunitarie che, o per introdurre regole di carattere generale (come quelle relative alle clausole abusive contenute nei contratti dei consumatori e alle garanzie nelle vendite) o per disciplinare singoli tipi contrattuali (ad es., la disciplina della multiproprietà e dei contratti di viaggio “tutto compreso”) o per disciplinare modalità di conclusione del contratto (ad es., le vendite fuori dei locali commerciali e a distanza) o le tecniche di contatto con il cliente e i mezzi di pagamento (ad es., la direttiva sull’ecommerce e sui ritardi nei pagamenti) hanno consolidato già un nucleo assai ampio di disposizioni che valgono non solo ad avvicinare, ma ad armonizzare il diritto contrattuale e quindi a creare le condizioni per la redazione di regole uniformi in materia. Le direttive considerate –la cui menzione è apposta in appendice alla Comunicazione– sono una quarantina, a cui si aggiungono le convenzioni internazionali che regolano fattispecie particolari o tipi contrattuali. L’*acquis* comunitario è già una realtà ampiamente sperimentata.

Di qui, allora, si dipartono le scelte successive. Se arrestarsi a quanto già è stato fatto, ed eventualmente, nell’area armonizzata secondo criteri minimali procedere ad una armonizzazione di livello superiore, oppure affrontare la

uniformazione di questo “spicchio” del diritto contrattuale e del diritto della responsabilità civile. Avanzare nel processo di armonizzazione estendendolo ad altre sezioni del diritto delle obbligazioni. O preoccuparsi dei fondamenti del diritto già armonizzato o ancora da armonizzare, uniformando la terminologia e le nozioni che costituiscono il substrato sul quale affonda le sue radici – per il momento appena sotto la superficie – il diritto armonizzato. E dico “appena sotto la superficie” perché in ogni direttiva le istituzioni comunitarie si accontentano per il momento di introdurre regole imperative o regole dispositive richiamando istituti di diritto civile e commerciale ma senza definirli. Di qui i problemi di traduzione nelle lingue nazionali e quindi nell’universo linguistico-concettuale della macchina del diritto, che talvolta deliziano i giuristi, per la loro astrusità o per la comicità degli errori commessi, ma più spesso infastidiscono i legislatori dei Paesi membri, che si vedono costretti o a incasellare nelle trame della propria tradizione istituti completamente nuovi (come, ad es., il “diritto di pentimento”) o nozioni sorte dalla crasi di altre con provenienza eterogenea (come, ad es., la “garanzia di conformità al contratto”), fino al punto di provocare reazioni di rigetto, come sta avvenendo nei Paesi di *common law* per la clausola generale di “buona fede”.

Le opzioni offerte dalla Commissione valutazione dei destinatari della Comunicazione sono quattro: 1. L’astensione del legislatore comunitario da ulteriori interventi (o, come si esprime il testo, l’“assenza di un’azione comunitaria”: in altri termini, in applicazione del principio di sussidiarietà, lasciare le cose come stanno, e affidare al mercato la soluzione delle questioni inerenti le contraddizioni o le sovrapposizioni delle disposizioni contenute nelle direttive, evitando ogni ulteriore ingerenza, anche se solo motivata da ragioni di riorganizzazione dei testi normativi; 2. Promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto dei contratti per arrivare a una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali: è la ricerca di regole di secondo grado, ricavate con il metodo induttivo, per creare maglie larghe ed elastiche di un *restatement* sulla base del quale avvicinare le discipline nazionali; 3. Miglioramento qualitativo della legislazione esistente: è la proposta di ritoccare le disposizioni già approvate per colmare le lacune, eliminare le antinomie, chiarire le formule ambigue; 4. Adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario: è la proposta più “dirompente”, perché, superando – in questo ambito – il principio di sussidiarietà e pure le regole di diritto internazionale privato (che appaiono a molti incerte nella loro applicazione, non essendosi ancora raggiunta una disciplina unitaria neppure in questo circoscritto settore) si dirige senza indugio verso la redazione di un testo uniforme, che potrebbe essere proposto come complesso di regole adottate dalle parti, oppure come modello normativo adottato dai legislatori nazionali, oppure come

un codice *tout court* approvato e imposto dalla Unione sotto forma di direttiva o di regolamento.

Le opzioni –in realtà soltanto due, la (2) e la (4)– implicherebbero interventi innovativi; le altre non implicano scelte di particolare momento; tutte si fondano sul lavoro già in corso da parte degli uffici dell’Unione e sul lavoro di ricerca allestito dai diversi centri di studio, in prevalenza accademici e professionali.

Il processo di “ravvicinamento” è stato infatti preceduto e agevolato da una intensa elaborazione dottrinale, nei numerosi centri di studio che in diversi Paesi europei si sono attivati sia per verificare la esistenza di un “common core” di regole, istituti, valori inerenti al diritto privato negli ordinamenti degli Stati membri, sia per condurre analisi approfondite di settore in alcune materie che richiedono una armonizzazione, come il diritto dei consumatori, il diritto bancario e assicurativo, il commercio elettronico, e così via, sia per elaborare un modello di codice uniforme comprendente materie del diritto civile e del diritto commerciale¹.

Al tema nei suoi profili generali e ai singoli aspetti che l’intera problematica presenta ha dedicato grande attenzione il Consiglio Nazionale Forense, che dal 1999 organizza annualmente uno o più seminari di discussione, in cui alle nuove acquisizioni formulate in sede comunitaria e nell’ambito dei centri di studio associa la valutazione degli effetti di queste iniziative sull’attività professionale. Fino ad oggi hanno visto la luce il volume su *Il codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000*², il volume su *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo. Materiali dei seminari 2001*³, il volume su *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L’integrazione europea e il processo civile. Materiali del seminario del 12 luglio 2002*⁴; è in corso di stampa il volume su *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*; i programmi culturali del Consiglio Nazionale Forense prevedono la progettazione di altri seminari con i quali si segue l’evoluzione del processo di armonizzazione.

Lo stesso Consiglio ha partecipato, tramite la collaborazione dell’avv. GIACOMO SCASSELLATI e mia, ad una ricerca promossa dal CCBE (Conseil des Barreaux de l’Union Européenne; Council of the Bars and Law Societies of the European Union) con avvocati di altri Paesi dell’Unione per verificare sia lo stato della discussione sia gli effetti sul mercato professionale che potrebbe cagionare

1 Per una ricognizione di questi laboratori cfr. ALPA. “Diritto privato europeo”, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Milano, Giuffrè, in corso di stampa.

2 Milano, Giuffrè, 2001.

3 Milano, Giuffrè, 2002.

4 Milano, Giuffrè, 2003.

l'accoglimento della proposta di elaborazione di un vero e proprio codice civile europeo.

A seguito della Comunicazione n.° 2001-398 della Commissione si sono ulteriormente accentuati gli interventi delle istituzioni comunitarie che, già con le conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere, del 15-16 ottobre 1999, avevano incluso nell'ordine dei lavori dell'Unione l'argomento del ravvicinamento e della armonizzazione del diritto privato. Alla discussione degli ulteriori passi di questo processo sono dedicate le pagine che seguono.

II. LA RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO DEL 15 NOVEMBRE 2001 (A5-0384-2001)

Sulla base delle proprie precedenti risoluzioni e preso atto della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento, quest'ultimo ha assunto, il 15 novembre 2001, una nuova risoluzione sul "ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri".

I considerando della risoluzione sono particolarmente significativi perché lasciano trasparire gli indirizzi della politica legislativa del Parlamento Europeo in materia.

Si sottolinea in apertura la convergenza delle tradizioni giuridiche dei "popoli d'Europa" (A). Si tratta di un'asserzione determinante, perché tende a superare le obiezioni che molti autori, volti ad enfatizzare le differenze dei modelli, hanno invece più volte contestato. Le contestazioni si fondano soprattutto su ragioni di carattere formale, che distinguono i sistemi giuridici a seconda della presenza di una codificazione (talvolta di più codificazioni, come avviene per la dualità dei codici civili e dei codici di commercio) o della presenza di una normazione fondata sulla *case law*. Oppure su ragioni di natura storica, come l'influenza più o meno spinta di regole desunte dal diritto romano e dal diritto canonico. Oppure, ancora, su ragioni di natura ideologica, come l'appartenenza di un sistema giuridico ai fattori componenti della identità nazionale (componente giuridica peraltro considerata del tutto influente dagli studiosi che hanno esaminato lo sviluppo storico della identità europea)⁵. O anche su ragioni di carattere pratico, come l'esaltazione delle differenze, la concorrenza tra ordinamenti, la sufficienza delle regole di diritto internaziona-

5 Cfr., ad es., AA.VV. *Identità culturale europea. Idee, sentimenti, relazioni*, a cura di L. PASSERINI, Firenze, La Nuova Italia, 1998; H. MIKKELI. *Europe as an idea and an identity*, Basingstoke, trad. it. *Europa. Storia di un'idea e di un'identità*, Bologna, Il Mulino, 2002.

le privato⁶, la normale convivenza di più modelli nell'ambito di uno stesso sistema, qualificato come "misto"⁷.

A parte l'*acquis* comunitario, che non potrebbe neppur sussistere se si negasse in radice la possibilità di un avvicinamento, di una convergenza, di una armonizzazione, è appena il caso di sottolineare che "i valori comuni dell' Occidente" sono riconosciuti dalla maggior parte degli studiosi⁸. In più, è facile sottolineare che, ancor prima che in sede comunitaria si assumessero le iniziative dirette a promuovere il "ravvicinamento", attraverso la circolazione o il trapianto di modelli, si era già messo in moto il processo che stiamo esaminando. Mi riferisco in particolare alla tutela del consumatore e del risparmiatore, nei loro rapporti con gli operatori economici (ad es., le banche, le assicurazioni, le imprese di distribuzione), al controllo amministrativo e giudiziale delle clausole di esonero da responsabilità e alle (altre) clausole vessatorie, alla risoluzione giudiziale delle questioni inerenti la sopravvenienza di circostanze che alterano l'economia dell'affare, e ad altre vicende in cui rispetto alla libertà contrattuale delle parti si è preferito tutelare il contraente debole e quindi introdurre limitazioni all'operare dei professionisti, considerati "contraenti forti"⁹.

Su questa affinità riscontrata nelle tradizioni giuridiche espresse dagli ordinamenti nazionali si è basata la Carta dei Diritti Fondamentali approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 (B).

Gli scopi pratici del "ravvicinamento", legati allo spazio economico europeo, sono enunciati dai considerando sub E, G, H, I, in cui si sottolinea che l'applicazione di regole affini agevola le compenetrazioni economiche del mercato interno, le operazioni transfrontaliere, la posizione dei consumatori, il raggio di azione delle piccole e medie imprese. Si assume, in altri termini, una valenza funzionale delle regole giuridiche, che per loro natura dovrebbero essere ritagliate sulle esigenze del mercato, cioè non porsi come ostacolo alla conclusione di affari e non costituire un peso (un "costo transattivo" come si denomina nell'analisi economica del diritto) per i loro utenti.

Ben consapevole della natura "scottante e delicata" della proposta (considerando c) il Parlamento si pone il problema della competenza ad intervenire

6 Tesi da ultimo propugnata da S. A. LORENZO SÁNCHEZ. *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.

7 Sul punto cfr. AA.VV. *The contribution of mixed legal systems to european private law*, a cura di J. SMITS, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001.

8 Cfr. STEIN e SHAND. *Legal values of Western Society*, Edimburgo, trad. it. a cura di A. MACCIONI, presentazione di A. GIULIANI, appendice di L. MOCCIA, Milano, Giuffrè, 1981.

9 Cfr. ad. es., AA.VV. *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Torino, Giappichelli, 2000; AA.VV. *Le droit privé européen*, diretto da P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Paris, Economica, 1998; AA.VV. *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, Cedam, 1997.

nella materia, che si rintraccia nella definizione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui all'articolo 65 del Trattato di Roma. In questo modo si superano le molteplici obiezioni sollevate dagli autori contrari ad iniziative simili, fondate sul rilievo formale secondo il quale le istituzioni comunitarie non avrebbero titolo ad ingerirsi del diritto sostanziale di natura generale.

Il Parlamento –constatato che molte direttive e alcuni regolamenti approvati in sede comunitaria creano problemi di coordinamento e quindi incertezza sulla disciplina da applicarsi ai rapporti dei privati– evidenzia la necessità di procedere ad un coordinamento, difficoltà che si presume potranno moltiplicarsi con l'ampliamento dell'Unione e con il diffondersi delle tecniche del commercio elettronico. In più –rilievo che interessa direttamente l'attività professionale forense– il Parlamento pone in luce il fatto che le discrasie menzionate non riguardano solo il diritto sostanziale ma anche il diritto processuale, in particolare la direttiva sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (n.º 98-27-CE), il regolamento sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (n.º 44-2001-CE), la legge applicabile in materia di obbligazioni (Convenzione di Roma del 1980).

Il Parlamento rileva anche che le direttive approvate in materia di diritto civile “provocano, se combinate con gli ordinamenti nazionali di diritto civile, taluni problemi” (sub n.º 3). È un'affermazione un po' criptica da cui emerge un dato fondamentale, ignorato dagli autori che si oppongono alla armonizzazione, e cioè che non è sufficiente coordinare le direttive, ma è necessario provvedere a che le discipline di attuazione negli ordinamenti nazionali siano il più possibile ravvicinate. Questa operazione implica che la terminologia, le definizioni, le nozioni, a cui le direttive fanno usualmente riferimento, non creino disparità di disciplina. Di qui, allora, l'esigenza di pervenire alla realizzazione di un quadro di principi uniformi, o, soluzione ancor preferibile, di regole uniformi di diritto sostanziale e processuale.

Ecco perché ai n. 7 e 8 della risoluzione si esprime la convinzione che “l'applicazione di diverse normative nazionali, europee e internazionali debba essere armonizzata in modo coerente”, e l'auspicio che sia creato un “diritto vicino ai cittadini”, “accessibile e rispettoso delle tradizioni affermatesi” e al tempo stesso in linea con le esigenze del mercato interno.

Particolarmente significative sono le critiche formulate alla Comunicazione della Commissione n.º 398-2001. Intanto, il Parlamento osserva che la Commissione ha limitato il suo esame al diritto contrattuale, mentre il mandato del Consiglio Europeo affidatole a Tampere avesse un ambito assai più vasto. Poi, sottolinea che l'armonizzazione non può consistere nel semplice mutuo riconoscimento delle norme nazionali; rileva come sia utile predisporre uno statuto giuridico europeo di tipo “opzionale”; insiste sulla esigenza di elevare il livello

di armonizzazione delle direttive in materia contrattuale, di completare la disciplina delle altre fonti delle obbligazioni, di procedere nel programma di ravvicinamento del “codice civile e commerciale” degli Stati membri, indicando le scadenze intermedie che dovrebbero portare alla redazione di un “corpus di norme di diritto contrattuale europeo”, anche sulla base dell’articolo 95 del Trattato di Roma.

In altri termini, pur accogliendo l’opzione (2) della Comunicazione, il Parlamento esprime la scelta più incisiva, l’opzione (4), da compiersi nell’arco di un decennio. A questo obiettivo si è dedicato, tra gli altri centri di ricerca, lo Study Group on a European Civil Code, i cui lavori sono oggetto di costante attenzione e discussione, presso di noi, da parte del Consiglio Nazionale Forense, ed ora vedono la partecipazione all’impresa della Associazione di Civilisti Italiani.

III. LE REAZIONI ALLA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE SUL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO E LA COMUNICAZIONE SULLA MAGGIORE COERENZA

Oltre alla posizione del Parlamento Europeo, ben 160 tra istituzioni nazionali, associazioni professionali e di operatori, centri di studio e singoli studiosi hanno risposto agli interrogativi posti dalla Commissione con la Comunicazione n.º 368-2001. Le opzioni ritenute da tutti accettabili sono quella sub (2) e sub (3), che implicano un miglioramento della produzione normativa della Comunità e la individuazione di principi comuni riguardanti il diritto sostanziale dei contratti. Molte riserve sono state formulate invece sull’opzione sub (4), peraltro prescelta sia dal Parlamento Europeo e dal Comitato economico e sociale, sia dal Governo italiano nonché dallo Study Group.

La Commissione —che procede con un ritmo più lento e cauto di quanto non faccia invece il Parlamento Europeo— ha perciò deciso di rinviare, possibilmente ad un libro verde o bianco, gli ulteriori passi da compiere al fine di identificare i settori nei quali la diversità della legislazione nazionale nell’ambito del diritto contrattuale può indebolire il corretto funzionamento del mercato interno e l’applicazione uniforme del diritto comunitario; nonché per migliorare l’attuale tecnica di legislazione comunitaria e sviluppare un piano di azione per un’attuazione programmata delle conclusioni strategiche della Commissione.

Queste iniziative sono raccolte, con un’ampia disamina della problematica, nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla “maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d’azione” (COM 2003, 68) del 12 febbraio 2003.

IV. IL “RAVVICINAMENTO” DEL DIRITTO CONTRATTUALE E DELLA DISCIPLINA DELLE ALTRE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI E LA PROFESSIONE FORENSE

Come accennavo in apertura, anche il CCBE intende proporre una consultazione agli organismi rappresentativi dell'Avvocatura—in primis agli ordini degli avvocati operanti nei Paesi membri dell'Unione—perché si esprimano sulle opzioni proposte dalla prima comunicazione e sulle considerazioni con cui si conclude la seconda comunicazione della Commissione nella materia che stiamo esaminando.

Le opinioni espresse dalle organizzazioni forense in ordine alla prima comunicazione, riassunte nell'appendice alla seconda comunicazione, sono le più varie, e in ogni caso non del tutto tra loro convergenti.

Quanto alle implicazioni per il mercato interno poste da una disciplina frammentata e disomogenea, la gran parte degli avvocati si è detta favorevole ad interventi legislativi di natura ortopedica. Alcuni autori dei contributi del Regno Unito hanno minimizzato il problema, essendo assai poco preoccupati dalla mancata armonizzazione, perché, a loro dire, i contrasti tra le disposizioni sono marginali, e quindi non richiedono un ravvicinamento degli ordinamenti nazionali; si è fatto riferimento agli ordinamenti misti, che consentono l'amministrazione delle controversie in modo efficiente, e si è soprattutto segnalata l'esigenza di affrontare in via prioritaria le divergenze delle discipline nazionali riguardanti i procedimenti civili. Si è invece sottolineata la difficoltà incontrata dalle piccole e medie imprese a destreggiarsi tra le discipline nazionali. In particolare, si sono individuati i seguenti problemi: lacune nella conoscenza dei singoli sistemi nazionali, anche nella loro componente processuale; differenze dovute alle norme imperative; incertezze relative alla legittimazione a contrarre, alla autenticazione dei documenti, alla forma degli atti, alle clausole di riserva della proprietà, alla cessione dei crediti, ad indennizzi e garanzie.

Quanto alla uniformità di applicazione del diritto comunitario si è osservato che l'attuale situazione presenta lacune nella trasparenza e nella coerenza delle regole. In particolare, si evidenziano le incoerenze legate ai principi generali e alla interpretazione e applicazione di clausole generali, come quella di *buona fede*, o le difformità di disciplina collegate con i diversi termini stabiliti per il *recesso* del consumatore dai contratti.

La quasi totalità degli operatori professionali —con l'eccezione della *Law Society of England and Wales*— ha manifestato contrarietà all'opzione (1), considerando che la soluzione che si affida alle dinamiche del mercato senza alcun intervento comunitario è del tutto inappagante.

Largo favore si è manifestato per la soluzione di armonizzazione blanda, l'opzione (2), che punta alla individuazione di principi comuni quali linee gui-

da per legislatori e giudici, nel rispetto delle tradizioni dei diversi sistemi giuridici nazionali, prodromica alla elaborazione di un codice modello. In particolare, si è chiesto di estendere l'ambito dell'intervento alla disciplina della proprietà e a quella della responsabilità civile. Minore interesse ha sollevato la semplice discussione di principi comuni e contratti tipo, perché aderenti ad una visione per così dire accademica delle cose e poco fruibile dal mercato.

Ovvvia l'adesione all'opzione (3) sul miglioramento della legislazione comunitaria, ma significativa la precisazione che di per sé questa misura non sarebbe risolutiva.

Anche l'opzione (4), che in modo più incisivo propugna la realizzazione di un testo uniforme di disciplina, ha ottenuto un largo favore, essendo marginale la posizione degli oppositori a questo progetto. Anche la *Law Society*, che pure si è avvalsa dei risultati di due indagini promosse dal Lord Chancellor sul mercato professionale forense in cui si evidenziano le penetrazioni del mercato inglese nel Continente e l'ampio uso del diritto inglese per la soluzione di controversie arbitrali con e tra parti straniere, nonché per la contrattazione internazionale, non esclude che l'opzione (3), comunque preferita, possa essere coltivata insieme con le opzioni (2) e (4).

L'opzione (4) implica innanzitutto una uniformazione della terminologia giuridica, la enucleazione di principi comuni in materia di contratti (anche pubblici), di diritto di famiglia e di procedimenti civili. Questi passi potrebbero essere i primi segmenti di un percorso diretto alla redazione di un testo uniforme nel campo del diritto civile e commerciale. Si tratta di un sogno che i risultati della Commissione LANDO, istituita all'inizio degli anni ottanta, e tuttora al lavoro, dimostrano realizzabile. Così come è in fase di realizzazione, ad opera della Commissione VON BAR, la progressiva estensione delle regole codificate alle altre fonti delle obbligazioni, ai contratti più usuali, ai servizi. Altri gruppi stanno lavorando al comparto assicurativo, ai servizi finanziari, alla famiglia, alla proprietà.

I confini giuridici dell'Europa progressivamente si assottigliano: e proprio uno degli elementi identificativi dell'identità europea potrebbe essere apportato dalla costruzione di un ordinamento di diritto sostanziale e processuale unitario. In questo caso, non si tratterebbe più soltanto di una rete di norme funzionali al mercato, ma di molto di più, coinvolgendo ideali e valori comuni. Si tratterebbe della "edificazione del giuridico" –la costruzione dell'immagine giuridica del mondo, come si esprime JAN M. BROEKMAN¹⁰ che integra la dimensione costituzionale, già iniziata con la Carta dei Diritti Fondamentali e ora in fase di consolidamento con la redazione del Trattato Costituzionale.

¹⁰ *A Philosophy of European Union Law*, Loeven, Peeters, 1999, pp. 430 e ss.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

*Janus quadrifrons. Quelques interrogations
sur le retour contemporain du contrat**

Lex mercatoria, chartes privées, codes de bonne conduite: notre temps se charge de nous envoyer des signes manifestes de retour en force du contrat dans la vie quotidienne. On pourrait ajouter l'irréversible déplacement de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques, l'importance du rôle joué par les corporations, le développement d'un droit négocié, la juridicisation croissante d'une normalisation technique, et autres marques similaires d'une mutation. Tandis que tendent à s'effacer¹ les régimes de régulation mis en place sous l'égide de l'État –et sous la tutelle de l'État providence dans les pays qui ont eu la chance de bénéficier de la protection étatique–, on voit fleurir en contrepoint de plus en plus de corpus normatifs obéissant à des règles de gestion privée là où l'État agissait, jusqu'ici, en souverain législateur.

Sur le terrain de la pratique juridique, c'est toute une transformation qui s'opère. Ne plus pouvoir se référer systématiquement à l'autorité de l'État, c'est être amené à inventer; le conseil l'emporte désormais sur la chicane; la négociation sur le conflit; la conciliation sur la dispute. Ce n'est pas un hasard si les études et recherches menées par les sociologues sur les professionnels du droit se développent autant. Une attention toute particulière est portée aux tâches qui incombent désormais aux conseils: non plus seulement l'assistance, la représentation en justice, la défense; mais, de plus en plus, le conseil voire la prise en mains des tractations et jusqu'aux médiations de plus en plus nombreuses. Plus que jamais, on prépare des contrats; on tente de prévoir et de régler par avance les responsabilités: décentrement du Palais, déjà déserté par une multitude de jeunes avocats qui passent leurs journées dans des bureaux, devant des ordinateurs. Le prétoire promet de n'être bientôt plus qu'un moment parmi d'autres, le plus succinct possible, dans la vie des professions judiciaires. Bref, le Conseil reprend le dessus chez l'homme de loi, afin de répondre à des attentes nouvelles: minimiser les risques; éviter des procès longs et coûteux lorsque l'issue paraît hypothétique; trouver des arrangements satisfaisants en termes de rapport coûts-bénéfices (y compris de temps). C'est un calcul qui, traditionnellement, est étranger à la logique, dominante en justice, du "gagne-perd"; un calcul qui relève d'une vision propre aux entreprises du secteur privé. Bref, ce que dévoile, au fond, le développement de la contractualisation des échanges, c'est le remplacement progressif de la suprématie de l'autorité publique par celle de la négociation privée².

* Ces lignes sont extraites, avec l'aimable autorisation de la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris), de *Gouvernants sans frontières, Critique de la raison juridique*, vol. 1, 2, à par., 2003.

1 Certains vont jusqu'à dire qu'ils sont "démantelés": cfr. p. ex. GUNTHER TEUBNER. "Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law", dans *Social & Legal Studies*, 9-3, 2000, p. 399.

2 Ou tout simplement, dans une perspective historique, le retour à la primauté de la négociation privée.

Ces transformations sont liées à celles du marché. Le libéralisme économique s'est doté de principes politiques solides dès le début des années 1990. Ce qu'on nomme le "Consensus de Washington" apparaît, de ce point de vue, comme une sorte de décalogue des institutions monétaires internationales. On trouve là la règle du jeu de l'économie de marché dans les divers domaines de la discipline fiscale, de l'ouverture commerciale, des investissements étrangers, des privatisations, de la dérégulation et du droit de propriété. Au nom de la première, est recommandé le combat contre la fuite des capitaux et la lutte contre la corruption. Des excédents continus permettent de combattre à la fois l'inflation et la fuite des capitaux. Des ajustements fiscaux permettront de diminuer prioritairement les dépenses en préservant le champ du social et les investissements comme infrastructure. Une réforme fiscale fera en sorte que le recouvrement des impôts soit simplifié et repose sur une ample base de contribuable. Pour favoriser les échanges, il est admis que ce sont les marchés qui doivent déterminer les taux d'intérêt, que les taux de change doivent être réalistes et favoriser les exportations, que les taxes douanières doivent être diminuées et ne doivent pas avoir d'incidence sur les biens utilisés comme incitation aux exportations. Puisque les investissements étrangers doivent être stimulés pour leur apport en capitaux et en technologie, la dérégulation doit être de règle: les entreprises nationalisées doivent être privatisées, parce que le secteur privé opère avec plus d'efficacité et qu'une régulation excessive peut favoriser la corruption et la discrimination à l'encontre des petites entreprises privées d'un accès à la bureaucratie publique. La propriété, enfin, doit être reconnue, dans le respect du droit des contrats et des lois en vigueur.

On devine, derrière l'ensemble de ces prescriptions, à la fois une certaine défiance à l'endroit de l'État, une faveur pour le retour à la contractualisation généralisée des échanges et l'importance du rôle attribué au juge. Seul, en effet, si l'État est en perte de vitesse, un pouvoir judiciaire fort suscite une confiance accrue. Il conviendra donc de préserver une réelle indépendance à la justice. Mais le législateur national a néanmoins sa place dans la mise en œuvre de ce nouvel ordre juridique. Il lui reviendra notamment, en vertu du principe de l'ouverture commerciale, de procéder à un "ajustement" des droits nationaux aux nécessités du marché global. Il lui appartiendra d'entreprendre les réformes fiscales nécessaires, de limiter les interventions étatiques, de procé-

A l'heure de la globalisation des échanges, il serait intéressant également de se poser des questions sur le dialogue interculturel entre systèmes juridiques: combien de contrats ont pu être manqués entre Européens et Chinois, par exemple, dans l'ignorance des différences primordiales sur la valeur de l'écrit et de l'engagement oral dans l'un et l'autre contexte.

der à la privatisation des entreprises publiques, de stimuler les investissements étrangers par des mesures adéquates. Le droit étant (re) devenu lui-même par essence un droit “privé”, c’est le contrat qui mène le jeu. Conçu comme “espace de compatibilité entre divers projets discursifs, entre des mondes d’entente différents”³, le contrat est le lieu d’émergence de discours sur les droits qui cherchent à s’institutionnaliser. À la limite, le droit privé trouve là “un contexte favorable pour se transformer en droit constitutionnel pour les régimes globaux de gouvernance privée”⁴. Une réflexion fondamentale mérite donc d’être menée à partir de là pour la constitution d’un droit privé qui corresponde à l’ère globale. Dans les lignes qui suivent, dédiées en hommage à un éminent civiliste, on se permettra, sans prétention, de livrer quelques pistes en théoricien du droit. Après avoir rappelé l’importance qu’occupe ici la pensée contractualiste, on relèvera le rôle majeur puis les ambiguïtés du retour du contrat et de la responsabilité dans le projet contemporain de l’économie néolibérale.

I. RETOUR AU CONTRACTUALISME: DE RAWLS À COASE

RAWLS demeure “la figure la plus importante de la réhabilitation contemporaine de la théorie contractualiste”⁵, même si l’on a pu écrire de sa tentative de développer un contre-modèle de l’utilitarisme qu’elle ne réussit à en donner qu’une “nouvelle esquisse ‘timorée’”⁶. Bien mieux, l’un des grands intérêts de la philosophie de RAWLS est qu’elle n’a rien d’une théorie pure. L’auteur tire lui-même, de ses réflexions, des conclusions pratiques. C’est ainsi qu’il a montré comment on pouvait étendre au droit international et aux institutions internationales les principes qu’il avait rationnellement élaborés pour une société d’êtres humains⁷. Il clame hautement que les gouvernements autoritaires ne sauraient être admis de droit comme membres d’une société internationale. Il le fait sur le fondement d’une distinction entre le rationnel et le raisonnable, l’un devant être, sinon dans l’absolu, du moins dans la gestion publique du quotidien, soumis à l’autre. Par “raisonnable”, on entend, *a minima*, le respect de l’autre (refus, par exemple, de toute tentation expansionniste), celui de la

3 TEUBNER. “Contracting Worlds”, cit., p. 400. On lira avec intérêt ses réflexions sur ce thème dans ID. “Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau”, dans *Droit et Société*, vol. 47, 2001, pp. 75 à 99.

4 D. “Contracting Worlds”, cit.

5 OTFRIED HÖFFE. *La justice politique*, pp. 5 et 246 respectivement.

6 Idem.

7 JOHN RAWLS. “The Law of Peoples”, dans *Critical Inquiry*, vol. 20.1, 1993.

justice, celui de la garantie à tous les citoyens du respect des droits de l'homme. C'est parce qu'ils ne peuvent être en accord avec une conception politique "raisonnable" de la justice que les gouvernements autoritaires doivent être écartés du concert des peuples.

PAUL RICEUR a souligné que la problématique de RAWLS procède de la conjonction entre une perspective délibérément déontologique en matière de morale et le courant contractualiste au plan des institutions où s'applique l'idée de justice; or, selon lui, la procédure contractuelle est une fiction. RAWLS rencontrerait au plan institutionnel la même difficulté qui s'attachait à l'idée d'autonomie chez KANT: "que la remontée à des présuppositions dernières s'arrête à l'attestation d'un fait, le fameux *factum der Vernunft*"⁸. Or, ce dernier n'est rien d'autre que la conscience que nous prenons de la liaison originaire que l'autonomie instaure entre la liberté et la loi. Par ailleurs, la place qu'occupe l'autonomie en matière de moralité individuelle, c'est le contrat qui l'occupe au plan des institutions. Il y a un fossé entre le statut de l'autonomie (ou auto-législation) individuelle et celui de l'auto-législation d'un peuple et sa justice institutionnelle. Alors intervient l'équité (*fairness* dans le langage de RAWLS), fiction chargée de la médiation entre l'une et l'autre et permettant de résoudre le problème du principe fondateur de l'auto-législation d'un corps politique. Ce concept se situe au-dessus de tout principe de justice en ce qu'il "caractérise d'abord et principalement la situation originelle du contrat dont est censé dériver la justice des institutions de base"⁹. C'est sur cette fiction de la situation originelle, liée à celle d'un contrat social entre personnes libres et rationnelles mues par leurs intérêts individuels, que repose la théorie de la justice de RAWLS. Paradoxe majeur de la *Théorie de la Justice*: RAWLS aurait fondé sa théorie de la supériorité du point de vue déontologique sur le point de vue téléologique en ne prenant en compte qu'une version téléologique particulière de la justice, celle de l'utilitarisme¹⁰.

C'est ainsi que l'équité a été symbolisée comme le principe juridique fondant un traitement égal de tous dans la répartition des bénéfices et des charges au sein de la société. JOHN RAWLS parle de *equality of fair opportunity*, d'une équité réalisable dans des circonstances qui ne seraient pas réduites à un droit simplement hypothétique¹¹. Surgit ici un paradoxe: plus l'État intervient pour

8 PAUL RICEUR. "John Rawls: de l'autonomie morale à la fiction du contrat social", *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990-3, pp. 367 à 384.

9 Idem.

10 Cf. JEAN-PIERRE DUPUY. "Les paradoxes de *Théorie de la Justice* (John Rawls)", dans *Esprit*, 1988-1, pp. 70 et ss.

11 JOHN RAWLS. *A Theory of Justice*, Cambridge, Belnap Press of the Harvard University Press, 1971, notamment §§ 14 et 46.

l'établissement de l'égalité d'occasions, plus il se tient éloigné de l'idéal de contractualisme qui caractérise l'état minimal. Il n'y aurait, ainsi, aucune raison logique d'imposer des interprétations juridiques communément valables (par exemple en matière de droits de l'homme). Cela signifierait qu'on ne peut attendre un comportement général identique de la part des institutions, qu'elles soient nationales, communautaires ou internationales. Mais, et c'est cela l'important, c'est bien la doctrine de RAWLS qui a été retenue comme fondatrice d'un nouveau contractualisme.

Une autre perspective, fondée sur l'approche économique du droit, mais qui conduit à des conséquences voisines, a été proposée par RONALD HARRY COASE, prix Nobel en 1992¹². Reprenant à son compte l'explication selon laquelle la liberté des échanges permet le meilleur usage des ressources, il eut la subtilité de l'étendre, bien au delà de la propriété, comme cela est en général le cas, à l'ensemble des droits subjectifs, droits de faire et de bénéficier de prestations comme droits de ne pas faire et de ne pas subir. Or, selon lui, seul le libre échange de ces droits assurerait l'efficacité de leur répartition initiale et de leur mise en œuvre. Cela donne raison aux tenants d'un droit minimal, qui présente l'avantage d'éviter la production de lois inefficaces, voire arbitraires. Cela pourrait bien expliquer, en outre, la tendance qu'on a notée, de la part des entreprises transnationales, par exemple, à éviter d'ester en justice lorsque surgit un conflit. Le marché, de ce point de vue, serait le meilleur moyen de parvenir à l'équilibre le plus juste, loin devant le juge, souvent mal informé, et qui représente une solution coûteuse et lente, quand les affaires requièrent, de plus en plus, la rapidité. On a là, en tout cas, à la fois une mise en cause supplémentaire de l'ordre juridique "moderne" (17^e-19^e s.), droit fondé sur la subjectivité et qui place l'individu au centre du système juridique¹³, ainsi qu'une explication rationnelle à des pratiques contemporaines qui paraissent si étrangères aux juristes.

II. CONTRAT ET RESPONSABILITÉ : VERS UNE RE-PRIVATISATION DU DROIT

Que la dilution du rôle de l'État et le développement de régulations semi-privées ou privées entraînent un renforcement du rôle du contrat, n'est pas fait pour étonner. On sait que vont se multipliant les chartes de conduite et codes privés;

12 PHILIPPE SIMONNOT. *L'invention de l'État. Économie du droit*, Paris, Les Belles Lettres, 2003, notamment ch. X, pp. 285 et ss.

13 Cfr., là-dessus, les travaux de MICHEL VILLEY, et la première partie de mon livre *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

que les modes alternatifs de résolution des conflits gagnent du terrain¹⁴. Par ailleurs, que le retour du risque et l'essor du standard de durabilité préparent le terrain pour un règne de la responsabilité¹⁵, n'a rien pour surprendre. Là où l'institution prenait le relais de la responsabilité individuelle et personnelle, tendant, à la limite, à créer une situation propre à l'infantilisation des citoyens, ces derniers sont appelés, individuellement ou au travers des organisations, à se responsabiliser à nouveau face aux dangers qui guettent la planète.

En redonnant à la sphère privée une dimension oubliée avec l'extension du rôle de l'État, le processus de globalisation invite à remettre en question la division du droit public et du droit privé¹⁶. Cela est sensible surtout dans les pays où le premier avait progressivement pris le pas sur le second. Les pays de *Common law* sont moins sensibles à ce phénomène. Mais la mutation est complexe. Il ne suffit pas d'affirmer que le droit public va régresser au profit du droit privé. En réalité, les choses ne sont pas aussi simples. Certes, le droit public est-il l'objet à la fois d'un recul et d'une progression – recul dû à l'abandon par l'État entrepreneur de domaines qu'il occupait jadis, et progression qui tient à la mise en œuvre de plus en plus fréquente de sa responsabilité. Mais le phénomène se complexifie dans la mesure où le droit public proprement dit le cède, dans bien des domaines, aux politiques publiques. Ces dernières, plus souples, faisant intervenir d'autres acteurs que le seul secteur public dans leur élaboration, flexibles dans leur mise en œuvre, susceptibles d'évaluations et de réorientations successives, connaissent une telle faveur que les États, les institutions de direction des blocs régionaux et les organismes internationaux ne jurent que par elles. Nombre de programmes de recherche financés au niveau national, communautaire ou des organismes internationaux ne connaissent plus le droit et ne cautionnent que des politiques publiques¹⁷. Les juristes publicistes, s'ils ne se rangent pas aux côtés des politologues, courent un risque de marginalisation. On leur concèdera volontiers l'hégémonie sur quelques domaines réservés de la plus haute importance, comme c'est le cas du droit

14 Cfr. notamment les contributions à la première et la troisième partie de l'ouvrage collectif *Les transformations de la régulation juridique*, JEAN CLAM et GILLES MARTIN (dirs.).

15 Cfr. p. ex. GILLES MARTIN. "Principe de précaution et responsabilités", pp. 415 à 421.

16 GUNTHER TEUBNER. "The Many Autonomies of Private Law", dans *Legal Theory at the End of the Millenium*, M. D. A. FREEMAN (ed.), vol. 51 de *Current Legal Problems*, Oxford University Press, 1978, pp. 393 à 424, insiste sur la déconstruction de la dichotomie public-privé.

17 Très clair dans le Programme MOST (*The Management of Social Transformations*) de l'Unesco, qui concerne au premier chef les mutations dans la régulation sociale: les offres ne parlent jamais de droit *stricto sensu*. Les quelques juristes qui ont réussi à y glisser un projet n'ont pu voir leur demande acceptée qu'en se référant ouvertement au but fixé: la réorientation de politiques publiques.

constitutionnel. Mais tout ce qui touche à l'administration sera amené à se transformer, au rythme des mutations qui attendent cette dernière et ne risquent guère de causer un développement de ce champ. Les disputes se réduiront probablement aux questions –majeures et considérables à vrai dire, et qui iront même quelque temps croissant– de la responsabilité¹⁸.

Quant au droit privé, son extension brutale et quelque peu imprévue entraîne de profonds bouleversements. Chaque jour, l'une de ses aires tend à se spécialiser dans une complexité croissante. Même le droit de la famille est sous le coup d'une tendance à la contractualisation¹⁹. Le droit des contrats et celui de la responsabilité ne seront plus ce droit simple qui tient en quelques articles du Code civil ou même de codes adjacents (assurances, commerce, consommation, sociétés, affaires, concurrence, travail, personnes, famille, baux et copropriété, construction et habitat, propriété intellectuelle etc.). Comme sous la houlette de *Janus quadrifons*, il va tendre à se développer aux quatre vents, sur quelques axes spécifiques.

Gardien des portes sous lesquelles passent les voies les plus fréquentées, contrôleur des entrées et sorties, détenteur de la baguette du portier avec laquelle il écarte le visiteur importun, Janus est aussi le dieu des commencements, celui qui préside au fondement de chaque entreprise: cette logique pourrait bien coïncider avec la rationalité juridique à laquelle nous amène le jeu du marché. Sur le *Forum boarium*, s'élève le fameux Arc de Janus, à quadruple passage, l'un des monuments qui nous est parvenu de la Rome antique dans le meilleur état de conservation. Deux axes que, par transposition à notre matière, nous dirons, l'un consacré à la régulation de marché, l'autre dédié à la réglementation juridique traditionnelle, aux transactions hors marché, aux alternatives au marché; sur chaque axe, une porte pour le contrat, une autre pour la responsabilité.

La thèse de la distinction entre les deux axes²⁰ est intéressante en ce que, pour une compréhension optimale des transformations du droit qui s'opèrent

18 Matière elle-même en mutation: cfr. MARCEL SOUSSE. "La responsabilité administrative entre régulation et réglementation", dans *Les transformations de la régulation juridique*, cit., pp. 359 à 374.

19 Cfr. *La contractualisation de la famille*, DOMINIQUE FENOUILLET et PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dirs.), Paris, Economica, 2001. Comparer avec la synthèse que faisait, à la fin des années 1970, MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN. "Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines", dans *Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 685 à 751. Voir encore LUIZ EDSON FACHIN. "A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. Da função pública ao espaço privado: aspectos da 'privatização' da família no projeto do Estado mínimo, a partir da realidade brasileira", dans *Anuário Direito e Globalização*, 1, "A Soberania", Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 207 à 219.

20 MARIE-ANNE FRISON-ROCHE. "La redécouverte des 'piliers du droit': le contrat et la responsabilité. Introduction", dans *Les transformations de la régulation juridique*, cit., pp. 279 à 292.

sous nos yeux, elle dépasse le quasi truisme selon lequel la grande mutation du droit contemporain proviendrait d'un retour systématique à l'ordre du contrat, sous l'effet de l'idéologie néolibérale, une contractualisation du droit particulièrement visible au travers de la multiplication des formes de médiation et de négociation, du développement des règles coutumières, d'une certaine flexibilité du droit. L'observation n'est pas fausse. Elle est un peu courte. Les sociologues juristes avaient depuis longtemps relevé ces traits caractéristiques d'un changement dans le droit, sans pour autant les lier au processus de globalisation des échanges.

Montrer, au contraire, que contrat et responsabilité sont à la fois objets d'une régulation de marché et obstacles à cette dernière²¹ pourrait ouvrir bien des perspectives pour comprendre les ambiguïtés qui s'accumulent sur ces concepts. Ces dernières tiendraient en partie à la quasi-disparition et à la redécouverte concomitantes de l'autonomie de la volonté, mouvements non contradictoires dans la mesure où "la puissance du marché qui participe à la première n'exclut en rien qu'une vie juridique existe"²². Ainsi, sous un vocable identique, nous aurions deux réalités: "ce n'est pas la même vie qui les traverse"²³.

Contrat et responsabilité sont les piliers de l'économie libérale lorsque, constituant des 'doubles juridiques' des objets économiques, ils sont objets d'une régulation de marché. Ainsi, peuvent-ils devenir des biens autonomes circulant sur des marchés spécifiques (marché financier des options, marché porteur de l'assurance, marché financier des produits dérivés, par exemple). Contrat et responsabilité forment, par contre, des obstacles à la régulation du marché lorsque la volonté des personnes l'emporte. L'accord de volonté des contractants engendre une relation juridique personnalisée dans laquelle l'objet économique est non pas un instrument juridique anonyme, mais la concrétisation des intentions des parties contractantes.

De l'Arc de Janus, les deux voies partent sur des axes antagoniques: *cardo* sous l'égide de l'objectivité; *decumanus* sous les auspices de la subjectivité. Car le marché veut de l'objectif, condition de la circulation, une position inconciliable avec le droit tel que nous l'a livré la pensée juridique et politique "moderne". Cette prise de position est, par contre, parfaitement adéquate si l'on remplace l'individu par le marché au centre de gravité du droit, si l'on en revient à la définition pré-moderne du *jus* comme rapport juste entre les choses²⁴.

21 Thèse et structure du texte de M.-A. FRISON-ROCHE cité ci-dessus.

22 L'auteur recourt aux notions de "vie de marché" et "vie aristocratique" pour désigner respectivement l'une et l'autre: *Id.* Ob. cit., p. 290.

23 *Ibid.*, p. 281.

24 Sur le glissement progressif de cette définition vers celle du *jus est facultas*, origine du subjectivisme

III. DE QUELQUES INTERROGATIONS MAJEURES

Au delà du droit *stricto sensu*, c'est la distinction même de l'espace public et de l'espace privé qui est remise en cause par le processus de globalisation. On rejoint ici nombre d'études qui ont déjà été faites sur ce thème. Les auteurs, même s'ils divergent parfois sur ces notions mêmes²⁵, s'interrogent sur le brouillage progressif de la distinction du public et du privé, illustré par l'effacement des repères axiologiques, le rapprochement des systèmes normatifs et l'imbrication des deux sphères. La délimitation du *secteur public* s'opère non point tant en termes de *fonctions* ou de *services*, que comme l'ensemble des moyens matériels mis à la disposition de l'État pour répondre à l'ensemble des besoins qu'il est prié de satisfaire pour autant qu'ils ne puissent l'être mieux par d'autres voies. Or, notamment avec les privatisations, conséquence de l'ouverture des marchés, c'est tout le service public qui se trouve remis en cause²⁶. Sur quel axe se trouve-t-on : celui du marché ou celui du vieux droit administratif ?

Le développement d'autorités administratives ne simplifie pas le tableau. Il est même très intéressant de voir la France dénommer couramment "autorités administratives" ce que, partout ailleurs, on nomme des "agences de régulation" (*agence* au sens de *bureau* ou organisme, et non pas de ce qu'on entend par *Administration* en droit public français). Avec le développement des privatisations, l'État s'est résigné, là où il intervenait autoritairement comme gestionnaire d'un service public ou d'une entreprise nationalisée, voire d'économie mixte, à créer des institutions chargées d'assurer la régulation d'espaces rendus à la liberté de commerce. En outre, une régulation de même type s'est

moderne, cfr. MICHEL VILLEY. "Les origines de la notion de droit subjectif", dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, ch. XIV (ch. XI de l'édition de 1962).

25 Les ambiguïtés de la distinction ont été relevées à juste titre par Y. RIZOPOULOS. "Privatisations et intérêt public dans les économies en transition", dans AA. VV. *Public-privé*, (CURAPP/Amiens), Paris, PUF, 1995, p. 135. Prenant l'exemple des pays d'Europe de l'Est, l'auteur montre la complexité de l'approche dans un système qui ne relève pas de la tradition continentale. Cfr. la livraison spéciale consacrée par les *Quaderni del pluralismo* au thème *Pubblico-privato. L'evoluzione del rapporto*, Torino, Giappichelli, 1996. TEUBNER. "The Many Autonomies of Private Law", cit., réexamine la grande dichotomie, renouvelant considérablement l'approche.

26 La mutation n'affecte pas seulement les pays qui ont connu un fort État providence. Au Brésil, par exemple, touché de plein fouet par la globalisation, la question est très débattue de savoir comment maintenir un service public lorsque l'institution qui l'assurait a été l'objet d'une privatisation, et si la transformation opérée n'a pas un impact sur la notion même de citoyenneté. Cfr. la troisième partie "Reforma do Estado", de CARLOS ARI SUNDFELD et OSCAR VILHENA VIEIRA (coords.). *Direito global*, MAX LIMONAD (ed.), São Paulo, 1999. Sur les mutations opérées dans le service public, cfr. COLIN SCOTT. "Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance", *Journal of Law and Society*, vol. 29-1, 2002, pp. 56 à 76.

avérée indispensable dans des domaines soumis aux impressionnantes mutations qu'on a pu observer dans les technologies. C'est ainsi que les télécommunications, l'audiovisuel, les données informatiques, le marché de l'électricité, les assurances, la Bourse, les marchés financiers se voient devenir l'objet d'une surveillance de la part de telles "autorités" (AAI²⁷) ou "agences" (selon les dénominations d'une culture juridique à l'autre) dont les États s'empressent d'affirmer (dans leur titre même, et même dans des cultures différentes de celle de la France) qu'elles sont *indépendantes*. Le fait mérite d'être relevé.

Or, ces autorités administratives indépendantes jouent un rôle majeur dans la production quotidienne de droit, tout en tendant à en changer la nature. Leur existence ajoute, en effet, de l'ambiguïté à la distinction de l'espace public et de l'espace privé. Cette multiplication d'agents normatifs ne fait qu'augmenter l'imbroglio des ordres juridiques étatiques et non étatiques. Leurs interventions relevant du contrat et non pas de la puissance publique, leurs décisions, dans la mesure où elles sont néanmoins soumises à l'autorité de l'institution judiciaire, acquièrent un caractère hybride. On se trouve dans un cas type de *droit réflexif*, qui se développe dans un État d'orientation caractéristique d'une société hypercomplexe.

Ce développement des autorités de régulation confirme un net déplacement de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques, qui apparaît également dans l'essor des comités impliqués dans le processus de production des politiques publiques européennes²⁸. Il s'agit là d'une création toute pragmatique. Le recours à ces comités s'explique par une conception de la balance des pouvoirs favorable aux États membres de l'Union Européenne. Malgré des critiques dues à leur manque de transparence, leur existence semble avoir contribué à accroître l'efficacité dans le processus de prise de décision, notamment dans la mesure où ils rassurent, garantissant, entre autres, la subsidiarité.

Mais ce qui obnubile les juristes, c'est la question de la compatibilité entre le pouvoir réglementaire exercé par un certain nombre d'organismes de droit privé et les attributs de la puissance publique: problématique assez typiquement française, probablement, mais au-delà de laquelle émergent deux conclusions propres à susciter des réflexions. Il est intéressant de relever, d'une

27 Entre autres, OLIVIER DUGRIP. "Les autorités administratives indépendantes", dans *Recueil de notices: Droit administratif et administration*, 10, Paris, La Documentation Française, 1988 ; ANNE-LISE SIBONY. "L'autorité de la régulation", dans *Les Annonces de la Seine*, 11 juillet 2002, n.° 44, pp. 1 à 4 ; ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 2002

28 ELLEN VOS. "The Rise of Committees", dans *European Law Journal*, 3-3, 1997, pp. 210 à 229.

part, des observations ayant trait aux problèmes posés en la matière par les conditions spécifiques de l'ordre social et économique, et, d'autre part, la permanence du contrôle de l'autorité étatique. Si des réglementations privées peuvent prendre utilement le relais du droit, ce n'est jamais, du moins dans notre système juridique, en marge de lui, encore moins contre lui.

Au titre de la production de plus en plus contractuelle du droit, il conviendrait, également, de mettre en valeur le rôle du monde associatif. Ce qu'on dénomme, en France, les "Associations Loi 1901" se constituent librement, sous la seule condition d'un dépôt en préfecture des statuts de l'institution, conçus dans la plus grande liberté –pourvu qu'ils ne violent pas les principes fondamentaux du droit et les lois pénales. Or ces statuts, comme les contrats de droit privé, ont force de loi entre ceux qui s'associent de leur plein gré. Il est même possible de porter devant les tribunaux un cas de non respect desdits statuts. Voilà donc une source de droit qui, certes, ne peut contredire celui de l'État –une contradiction éventuelle n'étant cependant pas relevée jusqu'à ce que quelqu'un en soulève l'existence– et qui s'ajoute à lui. Les collègues de cultures juridiques différentes extrapoleront sans difficulté.

Le grand développement des blocs régionaux contribue, à son tour, à la contractualisation des échanges. En fait, que la vocation de ces "régions" soit réduite à l'entente économique ou qu'elles témoignent d'une indéniable volonté de politique commune, il se produit inévitablement un ajustement structurel qui dépasse ces objectifs premiers. Cela se fait, au nom de la libre concurrence et de l'incontournable "loi du marché", par un développement des privatisations et une diminution des interventions de l'État. Le droit et les institutions juridiques nécessitent d'être adaptées à la nouvelle forme d'interaction économique. Désengagement de l'État, dérégulations, privatisation des marchés, développement d'un libre-marché international: tout cela contribue à promouvoir la *lex mercatoria* au détriment des droits nationaux. Des normes sont produites quotidiennement, qui assurent la promotion du libre-échange, s'imposent aux droits nationaux, s'érigent hors des législations étatiques ou inter-étatique en un véritable droit international du commerce. Un droit coutumier du commerce global se forme au quotidien. Les sociétés d'avocats se transforment en conséquence; une jurisprudence, même, s'établit, le plus souvent fondée sur des négociations consécutives à des conflits qu'on ne porte plus devant les cours. La *lex mercatoria* contemporaine prend naissance en faisant un pied de nez aux droits étatiques.

La négociation se retrouve encore dans les modes de production de normes qui s'opère en cas d'absence de manifestation de l'État. Cette mise en veilleuse de la création systématique de droit par l'État est, pour partie, certes,

la conséquence de l'impact des doctrines néo-libérales. La philosophie de la contractualisation générale des relations juridiques a développé l'opinion que le droit ne s'occuperait que du public: si l'on en croit certains auteurs, le contrat aurait remplacé le traité dans un monde sans guerre froide où les ennemis sont devenus des concurrents²⁹. Dans un monde qui retourne au contrat, pointe, ici encore, le concept de *droit négocié*, par opposition au droit imposé. Le premier relèverait de la tractation, du contrat, de la transaction, de la participation, renouerait avec l'idée de responsabilité. C'est l'extension de la privatisation à la majorité des domaines de la régulation sociale. Ce droit, négocié à la fois dans sa création et dans son implémentation, dévoile des acteurs à la recherche d'un nouvel équilibre.

Mais parfois, le mode légitime de dire le droit se retire de lui-même. Les dernières décennies du 20^e siècle ont laissé entrevoir un législateur d'un nouveau type, de moins en moins enclin à édicter des règles: ère, on l'a dit, de la dérégulation, de la déréglementation, de la délocalisation, de la déterritorialisation. La complexité de la gestion technique des collectivités locales a eu raison des réticences les plus souverainistes. Or, en mettant en place des plans d'aménagement territoriaux, en particulier, les autorités se sont trouvées confrontées à des volontés locales de coopération, notamment de la part de groupes d'intérêt, de défense, de sauvegarde, par exemple en matière de patrimoine de l'humanité et d'environnement. Apparaît, ici, le terme de "gouvernance", une gouvernance locale qui a envahi jusqu'aux pays traditionnellement les plus centralisés. Tout le monde y trouve son compte, depuis l'État qui, se désengageant, limite sa propre responsabilité, jusqu'aux collectivités territoriales, qui, libérées largement de la tutelle du pouvoir centralisé, récupèrent une latitude certaine dans la gestion locale.

Cette absence de droit étatique est, cependant, limitée. Comme on l'a vu, la perte de souveraineté est grandement un leurre. Moins d'État mène souvent à plus d'État. Une fois encore, c'est le rôle de l'État qui se trouve au centre des débats. Quelle part prend-il dans la construction, la définition et la réponse apportée aux problèmes nés des transformations contemporaines du concept de citoyenneté? De quelle manière le droit de l'État transgresse-t-il les frontières établies de longue date entre lui-même et la société? Comment facilite-t-il, ou au contraire complique-t-il ce genre de croisement, de profanation, d'entrelacement? Comment établir un droit étatique qui tienne compte à la fois des impératifs gouvernementaux et des revendications de la masse – en d'autres

29 Cfr. THOMAS L. FRIEDMAN. *The Lexus and the Olive Tree. Understanding Globalization*, New York, Farra, Straus & Giroux, 1999.

termes, comment un droit peut-il en même temps être dicté d'en haut et assurer la participation des intéressés?

On cite volontiers, en réponse, quelques-uns des éléments les plus apparents de ce défi: la fragmentation et la reconfiguration de l'autorité dans des hypothèses précises, comme le recouvrement de souveraineté par les pays d'Europe centrale et de l'Est après la transformation de l'Union Soviétique en Russie; le Traité Nord-Américain de libre échange; la construction d'une société multiraciale dans la République Sud-Africaine d'après l'*apartheid*; ou encore les transformations opérées par la vitalité du processus d'internationalisation des droits de l'homme dans cette fin de siècle. Mais, ce faisant, à quoi s'intéresse-t-on, sinon à la manière dont se façonne un nouveau visage de l'autorité; dont se créent de nouveaux modèles de souveraineté où s'affrontent des forces non seulement supranationales, mais aussi transnationales, de type non seulement économique et financier, mais aussi culturel, religieux, corporatiste ?

Le droit, là-dedans, a une spécificité: il est l'outil de contrainte dont dispose l'État pour exercer le contrôle qui lui appartient en propre. Il est "le" référent, l'unique décalogue légitime qui puisse éviter à une société de tomber dans le désordre et la confusion. Une régulation sociale ne peut s'affranchir des dispositions juridiques fondamentales qui définissent le caractère public de l'action, la répartition des rôles institutionnels, la légalité des actions, la légitimité des autorités de décision et de contrôle.

Il est vrai que pointe, ici, un risque grave: l'instrumentalisation du droit. S'y référer non point en tant qu'Écriture, mais comme outil d'implémentation de normes élaborées par ailleurs, qu'il s'agisse de compromis, de verdicts, de politiques publiques ou de programmes d'action... En cherchant à connaître la place et le rôle du droit dans ces transformations des modes de régulation, on finit par en arriver à se demander de quel droit il s'agit; jusqu'à quelles formes il peut prendre sans se délégitimer; à quels problèmes sont confrontées les institutions juridiques sur ces terrains où se manifeste une volonté de participation citoyenne trop souvent réduite à la contestation; dans quelle mesure le droit constitue un appui ou un frein dans ces transformations sociales.

Il est curieux, d'ailleurs, d'observer —on me pardonnera de raisonner sur le cas français, mais ce dernier me paraît pouvoir être considéré comme l'acmé de l'État providence— comment l'homme de la rue peut tout à la fois vénérer un Code Civil tout droit issu d'un Code NAPOLÉON fait pour les bourgeois, pour faciliter le développement du commerce, hypothéquer le moins possible les échanges économiques, c'est-à-dire fondé sur la primauté du contrat³⁰, et se

30 Cfr. mon livre *La regla del juego en la paz burguesa: ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*, BRIGITTE BERNARD (trad.), Maracaibo, IFD-LUZ, 1978.

rebeller contre l'idée que le processus de globalisation introduit de l'entente privée là où il était habitué à voir intervenir l'État. Le tollé qui ne manque pas d'accompagner chacune des vagues de privatisations ou autres manifestations d'un désengagement de l'État pourrait bien provenir moins d'une résistance, voire d'une révolte raisonnée, systématique et politiquement fondée contre la manière dont elles sont accomplies que, viscéralement, d'un réflexe contre le fait même qu'elles puissent avoir lieu³¹.

Bref, le retour en force du contrat, que nous pouvons observer avec l'emprise des doctrines économiques néo-libérales sur les actions et politiques publiques, ne va pas sans poser un dilemme au juriste: heureux de voir réhabilité le rôle de la volonté privée dans les relations juridiques; mais soucieux des conséquences que cela ne manquera pas d'entraîner dans la mesure où cela s'accompagne d'un affaiblissement de l'ultime garant du droit: l'État.

31 Crainte, dirait HAYEK, des conséquences de la perte de protection supposée offerte par la collectivité du fait du service public.

RAMÓN BADENES GASSET

La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación

I. INDICACIONES HISTÓRICAS

El más grande de los *desiderata* de la vida jurídica y social es el de la seguridad, y es cierto que fijando por anticipado las condiciones de sus negocios futuros cada una de las partes quiere asegurarse contra las fluctuaciones posibles del mercado. De ahí que se diga que “contratar es prever”. Sin embargo, es indudable que repugna a toda conciencia jurídica el mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor cuando debido a circunstancias altamente extraordinarias, que nadie pudo racionalmente prever, el deudor resulta notoriamente perjudicado y el acreedor, por el contrario, realiza un beneficio completamente inesperado e insólito.

Las teorías relativas a la excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones han sido elaboradas a principios del siglo xx, estudiándose y aplicándose con ocasión de las circunstancias anormales de la Primera Guerra Mundial, si bien cabe señalar antiguos precedentes.

Los jurisconsultos romanos, sin elaborar una teoría general, aplican sus principios. PAULO decía: *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*, que significa que en los contratos lo que interesa es el momento de la conclusión y no el de la ejecución. Y AFRICANO, en el texto de *Solutionibus et liberationibus*: *Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa meneat* (existe una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si permanece la misma situación que existía en el momento de la conclusión del contrato).

Los filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión, llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las que existían en el momento de contratar. En estos términos se expresa CICERÓN en *De officiis*, y más marcadamente SÉNECA, que en *De beneficiis* dice: *Omnia esse debet eadem, quae fuerunt cum promitterem, ut promittentis fidem teneas*, que significa que “para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa”.

Estas ideas de los filósofos romanos fueron repetidas por los canonistas de los siglos XII y XIII, y se aplican en el derecho canónico y en los tribunales eclesiásticos.

Los glosadores no se ocupan de esta cuestión, pero los post-glosadores recogen las ideas de los cronistas y comienzan a generalizarlas. BARTOLO declara que en todos los casos de renuncia se ha de presumir la cláusula *rebus sic se habentibus*, y después de él, su discípulo BALDO DE UBALDIS (1327-1400) estudia la glosa civil en combinación con la canónica y concluye aplicando las palabras *rebus sic stantibus* no solo a las renunciaciones, como hace BARTOLO, sino también a las promesas.

Desde entonces en las colecciones de los concilios se menciona ya la cláusula *rebus sic stantibus*, abreviación de *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

YASON DE MAYNO (1435-1519) extiende el campo de aplicación de la cláusula hasta las disposiciones de última voluntad, juramentos, etc., lo cual en esta época profundamente católica reviste excepcional importancia.

En el siglo XVI, ALICIATUS, precursor de la escuela histórica del derecho, profundiza aún más en la cuestión afirmando que la voluntad de las partes no puede ser modificada, pero seguidamente aclara las excepciones al principio general, y la cuarta es: “cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad”.

En el siglo XVII la doctrina y la jurisprudencia italiana (MANTICA y el Cardenal DE LUCA) completan la teoría estableciendo dos principios: 1.º Por su naturaleza la cuestión de la imprevisión solo puede tener aplicación en los contratos a término o de prestaciones sucesivas; 2.º Debe limitarse a aquellos casos en que la ejecución plena supone un perjuicio tal que constituye una flagrante injusticia.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX se produce una reacción contra la aplicación de la cláusula RSS, considerándose por algunos autores que se ha abusado de la misma y que no debe ser utilizada excepto en los casos en que el cambio de circunstancias afecta a una cláusula esencial del contrato o cuando ésta era la intención de las partes contratantes. Otros autores no se ocupan de la cláusula en cuestión.

El mecanismo de la cláusula RSS tiene el inconveniente de suponer en los contratos una cláusula tácita sobreentendida de que permanezcan para su mantenimiento iguales las circunstancias, constituyendo ello una ficción.

II. HIPÓTESIS DISTINTAS Y FIGURAS SIMILARES

Con el fin de perfilar con la mayor precisión el concepto del instituto de que tratamos debemos evitar hacer referencia, más que a los efectos de la variación de las circunstancias quedando intocada la esencia del acto jurídico, a casos en que éste se modifica por haber desaparecido alguno de los elementos que le dan vida.

No debe confundirse la excesiva onerosidad con otras hipótesis distintas como la culpa y el error. La culpa contractual consiste en la acción u omisión voluntarias, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación. La esencia de la culpa está en la falta de diligencia y prevención del autor del acto. El Código Civil define la culpa como “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a la circunstancias de la personas, del tiempo y del lugar” (art. 1104). Por tanto es de

observar que la culpa es una causa de imputabilidad y la excesiva onerosidad es causa de inimputabilidad.

En cuanto al error, es el conocimiento falso de una cosa o de un hecho, y su aplicación puede recaer sobre la declaración o sobre la formación del contenido de la voluntad. Aquí nos referimos a este último, que se llama error vicio o error propio, y no al error obstativo o impropio, que constituye uno de los casos de discordancia entre la voluntad real y la declarada. El error versa sobre los hechos existentes, vicios del consentimiento, y la excesiva onerosidad actúa sobre el porvenir.

Con respecto a las diferencias entre la excesiva onerosidad y otras figuras similares aludiremos a las tres siguientes:

1. *La lesión*. Se llama lesión el perjuicio que una de las partes experimenta a consecuencia de un negocio desventajosamente celebrado. Con referencia a los contratos onerosos, que es a los que principalmente se aplica la teoría de la excesiva onerosidad, se ha definido como aquel daño que se deriva del hecho de no recibir uno de los contratantes el equivalente de lo que da.

Las legislaciones modernas han tenido en general un criterio restrictivo en esta materia, y el Código civil español, abandonando la tradición patria, que había admitido la rescisión por lesión para todos los contratos onerosos, solamente alude a la lesión en supuestos muy especiales (arts. 1074, 1291 y 1469 a 1471).

En definitiva la lesión también es una teoría de *deductio ad aequitatem* pero mientras aquélla existe al contratar, la excesiva onerosidad es sobreviviente.

2. *El enriquecimiento sin causa*. En el derecho anterior al Código Civil impetró la doctrina romana de las *condictiones* recogida por las partidas y los antiguos tratadistas. En el Código Civil no existe una construcción unitaria de las *condictiones*. Sus tipos están esparcidos a través del articulado de aquél y con efectos distintos. Después de la publicación del Código Civil el Tribunal Supremo ha mantenido vigente la regla “ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otros”. El orden jurídico no evita que el desplazamiento se produzca, pero da medios para impedir que se consolida definitivamente si la atribución patrimonial se verificó *sine causa*.

En el enriquecimiento sin causa la causa no existe, en cambio sí existe en el instituto jurídico de la excesiva onerosidad.

3. *El abuso del derecho*, o ejercicio anormal del derecho, se refiere a derechos aparentes, es decir, a los derechos débiles de que habla STANNLER¹, a los derechos fantasmas a los que alude VOIRIN², y que según PICCARD³ sólo por una

1 *Tratado de filosofía del derecho*, W. ROCES (trad.), Madrid, 1930, p. 188.

2 *De l'imprevision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922.

3 *Le droit pur*, Paris, 1927, p. 303.

aberración de los juristas pueden ser tenidos como derechos. Por el contrario, en los supuestos de excesiva onerosidad el acreedor se ampara siempre en un acto jurídico firme.

III. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA

La justicia de la teoría aparece en la conciencia como vía de inspiración imperativa aunque permanezcan ocultas las razones técnico-jurídicas en las que tenga que apoyarse la conclusión a la cual se llega súbitamente por simple intuición.

A. EN LA VOLUNTAD

El famoso pandectista WINDSCHEID (*Die Voraussetzung*, 1850) formuló el concepto de la presuposición. Esta representa un término intermedio entre el simple motivo y el motivo elevado a la categoría de condición. Es en definitiva todo motivo realmente determinante. Pero esta doctrina fue objeto de serias objeciones por parte de PLENEL⁴, quien logró que se abandonase después de ser acogida en el primer Código Civil alemán ya que admitirla sería acabar con la seguridad del comercio jurídico. Sería tanto como imponer a la parte contraria una condición que ella no habría aceptado en el caso de haberse formulado la oferta condicionalmente. Sin embargo, inspirándose en la presuposición de WINDSCHEID se han formulado algunas teorías afines, a saber:

– RENARD⁵, ahondando en el estudio de las operaciones de la voluntad y valorando “el fondo” de la misma, ha llegado a sostener que cabe suponer en el acreedor una renuncia o transacción anticipada cuando sobreviene un cambio imprevisible.

– COGLIOLO⁶ afirma que el consentimiento está determinado en cada uno de los contratos por móviles (motivos internos) que normalmente no tienen influencia jurídica, pero que “entre el territorio de pactos expresos o tácitos de las condiciones del contrato y el territorio de los motivos internos hay una zona intermedia constituida por aquellos hechos objetivos externos que fueron el *abstractum*, que elevó a voluntad jurídica de los contratantes el consentimiento”. Ese estado de cosas –agrega– es para las partes tan cierto y necesario que no han creído indispensable estipularlo expresamente como una condición.

4 “La cláusula rebus sic stantibus”, *Revista de Derecho Privado*, 1940, p. 198.

5 *Le droit, la justice et la volonté*, Conferencia de introducción filosófica al estudio del derecho, París, 1924, p. 293.

6 *Scritti vari di diritto privato*, t. I, cap. “La così detta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti”, pp. 417 y ss.

– DUALDE⁷ afirma que las circunstancias sobrevinientes estaban excluidas (imprevistas es poco) de los conceptos constructores del contrato, y entre ellas la conciencia de las partes reacciona en sentido negativo, y caballerosamente se tiene que declarar que aquello (lo sobrevenido) no está comprendido en el área contractual.

– OSTT⁸ afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* es un problema de voluntad. Considera que la ley tutela las expectativas nacientes de los contratos en cuanto corresponden a las declaraciones de la voluntad, no de una efectiva *consapevolezza*, sino la normal de un contratante del tipo en cuestión en las condiciones económicas y sociales en que se desenvuelve el contrato; de esta forma admite un estándar. Esta teoría fue criticada por PUGLIESE⁹ quien aplica a la “voluntad marginal” los mismos defectos que a la teoría de la presuposición.

– OERTMANN¹⁰ ha sostenido una teoría parecida a la presuposición de WINDSCHEID y a la que él llama “base del negocio jurídico”. Si bien no se logra marcar una distinción más o menos clara entre lo que se entiende por “base del negocio jurídico” y las simples “presuposiciones”, la teoría de OERTMANN fue aceptada por los civilistas germánicos y consagrada por el Tribunal del *Reich* que en una serie de casos ha fundado el derecho de resolución por alteración de las circunstancias en la desaparición de la base del negocio.

La nueva teoría de la causa ve en ella no solo el fin abstracto y permanente del contrato (móvil específico), sino la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad (móvil impulsivo y determinate). Es fundamental por lo que se refiere a nuestro tema el concepto “unitario” de la causa. Con él se explica toda la vida de las obligaciones. Así entendida la moderna teoría de la causa, vemos cómo se vincula con las teorías que fundamentan la excesiva onerosidad con la voluntad, siendo WINDSCHEID, con su teoría de la presuposición, el padre de toda la concepción moderna de la causa.

HARTMANN (*Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, 1875) desarrolla, para solucionar el problema de que tratamos, la idea de que el vínculo obligatorio es un “estado de tensión”. Según este autor, el contenido del deber jurídico consiste no en la prestación, sino en un “deber de esfuerzo” para la consecución del objeto de la prestación. Si el deudor ha realizado el

7 “De la cláusula *rebus sic stantibus* a la relatividad contractual”, conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Barcelona el 24 de marzo de 1942.

8 “Appunti per una teoría della sopravvenienza. La così detta clausola *rebus sic stantibus* nel diritto contrattuale odierno”, *Rivista di Diritto civile*, 1913, p. 647.

9 “Laesio superveniens”, *Rivista di Diritto commerciale*, 1925, I, pp. 1 y ss.

10 *Die Geschäftsgrundlage*, 1921. Una concisa exposición puede verse en su *Introducción al derecho civil*, SANCHO SERAL (trad.), Labor, 1936, pp. 302 y ss.

deber de esfuerzo que se le impuso, el incumplimiento no debe serle imputable a pesar de que no alcance el objeto de la obligación.

BRUZIN (*Essai sur la notion d'imprevision et sur son rôle en matière contractuelle*, 1922), al exponer su teoría, nos habla de la “situación extracontractual”. Según él, el contrato liga a las partes como la ley misma, salvo cuando cambios sobrevivientes traen en la ejecución consecuencias que sobrepasan las previsiones de las partes al contratar, creándose entonces una situación extracontractual. Contra esta teoría se objeta afirmando que lo que hay es un hecho extra-contractual (realidad) y no una situación extracontractual (ficción), y esta simple distinción basta para desbaratar la teoría.

B. EN EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

GIORGI¹¹ trata de esta cuestión al estudiar la condición resolutoria tácita. El cambio del estado de hecho —dice— debe influir de un modo directo sobre el vínculo creado al alterar la relación de correspectividad; y afirma que razones de equidad y justicia distributiva exigen que la ley obligue al magistrado a restablecer el equilibrio legal, cortando toda desigualdad entre las partes.

Otros muchos tratadistas se expresan en parecidos términos¹², pero el principio objetivo de la equivalencia de las prestaciones es insuficiente pues los propios autores que defienden esta teoría se refieren a la equidad y a la justicia distributiva, lo cual evidencia esa insuficiencia.

C. OTRAS TEORÍAS

También se ha buscado el fundamento de la teoría de la excesiva onerosidad fuera de la relación jurídica, es decir, en elementos extrínsecos, a saber: en la moral, en la buena fe, o por extensión del concepto de caso fortuito.

Sin embargo, la más moderna doctrina de los autores se apoya en la revisión de los conceptos tradicionales. Hoy se explica el contrato como medio instrumental al servicio de la comunidad. Forzoso es que tomemos el contrato tal como se da en la vida, y reconociendo su complejidad nos elevemos sobre ella alcanzando un principio superior: el contrato función. La teoría de la excesiva onerosidad puede afirmarse que tiene una amplia y sólida fundamentación en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social.

¹¹ *Teoría de las obligaciones*, t. IV, Madrid, 1930, p. 216.

¹² Así MAURY. *Ensayo sobre el rol de la equivalencia en el derecho civil*, 1920; y abundantes citas de GIORGI.

IV. REQUISITOS PARA LA APLICABILIDAD DEL INSTITUTO

Se necesita que sobrevenga un hecho o una serie de hechos que se realizan mientras eran normalmente imprevisibles o, viceversa, no se realizan si eran normalmente previsibles. Los requisitos o condiciones exigidos generalmente por la doctrina son los siguientes:

1.º La imprevisibilidad, la cual se determina con el criterio del estándar al que seguidamente haremos referencia.

2.º Dificultad extraordinaria. CANDIL¹³ señala como circunstancias extraordinarias todas aquellas que produzcan un desequilibrio en el valor de una prestación superior al 30% en los contratos civiles y al 50% en los mercantiles.

3.º Ausencia de acción dolosa de las partes. La excesiva onerosidad no puede invocarse en los supuestos de delitos y cuasi-delitos ya que extrañando estas violaciones de la ley, su protección sería antisocial y antijurídica.

4.º El desconocimiento por el deudor del acontecimiento sobreviniente. Es de observar que la excesiva onerosidad puede aplicarse tanto en los contratos conmutativos como en los aleatorios ya que en éstos últimos hay un álea previsible pero también un álea imprevisible.

5.º Que no afecte al orden público. En realidad este requisito no se puede considerar como específico del instituto jurídico de que tratamos ya que es un principio de derecho universalmente admitido.

6.º La petición de parte interesada. La doctrina afirma que la aplicación de la excesiva onerosidad no procede de oficio.

V. MEDIOS DE APLICACIÓN

El modo más radical de aplicar la excesiva onerosidad consiste en anular el acto o contrato de que se trate. Pero hay casos en que la resolución, si es conforme a la equidad por librar al deudor de un gravamen excesivo, no lo es en cuanto le priva de los beneficios de la contraprestación. La resolución es un remedio heroico para la mitad del problema. La otra mitad sólo puede encontrar solución adecuada en la revisión.

Por último, el transcurso del tiempo muchas veces basta por sí solo para normalizar la situación, y de ahí la adopción en ocasiones del remedio de la suspensión o prórroga. La facultad en el juez de conceder una dilación al deudor cuenta con un antiguo abolengo. La introdujo el derecho canónico en la

13 “La cláusula rebus sic stantibus”, discurso de apertura de curso 1942-1943, Universidad de Sevilla, p. 57.

materia del arrendamiento, y fue después extendida a toda clase de obligaciones a fin de moderar la rigurosa regla del *dies interpellat pro homine*.

VI. INSUFICIENCIA DE LA NORMA. EL ESTÁNDAR

La insuficiencia e incapacidad de la norma deriva y se produce unas veces porque la ley no alcanza a prevenir todos los casos que surgen, otras porque la institución jurídica misma es inaprehensible en fórmulas; esto último acontece con la excesiva onerosidad.

El Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1467, prevé la posibilidad de “acontecimientos extraordinarios e imprevistos que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación en los casos de obligaciones de ejecución proseguida o periódica o de cumplimiento diferido; en tales casos podrá el perjudicado pedir la resolución del contrato que la otra parte podrá evitar ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del mismo”.

Sin embargo, siendo en todo caso la norma impotente se ha de acudir al estándar que muestra el tono medio de conducta social en relación con el ámbito variable del derecho. STATI (*Le standard juridique*, Paris, 1927) lo define así: “el procedimiento que prescribe al juez tomar en consideración el tipo medio de conducta social para determinada categoría de actos que trata de juzgar”.

VII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro Tribunal Supremo ha desarrollado un papel importante en la configuración del instrumento jurídico objeto de estudio esquemático de este opúsculo.

Relación cronológica de sentencias: 4 de junio de 1902, 25 de marzo de 1913, 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944, 5 de junio de 1945, 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 31 de octubre 1963, 15 de marzo de 1972, 16 de junio de 1983, 24 de enero de 1984, 22 de junio de 1984, 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985, 18 de febrero de 1986, 17 de mayo de 1986, 13 de marzo de 1987, 6 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1989, 4 de febrero de 1995, 19 de junio de 1996, 27 de diciembre de 1996, 10 de febrero de 1997, 23 de junio de 1997, 15 de noviembre de 2000, 20 de febrero de 2001, 28 de diciembre de 2001, 27 de mayo de 2002.

La doctrina jurisprudencial se contiene en las setencias que seleccionamos y acotamos ajustándonos al espacio de que disponemos sin infringir las normas establecidas por la organización de esta publicación.

A. SENTENCIAS SOBRE EL FUNDAMENTO OPERATIVO

Frente al principio tradicional clásico *pacta sunt servanda* y la no revisabilidad de las obligaciones, en que se basa toda nuestra legislación desde el ordenamiento de Alcalá [...] ha obrado la moderna doctrina resucitando la cláusula romana *rebus sic stantibus*, sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de la mayor parte de los países originan en los negocios jurídicos, sobre todo los convenios a largo plazo que divorcian la voluntad originaria de los contratantes de la realidad efectiva al momento de su conservación (Sentencia del 6 de junio de 1959).

La solución adoptada (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*) supone tan solo el aceptar como razonable una forma nueva de ejercicio de la prestación acomodada a las exigencias actuales [...] este debe ser asumido por el beneficiario para impedir un desequilibrio en el contrato e impedir un enriquecimiento injustificado (Sentencia del 9 de julio de 1984).

Tanto la aplicación implícita de la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus*, como la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de la equivalencia de las prestaciones o de la equidad al amparo del artículo 3.2 del C. C., no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse (Sentencia del 6 de octubre de 1987).

B. SENTENCIAS QUE EXIGEN GRAN CAUTELA EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

La jurisprudencia, atendiendo al respeto y efectividad que ha de concederse a los preceptos legales, pero no ajena a las exigencias de la realidad, cuando éstas llegan a constituir verdaderos imperativos de justicia, no ha podido por menos de admitir la posibilidad del reconocimiento de la cláusula, pero imponiendo severas restricciones a su efectividad por los evidentes e innegables peligros que su generalización representaría para la seguridad del tráfico contractual, la eficacia de la voluntad manifestada y el mantenimiento del orden jurídico (sentencias del 14 de diciembre de 1940, 13 de junio de 1944, 12 de junio de 1956, 21 de octubre de 1958, 6 de junio de 1959, 31 de octubre de 1963, 15 de noviembre de 2000, etc.).

C. EL REQUISITO DE LA IMPREVISIBILIDAD

Refiriéndose al carácter imprevisible del suceso que puede determinar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal Supremo ha señalado que “el evento que las partes pudieran evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos en

los contratos de tracto sucesivo [...] tales como la revisión periódica del contrato o cláusulas de estabilización y pago en especie para garantizar al acreedor de la prestación pecuniaria que la cantidad de recibir no resultaría afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no pueden integrar alteración extraordinaria, imprevisible e imprevisible (Sentencia del 15 de marzo 1972).

J A I M E B A L L E S T E R O S

La voluntad como elemento del acuerdo conciliatorio

El advenimiento de las llamadas “nuevas formas de justicia” en nuestro país, ubicadas todas dentro del concepto posmoderno de “justicia alternativa”, ha irrumpido en la última década con avasalladora y creciente fuerza en nuestras instituciones jurídicas. Mediación, conciliación, amigable composición, facilitación, y tantas otras denominaciones no siempre definidas y menos aún delimitadas, parecen haber generado una gigantesca ola que, a manera de tromba descomunal, pretendiera arrasar con los pilares de la justicia tradicional, y particularmente con todo lo que en ese marco pueda llevar el rótulo de “administración de justicia”.

Pero se observa también que, tal como sucede en una tormenta marina, donde las grandes olas traen consigo una estela de objetos y elementos que permiten analizar su esencia, su ruta y su contenido, este movimiento ha evidenciado la presencia de factores que no logran correcta ubicación en el escenario de la justicia y que afectan característicos elementos de la estructura jurídica actual. Es allí donde encontramos el ímpetu de sus contenidos voluntaristas, esto es, creer que los nuevos esquemas, por seguir lineamientos de aparente autonomía, no sólo constituyen una nueva justicia, sino que deben relegar la juridicidad a un segundo plano ante la magnitud del acuerdo entre las partes. Se proclama una independencia absoluta y se convence a la sociedad de estar en presencia de un descubrimiento con prescindencia del elemento jurídico, respaldado por la fuerza del consenso de los intervinientes.

“Lo importante es el acuerdo ya que con él se restablece el tejido social”. El derecho, a su turno, o mejor aún, la función legislativa, es reconocida como vehículo necesario para instaurar el nuevo modelo, pero no como elemento sustancial del mismo.

De otra parte, es sabido que el medio de promoción por excelencia de la justicia alternativa es el alejamiento de la justicia tradicional y la crítica a su aparato administrador. Preguntas como: ¿para qué acudir al juez, si el sistema sólo genera desgaste a sus protagonistas?, o afirmaciones como: “si no concilia, se verá obligado a padecer la tortura de la administración de justicia”, o “todo lo jurídico es estático e inhumano”, son recurrentes y características cuando se trata de impulsar los mecanismos alternativos. Pero lo paradójico radica en que los nuevos esquemas derivan su existencia de ese mismo orden establecido, ya que es la norma misma la que le imprime su fuerza, así se intente incluso a través de ella desconocer la prevalencia del derecho sustancial.

Por lo anterior el objeto de nuestro análisis será la conciliación, como elemento insignia de la justicia alternativa y como máxima expresión del consen-

so de las partes en la solución de un conflicto. Su respaldo constitucional y legal y la determinación de sus límites racionales.

I. LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Las figuras más representativas de la justicia alternativa, esto es, la conciliación y la mediación, poco tienen de novedosas ya que de tiempo atrás se han conocido en el medio nacional, en situación diversa tal vez, pero con idéntica o similar estructura. Veamos.

El primer antecedente que registra nuestro país data de 1825, cuando mediante la Ley 13 se estableció la conciliación como requisito para el juez, antes de admitir la demanda. El acuerdo así logrado constituía una obligación pública que ponía fin al litigio. En 1834, mediante Ley del 14 de mayo, se crean los jueces de paz con competencia para conciliar, sin que tales funcionarios pertenecieran a la jurisdicción, en un esquema muy similar al que hoy trae la Ley 497 de 1999.

La Ley 20 de 1921, antecedente del Código Sustantivo del Trabajo, introdujo la conciliación en materia laboral y su aspecto procesal lo desarrolló el Decreto 2158 de 1948 en forma facultativa, antes o durante el proceso; en materia civil aparece con el Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil, al consagrarla en su artículo 445 como parte de los procesos verbales, en tanto que en materia de familia, en 1976 la Ley 1.^a introdujo la figura en todos los casos de divorcio y separación de cuerpos. Podemos afirmar que con este panorama se cierra una primera etapa de la conciliación en Colombia, reafirmando su presencia ya tradicional en el medio colombiano.

Pero esta forma de conciliación tuvo siempre en el juez al protagonista calificado bajo cuya intervención las partes hacían concesiones mutuas en la resolución del conflicto. Se acogían formulas tal vez previamente pensadas y planteadas entre las partes adversarias, pero no culminadas por la presencia de una regla social no escrita: “sin juez no habrá solución posible”.

Y es que en Colombia, hasta hace muy poco tiempo, cualquier forma de diálogo o acercamiento entre quienes jurídica, procesal y potencialmente podían denominarse “partes” tuvo siempre un sabor agrídulce que por lo general se concretaba en una transacción judicial o un desistimiento. Si ocasionalmente surgía como reflejo del ánimo componedor del abogado y lograba ponerse fin al proceso, era entonces considerada como una actuación prudente del profesional frente a la fatiga propia de la *litis*, pero jamás se le perdonaba el no haber herido el orgullo del contrincante con el trofeo de la sentencia adversa. Al abogado “no se le contrataba para eso”, y conciliar se convirtió en sinónimo de debilidad.

Entre tanto los despachos judiciales comenzaron a atiborrarse de expedientes cuyo estudio y resolución eran cada vez más dilatados, y es entonces cuando, como resultado de todo este proceso, la administración de justicia se ve casi paralizada por la cantidad de expedientes y el Gobierno forzado a tomar medidas de “descongestión judicial”. Es acá cuando se inicia una nueva etapa de la conciliación en Colombia, con la expedición de la Ley 23 de 1991.

Por las anteriores circunstancias reaparece la conciliación, no como reflejo del avance cultural de los colombianos, sino como medida de emergencia para descongestionar los despachos judiciales. Cambia entonces por completo la noción: no se persigue ya el arreglo de las partes en conflicto para persuadirlas de que desistan de sus propósitos en aras de la unidad y armonía social, laboral o familiar, sino que se pretende acelerar ese mismo proceso con el objeto de agilizar la administración de justicia. El Estado entendió que si sus ciudadanos no lograban un acuerdo voluntario previo al juicio, lo mejor era brindarles un juicio rápido y sin mayor controversia. Y ello era positivo tanto para la administración de justicia como para el usuario, quien de todas formas seguía viendo en el ente estatal un elemento necesario de garantía y de presión para resolver su problema. ¿Y qué mejor que la conciliación judicial? La propuesta consiste en reducir el conflicto al máximo posible, destacando que lo demás es acuerdo; incluso se resalta “el acuerdo sobre el desacuerdo”. Se comprueba que la figura ha estado siempre adherida al proceso judicial con excepción de los jueces de paz creados en 1834, y hasta la expedición de la Ley 23 de 1991.

Digamos entonces que hasta este punto había dos posiciones asumidas por el legislador: la primera, la de evitar el conflicto procurando no avanzar en la instancia judicial por razones de armonía social y familiar, y la segunda, la de evitar a toda costa que el conflicto llegara a la instancia judicial porque esta se encontraba congestionada. Era como decir: “El Estado no evita los conflictos, acelera sus soluciones”.

Se explica entonces el porqué a partir de 1991 comenzó a formarse un nuevo movimiento tendiente a romper lo que muchos interpretaron como un monopolio estatal del derecho en la materia. Crear en el país una verdadera conciliación más allá de la simple descongestión judicial, pareció ser propósito nacional y para ello surgió el concepto de *alternatividad*¹. Lo que jamás se pre-

1 “Son varias las denominaciones que se suelen emplear para calificar la nueva situación: alternativas privadas para la solución de conflictos, mecanismos alternativos de justicia, solución extrajudicial de conflictos, solución alternativa de disputas. Se percibe fácilmente cómo cada una de ellas, al usar el adjetivo alternativos, ha expresado de inmediato que se está en un nuevo escenario”: MARIO JARAMILLO. *Justicia por consenso*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996, p. 29.

vió fue hacerlo más allá del orden jurídico. Pero también era esta una labor que le correspondía al derecho, es decir que igualmente la conciliación no judicial venía a través de la norma.

Una cosa era acudir a otros operadores jurídicos, distintos a los jueces, para desarrollar la figura, y otra muy distinta crear una especie de conciliación ajena al derecho y a sus postulados. Por eso se crearon los “centros de conciliación” y se facultó a determinados funcionarios para hacer conciliaciones en derecho, manteniendo siempre a salvo la juridicidad.

Fue indudablemente un acercamiento del Estado administrador de justicia con el ciudadano, para que fuera él quien solucionara sus propios conflictos con el concurso de personas distintas a los jueces. Se intentó hacer conciencia sobre la urgente necesidad de utilizar la vía judicial sólo para casos que realmente lo exigieran; se le dio mayor juego a la voluntad de las partes, hecho más tarde reconocido por la Constitución Nacional, y ante todo se reivindicó el rol de la voluntad personal, eso sí, dentro de los marcos legales permitidos. El panorama era entonces muy claro: 1. Los jueces no debían conocer de todos los litigios; 2. Los particulares ya podían resolver sus propios asuntos dentro de los límites legales establecidos genéricamente para la autonomía de la voluntad, y 3. El concepto de administrador de justicia incluyó a los conciliadores por mandato constitucional. En momento alguno se descalificó la labor del juez ni los contenidos normativos de sus actuaciones.

Pero ese panorama sufre un repentino cambio generado en teorías y posiciones fundamentadas en la socialización del conflicto, y es entonces cuando lo jurídico, pero especialmente lo judicial, comienza a ser visto como ejemplo de tozuda rigidez, de carencia de humanismo, de ánimo litigioso en sus operadores y de injusticia. El derecho pasa a ser parte del conflicto.

Digamos por lo pronto que una primera explicación radica en el orden de expedición de las normas reguladoras de la materia, aspecto que para el caso colombiano resulta muy curioso por haber generado alguna confusión, como lo veremos en seguida. Pero más allá de la confusión creada, aparecen vacíos que el derecho no puede cubrir, pero las ciencias sociales sí. La línea divisoria es cada vez más intangible y la conciliación y demás formas de justicia alternativa comienzan a fortalecer su presencia sobre una base eminentemente social.

A. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Brevemente mencionemos que la conciliación se consagra en el artículo 116 de nuestra actual Carta Constitucional al establecer que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la con-

dición de conciliadores o árbitros...”. Un aspecto que aún no ha sido aclarado por la Corte Constitucional es si el concepto de administrador de justicia se asimila al de juez, pronunciamiento de especial trascendencia, principalmente para el derecho de familia².

B. CONJUNCIÓN NORMATIVA

Normalmente en todos los sistemas jurídicos, primero se consagran unos principios constitucionales, luego se desarrolla la norma sustancial y por último se expiden las normas procedimentales. Pero curiosamente en Colombia, a partir de las reformas de finales de la década de los 80 y comienzos de los 90, la conciliación hizo el recorrido a la inversa: primero se reformó el Código de Procedimiento Civil mediante el Decreto 2282 de 1989, reforma que introdujo la conciliación judicial; en marzo de 1991 se expidió la Ley 23, entendida como ley fundamental y precursora en la materia, y 4 meses más tarde, en julio entró en vigencia la nueva Carta Constitucional que le dio ese rango a la figura.

Esto llevó a situaciones contradictorias en las que procesalmente era viable la audiencia judicial con posibilidad de conciliación, pero sustancialmente no. En materia de derecho de familia, por ejemplo, a las nulidades de matrimonio civile, a las privaciones de patria potestad, al desconocimiento judicial de la paternidad establecido en el numeral 2 del artículo 3.º de la Ley 75 de 1968 que requiere la aprobación del juez con conocimiento de causa, expresión que lo ubicaría hipotéticamente dentro del numeral 10 del artículo 435 del CPC, es decir, en el proceso verbal sumario. Cabe preguntarse: ¿podría haber conciliación en un desconocimiento de paternidad?, ¿cómo conciliar o negociar la patria potestad de los hijos?

Estos interrogantes nos plantean entonces la necesidad de reafirmar que, pese a que el procedimiento permite la conciliación sin observar si el contenido sustancial puede ser objeto de arreglo amigable, debe precisarse si la ley expresamente lo consagra para prohibirlo o permitirlo, o si debemos acudir a otros criterios para determinar la procedencia de la figura. Pero igualmente se obser-

2 En efecto, de entenderse que los términos son equivalentes, sería viable el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial en acta de conciliación a través de los defensores de familia del ICBF, de las comisarías de familia y de los centros de conciliación, escenarios a los que el público acude de manera espontánea para ventilar este tipo de asuntos. Lo anterior por aplicación del artículo 1.º de la Ley 75 de 1968 que dice: “El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: [...] 4. Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene”.

vó una indefinición de la línea divisoria entre lo conciliable y lo no conciliable y esta situación ha permitido todo tipo de interpretaciones. Lo único que parece cierto es que la voluntad de los particulares tampoco es ilimitada en los mecanismos de justicia alternativa. Veamos.

C. ¿QUÉ SE PUEDE CONCILIAR?

Surge el interrogante: ¿objetivamente es conciliable todo aquello que la ley expresamente permite?, o ¿lo que la ley, guardando silencio, no prohíbe?, o ¿subjektivamente es conciliable todo lo que sea susceptible de desistimiento o transacción?, o ¿lo que no implique alteración del orden público o de derechos de terceros?, o, ¿por qué no, los derechos que la ley califica como renunciables³, o los subjetivos?

1. El Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991 estableció que serían conciliables todos aquellos asuntos susceptibles de transacción o desistimiento.

2. Para la Ley 446 de 1998 (art. 65) lo serían todos aquellos asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley; es decir que sólo la ley podrá decir qué es y qué no es conciliable, si no es clara la posibilidad de desistimiento o transacción.

3. La Ley 497 de 1999, sobre jueces de paz y conciliación en equidad, señala que serán conciliables todos aquellos asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento, que no estén sujetos a solemnidades legales y en cuantía no superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. Y finalmente, la Ley 640 de 2001 dispone en su artículo 19 que serán conciliables todos aquellos asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación.

Se entiende entonces que se puede desistir, transigir y conciliar cuando se trata de derechos renunciables, como aquellos del artículo 15 del C. C. Pero no sucede lo mismo con algunos temas que no parecen admitir esta posibilidad, como se pasa a considerar.

Ha sido dogma jurídico que el estado civil sea imprescriptible, indisponible, inenajenable, etc. Pero es sabido también que el derecho, especialmente el de familia, tendrá siempre un altísimo contenido económico, presente en todos los casos de rompimiento matrimonial. Con excepción del artículo 407 del CPC que prohíbe expresamente el arreglo directo en el proceso de pertenencia, ¿po-

3 Art. 15 C. C.: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

dríamos conciliar en todo aquello que no está prohibido por la ley? Aparentemente no. Pero la consagración reiterada según la cual *se puede conciliar en los asuntos conciliables* resulta tan vaga como permisiva.

Digamos entonces que para conciliar se debe tener en cuenta:

- Que la ley no lo prohíba.
- Que se trate de derechos renunciables, o bien que sean susceptibles de transacción o desistimiento, es decir, aquellos que por su naturaleza revistan esa característica.
- Que el cumplimiento del acuerdo no atente contra el orden público o las buenas costumbres.
- Que su conocimiento no esté reservado privativamente a una autoridad determinada.

II. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Como hipótesis necesaria debe dejarse claro que los mecanismos de la justicia alternativa, trátase de conciliación, mediación, amigable composición, facilitación o cualquier otro propio de este sistema, son absolutamente voluntarios. Ninguna persona puede ser obligada a utilizar la figura, pues de su esencia se desprende que por tratarse de una negociación y un acto de disposición particular de intereses, que además pone fin a un conflicto, la concurrencia debe ser voluntaria. El elemento fundamental es la voluntad, entendida a la vez en cuanto concepto individual, es decir, la disposición, el querer de cada individuo para acogerse al sistema, y desde el punto de vista de sus efectos decisorios, esto es, el alcance del consenso logrado entre sí frente a terceros. Es el contenido mismo del acuerdo bajo el supuesto inicial de ser legalmente posible, es decir, acatar sin reservas los presupuestos de posibilidad mencionados en el acápite anterior. Pero él se deriva, como es lógico suponer, de una consagración legal que lo respalda. El acuerdo de voluntades por sí sólo no genera efectos más allá de sus protagonistas, previo examen de su legalidad y fuerza probatoria. De allí el por qué las contradicciones de la figura se originan, más que en discordancias entre la norma y los hechos, en la existencia de criterios legislativos distintos, plasmados en normas jurídicas, tema a estudiar más adelante.

De vital importancia en la justicia alternativa resulta la determinación precisa de cómo opera la autonomía de la voluntad si su funcionamiento es similar al de la relación contractual. No se puede creer que el particular evento de la conciliación presenta elementos propios que la individualicen.

Sea lo primero decir que a ningún mecanismo de administración de justicia o de resolución de conflictos le es permitido ignorar las disposiciones cons-

titucionales y legales que gobiernan la nación, y que por ende es indiscutible su absoluto sometimiento al orden jurídico. El hecho de que la justicia alternativa promueva la solución directa y pacífica de los conflictos, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Nacional, no le confiere autonomía alguna para desatender esta guía fundamental.

A. VICISITUDES DE LA VOLUNTAD EN EL SISTEMA

Como antes se expresó, el ámbito de aplicación de la conciliación permite abordar situaciones que aparentemente no serían de recibo en otro sistema de resolución de conflictos, es decir, situaciones novedosas frente a los esquemas conocidos en el proceso judicial. Pero la especial finalidad y configuración que poseen, hacen que algunas de ellas sean incompatibles con la naturaleza del derecho sobre el cual surge el conflicto o con el carácter absolutamente voluntario que, hemos dicho, es propio de la figura. Veamos.

I. ACUERDO PREVIO

Las disposiciones sobre conciliación extrajudicial, pero en general las pautas de la justicia alternativa, han sido interpretadas en el sentido de que las partes deben llegar ante el funcionario conciliador con el conflicto en su estado más crítico; es decir, que podría entenderse solamente viable la actuación del conciliador cuando en realidad sea su mediación la que pueda dirimir y desatar el conflicto mismo. Pero, ¿qué sucede si luego de surgido el conflicto las partes han llegado a un acuerdo previo que solamente desean revestir de garantías jurídicas? ¿Puede hablarse entonces de conciliación?

Consideramos al respecto que es perfectamente posible que el conciliador administre justicia limitándose a ejercer el control de legalidad del acuerdo correspondiente y aprobándolo de la misma manera que el juez aprueba en el proceso de jurisdicción voluntaria de divorcio o separación de cuerpos por mutuo acuerdo de los cónyuges. ¿Es que acaso el juez no administra justicia en estas eventualidades?

Se trata, por supuesto, de un reconocimiento al carácter voluntario de la figura, que también se encuentra presente en toda actuación judicial donde el juez aprueba disposiciones de particulares. En los dos casos las partes acuden voluntariamente; en ambos existe la posibilidad de objetar el acuerdo por parte del tercero, y en ambos los términos y condiciones acordados son obligatorios.

Puede afirmarse con absoluta certeza que si bien al operador de justicia alternativa no le es posible actuar coercitivamente sobre las partes o sus deci-

siones, en tanto el juez está dotado de instrumentos para hacerlo, este a su turno sí está facultado para respaldar los acuerdos directos que voluntaria y legalmente elaboren las partes en los asuntos de su competencia.

2. LAS ANTINOMIAS

Mencionábamos al plantear el tema de la voluntad de las partes que las contradicciones de la figura tenían su origen no en discordancias entre la norma y los hechos, sino en la presencia de criterios legislativos distintos, plasmados en preceptos jurídicos que resultan incompatibles. El Código Civil colombiano ha regulado esta eventualidad en su artículo 10.^o y puede afirmarse que la norma fue complementada con el artículo 228 de la Constitución de 1991⁴.

Estas contradicciones impiden ubicar correctamente otras figuras como el llamado “requisito de procedibilidad” o incluso la adopción de medidas cautelares como antesala a una audiencia de conciliación.

En efecto, son muchas las dudas e inquietudes que surgen cuando se trata de concordar las normas que regulan los nuevos mecanismos alternativos con disposiciones sustanciales preexistentes, particularmente aquellas referidas al alcance del acuerdo voluntario. Esta situación no tendría mayor trascendencia y aparentemente sería resuelta acudiendo al sistema previsto en la legislación civil. Pero sucede que las discordancias suelen ir más allá hasta tocar la esencia misma del interés que protege la norma, y es entonces cuando se requiere hacer acopio de argumentos de envergadura constitucional. Veamos el más ilustrativo de los ejemplos.

B. UNIÓN MARITAL DE HECHO: LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

La Ley 640 de 2001, “por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, establece en su artículo 35 como *requisito*

4 Art. 10.^o C. C.: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella. Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial, prefiere a la que tenga carácter general. 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo código, se preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de estos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial...”. Art. 228 C. P.: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”.

de procedibilidad la conciliación extrajudicial en derecho en los asuntos susceptibles de conciliación, para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativo, laboral y de familia

Así, según la norma, “realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del CPC o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

Es la consagración del respeto y la prevalencia de la voluntad de los particulares frente al proceso.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los asuntos de familia, el artículo 40 de la misma ley, señala que “la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos: “... 3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial”.

Llama la atención que la conciliación extrajudicial en derecho deba intentarse previamente a la solicitud de “declaración de la unión marital de hecho” cuando la norma sustancial, Ley 54 de 1990⁵, consagra precisamente todo lo contrario, esto es, la obligatoriedad de acudir ante el juez para que mediante sentencia pueda surgir tal declaración y en consecuencia producir efectos jurídicos. En este sentido han sido reiteradas la jurisprudencia y la doctrina al insistir en la negativa a permitir que este aspecto sea gobernado por la autonomía de la voluntad de los particulares⁶. Es una clara contradicción entre

5 Art. 2.º Ley 54 de 1990: “Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a *declararla judicialmente* en cualquiera de los siguientes casos...” (cursiva fuera de texto).

6 Doctrina. Es absolutamente necesaria la declaración judicial de sociedad patrimonial marital. “Tiene este carácter aquella exigencia de dicho requisito que de ninguna manera puede exonerarse y que, por lo tanto, resulta indispensable para que adquiera certeza y eficacia jurídica. A. Exigencia. Se encuentra consagrada en el encabezamiento del artículo 2.º de la Ley 54 de 1990 cuando preceptúa que “se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a *declararla judicialmente* en cualquiera de los siguientes casos...”. 1. Determinación. La decisión judicial no tiene una naturaleza constitutiva sino declarativa. 1. No constitutiva. La declaración judicial le da certeza jurídica a la sociedad patrimonial [...] b. Fundamento. Ello obedece a que la certeza jurídica mencionada no es requisito esencial para la existencia sino para la seguridad jurídica. 1. Antes de la sentencia. Indica que la sociedad patrimonial tiene existencia por sí misma desde el momento en que se reúnan las condiciones prescritas para ello, aun cuando no haya sido declarada judicialmente y, por lo tanto, también carezca de la referida certeza jurídica. Luego se tratará de una sociedad existente pero incierta ante el derecho y, por lo tanto, sin los efectos jurídicos que le otorga. 2. Con la sentencia. De allí que con la sentencia no nazca la sociedad patrimonial como tal, pero sí adquiere certeza y seguridad jurídica con ella. 2.1. Declarativa. Por el contrario, dicha decisión judicial le otorga dicha certeza pero declarativamente”: PEDRO LAFONT PIANETTA. *Derecho de familia. Unión marital de hecho*, Bogotá, Librería del Profesional, pp. 315 y ss.

disposiciones de carácter sustancial y normas de procedimiento contenidas en la Ley 640 de 2001, cuya resolución sólo es posible aplicando el artículo 228 de la Constitución Nacional ya citado.

Es sabido que en casos como el presente se requiere un pronunciamiento del juez constitucional sobre la norma cuestionada, manifestación que de ordinario debe hacerse mediante sentencia que defina su exequibilidad. Pero, ¿qué sucede si la disposición no ha sido demandada y el juez debe utilizarla? Digamos que en principio podría hablarse de la llamada “inaplicación”, entendida como excepción de inconstitucionalidad, recurso de suyo susceptible de utilizar por los jueces colombianos. Y si la situación no se presenta ante un juez, sino ante un conciliador, que por definición constitucional es administrador de justicia, ¿podrá éste aplicar la misma excepción? No puede perderse de vista que la norma en cuestión hace referencia a la “conciliación extrajudicial en derecho” y que, por supuesto, ella descarta la intervención del funcionario judicial⁷.

Consideramos que en tal evento y mientras no exista pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto, el conciliador o el director del centro al que pertenece podría negarse a adelantar el trámite, bajo el supuesto de tratarse de un asunto no susceptible de conciliación, y de hecho ello significaría consagrar la posibilidad de que en la conciliación se acoja la figura de la inaplicación de la norma como excepción de inconstitucionalidad.

CONCLUSIONES

1. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se construyen jurídicamente a partir del elemento voluntad y de la autorregulación de los intereses de las partes; por ello son esencialmente sistemas de autocomposición. Pero su “alternatividad”, como ingrediente político, no puede sustraerlos del marco jurídico constitucional de su entorno.

2. La voluntad como elemento fundamental presenta algunas posibilidades nuevas de expresión, que han sido recogidas por el derecho e incorporadas a los mecanismos de justicia alternativa, sin que ello signifique que se trate de otra justicia o de otro derecho.

3. La utilización creciente de los nuevos mecanismos de solución de conflictos y el reconocimiento constitucional de la figura han generado inquietu-

7 Pero las limitaciones a la voluntad de los compañeros permanentes no sólo se fundan en el derecho sustancial, sino también en su aspecto procedimental: en efecto, obsérvese que la Ley 54 de 1990 no prevé trámite específico para la declaración contenciosa de la unión marital de hecho y su sociedad patrimonial, menos aún para la voluntaria. En el primer evento la remisión al proceso ordinario es clara, por mandato del artículo 397 del CPC, que se refiere a aquellos asuntos contenciosos que no tengan previsto trámite especial. Pero, ¿y los voluntarios?

des en torno a la asimilación de sus operadores como jueces de la República, las cuales habrán de ser resueltas por el juez constitucional.

4. Con el transcurso del tiempo se ha ido desvaneciendo esa aparente rivalidad entre administración de justicia y derecho tradicionales, de una parte, y justicia alternativa, de otra. Los planteamientos político sociológicos de la justicia alternativa tienen su propio campo de discusión y no pueden ser antagónicos. Administración de justicia sólo hay una, y allí deben operar los sistemas llamados “alternativos”.

BIBLIOGRAFÍA

Agenda WMF Italia 2000. *III Congreso del Foro Mondiale di Mediazione*, Modica, Istituto Carlo Amore, Graphic Design, 2000.

AA. VV. *Mediación comunitaria*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2002.

CORAL QUINTERO, IGNACIO. *Elementos constitucionales y de teoría del Estado*, Bogotá, Librería El Profesional, 2000.

GIRALDO ÁNGEL, JAIME. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Bogotá, Coyuntura Social, mayo de 1995.

JARAMILLO, MARIO. *Justicia por consenso*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996.

MARTÍNEZ, NÉSTOR HUMBERTO. *Justicia para la gente*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.

MARRERO, JUAN LUIS. *Psicología jurídica de la familia*, Retos jurídicos en las ciencias sociales, n.º 5, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1998.

Ministerio de Justicia. *Eficiencia y acceso en la justicia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1993.

QUIROZ MONSALVO, AROLDO. *Manual de civil*, 2.^a ed., t. I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

CARLOS DARÍO BARRERA TAPIAS

El objeto ilícito

Tradicionalmente se ha sostenido, aun desde la época del derecho romano, que el objeto de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular debe ser lícito. En nuestro derecho civil este principio se encuentra incorporado en el último inciso del artículo 1518 del C. C., cuando se dispone que él no debe ser contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

Ahora bien, no se presenta problema para identificar el objeto ilícito cuando la ilicitud se da por contravención a la ley, en la medida en que ésta última suele (y además debe) ser taxativa en los casos concretos.

En nuestro derecho, aparte de los casos particularísimos previstos dispersamente a lo largo del Código, éste, en su artículo 1519, establece la norma general al disponer que “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”.

A continuación se menciona, a guisa de ejemplo, el convenio de sometimiento a una jurisdicción no reconocida en las leyes.

Más adelante se reglamenta de manera general la ilicitud del objeto, respecto de los actos de enajenación, estableciendo los siguientes casos.

I. LAS COSAS QUE NO ESTÁN EN EL COMERCIO

Nosotros pensamos que en este caso se está más bien enfrente de un caso de inexistencia por imposibilidad jurídica del objeto, que de nulidad por objeto ilícito, porque los ejemplos típicos que se suelen dar parecen encuadrarse mejor dentro de la primera de las hipótesis planteadas. Así por ejemplo, sobre los llamados derechos personalísimos no pueden recaer actos jurídicos de ninguna especie, y lo mismo podría afirmarse acerca del aire y del mar.

II. LOS BIENES EMBARGADOS

Lo primero que hay que anotar es que los bienes embargados pueden ser objeto de relaciones de derecho derivadas de actos jurídicos distintos de los de enajenación.

En otras palabras, ningún impedimento existe para que un bien embargado sea objeto de actos jurídicos y aun de contratos, con tal que no impliquen disposición o afectación del derecho de dominio sobre él, como sería el caso del comodato o el arriendo.

Lo que está prohibido es enajenarlo, es decir afectar el derecho de dominio del deudor sobre él, ya directamente, como en el caso de un contrato de compraventa, ya indirectamente, como sería el caso de constituir sobre él una hipoteca o prenda o entregarlo en *leasing*.

Pero inclusive la prohibición de enajenación tampoco es absoluta, en la medida en que suele permitirse en algunas hipótesis. Nuestro Código Civil contempla dos.

A. LA ENAJENACIÓN CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Se presenta y es llamada necesaria cuando la ley permite al juez autorizar el acto dispositivo sobre el bien, a pesar del deudor —propietario del mismo— y aun del acreedor que lo ha embargado.

Es el caso concreto de las ventas forzadas en las cuales el juez mismo, al autorizar el remate del bien, autoriza su enajenación o el permiso judicial que se da por el magistrado en los casos de procesos concursales.

Es de anotar que en estos últimos casos el “juez” puede ser, para efectos de la autorización, la entidad —en veces administrativa— a la que la ley encarga del procedimiento.

Así por ejemplo, la Ley 222 de 1995, al regular y radicar la competencia de los procesos concursales en los que se vean envueltas las sociedades comerciales, radica su competencia en la Superintendencia de Sociedades y faculta a ese organismo para autorizar las enajenaciones que hayan de hacerse en relación con los bienes del concursado.

B. LA ENAJENACIÓN CON AUTORIZACIÓN DEL ACREEDOR

Cuando un bien se encuentra embargado es claro que el acreedor que lo persigue disfruta del privilegio de que con su enajenación se le cancele preferentemente su crédito.

En estas condiciones, nada más natural que otorgarle el privilegio de autorizar la enajenación de la cosa, bien a sí mismo —como sería en el evento de una dación en pago— o bien en favor de un tercero que a su vez satisfaga el crédito.

En cualquiera de estas hipótesis, si no existiera esta facultad para el acreedor sería absolutamente peligroso para este solicitar el levantamiento de la medida cautelar para poder llevar a cabo la dación en pago o la venta, porque en el interregno entre el levantamiento y la enajenación otro acreedor podría embargar el bien.

En esas condiciones, lo que suele hacerse es obtener la autorización del acreedor, y una vez se ha realizado la enajenación y el bien se encuentra radicado en cabeza del adquirente, se solicita al juez el levantamiento de la medida.

En el caso de los bienes sujetos a registro, los registradores suelen exigir el permiso del acreedor por escrito y lo incorporan al folio de matrícula, antes de

proceder a registrar el acto de enajenación; una vez realizada esta y ya el bien bajo el dominio del adquirente, se obtiene el levantamiento de la medida cautelar y se registra.

III. OTROS CASOS DE OBJETO ILÍCITO CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO CIVIL

– Pactos sobre sucesión futura¹. Según nuestro ordenamiento jurídico, no es lícito hacer convenios sobre la sucesión futura por causa de muerte del alguna de las personas que participan en el acto jurídico².

Esta prohibición comprende, en primer término, los *pactos de institución*, es decir aquéllos en los que una persona se compromete a designar como heredera a otra, así como los de *renuncia*, es decir cuando una persona se compromete con otra a que renunciará a una herencia; también, finalmente, están comprendidos dentro de la prohibición los actos de *disposición* de herencia, es decir que alguien se obligue a disponer de sus bienes en determinada forma³.

– La venta entre cónyuges no divorciados⁴. Esta causal, común en la mayoría de las legislaciones, acaba de ser considerada inexecutable por la Corte Constitucional de Colombia sobre la falsa base de considerar que estaba encaminada a proteger a la esposa de algún aprovechado marido que la despojara de sus bienes, sin parar mientes en que lo que realmente persigue es en primer término proteger a *cada uno* de los cónyuges del otro, y además evitar las insolvencias fraudulentas mediante el expediente fácil de la venta entre esposos.

– La venta entre padre e hijo de familia⁵.

– La compra por parte del empleado público, de los bienes que se vendan por su ministerio⁶.

– La compra por parte de tutores y curadores de los bienes que administran⁷.

– La compra que efectúen mandatarios y síndicos, respecto de los bienes que administran⁸.

Por su parte, el Código de Comercio menciona los siguientes casos de objeto ilícito.

1 La aversión por este tipo de pactos es típica del derecho continental europeo y en cambio no es mal vista en el derecho angloamericano.

2 Art. 1520 C. C.

3 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. Ob. cit., p. 263.

4 Art. 1852 C. C.

5 Estas dos hipótesis están contenidas en el artículo 1852 del C. C. colombiano.

6 Art. 1854 C. C.

7 Art. 1855 C. C.

8 Art. 1856 C. C.

A. EL AUTOCONTRATO SIN AUTORIZACIÓN DEL REPRESENTADO⁹

Ya se ha comentado atrás la prohibición que tiene el representante de contratar consigo mismo, bien en interés propio o bien actuando en representación de las dos partes.

Esta prohibición a nuestro juicio enmarca el autocontrato sin autorización del representado dentro del objeto ilícito.

– *El contrato de seguro*, cuando accede a uno principal que tenga objeto ilícito¹⁰.

– *El seguro de responsabilidad profesional*, cuando la profesión del asegurado no goza de reconocimiento estatal, o cuando quien la ejerce no tiene la habilidad legal para ello¹¹.

– *El exceso doloso de la suma asegurada* en relación con el interés asegurable¹².

Nuestro Código de Comercio establece que en esta hipótesis se produce la nulidad del contrato de seguros, pero sin indicar el tipo de nulidad.

Aunque en principio se podría pensar que la mala fe que se exige se traduciría en un simple vicio del consentimiento, en verdad el problema es mucho más hondo porque la prohibición no va encaminada a proteger el interés particular del asegurador sino a preservar el principio general de que los seguros de daños no pueden ser fuente de enriquecimiento para el asegurado o el beneficiario.

Como este principio es en nuestro sentir de orden público, de allí se deduce que la nulidad a que se refiere la norma comercial es la del objeto ilícito.

– *La enajenación de acciones de sociedades anónimas*, cuando aquéllas se encuentran en litigio.

El artículo 408 del C. de Co., establece que para enajenar acciones cuya propiedad esté en litigio se requiere permiso del respectivo juez.

Esto quiere decir que la omisión de dicho permiso significaría que la enajenación se hizo contra prohibición legal expresa y por consiguiente tendría objeto ilícito.

Sin embargo, es bueno advertir que el punto no es tan claro porque también se podría pensar que lo que ocurre es que hay falta de plenitud de la forma solemne, y esto abriría la puerta a la ratificación del acto, lo cual no sería posible si se tratara de objeto ilícito.

⁹ Art. 839 C. de Co.

¹⁰ CARLOS D. BARRERA TAPIAS. *Los seguros y el derecho civil*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 35.

¹¹ Art. 1129 C. de Co.

¹² Art. 1091 C. de Co.

B. EL OBJETO ILÍCITO POR CONTRARIAR LAS BUENAS COSTUMBRES

En verdad acierta RIPERT cuando se lamenta de que tradicionalmente doctrinantes y legisladores suelen pasar por alto, sin mayor análisis, el tema de la ilicitud del objeto por ser éste contraventor de las buenas costumbres. Sin embargo, es bueno comenzar por advertir que el concepto mismo de dicha ilicitud nadie lo discute ni lo ha discutido jamás.

El primer escollo tiene lugar en la identificación de lo que se puede entender por “buenas costumbres”, porque, como también lo dice RIPERT, la mayoría de los autores prefiere pasar de largo sobre el tema¹³. El mismo autor y también PLANIOL, sin embargo, no vacilan en identificar las buenas costumbres con la moral¹⁴.

Realmente, se puede afirmar que los exégetas franceses soslayaron el tema lo más que pudieron, entre otras cosas por considerar peligroso para la seguridad del tráfico jurídico el otorgar al juez la trascendental posibilidad de anular un acto jurídico con base en conceptos tan eminentemente subjetivos como son los referentes a la moral.

Más tarde, bajo el influjo de la sociología, se pretendió instaurar un sistema de “buenas costumbres” cambiante según la época, las concepciones y las opiniones generalizadas predominantes en una sociedad y en un momento dado.

Esta noción se encuentra superada también, por considerarse que de cualquier manera, y aun admitiendo que hay algunos conceptos de carácter moral cuya calificación ha variado y todavía continúa fluctuando según la época, la civilización tiene ya por averiguados y probados muchos otros, que no admiten duda ni discusión.

Así por ejemplo, para nadie es dudosa la ilicitud de los pactos relacionados con la prostitución o con la remuneración por conductas que se deben cumplir en ejercicio de un deber.

La doctrina francesa, abocando magistralmente el tema, clasifica los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres de la siguiente manera:

1. Actos jurídicos relativos a la vida, al respeto de la persona, a la libertad y al matrimonio. Es indudable que en el contrato, al regular sus relaciones, las partes se imponen limitaciones a su libertad individual, bien bajo la forma de obligaciones, de cargas o de otros deberes. Sin embargo, estas limitaciones tienen que tener un móvil digno de respeto, laudable —como diría RIPERT—¹⁵.

¹³ GEORGE RIPERT. *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, La Gran Colombia, 1946, p. 41.

¹⁴ PLANIOL y RIPERT. Ob. cit., t. 6, p. 314.

¹⁵ “No podría validarse el contrato por el cual un hombre dispusiera de su vida por mero juego o estúpi-

Dentro de los primeros cabría destacar, por su actualidad, los pactos encaminados a la prestación de asistencia médica en el suicidio o en el aborto.

2. Enriquecimiento inmorale. En esta categoría caben el juego y la apuesta, las loterías, etc., y el fundamento de considerarlos inmorales consiste en la natural consideración de que el incremento patrimonial debe ser resultado del trabajo del ser humano y en el consecuente repudio al enriquecimiento sin esfuerzo.

El ordenamiento jurídico colombiano, siguiendo en un todo al Proyecto BELLO, comenzó por establecer, en el artículo 2283 del C. C., que el juego y la apuesta no generaban acción, y que en cambio el que perdía podía negar el pago mediante la consiguiente excepción. Sin embargo, y aplicando el principio “nadie puede alegar en su favor su propia culpa”, la norma negaba la acción de repetición en favor del perdedor que efectuaba el pago.

Empero, al legislador de 1887 le pareció preferible extremar aún más la sanción, y por ello el juego y la apuesta se encuentran teóricamente rechazados de manera lapidaria. En efecto, la Ley 153 de 1887 dispone al respecto:

Artículo 95. El juego y la apuesta no producen acción ni excepción.

El que gana no puede exigir el pago.

Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado.

Queda en estos términos reformado el artículo 2283 del Código Civil.

A esta norma general hacen excepción los juegos “de fuerza y destreza corporal”, según las voces del artículo 2286 del C. C.

Por lo demás, se considera dolosa la apuesta que se hace cuando existe de una parte la certidumbre de que determinado hecho se producirá o se ha producido ya¹⁶.

da apuesta, o se comprometiera a aceptar las violencias de otro o prestara su cuerpo para una demostración dolorosa o peligrosa, sin utilidad real. ¿No fue acaso una exageración de esa idea lo que hizo considerar en otro tiempo como inmorale el seguro de vida? [...] Si cada hombre puede y debe encadenar su voluntad a la ley del trabajo no es admisible que caiga bajo la voluntad de otro en virtud de un contrato, ya arrendando sus servicios para toda la vida –art. 1780 C. C.– ya comprometiéndose a observar cierta clase de conducta. Por este aspecto debe declararse inmorale la obligación de profesar determinado culto o de renunciar a las prácticas de otro, de adoptar una profesión determinada o de abandonar para siempre la que se ejerce, o de no ejercer nunca la que se desea, de habitar toda la vida en determinada ciudad o en tal casa”: RIPERT. *La regla moral en las obligaciones civiles*, cit., p. 43.

16 Art. 2284 C. C.

3. Actos jurídicos que vician el ideal moral por interés pecuniario. Existen vínculos de carácter moral y afectivo que por su misma naturaleza deben ser ajenos al tráfico mercantil y patrimonial.

La amistad, el afecto y los sentimientos en general no deben ser objeto de manipulaciones de carácter económico.

En ese sentido, son contrarios a las buenas costumbres las remuneraciones encaminadas a que una persona se valga de su amistad para con otra con el objeto de lograr beneficios para el promitente.

Se destacan también dentro de esta categoría aquellos actos, como el correaje matrimonial, “que envilecen los ideales al influjo corruptor del dinero”¹⁷.

También entran en esta categoría las remuneraciones por actos que resultan de la actividad normal de una persona.

Así por ejemplo, es contrario a las buenas costumbres el pacto según el cual un laboratorio se compromete con un médico a instalarle el consultorio profesional, a cambio de recomendar a sus pacientes los productos fabricados por aquél.

De la misma manera, se consideran ilícitos los pactos según los cuales un abogado recibe remuneración de un colega por la sola circunstancia de referirle un cliente.

4. Actos jurídicos que se encaminan a suprimir la responsabilidad penal o civil. Son nulos por contrariar las buenas costumbres los contratos y actos jurídicos encaminados a evitar que una persona asuma las consecuencias civiles o penales de sus actos.

En tratándose de la responsabilidad penal, el punto es clarísimo, porque nadie puede pretender eludirla a cambio de contraprestaciones en favor de otro que la asuma, y por su parte la víctima de un delito no puede renunciar a su persecución, máxime cuando las infracciones de carácter penal deben ser denunciadas por los particulares so pena de incurrir en el delito de encubrimiento¹⁸.

En esas condiciones no tiene importancia que la convención sea anterior o posterior al delito: en todo caso es nula.

En punto de la responsabilidad civil el asunto no es tan claro. No cabe duda de que cuando ella resulta de un comportamiento doloso posterior no puede haber convención que valga para exculparla. Siempre ha sido clara la inmoralidad del pacto para convalidar el dolo futuro.

Pero, *contrario sensu*, sí es posible exculpar una responsabilidad dolosa una vez haya ocurrido en atención a que en este caso ya el dolo se ha materializado

17 RIPERT. *La regla moral en las obligaciones civiles*, cit., p. 49.

18 Ley 222 de 1995 y art. 25 CPP colombiano.

en un derecho crediticio o personal del cual su titular, la víctima, puede disponer en forma omnímoda.

En resumen, es posible en materia civil realizar convenciones encaminadas a excusar el dolo pasado, pues estando de por medio solamente intereses patrimoniales la víctima de aquel tiene, en nuestra opinión, el más absoluto derecho de disponer de su derecho.

Sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad por culpa, la solución tiene que ser distinta.

En primer lugar analizaremos la tesis clásica francesa, la cual comienza por distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

En relación con la primera, los franceses admiten la clasificación tripartita de la culpa, y basados en ella construyen su tesis sobre la validez de los pactos de disminución de la responsabilidad, para concluir con la no admisibilidad de aquéllos que tienden a exonerar o a aminorar la del deudor, respecto de la culpa grave futura, por cuanto, para efectos civiles, esta se asimila al dolo.

En cambio, cuando se trata de culpa leve o levísima, no encuentra contradicción con las buenas costumbres y en consecuencia permite los pactos encaminados a exonerarla hacia el futuro.

Por el contrario, en tratándose de la llamada responsabilidad extracontractual, como en ella no se admite la clasificación tripartita sino que se basa en la existencia de un único concepto de negligencia —la no previsión del daño previsible— la prohibición sí resulta absoluta, de manera tal que se entienden contrarios a las buenas costumbres los pactos encaminados a exonerar a una persona de los daños que puedan resultar de cualquier negligencia suya.

Sin embargo, ello no impide que las personas puedan precaverse contra sus propias culpas futuras, buscando de alguna manera que otra persona comparta una eventual responsabilidad por este concepto, pero por supuesto sin exonerarse de él.

Es el caso de los llamados seguros de responsabilidad civil, en los cuales, sin eludir la responsabilidad por el hecho propio enfrente de terceros eventualmente damnificados, el asegurado busca que otra persona, el asegurador, comparta la responsabilidad de manera que los perjudicados puedan también dirigir contra él sus acciones resarcitorias.

Por supuesto que todo este tratamiento se refiere a responsabilidades futuras. En tratándose de aquéllas en las que ya se ha incurrido es claro que, si se permiten los pactos encaminados a exonerarlas aun cuando hay dolo, con más veras se admitirán en caso de negligencia.

En esas condiciones, siempre se admite la condonación de la culpa pasada y nunca se ha considerado que este pacto atente contra las buenas costumbres.

5. Estipulación de remuneración a cambio de un acto que debe cumplirse por deber¹⁹. Nadie puede pretender derivar algún lucro del hecho de seguir siendo honrado, y ser honrado consiste en cumplir con el deber, vivir honestamente y respetar la ley.

En esas condiciones, cualquier pacto encaminado a remunerar o a derivar alguna ventaja de la honradez resulta contrario a las buenas costumbres.

Es esta la razón por la cual se deben anular los pactos encaminados a que una persona realice actos a los cuales está obligada por deber legal o contractual: por ejemplo, el llamado “tráfico de influencias” o la remuneración a un miembro de junta directiva para que asista a una sesión, completando así el quórum requerido para tomar una decisión.

Como se ve, en estos casos hay un deber legal, por cuyo cumplimiento nadie puede exigir ninguna remuneración.

Pero también ocurre lo mismo cuando el deber es contractual. Tal es el caso frecuente en nuestro medio del arrendatario que se hace pagar una suma de dinero por restituir el bien arrendado, o del abogado litigante que remunera al empleado de una empresa para que le encargue la atención de procesos judiciales.

Así mismo, siempre se ha considerado contraria a las buenas costumbres la remuneración por no cometer un delito. En cambio, el pacto según el cual una persona *paga una suma de dinero* si comete un acto ilícito es válido pues a lo que está encaminado es a acrisolar la norma moral y no a ir contra ella. El ejemplo más claro es el de la cláusula penal, en el cual el deudor se compromete a pagar una suma de dinero si no cumple con una obligación. ¿Qué más ilícito que incumplir estas y, sin embargo, qué más lícito que la *stipulatio penae*?

19 RIPERT. *La regla moral en las obligaciones civiles*, cit., pp. 43 y ss.

J O R G E B A S A D R E A Y U L O

*Los inicios del derecho civil internacional o de la solución a
los conflictos internacionales: del sistema romano a Bartolus*

I. ANTECEDENTES SOBRE LA TEMÁTICA HISTÓRICA JURÍDICA DEL DERECHO CIVIL INTERNACIONAL O DE LA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE LEYES

Los principios que constituirían la base estamental de un futuro derecho civil internacional, con rasgos propios, eran casi desconocidos en la Antigüedad. Las notas esenciales sobre los conflictos jurídicos interlocales aparecen en esos momentos sin atisbos científicos. Así, en Grecia –constituida por múltiples ciudades-Estado– existió una diferencia ontológica entre los ciudadanos y los extranjeros, venciéndose evidentes prejuicios localistas, en aras de la bonanza comercial, para darle la bienvenida a los forasteros mediante normas promulgadas según el tiempo y el lugar en pro de la igualdad.

Estas ciudades-Estado establecieron diversos mecanismos de ayuda entre las autoridades judiciales para fijar la competencia en los litigios existentes entre personas de distinto origen, con prevalencia de principios territoriales. Nacieron así algunas instituciones jurídicas típicamente manifiestas, como la de la hospitalidad, de tan importante cuño, la misma que prestó facilidades para los tratos amistosos de los nacionales con extranjeros. La protección al forastero no enemigo recibirá en Roma el nombre de *hospitium*, institución jurídica que llegó a ejercerse mediante el acogimiento singular de un individuo por un grupo tribal ajeno como hijo de familia¹. Además, bajo la influencia de la filosofía estoica, quedó proclamada la igualdad de las personas, lo que facilitó el acercamiento de los pueblos.

Algunas veces, las ciudades griegas celebraban convenios de ayuda judicial entre sí, instrumentos que constituían las brújulas en los mares borrascosos para guiar a quienes administraban justicia en los litigios surgidos entre personas provenientes de diversas ciudades. En algunos casos, estos acuerdos contenían normas *ad hoc* de las materias interlocales que constituirían, en el fondo, lo que sería conocido posteriormente como normas de derecho civil internacional, a partir de los estatutos italianos. Algunas veces fijaban las reglas para ejercer actos de comercio, aunque no constituían un sistema jurídico ordenado con preceptos jurídicos autónomos.

1 El gran maestro español ALFONSO GARCÍA-GALLO en su libro *Antología de las fuentes del derecho español* menciona que “los celtíberos, en cuanto a sus costumbres, son crueles para con los malhechores y enemigos, y buenos y humanos con los huéspedes. Todos quieren dar albergue a los forasteros que van a su país y se disputan entre ellos para darles hospitalidad; aquellos a quienes los forasteros siguen, son considerados dignos de alabanza y agradables a los dioses”. La cita es extraída del escritor griego DIODORO DE SICILIA. *Biblioteca*, 5, 34.

El movimiento incesante de mercaderes traficando bienes como aceite, odres de vino, granos de cereal y hasta esclavos, ocasionó la existencia de algunos procesos sobre el movimiento de personas y la transferencia de cosas entre las ciudades-Estado, en donde no faltó la presencia de los conflictos de leyes: la territorial; la del domicilio; la del lugar de la celebración de los contratos, y la de la procedencia de los contratantes cuando eran entre vecinos de distintas ciudades para buscar soluciones en caso de existir colisiones de la legislación de una ciudad con la de otra, así como establecer las reglas sobre la competencia judicial. El pensamiento griego se inclinó hacia la política y no a la situación de los conflictos legales de diverso origen, por lo que no tuvo páginas atractivas.

II. EL SISTEMA ROMANO Y EL “IUS GENTIUM” O DERECHO DE GENTES

Dentro del sistema jurídico de Roma existió mayor cantidad de antecedentes, aunque muy empíricos, de un futuro derecho interlocal privado, cuando aparecieron las primeras demostraciones palpables de conflictos de personas provenientes de distintos lugares, donde existen tenues métodos de elección entre diferentes normaciones jurídicas con ingredientes de extranjería, si bien obviamente no fueron reconocidos derechos plenos a los bárbaros que merodeaban la frontera.

A. La primera fuente del derecho romano arcaico, después de la tradición de los antepasados, o la costumbre (*mores maiorum*), fue la obra escrita por un colegio de magistrados de ubicación histórica pre-republicana (451-450 a. C.) que preparó el célebre texto decenviral² que es conocido como la Ley de las Doce Tablas (*lex XII tabularum*) o ley decenviral. Esta legislación fue mantenida por el derecho posterior y nunca quedó derogada expresamente. La disposición legal citada fue centuria, como manifestación evidente del *ius civile*, del derecho propio de los ciudadanos romanos (*cives*) que constituían el *populus romanus*. El territorio romano comprendía el ámbito de todos los ciudadanos

2 MANUEL GARCÍA CALDERÓN KOECHLIN. “Derecho internacional privado”, copias de clases, texto a mimeógrafo, Lima, p. 48. De la vibrante pluma de este jurista están las copias mimeografiadas de las clases de derecho civil internacional, del año universitario de 1964 que circularon en San Marcos. Debemos aclarar que MANUEL GARCÍA CALDERÓN KOECHLIN y AUGUSTO ARZUBIAGA ROSPIGLIOSI recogen la idea de que el derecho civil internacional rigió en Roma. Creemos que si existió este sistema contuvo solo algunas reglas, aunque ellas eran muy simples. Más que una disciplina, en Roma, el derecho internacional privado estaba constituido sólo por conceptos aislados. Una opinión es que el derecho internacional privado empieza a sentar sus bases en el siglo XI. PAUL GRAULICH. *Principes de droit international Privé*, Paris, Dalloz, 1961, p. 4.

en cuanto a aceptar en sus relaciones las leyes extranjeras³. Entre sujetos de diversa nacionalidad era aplicado el *ius gentium*, que fue materia del pretor peregrino creado en el año 242 a. C. para la aplicación de leyes, diferentes especialmente en materia familiar.

B. Los *latinii* (del *Latium*) eran sujetos afines a los romanos con pueblos itálicos vencidos y participan en el derecho de Roma convirtiéndose en plenos *cives* durante el inicio del siglo I a. C. Con posterioridad en el tiempo, el derecho de latinidad (*ius lati*) fue concedido a los grupos no romanos como una estación intermedia y antes de obtener la ciudadanía gracias al acto político emanado del emperador VESPASIANO AGUSTO (73-74 d. C.). Entonces empezó a surgir una equivalencia jurídica de las personas, ya fueran romanos o peregrinos, rompiéndose las desigualdades existentes entre ellos.

C. Las personas que no eran ni romanas ni latinas eran extranjeros (*peregrini*) y por lo tanto sólo podían participar de forma parcial en el derecho de Roma; diferente era la situación de los *barbari* que estaban rodeando las fronteras del Imperio: estaban situados fuera del *orbis romanus*, en tierras de nadie, sin ser integrados o admitidos a la colectividad romana y por ende a su sistema jurídico. Estos *peregrini*, pertenecientes a pueblos aliados o amigos de Roma, estaban facultados para adquirir la *civitas* romana en las formas individuales o colectivas acostumbradas, como así fue concedida por el emperador CÉSAR a los pobladores de norte de Italia (*Gallia Cisalpina*). En cambio, el emperador AUGUSTO había preservado la ciudadanía romana de una persona como *status* especial, hasta que el emperador ANTONIO CARACALLA (212) la donó a todos los súbditos libres del Imperio en su célebre *constitutio Antoniniana*. A partir del siglo III, el derecho de Roma es territorial y quedan erradicadas las nociones de *cives* y *peregrini*, al obtener los extranjeros la ciudadanía⁴, salvo aisladas excepciones.

El *ius civile* quedó de hecho extendido a todos los habitantes del Imperio Romano, con lo que las diferencias de las personas entre ciudadanos y peregrinos desaparecieron por completo, convirtiéndose la ley romana en la única norma personal de todos los ciudadanos. Evidentemente, la *constitutio Antoniniana* de CARACALLA zanjó cualquier problema surgido entre nacionales y extranjeros y desapareció la reserva entre los ciudadanos. Operó entonces el llamado sistema de la territorialidad, por lo que el derecho romano regía en todo el Imperio, a despecho de toda diferencia por cualquier origen de las personas.

3 ADOLFO MIAJA DE LA MUELA. *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, vol. I, 1975, p. 83. ÁLVARO D'ORS. *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, Universidad de Navarra, 1975, p. 30.

4 Ídem.

D. El derecho romano civil constituyó una *facultas* circunscrita al reducido vínculo de la relaciones de los ciudadanos de Roma, principio que fue modificándose a medida que se dilató el desarrollo vasto del *imperium* y fue posible el contacto de los nativos con los extranjeros.

El sistema de la territorialidad del derecho encontró su reflejo en el sistema jurídico romano a partir del tercer siglo de la era de CRISTO, como patrimonio de la ciudadanía, y personal, aunque con los caracteres de una personalidad interna además de privilegiada, pues el extranjero no estaba protegido por su propio derecho ni tampoco podía invocar el sistema romano. Le eran aplicadas las normas del *ius gentium* a estas vinculaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos, o entre peregrinos originarios de ciudades diferentes.

E. La legislación romana experimentó dos influjos: las transformaciones sociales internas del *imperium* y las relaciones nuevas con los extraños a través de las conquista, el coloniaje, el comercio así como las novedosas necesidades del tráfico humano.

En cuanto a las causas externas de la evolución jurídica, ellas ocurren a fines de la era republicana romana e inicios del Imperio, y el *ius civile* toma una orientación nueva. Roma no vivía separada de otros pueblos, por lo que no le bastaba solamente el *ius civile* para fines jurídicos. Así, surge en el ámbito jurídico el *ius gentium*, que era una necesidad insoslayable de utilizar el derecho sin formas o rituales estrictos, reservado a los negocios y que practicaban las entonces llamadas naciones civilizadas. Este sistema de *ius gentium* era un rebrote del *ius naturale* o derecho natural sin abordar el derecho civil. No obstante ello, como quedó expuesto, el *ius gentium* constituyó un sistema jurídico material tanto para ciudadanos como para peregrinos, incompleto, dirigido fundamentalmente a las relaciones comerciales.

F. La legislación romana propiamente internacional constituyó más bien una adaptación de estas reglas extraterritoriales de acuerdo con las nuevas condiciones de la vida, modificada en virtud del trato cada día mayor con los extranjeros y en virtud de los cambios económicos, para constituirse en auténtica creación de Roma. Fue adaptado el sistema de la personalidad de las leyes y como patrimonio de la ciudadanía, aunque se trataba inicialmente de una personalidad interna y privilegiada pues el extranjero no se hallaba protegido por su propio derecho ni tampoco podía invocar el romano. Al peregrino le fue aplicado el contenido de *ius gentium*. Conveniente será subrayar que en Roma no fue aceptada la noción sobre la presencia de sociedades extranjeras ni existían resoluciones jurídicas extralocales que demostraran la presencia de evidentes rasgos de situaciones conflictivas en estos aspectos.

III. EL DERECHO GERMANO

El establecimiento en el Imperio Romano de los llamados reinos bárbaros modificó el panorama anterior puesto que cada etnia germana, como francos, visigodos, ostrogodos, suevos, bávaros, sajones, etc., siguió bajo el escudo de sus propias leyes y costumbres. Después de ocurrida la invasión masiva de gentes que derribó la égida de Roma occidental no quedó modificado para los pueblos germanos el sistema de solución a los conflictos legales. Los germanos, tras las invasiones voluntarias del Imperio Romano, introdujeron el llamado sistema de la personalidad de las costumbres y leyes dentro de las variantes tribales. Los conflictos “intergentiles” no condujeron a su discusión académica.

Los reyes visigodos, burgundios, bávaros, ripuarios y galos, entre otros, prepararon leyes romanas para sus súbditos, así como una legislación para los visigodos y borgoñones. Estos tenían la capacidad plena para adquirir y transmitir derechos conforme a sus propios hábitos y leyes para dejar las situaciones jurídicas como estaban antes de la invasiones, y así aparecen en el escenario jurídico la *lex Ripuaria* y la *lex Romana Burgundionum* de aplicación personal, esta última dictada por el rey borgoñón GUNDOBADO, en los comienzos del siglo VI con destino a la población romana sometida en el Mediodía de Francia, tierra fértil de viñedos.

Los germanos introdujeron en toda su pureza el sistema de la personalidad de las leyes inherente a cada sujeto manteniendo a los invadidos inicialmente sometidos al derecho romano, así como a la Iglesia Católica.

Al invadir masivamente estos bárbaros o *barbari* el Imperio Romano, en el siglo V, llevaron debajo de las monturas de sus cabalgaduras el sistema de la personalidad de las leyes, es decir, la regulación de sus relaciones y el juzgamiento de cada persona según los hábitos y costumbres de su propia estirpe o tribu (que fueron un sinnúmero: goda, visigoda, borgoñesa, franca, lombarda, etc.). Quedó así elaborada una nueva noción jurídica: la ley persigue a la persona como la sombra al cuerpo, siendo aplicable en consideración a la persona interesada.

Posteriormente en la historia, este principio cambió, siendo modificado por el sistema de la territorialidad de las leyes, en un afán de lograr la equivalencia entre los invasores y los invadidos, ya que el principio de la personalidad de las leyes fue desdibujado progresivamente a medida que la nueva gente olvidó las raíces remotas de sus orígenes.

Coexistieron leyes distintas en un mismo territorio, y así fue dicho que “en el año 807 d. C. a menudo sucedía que cinco personas se encontraran reunidas y entre ellas no hubiera dos que obedecieran a una misma ley”⁵. En las situa-

5 Citado por MARIO RAMÍREZ. *Derecho internacional privado. Teoría general*, Santiago, Jurídica Conosur,

ciones conflictuales, ¿qué derecho regía? Existieron reglas para estos casos, como el principio que la ley del padre establecía los derechos y las obligaciones de la familia; el hijo estaba regido por las regulaciones provenientes de la ley del padre; la esposa por la de su marido; el clero por la de la Iglesia; la sucesión quedaba sujeta a la ley del difunto, y los procesos, regulados según las costumbres del demandado. La capacidad para contratar fue normada por la ley personal de cada parte. Estos constituyeron los principios rectores que fueron asentados entre los invasores del Imperio Romano.

En lugares geográficos con mezcla de poblaciones, como fue el caso de Italia, la costumbre imperante era señalar en los contratos la ley aplicable para las partes contratantes. El tratadista MARTIN WOLFF explica que, por ejemplo, el vendedor era designado como uno *qui profitetur se lege salica vivere*, y una ordenanza real a fines del siglo XIII exhorta a los jueces a cargo del respectivo proceso preguntarle a las partes: *¿qua lege vivis?*⁶.

A. El distingo jurídico entre romanos y bárbaros quedó desdibujado progresivamente, y en el curso de los años del siglo X vislumbramos la existencia de cierta patente hacia la unificación jurídica. En el sur, la población mayoritaria de galorromanos utilizaba el derecho romano, y en el norte, donde éstos constituían una minoría, se formó un derecho consuetudinario, con bases germánicas. Podemos colegir que a partir del siglo X la unificación jurídica bajo el estatuto de la ley personal estaba lográndose, sobre la base de la distribución entre galorromanos y romanos.

B. El principio de la personalidad de las leyes ocasionó grandes inconvenientes. A fin de paliar las dificultades, hemos notado que estos grupos diversos de gentes idearon la figura jurídica de la *professio iuris*, que consistía en una profesión o declaración formal del derecho aplicable a un sujeto a pedido del otro, al empezar una determinada relación jurídica y para sus intentos de resolver las controversias que podrían presentarse en la fijación de la ley aplicable, como sucedió con un herrero de Bolzano quien hizo la profesión de vivir bajo la ley romana pero, no obstante ello, efectuó a favor de su esposa la donación *quo in teotonica lingua dicitur morgengab*⁷. Esta declaración de derecho no ofrecía seguridad alguna por ser arbitraria y potestativa.

1994, p. 62. La información del profesor RAMÍREZ proviene de la carta que escribió ABOGARDO, obispo de Lyon, a LUIS el Bueno.

6 MARTIN WOLFF. *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 21.

7 Citado por MIAJA DE LA MUELA. Ob. cit., p. 91.

IV. LA TEORÍA DE LOS ESTATUTOS ITALIANOS O SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS DE LEYES

La doctrina de los estatutos surgió en el norte de Italia a partir del siglo XI y fue velozmente propagada después a otras geografías⁸, para resolver las situaciones jurídicas que podían surgir entre las costumbres existentes en un mismo territorio, o entre las leyes y costumbres existentes en un mismo territorio, o entre leyes nacionales de distintos municipios autónomos. El fenómeno estatutario importó un continuado proceso jurídico, aunque los casos resueltos casi nunca fueron internacionales sino derivados de problemas entre distintas ciudades y comarcas que dependían de una unidad política independiente, como sucedió en el Imperio Germánico medieval o en la monarquía francesa en el siglo XVI. En la alta Edad Media, con el latín como única lengua, existían sesenta diferentes costumbres generales, como esfera de aplicación extensa, según ocurrió en Bretaña, Normandía, París, Orleans, con conflictos entre costumbres y jurisdicciones locales.

Debemos aclarar que los estatutos (*statutum*, *coutumes*, *costumes*) constituyeron los reglamentos generales de las ciudades lombardas autónomas que conferirían reglas para la vigencia del derecho privado, constituidas por un conjunto de leyes y costumbres, normas derogatorias del derecho común o romano y los usos imperantes reiterados no por una sola vez, sin que llegaran a existir notas comunes entre estas localidades, distinguiéndose en el fondo un sentimiento contra el principio de la territorialidad que después fue convertido en riguroso.

Las ciudades itálicas, entre otras Génova, Milán, Módena, Parma, Bolonia, Venecia, Perusa, Florencia, Pisa, Padua y Amalfi, mantenían intensas relaciones comerciales por algunos de sus habitantes quienes viajaban de una a otras con diversos estatutos o *statuta* autónomos auestas, con el sistema jurídico romano como sistema común, por lo que surgió gran cantidad de situaciones conflictuales de un territorio autónomo con el otro por el creciente intercambio de bienes tejido en torno a las diversas regiones.

A. Dentro de la categoría de los estatutarios, los llamados juristas glosadores, conocidos así por intentar buscar, comentar de manera escrupulosa, o propiamente glosar en formas aisladas, los principios jurídicos para solucionar casos concretos emanados de los textos romano justinianos, constituyen la célebre escuela de la Universidad de Bolonia. Esta escuela floreció entre los siglos XII y XIII y en su seno los juristas estudiaron febrilmente el hasta entonces olvidado *Corpus Iuris Justiniano*,

8 CARLOS ALBERTO LAZCANO. *Derecho internacional privado*, La Plata, Platense, 1965, p. 96. La postura en fijar la escuela estatutaria a partir del siglo XIV, en FRANÇOIS RIGAUX. *Derecho internacional privado. Parte general*, Madrid, Civitas, 1985, p. 112.

que llegó a estar vigente como derecho común utilizando a tal efecto la forma de glosas o comentarios aislados, e interpretaron los textos de la vida romana con estas anotaciones marginales que escribieron sobre diversas situaciones jurídicas adaptadas teóricamente al derecho romano que era la *ratio scripta* legada por Roma. En materia de derecho civil internacional, que era aplicado para solucionar conflictos legales entre personas de las distintas ciudades independientes, los juristas procuraron en principio combinar la personalidad con la territorialidad de las leyes.

Los glosadores más importantes fueron JACQUES DE RÉVIGNY (1274-1296), obispo de Verdún, quien distinguió las cuestiones conflictivas derivadas del derecho sustancial opuestas a la forma del procedimiento; PETRUS DE BELLEPERCHE (+ 1308), obispo de Auxerre, profesor en Toulouse y en Orléans y canciller de FELIPE el Hermoso; CINO DA PISTOIA (1270-1336), maestro en Italia y en Francia, y JEAN FABRE, el primer comentarista en establecer la competencia de la ley de la ubicación de las cosas como aquella que le permitía a un pariente ejercer el derecho de retracto de un bien vendido.

La solución académica a los conflictos de leyes y de jurisdicciones aparece, con las teorías de los estatutos, en las obras de estos glosadores y de los posglosadores o representantes de la escuela estatutaria italiana: he allí señalado el inicio del derecho civil internacional, y constituyen su partida bautismal al ser “calificadas” las normas jurídicas reales y personales en los casos de conflictos de leyes de manera empírica, usando el buen sentido y la equidad.

B. El primer estatutario en tratar este problema jurídico fue el *magister* ALDRICUS, autor de la llamada *Gran Glosa* de 1227, citada como fuente del derecho por jueces y juristas, quien llegó a preguntar: *quaeritur si homines diversarum provinciarum qual diversas habent consuetudines sub uno eodemque iudice litigan, utram earum [...] index sequi debeat*. Las respuestas de ALDRICUS a esta pregunta fueron farragosas y poco claras ya que el juez utilizaría la regla que le parecería mejor aplicada y de utilidad al caso en litigio, aunque marcan un singular hito en esta materia como comentario sistemático del derecho justiniano para la solución a los casos entre municipales.

La portentosa aunque difusa voz de este glosador se dejó oír inmediatamente con altura, y utilizó para dar solución a los casos conflictuales las frases *potior et utilior, debet enim indicare secundum quod melius ie visum fuerit*. En el fondo, el maestro ALDRICUS matizó su pensamiento con características requeridas por el derecho⁹ a fin de zanjar problemas surgidos ante el tráfico de personas y bienes, distinguiéndose el proceso y el fondo de la materia.

9 WOLFF. Ob. cit., p. 19.

C. La glosa del jurisconsulto FRANCESCO ACCURSIO (1185²-1263²), con su *Magna Glosa*, o *Glossa Magistrales* (1282²), escribiendo hipnotizado por la magia del derecho romano, dio lugar al estudio de los conflictos de leyes que son rastreadas en las páginas del célebre *Codex* de JUSTINIANO (tít. 1, lib. 1), expresando algunos conceptos esenciales sobre los límites de la aplicación de las leyes en una antigua Constitución emanada de los emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, titulada *De summa Trinitate et fide Catholica*, proveniente de la Constitución conocida como *Cunctos Populus quos Clementiae Nostrae regit imperium*, referente a la cual regía en su parte respectiva lo relativo al dogma de la Santísima Trinidad que fue redactada en estos términos: “De-seamos que todos los pueblos regidos por el imperio de Nuestra Clemencia profesen la religión que San PEDRO Apóstol enseñó a los romanos según declara hasta hoy la propia religión por Él mismo practicada y mandamos que observen esta ley quienes estén comprendidos bajo el nombre de cristianos católicos”. Este texto sobre el dogma de la Santísima Trinidad pretendió encontrar la base para solucionar los conflictos de costumbres y legales. Esta formulación constituía una norma canonista que era impuesta a los súbditos del Sacro Imperio Romano Germánico creado en el año 910 con más de cincuenta electores entre ducados y principados, donde ellos estuvieron bajo una religión que jurídicamente regía todos los aspectos del derecho privado civil.

En opinión del internacionalista JEAN PAUL NIBOYET¹⁰, estas palabras, dirigidas a determinar los límites espaciales del Sacro Imperio Romano Germánico, otorgaron bagaje preciso para disertar acerca de los límites de la aplicación de las leyes, ya que ACCURSIO¹¹ vivió sumergido en la época del florecimiento y

10 JEAN-PAULIN NIBOYET. *Principios de derecho internacional privado*, México, Editora Nacional, 1954, p. 209.

11 FRANCESCO ACCURSIO fue talentoso jurisconsulto italiano del siglo XIII, de la escuela de los glosadores. A pesar de la extraordinaria fama de que gozó, las noticias sobre su vida son inciertas y contradictorias. Nació hacia el año 1182 en Bagnolo, cerca de Florencia, o tal vez en esta misma ciudad en el seno de un hogar campesino, y murió en torno al 1260 en Bolonia. También es posible que hubiera sido llevado a esta ciudad después de ocurrida su muerte en Florencia, a donde se había trasladado hacia 1252 para desempeñar el cargo de juez, una vez que hubo abandonado la enseñanza en Bolonia, en cuyo Estudio General dio lecciones durante más de cuarenta años. En esta ciudad había seguido ACCURSIO los cursos dictados por AZÓN o AZONE, del que más tarde fue colega, y desempeñó cargos públicos, llegando a serle concedida la ciudadanía a él y a toda su familia. La vida de ACCURSIO es parca en detalles. Sus obras originales, escasas y de poca importancia, no habrían asegurado la supervivencia de su nombre; la extraordinaria fama de que gozó se debió a la amplia colección de glosas de los juristas anteriores y contemporáneos a ACCURSIO que éste compuso, y que fue denominada *Magna Glossa*, *Glossa magistralis*, o simplemente *Glossa ordinaria*, alcanzando incluso sanción legislativa. Se trata de una síntesis sistemática de las opiniones de los demás juristas de la escuela de los glosadores y de las suyas propias en torno a las diversas partes del *Corpus iuris*, compuesta de cerca de 100.000 glosas, algunas de las cuales son verdaderas monografías. Gracias a la obra de ACCURSIO, pudo conservarse una buena parte de la

esplendor de ciudades-Estados italianas como Milán, Génova, Pisa, Módena, Venecia, Perusa, Bolonia, Padua y Florencia. La citada glosa planteaba como hipótesis el caso de un boloñés que viaja a Módena y se le aplica el *Cunctos populus* según el cual en una entidad política la ley se aplica sólo a los súbditos. He allí el caso palpable de una situación conflictiva de las relaciones jurídicas, originándose numerosos conflictos de leyes y costumbres: entonces era preguntado a una persona cuál podría ser la aplicación de los estatutos de dicha época y el límite de su esfera pautadora.

Sobre la citada ley *Cunctos populus*, ACCURSIO escribió la siguiente glosa que, traducida al castellano, contiene la siguiente redacción: si un habitante de Bolonia se traslada a Módena no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra el contenido de la citada ley, “ya que queremos que todos los pueblos que rige el Imperio de nuestra clemencia, profesen aquella religión que enseñó a los romanos el divino apóstol PEDRO”. Entonces este ciudadano de Bolonia quedaba sujeto al imperio de las leyes de Bolonia. Esta Constitución tenía como supuesta la existencia de ciudadanos del Imperio así como los de los pueblos extraños. El pasaje citado fue utilizado con fines distintos al dogma católico al establecer el estatuto jurídico de personas con domicilios distintos, espacio vigente en los estatutos de Bolonia y Módena en una solución oscura pero que permitió corregir que una persona sólo estaba obligada a las leyes a que estuviera sometida en su ciudad de origen.

D. Los glosadores tuvieron principalmente cimientos teóricos embriagados por el *Corpus Iuris Civilis*. Estudiaron el derecho romano sin tratar de adaptarlo a las exigencias del nuevo momento epocal que vivía el hombre trashumante. En esos momentos había aparecido una sociedad nueva y floreciente en la esfera económica.

Los estudios jurídicos de los glosadores fueron profundos pero en el fondo desubicados frente a los acontecimientos de la realidad. Para los miembros de esta escuela, la legislación constituía una *ratio scripta*, y el mérito de ella fue realizar un estudio científico del derecho civil romano y sentar las bases científicas de un naciente derecho internacional civil más de sistematización que de creación.

producción de los juristas de la escuela de Bolonia, pérdida y dispersa en un gran número de manuscritos. La evidente utilidad en una obra de este género determinó el hecho de la indiscutible autoridad de que gozó ACCURSIO en el uso forense, plasmada en el adagio *quidquid non agnoscit glossa, nec curia agnoscit*. La *Magna Glossa* trascendió también a la enseñanza del derecho: después de la obra de ACCURSIO, el derecho justiniano era siempre estudiado con la *Glossa* de éste, la cual, como una especie de *Summa canónica*, se equiparó al texto de las *Pandectas*, prevaleciendo aquella en caso de contradicción entre un texto romano y la *Glossa*. Las ediciones del *Corpus Iuris*, especialmente del 1468 al 1627, contienen siempre la *Glossa* de ACCURSIO. Con la obra de éste se concluye el periodo de los glosadores, de cuya producción es aquella su síntesis más acabada.

V. LA EVOLUCIÓN DE LA ESCUELA ESTATUTARIA ITALIANA

Debemos hacer hincapié que el fenómeno que condujo a la civilización europea actual fue el renacimiento de la ciudad, la organización independiente de la comuna, y el periodo de la revolución ciudadana. Frente al poder feudal, apareció el dicho de “el aire de la ciudad hace libre”. El hombre con tal estatus es el ciudadano. El ayuntamiento viene de ayuntarse, reunirse en juntas para tratar algún asunto y dictar normas jurídicas. La historia urbana es la del comercio, el florecimiento de las universidades, la naciente banca, la manufactura y la autonomía. La historia europea viene a ser descrita, como hizo el eminente historiador contemporáneo FERNAND BRAUDEL como la de las “ciudades-mundo” que se van sucediendo como centros de “economía-mundo”.

Ocurrió así que en los años iniciales de la Edad Media las diferencias jurídicas entre los habitantes de las ciudades del norte de Italia, como Milán, Bolonia, Florencia, Génova, Padua, Pisa y Venecia, fueron notorias entre sí al crecer en riqueza y comercio, ya que cada una de éstas adoptó leyes y costumbres en larga sucesión después del siglo XII. Los comerciantes empezaron a realizar un intenso tráfico de mercaderías y de bienes entre ciudades. Cada una de estas personas estaba con frecuencia sometida a sus normas propias, *coutumes* o *recorded costumes*, que sumaban muchas centenar. El derecho romano venía a ser aplicado de manera subsidiaria o supletoria, dentro de un criterio analítico.

Hacia el movimiento del hombre para buscar la solución jurídica de los conflictos y adoptar soluciones de carácter romanista apuntaron los estatutarios o posglosadores italianos de la escuela de Bolonia entre los siglos XIII y XV, aceptando en cierta forma el principio de la extraterritorialidad de las leyes y costumbres para satisfacer los requerimientos del comercio exterior. Era una necesidad impuesta al derecho adoptando las necesidades locales del Imperio extraídas de las leyes del momento.

A. A tal efecto, en el siglo XIII, el jurista JACOBUS BALDUINI (1235 - ?) diferenció las leyes adjetivas existentes en el proceso frente a las leyes de fondo de carácter material, es decir, surgió el *distingo* entre lo sustantivo y lo adjetivo en materia jurídica. El fondo de la cuestión controvertida fue distinguido del procedimiento. Así fueron resueltas por la *lex fori* o ley del juez en la parte procesal, pero para conocer el fondo del asunto controvertido podía ser invocada la ley de otra comunidad.

Por ejemplo, resulta mencionado que las autoridades de la ciudad de Parma habían prohibido el paso de trigo y carne comestible, bajo pena de confiscación. Un ciudadano proveniente de Reggio hizo caso omiso de este precepto y

pasó estos bienes por la ciudad de Parma. La solución fue que este hecho no era punible porque tal prohibición emanada de la norma pamesana no podía ser impuesta sino a sus propias cosas.

B. Esta división bimembre de las leyes en sustantivas y adjetivas resulta de gran importancia para el derecho civil internacional, debiéndose mencionar con letras de molde la labor de la escuela de los posglosadores.

Su máximo representante fue el gran BARTOLUS DE SASSOFERRATO, de corta vida terrenal pero de arte luengo (1314²-1357), profesor en Pisa y en Perusa¹².

12 BARTOLUS DE SASSOFERRATO fue en vida uno de los más grandes juristas de todos los tiempos. Nacido en Venatura, cerca de Sassoferrato (Italia), en 1313, desde sus primeros estudios, iniciados con PEDRO DE ASÍS, dio muestra de una extraordinaria precocidad: a los 14 años de edad dio inicio a sus estudios de jurisprudencia en la Escuela de Derecho del Estudio General de Perusa, en donde permaneció por cinco años como alumno de CINO DE PISTOIA, quien habría de influir profundamente en su formación. Posteriormente BARTOLUS viaja a Bolonia para continuar sus estudios de derecho en esta ciudad, después que CINO DE PISTOIA hubo dejado la enseñanza, y allí obtiene el doctorado en 1334. Aunque a partir de esta fecha —ya hasta lo encontramos enseñando interinamente en Bolonia en 1338— las noticias sobre su vida son imprecisas, parece ser que se dedicó a la práctica del derecho en varias ciudades de Italia, a la enseñanza en Padua, y al estudio en un convento próximo a Bolonia, como él mismo dice (*Ad studendum libros per me ipsum*), cuyos resultados expuso en una numerosa serie de *Quaestiones*. Este oscuro periodo de su vida marca, sin embargo, las diversas facetas que van a caracterizar su actividad profesional en los años siguientes como profesor, jurista, abogado y autor de estudios jurídicos dotado de un nuevo método que estaba llamado a ejercer una profunda influencia en los juristas. En 1339 es reclamado en Pisa para explicar derecho romano, pero en 1343 emigra a Perusa, en donde enseñará durante 14 años, hasta su prematura muerte en 1349, cuando apenas contaba con 43 años de edad. En Perusa alcanzó una extraordinaria celebridad: estudiantes de toda Italia y del extranjero acudían a esta ciudad para escuchar sus lecciones. Entonces Perusa lo nombró ciudadano honorario, y el emperador CARLOS IV le otorgó varias distinciones, entre ellas la de *Consiliarius y familiaris domesticus commensalis*. Su fama se afirmó, ante todo, con sus *Commentaria* a las diversas partes del *Corpus Iuris*, pero no son menos importantes sus monografías sobre temas de derecho público y privado, internacional privado, penal y procesal, cuya cantidad alcanza a 45, prescindiendo de las dudosas atribuciones. Importante fue también su actividad como jurista, en relación con la cual cabe destacar su prudencia en el momento de dar respuesta a las consultas que se le hacían (*interrogatus de sero respondebat de mane*) apareciendo en un sinnúmero de dictámenes. La obra de BARTOLUS fue inmensa y su personalidad domina la ciencia jurídica de la segunda mitad de la Edad Media (1100-1500). Constituye el máximo representante de un nuevo método en el estudio del derecho romano introducido en Italia por CINO DE PISTOIA y encaminado no ya al simple comentario de los textos del *Corpus Iuris*, al modo de los “glosadores”, sino a la elaboración de doctrinas jurídicas útiles para la práctica, tomando como base para ellas las propias fuentes romanas; hasta que, con el Humanismo renacentista, surgió una concepción diferente a los estudios de derecho romano que recibió el nombre de *mos gallicus*, en atención a su origen francés, para distinguirla del *mos italicus*, con arreglo a la doctrina de los seguidores de BARTOLUS cuyo prestigio quedó plasmado en la máxima *nullus bonus iurista, nisi sit Bartolista*. La influencia y la autoridad de las opiniones de BARTOLUS fueron extraordinarias, tanto en Italia como en el extranjero, y en varias universidades italianas (Pavía, Modena, Padua, Turín, Macerata, Bolonia, Nápoles) se crearon cátedras especiales para comentar y estudiar su obra. En Portugal, las *Ordenações Alfonsinas* (1446 o 1447²) mandaban seguir la opinión de BARTOLUS en los supuestos no previstos por la leyes, y lo mismo establecen los Reyes Católicos en su pragmática del año 1449, aunque en menor grado. En Francia se dejó sentir la influencia de BARTOLUS especialmente en la Universidad de Toulouse, y en Alemania se afir-

En el fondo no realizó elucubración novedosa en el breve momento histórico que vivió, pero ejecutó el derecho mejor que sus precursores, aunque debemos aclarar que la obra jurídica de este posglosador o comentarista fue inmensa e influyó científicamente en las bases del derecho civil internacional, pese a las burlas y mofas de las que fue objeto posteriormente.

Los miembros de la escuela de la posglosa o de Bolonia fueron comentadores más que exégetas, inspirados en el propósito de adaptar la doctrina proveniente del derecho romano a las exigencias de la vida práctica; es decir, quedaron inspirados por las costumbres de la sociedad emergente, para resolver las cuestiones jurídicas derivadas de los conflictos entre sujetos de distintas ciudades. Su construcción jurídica empezó con el intento de resolver las cosas, y no por la exposición de los lineamientos generales, prevaleciendo la acumulación de hipótesis y los argumentos diversos para resolver una determinada situación electoral.

C. El principio de la *lex locus regit actum* señalaba la forma de aplicar la ley conforme al principio de que la norma del lugar de la celebración de un contrato rige el acto jurídico realizado. A tal efecto, el gran BARTOLUS —fundador del derecho internacional moderno— aceptó la *lex locus regit actum* para los efectos que emanaban de los contratos, como si un extranjero domiciliado en Perusa conviniera en la venta de cien kilos de trigo o el pago del precio pactado en una transferencia dominica, pero las situaciones posteriores que podrían producirse por la mora o el incumplimiento, así como los hechos derivados de la responsabilidad del comprador, estaban sometidos a las reglas de la *lex fori* o a la ley del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación.

BARTOLUS, de hábiles rasgos de jurista, con extremado talento, utilizó las expresiones de estatutos “favorables” y “desfavorables” para fijar la eficiencia y extraterritorialidad de las leyes y costumbres.

Los primeros de ellos tienen eficacia extraterritorial, salvo que constituyan un privilegio, como ocurre con la fe pública de los notarios, aunque deban reconocerse como válidos y con eficacia los contratos en los que éstos intervienen.

BARTOLUS formuló entonces varias soluciones sobre los conflictos de leyes interlocales acerca de los contratos: para la forma de ellos utilizó la ley de la celebración del acto.

En un procedimiento resulta necesario buscar el estatuto del lugar del pleito o *lex fori*. Y sobre el fondo del asunto controvertido habría que distinguir las

maba en el siglo XVI que *Bartoli auctoritas suprema habetur in actum practico*. La obra de BARTOLUS contribuyó, así, decisivamente, a la formación del “derecho romano común” y a la “recepción” del derecho romano en toda Europa, pasando, en mayor o menor medida, al derecho nacional de los países que siguieron el modelo del Código francés (1804) y alemán (1900). Las obras completas de BARTOLUS fueron objeto de varias ediciones (1588-1589, en 10 volúmenes; en Basilea, 1590; 1603, 1615 en Venecia; 1845-1846 de 8 volúmenes salidas de las prensas de Munich).

consecuencias que emanan del contrato que están sometidas al estatuto del lugar de su celebración, pero las consecuencias derivadas de la negligencia o culpa del deudor están ligadas al sitio de su ejecución.

Fue reprochado a BARTOLUS, muchas veces con burlas y mofas sarcásticas e incisivas, el haber utilizado un criterio gramatical y no jurídico para distinguir si un estatuto tenía o no fuerza extraterritorial.

D. El más eminente discípulo de BARTOLUS fue BALDO (1327-1400), icono en el museo jurídico, quien siguió la doctrina de su maestro, sistematizando en la Universidad de Perusa aún más sus principios mediante el uso de métodos heterodoxos que luego fueron aceptados tanto por la escuela francesa del siglo XVI como por la del XVIII, así como por la holandesa del *comitas gentium*. El cariz del derecho interregional con el paso de los años fue el de convertirse en derecho internacional civil para tratar de solucionar los conflictos que pudieren ocurrir con las leyes interestatales, emergiendo caudalosamente en el proceso codificador iniciado en Prusia, que culminará en el *Code* de NAPOLEÓN BONAPARTE en 1804.

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

De las cuentas en participación

El contrato de cuentas en participación ha venido cobrando importancia en el mundo de los negocios, tanto más cuanto que las condiciones de seguridad siguen pesando en la determinación de muchos empresarios de invertir en un país que sigue asolado por la violencia.

El estudio de este contrato, al que se le suele denominar también “participación” o “cuentas”, resulta, pues, interesante, en particular porque nuestra literatura jurídica nacional poca o casi ninguna importancia le ha reconocido a esta antiquísima institución.

Este ensayo no tiene pretensión diferente a la de consignar los elementos de este contrato, identificar sus aspectos más trascendentales, y servir de orientación a quienes tengan que aproximarse a esta forma negocial, cuya cercanía con el régimen societario la hace atractiva.

Quien se detenga en estas líneas va a tener oportunidad de conocer en términos generales este contrato, respecto del cual ni siquiera la jurisprudencia parece haber tenido la oportunidad de ocuparse con frecuencia, al menos en los últimos años.

Así las cosas, examinaremos los antecedentes hasta la terminación del contrato, pasando por el régimen de responsabilidad del gestor y el partícipe inactivo, dejando además sentado nuestro criterio sobre aspectos centrales tales como el de la naturaleza jurídica, la formación, la prueba del contrato, y por supuesto, las obligaciones y derechos de las partes.

I. ANTECEDENTES

Todo indica que el contrato de cuentas en participación registra sus antecedentes en una institución que en la Edad Media se denominó *commenda*, la cual prestó valioso aporte al comercio de mercancías y dinero, y a su desenvolvimiento.

Obviamente, en épocas de incipiente desarrollo tecnológico y jurídico, un contrato que facilitaba la ejecución de diferentes operaciones comerciales entre dos personas, una de las cuales permanecía oculta a los ojos de terceros, resultaba atractiva y segura. En efecto, bajo esta figura podían la nobleza y el clero ejercer operaciones especulativas, las cuales no sólo les estuvieron prohibidas, sino que entonces también eran consideradas actividades impropias y denigrantes de su condición social.

Hay quienes inclusive le atribuyen un origen o justificante poco ortodoxo, porque al parecer, a través de las cuentas en participación, los comerciantes de la época, podían cobrar intereses, entonces prohibidos por la Iglesia católica

para el negocio de mutuo¹. Dicho de otra forma, este contrato pareció permitirle a los católicos burlar la restricción de no exigir intereses en el contrato de mutuo, que no alcanzaba a tener efectos en la participación.

Nuestro estatuto comercial se ocupó de este contrato en forma impropia, al incluirlo en la parte final del libro II sobre sociedades, en vez de haberlo tratado en el libro IV, relativo a los contratos y obligaciones mercantiles. Todo indica que los miembros de la comisión redactora del código no se despojaron del todo de la proximidad de las cuentas en participación con el contrato de sociedad, como de alguna manera lo insinúa el hecho de que se hubiese adoptado, como norma supletiva de la participación, las reglas de la sociedad en comandita simple.

II. QUÉ ES Y QUÉ NO ES EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

A pesar de que el contrato está regulado en el estatuto mercantil, no deja de resultar curioso que sea el mismo texto legal el que utilice la metodología de definir qué es la participación, pero también qué no es.

Para empezar, el artículo 507 del Código de Comercio define la participación como un contrato "... por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida".

Con base en esta definición, es claro que la participación es un contrato que se explica y justifica en razón a su función económica, la cual es múltiple, tanto para el gestor como para el partícipe oculto.

En efecto, para quien funge como gestor, este contrato le permite y facilita la obtención de recursos de capital para desarrollar actividades mercantiles, que probablemente no habría conseguido, o por lo menos fácilmente, en el sector financiero o en el extra bancario. Adicionalmente, al gestor puede resultarle útil desempeñar actividades mercantiles sin que se sepa que lo está haciendo con recursos ajenos, o mejor, sin que nadie se entere de que su industria no le pertenece del todo.

A su turno, al partícipe inactivo igualmente le resulta benéfico involucrarse en una operación mercantil, sin ser identificado frente a terceros, bien por razones de seguridad, o por simple cuestión de imagen personal y empresarial.

1 JOAQUÍN GARRIGUÉS. *Tratado de derecho mercantil*, t. III, vol. 1, "Obligaciones y contratos mercantiles", Revista de Derecho Mercantil, 1963, p. 183.

Como ya se dijo, el mismo estatuto mercantil también alinderó la participación al establecer que “no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio”. Esta precisión de la institución por la negativa, se explica en razón a que las cuentas en participación están tratadas no en el libro de contratos sino en el último título del libro segundo del Código de Comercio, que regula las sociedades comerciales, las cuales sí son personas jurídicas e independientes de los socios que las conforman.

Como ya se indicó, el tratamiento en el estatuto mercantil, por cierto inapropiado, de la participación en el mismo libro destinado a regular las sociedades, debió de determinar a los redactores del Código a aclarar que, no obstante incluirse la misma al lado de las personas jurídicas, no participaba de esa naturaleza.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Aunque basta decir que las cuentas en participación es un contrato comercial, típico, consensual, bilateral, conmutativo.

El contrato es *típico*, porque está regulado legalmente en el estatuto mercantil, lo cual lo hace autónomo e independiente de otras formas contractuales.

Es *consensual*, porque se trata de un contrato que surge a la vida jurídica por el simple consentimiento de los partícipes, pues como lo dispone el artículo 508 del C. de Co., no está sujeto “en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles”, dado que “el objeto, la forma, y el interés y las demás condiciones se regirán por el *acuerdo* de los partícipes”.

Es *bilateral*, porque para que surja jurídicamente es necesario el concurso de dos o más voluntades, la del gestor y la del partícipe inactivo.

Es *conmutativo*, porque implica obligaciones a cargo de las partes, conocidas por ellas al momento de quedar atadas por este contrato: para el gestor, la obligación de ejecutar una actividad comercial, con cargo de rendir cuenta y dividir las ganancias o pérdidas; para el partícipe oculto, la *de tomar interés en una o varias operaciones mercantiles*.

Es importante destacar que a la doctrina no le es del todo indiferente el tema de la naturaleza jurídica de las cuentas en participación, pues son disímiles los criterios que pretenden equiparar ese acuerdo de voluntades con un mandato, una comisión, un préstamo, un arrendamiento de obra, un depósito y hasta uno de sociedad².

2 JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Contratos mercantiles*, t. 1, 5.ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1992, p. 450.

En nuestro criterio, ninguna de las otras formas contractuales sobre las cuales discuten algunos doctrinantes debe tenerse en cuenta para definir la naturaleza jurídica de la participación.

De entrada está descartado que, al menos entre nosotros, la participación sea una sociedad, porque el estatuto mercantil en su artículos 508 y 509 así lo resolvió, al prescribir en el primero que no se sujetará las solemnidades previstas para constituir “compañías mercantiles”, y al prever claramente en el segundo que “no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio”.

Tampoco pueden equipararse el mandato o la comisión con la participación, porque el negocio o actividad que se desarrolla al amparo de la última no implica ni supone representación —en ninguna de sus formas— entre gestor y partícipe inactivo, la cual si está presente en esas formas contractuales. El gestor no es vocero, ni siquiera oculto o secreto, del partícipe inactivo, pues uno y otro son partes de una determinada operación mercantil, sólo que la identidad de uno permanece protegida, mientras que la del otro es conocida abiertamente.

Esa dualidad de intervenciones de las partes, una oculta y otra conocida, es lo que precisamente sustenta la presunción consagrada en el artículo 510 del C. de Co., en cuanto dispone que “el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación”, como también la autorización a los terceros para que ejerzan acciones judiciales contra el administrador (o gestor), “del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros”.

No puede igualarse la participación con un mutuo o préstamo de uso, porque mientras en éste una de las partes es deudor de la otra, y además obligado a restituir la cosa, en aquella el partícipe inactivo no es acreedor respecto del gestor, y éste ha de participar a aquel no sólo de las ganancias sino también de las pérdidas.

En relación con el arrendamiento de obra, tampoco hay posibilidad de confundirlo con la representación, pues en el primero “dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada, y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de ésta”³, situación que no se presenta en la representación, pues en esta lo determinante es la inversión que realiza el partícipe inactivo, para que el gestor ejecute una o varias operaciones comerciales, la cual se entrega no a título de retribución, sino como elemento para que pueda desarrollarse el contrato.

3 CÉSAR GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, Medellín, Dike, 1983, p. 324.

Finalmente, ninguna aproximación existe entre la representación y el depósito, porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2236 del C. C., este último se da “cuando se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”, lo cual en modo alguno ocurre en la primera. Lo recibido por el gestor para ejecutar la operación mercantil no se entrega por el partícipe inactivo para ser guardado y restituido, sino para ejecutar una actividad mercantil, la cual puede concluir con pérdidas o ganancias, unas y otras asumidas por ambas partes, situación esta última que está bien lejana de la responsabilidad del depositario y del depositante.

IV. DE LA FORMACIÓN DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y DE SU PRUEBA

Ya se indicó antes que el contrato de cuentas en participación es consensual, despojado de solemnidades, y cuyo objeto, forma, interés y demás condiciones se rigen por el acuerdo de los partícipes.

Así las cosas, es suficiente el acuerdo de voluntades entre los partícipes para que la participación tenga existencia, lo cual no impide que tal contrato quede consignado por escrito.

Aspecto singular en la formación del contrato, apunta a la exigencia prevista en el artículo 507 del C. de Co. según la cual la participación es un contrato celebrado entre “dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes”, la que a nuestro juicio resulta intrascendente, aun cuando los contratantes o uno de ellos no tenga la condición de comerciantes, a la luz de lo reglado por los artículos 21 y 22 del mismo estatuto.

En efecto, al disponer el artículo 21 del C. de Co., que son mercantiles los actos “ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, y el 22 que “si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”, es claro que, por la sola circunstancia de que el gestor deba desarrollar una operación comercial, tanto éste como el partícipe inactivo terminan participando de la condición de comerciantes.

No se aprecia un fundamento plausible que justifique restringir a quienes no son comerciantes celebrar un contrato que por su naturaleza es mercantil, cuando la ley del ramo mira con los mismos ojos a toda persona, comerciante o no, con tal que desarrolle o ejecute una actividad especulativa.

Tampoco existe impedimento alguno para que una entidad pública celebre un contrato de cuentas en participación, punto que ha de quedar claro, porque algunos niegan esa posibilidad, precisamente a partir de una equivocada her-

menéutica de la exigencia de que ha de celebrarse sólo entre comerciantes, pues suponen que los entes estatales no pueden celebrar convenios respecto de los cuales una de las partes pueda permanecer oculta o en secreto.

En primer lugar, no hay norma alguna que prohíba a una entidad estatal celebrar este contrato, y en segundo término, cuando un ente estatal celebra un contrato de esta naturaleza, obviamente los partícipes inactivos siempre serán conocidos, lo cual no desnaturaliza las cuentas en participación, pues como se verá adelante no es de la esencia del mismo que el partícipe que no interviene en la administración permanezca oculto.

Dada la consensualidad de las cuentas en participación, la acreditación de su existencia no está sujeta a solemnidades, como tampoco lo están su modificación, disolución y liquidación, pues una y otras *podrá ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos o cualquier otra prueba legal* (art. 509 C. de Co.). Es, pues, libre el medio de convicción que puede esgrimirse o aceptarse para acreditar bien la formación, la modificación o la terminación del contrato.

Naturalmente, cuando entre los partícipes inactivos haya una entidad pública, lo cual puede ocurrir, por razón de las exigencias propias de la contratación estatal, es obvio que la participación debe constar por escrito, porque la administración pública sólo se obliga contractualmente cuando su voluntad queda claramente expresada en un documento.

Es útil destacar que cuando las partes celebran este contrato por escrito, no necesariamente han de modificarlo de la misma forma, como así lo autoriza también el artículo 509 del C. de Co., antes citado. En la práctica suele ocurrir que un contrato de esta naturaleza está expuesto a permanentes alteraciones, no obstante haber definido previamente y por escrito el alcance del mismo y de las obligaciones de las partes. Tales modificaciones han de tener vigencia y reconocimiento, independientemente de la forma que se hubiese o no advertido para su adopción, como también de que el contrato inicialmente sí hubiese constado por escrito.

Todavía más, pensamos que si en el contrato las partes deciden auto limitarse con una cláusula que les imponga el deber de convenir por escrito cualquier modificación de la participación, en todo caso pueden adoptarla en forma consensual, a pesar del aparente rigor de la estipulación contractual.

V. OBLIGACIONES DEL GESTOR Y DEL PARTÍCIPE INACTIVO

Dado el carácter conmutativo del contrato de cuentas en participación, es preciso delimitar el alcance de las mutuas obligaciones de las partes.

A. OBLIGACIONES A CARGO DEL GESTOR

Aunque el estatuto mercantil expresamente no enumera las obligaciones radicadas en cabeza del gestor, bien pueden tenerse como tales las siguientes.

1. EJECUTAR UNA O VARIAS OPERACIONES COMERCIALES

El núcleo rector y razón de ser del contrato de cuentas en participación supone la ejecución de una operación mercantil, es decir, el adelantamiento de uno o varios de los actos descritos como mercantiles en el artículo 20 del C. de Co.

En consecuencia, es al gestor a quien corresponde ejecutar o llevar a cabo esa actividad mercantil respecto de la cual se ha hecho el convenio de la participación. Tal ejecución la ha de adelantar el gestor en la forma convenida en el contrato, pero, en todo caso, de manera libre y autónoma, es decir, como único administrador.

La circunstancia de que el gestor ejecute la operación mercantil, en modo alguno significa que no pueda hacer algún aporte económico, bien en dinero o en especie, para que se ejecute la operación mercantil. Dicho en otros términos, no por ser gestor se está impedido de invertir en la actividad mercantil, de la misma manera que lo hace el partícipe inactivo.

2. EJECUTAR LA OPERACIÓN MERCANTIL EN SU SOLO NOMBRE Y BAJO SU CRÉDITO PERSONAL

En la ejecución de la operación mercantil únicamente ha de aparecer como ejecutante el gestor, y nunca los partícipes inactivos, cuya identidad, en principio, ha de permanecer bajo reserva.

La justificación del contrato de cuentas en participación es precisamente la de que se desarrolle una actividad mercantil, de la que participan dos o más personas, pero de la que sólo es identificable quien la ejecuta.

La ejecución de la actividad mercantil por el gestor, en su solo nombre y bajo su crédito personal, en materia de responsabilidad tiene además una consecuencia frente a terceros, como se precisará posteriormente. Consecuente con lo anterior, el artículo 510 del C. de Co., además, establece que el gestor se reputa como “único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación”, precisamente por ser él quien adelanta y desarrolla el negocio en su solo nombre y bajo su crédito personal.

3. GUARDAR EN RESERVA LA IDENTIDAD DEL PARTÍCIPE INACTIVO

Salvo que las partes dispongan lo contrario, es de la esencia de las obligaciones a cargo del gestor el no revelar la identidad del partícipe inactivo.

Naturalmente, cuando no se ha exonerado al gestor de esta carga, y éste la desatiende, ha de responder por los daños y perjuicios que le cause al partícipe inactivo, tanto los derivados del mal suceso de la operación mercantil, como cualquier otro daño que llegare a sufrir en otras actividades, y en general en su patrimonio.

4. RENDIR CUENTAS

Dado que el gestor es quien ejecuta la operación mercantil, y atendida su condición de “*administrador*” —como entre otras cosas se le denomina en el inciso final del artículo 510 del C. de Co.—, está obligado a rendir cuentas comprobadas del desarrollo y resultado del negocio que ha adelantado.

En ese orden de ideas, el gestor presentará las cuentas de acuerdo con lo contractualmente convenido. De no seguirse ese camino convencional, entonces quedan abiertas las puertas de los estrados judiciales, para que el partícipe inactivo promueva el proceso de rendición provocada de cuentas previsto en el artículo 418 del CPC, o para que el gestor instaure y adelante el de rendición espontánea de cuentas, de que trata el artículo 419 del CPC.

Esta obligación de rendir las cuentas compromete al gestor, no sólo al término del contrato, sino “en cualquier tiempo”, según las voces del artículo 512 del C. de Co. Esa expresión implica que el partícipe inactivo puede pedir cuentas también durante el desarrollo del contrato.

5. DIVIDIR LAS GANANCIAS O PÉRDIDAS EN LA PROPORCIÓN CONVENIDA

Dado que la naturaleza de la prestación a cargo del gestor consistente en ejecutar una operación mercantil es una obligación de medio y no de resultado, le corresponde al término del contrato dividir las ganancias o las pérdidas con los partícipes inactivos.

Tal división de pérdidas y ganancias ha de realizarse en la forma contractualmente convenida, según reza el artículo 507 del C. de Co.

Omitió el legislador indicar cómo ha de procederse a dividir las pérdidas y las ganancias cuando las partes no convinieron porcentajes al respecto. Tal silencio

no es grave o insoluble, por cuanto el artículo 513 del C. de Co., dispone que, “salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, ella producirá entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí”, por lo que resulta aplicable el criterio previsto en el artículo 332 del mismo estatuto para distribuir las utilidades sociales, a falta de estipulación contractual.

En efecto, el artículo 332 del C. de Co. señala que las utilidades en la sociedad en comandita simple han de distribuirse a prorrata de sus cuotas, lo que en el caso de las cuentas en participación sugiere que las ganancias o pérdidas han de asumirse por partes iguales.

Cuando se trate de liquidar el contrato de cuentas en participación y las partes no hubiesen previsto nada respecto de los porcentajes para dividir las ganancias o las pérdidas, en lo que tiene que ver con el aporte de industria, el artículo 514 del C. de Co. señala también el camino de que en lo previsto se apliquen las normas de la sociedad en comandita simple, por lo que, en este evento, de acuerdo con el parágrafo del artículo 150 del mismo Código, “a falta de estipulación expresa del contrato, el solo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital”.

Por supuesto, si por los antecedentes del negocio se identificase otro criterio diferente al de distribuir por mitades, a él deben someterse las partes, o advertirlo el juez, si fuere necesario.

6. PERMITIR LA REVISIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Como quiera que el gestor ejecuta la operación mercantil, sin que en ello intervenga el partícipe inactivo, a éste último la ley le concede, “en cualquier tiempo”, el “derecho a revisar todos los documentos de la participación” (art. 521 C. de Co.), lo cual comprende cualquier papel de comercio, contables, auxiliares, correspondencia.

No siendo la participación una sociedad, en la que sí se prevén derechos de inspección y vigilancia de la gestión, fue necesario consagrar algo parecido, permitiéndole al partícipe inactivo acceder en cualquier tiempo a los papeles del negocio.

Se trata, sin duda, de un control justificado y eficaz, que la ley radica en cabeza de quien toma interés en la operación mercantil y hace un aporte pero no administra ni gobierna su ejecución.

Se quedó corta la disposición, porque no previó la consecuencia de impedir al partícipe inactivo el ejercicio de este derecho de revisar la documentación de la participación. En nuestra opinión, de presentarse esa situación, podría llegar a configurarse un motivo de incumplimiento del contrato, imputable al gestor.

B. OBLIGACIONES A CARGO DEL PARTÍCIPE INACTIVO

Aunque tampoco el estatuto mercantil enumeró las obligaciones que ha de atender el partícipe inactivo, ellas son las que a continuación se explican.

I. TOMAR INTERÉS EN UNA O VARIAS OPERACIONES COMERCIALES

A pesar de la ambigüedad de la expresión tomar interés, utilizada en el artículo 507 del C. de Co., es obvio que en el caso del partícipe inactivo solamente puede concretarse invirtiendo en dinero o en especie, para que el gestor pueda ejecutar la operación mercantil. Tal entendimiento es el correcto, como lo confirma el artículo 511 del mismo estatuto, al limitar la responsabilidad del partícipe inactivo “al valor de su aportación”.

Esa inversión o aportación ha de hacerse y consistir en lo previsto en el contrato, so pena de que se impute al partícipe inactivo un motivo de incumplimiento.

2. PERMITIR QUE LA OPERACIÓN COMERCIAL SEA ADMINISTRADA Y EJECUTADA ÚNICAMENTE POR EL GESTOR

El partícipe inactivo no puede intervenir en la administración de la operación mercantil, la cual ejecuta individualmente el gestor. Esta restricción se mantiene incólume aun cuando se revele la identidad del partícipe inactivo, hecho que no tiene porqué alterar la ejecución de la operación comercial, pues sus efectos se traducen en la responsabilidad frente a terceros.

El alcance de esta obligación es el de que el partícipe inactivo no puede invocar su calidad de parte en el contrato, para que se le permita co-administrar o co-ejecutar la actividad mercantil en la que las partes han tomado interés. Esa labor corresponde estrictamente al gestor, sin perjuicio, claro, de que las partes en el curso de la ejecución del contrato decidan lo contrario.

Al partícipe inactivo la ley le reconoce, como ya se dijo, el derecho de inspección y vigilancia de la ejecución de la operación comercial, a través del examen de todos los papeles de la participación. Pero esta facultad no puede extenderse al extremo de permitirle ejecutar directa o parcialmente la administración, salvo que las partes modifiquen el contrato.

VI. DERECHOS DEL GESTOR Y DEL PARTÍCIPE INACTIVO

Además del derecho de exigir el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de los otros contratantes, gestor y partícipe inactivo tienen derecho a dividirse entre ellos las pérdidas o las ganancias de la actividad mercantil, cuando ésta concluya o termine el contrato, o cuando lo hayan pactado las partes.

En lo relacionado con el porcentaje en el que han de dividirse tales pérdidas o ganancias, reiteramos lo dicho antes al respecto, es decir, las partes han de sujetarse a lo previsto en el contrato, y si guardaron silencio, a prorrata de sus aportaciones, en los términos del artículo 332 del C. de Co.

VII. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS DEL GESTOR Y EL PARTÍCIPE INACTIVO

Dado que el gestor es reputado único dueño del negocio, es el único responsable frente a terceros. De manera que como el gestor ejecuta la operación mercantil bajo la apariencia de ser único propietario de la misma, los terceros interesados en reclamar judicialmente por causa o en razón de la actividad mercantil o negocio desarrollado tan solo pueden demandar a quien suponen es el responsable de la misma, pues ellos ignoran que hay otros partícipes inactivos.

En ese orden de ideas, así como los terceros solamente pueden demandar al gestor, los partícipes inactivos tampoco podrán formular demandas o reclamos a los terceros. Esta consagración es lógica, pues si en el desarrollo del negocio o la actividad mercantil únicamente el gestor se descubre ante terceros, porque aquel y estos son quienes dan lugar a otros negocios o relaciones, es apenas obvio que los partícipes inactivos nada tengan que reclamar a esos terceros con los cuales ningún trato han sostenido.

La restricción a los partícipes inactivos en cuanto no pueden demandar a terceros, por causa o por razón de la actividad mercantil ejecutada por el gestor, es recíproca, en cuanto tampoco los terceros podrán demandar a los partícipes cuya identidad permanece en reserva. Es decir, así como los partícipes activos no podrán ser demandados por los terceros, éstos tampoco podrán ser requeridos o llamados a juicio por los primeros.

En lo que respecta a la responsabilidad del partícipe inactivo, está limitada al valor de su aportación y debe serle exigida por el gestor, nunca por los terceros. En consecuencia, el régimen de responsabilidad del partícipe inactivo es semejante a la del socio en una sociedad de responsabilidad limitada.

No obstante lo anterior, cuando los partícipes inactivos revelen o autoricen que se conozca su calidad, “responderán ante terceros en forma solidaria con

el gestor”, a partir del momento “en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe” (art. 511 C. de Co.).

Dicho de otra forma la responsabilidad del partícipe activo varía dependiendo de si se revela o conoce su calidad, pues mientras permanezca oculta se limita a su aporte, y cuando se revele, responde solidariamente con los otros partícipes y el gestor.

Aunque nada dijo el estatuto mercantil acerca de si surgida la solidaridad en cabeza de los partícipes inactivos que los expone a las demandas de los terceros, igualmente estos podrían ser demandados por los primeros, en nuestra opinión ello sí será posible, a la luz de lo previsto en el inciso segundo del artículo 1568 del C. C.

En efecto, por virtud de develarse la identidad de los partícipes inactivos, surge la solidaridad, tanto para los fines de ser demandados por esos deudores que antes eran terceros, como para formular querellas y reclamos contra las personas con quienes hayan adelantado negocios después de la fecha en la que se reveló la calidad de partícipes inactivos.

No podría ser de otra forma, pues no parece proporcionado que los partícipes inactivos pudieran ser demandados solidariamente por los terceros, pero que no pudiesen hacer lo propio frente a los últimos. Cuando se revela la identidad de los partícipes inactivos, estos también son solidariamente activos frente al tercero con el que se ha celebrado un contrato relacionado con la operación mercantil objeto de la participación, de manera que uno cualquiera de ellos podrá demandar a ese tercero, pues, al decir de HINESTROSA, mediante la solidaridad activa “cualquiera de los acreedores puede esperar y exigir la totalidad de la prestación del deudor o la totalidad de lo correspondiente a la cuota de cada deudor, al ser varios los sujetos pasivos, al propio tiempo que se encuentra legitimado para recibirla”⁴.

VIII. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No previó tampoco el Código de Comercio los motivos o causales de terminación del contrato de cuentas en participación, por lo que ante ese silencio es preciso aproximar alguna respuesta.

En principio, la participación terminará cuando quiera que se configure una o varias de las causales previstas en el mismo contrato. De manera que ante

4 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 326.

la ausencia de definición legal, las partes han de procurar por definir anticipadamente y en detalle las causas justificantes de la terminación.

En opinión de ARRUBLA⁵, la participación terminará por la realización de la operación encomendada, por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo de los contratantes, por el desahucio de cualquiera de las partes, por la imposibilidad de realizar la operación u operaciones objeto del encargo, por la quiebra del partícipe activo y por la muerte del partícipe gestor.

Aunque nos parece que el profesor antioqueño tiene razón en los eventos que señala, pensamos que su enumeración es incompleta, pues entre otras causas de terminación de la participación está la del incumplimiento de una o ambas partes reconocido en sentencia judicial, que además declare la terminación del contrato.

IX. NORMAS SUPLETIVAS

El artículo 513 del C. de Co. dispone que en materia de derechos y obligaciones de las partes en el contrato de cuentas en participación, sin perjuicio de la naturaleza jurídica propia de este contrato, se tendrá en cuenta lo que al respecto prevé la sociedad en comandita simple.

Este criterio se reitera en el artículo 514 del mismo estatuto, en cuanto dispone que en lo no previsto en la participación para regular las relaciones de las partes, se aplicarán las reglas de la sociedad en comandita simple, y si estas resultan insuficientes, entonces las del título I del libro II, esto es los artículos 98 a 265 del C. de Co.

CONCLUSIONES

El contrato de cuentas en participación es, sin duda, un instrumento útil en la vida de los negocios, que justifica una reglamentación más amplia y detallada, porque la actual, lamentablemente, es insuficiente y precaria.

Es preciso, por ejemplo, definir legalmente de una vez por todas, las condiciones y exigencias bajo las cuales una entidad pública puede celebrar y ejecutar un contrato de esta naturaleza.

Es igualmente conveniente redefinir también el alcance de las obligaciones y responsabilidades de las partes, porque la actual regulación legal ofrece dudas y suscita grandes vacíos, como lo reconoce inclusive el mismo estatuto mercantil, al remitir a las disposiciones de la sociedad en comandita simple, como criterios supletorios para resolver aspectos no previstos en el contrato de participación.

5 Ob. cit., pp. 460 a 462.

JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ

La caducidad en las relaciones contractuales privadas

Para unirnos al justo y merecido homenaje que la Universidad Externado de Colombia le rinde al doctor FERNANDO HINESTROSA, con motivo de las bodas de oro con la enseñanza del derecho civil, he escogido el tema de “La caducidad en la contratación privada”, porque una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia –23 de septiembre de 2002–, alrededor del artículo 1954 del Código Civil, permite reflexionar a espacio sobre la trascendencia y ubicación de ese instituto en el ámbito legal y doctrinal de los contratos. Además, porque el homenajeado deja sentada con autoridad, en su extraordinaria obra *Tratado de las obligaciones* –página 854–, estas consideraciones:

Desde el punto de vista práctico, lo más importante resulta ser la distinción concreta entre caducidad y prescripción. Bien difícil es, a veces, dependiendo del criterio jurisprudencial, decidir si un término extintivo es de prescripción o de caducidad. En oportunidades, las propias expresiones de la ley permiten identificar la presencia de la figura de la caducidad: así en muchas normas de derecho procesal, como también en materia de derecho privado, donde ciertamente son menos frecuentes los ejemplos sobre todo fuera del derecho de familia, en el que puede afirmarse que son marginales. En otros casos, la ley individualiza el término como de prescripción, de manera que exige dicho tratamiento, a diferencia de otros ordenamientos (el francés, sobre todo) en los que la doctrina y jurisprudencia en las mismas hipótesis se inclinan por la caducidad; a veces no siendo perspicua la redacción del precepto, como tampoco palpable el ingrediente de orden público en la previsión normativa, la interpretación se resiente de perplejidad, de donde se sigue, en principio, una recomendación de optar por la prescripción, dado el régimen más estricto, de derecho imperativo, dijérase que excepcional, de la caducidad. En fin, hay algunos términos legales brevísimos, señalados para determinadas actividades, sin prevención ninguna específica para el evento de que estas no se realicen tempestivamente, que, por lo mismo, han de considerarse como prevenciones, con eventuales efectos probatorios indiciarios (conducta de las partes antes del proceso o durante su secuela).

Suele afirmarse que la caducidad no se relaciona con el derecho romano contractual. Sólo en la época más moderna se ha acogido y disciplinado esta figura (código italiano y brasileño –decadencia–, peruano, trabajado en el proyecto de Código Civil argentino, entre otros) y sin que se pueda sostener que los códigos del siglo XIX se hubiesen ocupado de su regulación, particularmente los ordenamientos que surgieron bajo la inspiración del Código Civil francés, como el chileno y, por ende, el colombiano, en que la caducidad no encontró una específica previsión, no obstante que el artículo 2545 del C. C. abre un espacio normativo, como se expondrá más adelante. Por eso, estimamos que todo esfuerzo que se haga por ahora en derredor de este instituto, para una adecuada

comprensión y aplicación, debe recaer en el ámbito doctrinal. Con la aclaración de que el Código de Comercio, sin haber tratado sistemáticamente la caducidad, en varios preceptos y diversas materias de manera expresa se refiere a esta figura (arts. 787, 930 y 1160).

El estudio de la caducidad, en verdad, debe relacionarse con la prescripción extintiva, liberatoria o negativa, como indistintamente se conoce ésta en los ordenamientos jurídicos, para una mejor comprensión de aquella figura. Y por eso trataremos de hacer algunas precisiones sobre este instituto en el Código Civil colombiano.

I. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La prescripción liberatoria está erigida o instituida como una de las causas de extinción de las obligaciones civiles en el Código Civil (art. 1625.10), y tratada con un concepto unitario, con la adquisitiva, en el título XLI, como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, que no se ejercen durante determinado lapso de tiempo (arts. 2518 y 2535) y de las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos (art. 2545). Son los derechos personales, e incluso los reales, pero no el de dominio, los que se pueden extinguir por la falta de ejercicio; para suponer que el titular abandona la pretensión de reclamarlos y como efecto sancionador, por la inacción, la pérdida de la fuerza o eficacia sustancial para ser exigidos; y permitir al deudor alegarla. Y en una escala de mayor alcance y fundamento: evitar que las relaciones jurídicas se queden sin hacerse efectivas, casi inciertas, por el impacto social que produce mantener esa situación. Al extinguirse los derechos también se extinguen las acciones que se conceden para su realización y concreción, porque básicamente la prescripción negativa hace cesar las acciones, bajo el entendido de que el derecho pretendido se convierte en derecho natural, sin la suficiente protección jurisdiccional para su reclamación.

De ahí que se afirme que la prescripción extintiva se convierte en un medio de búsqueda de seguridad del derecho y de paz jurídica, porque de no existir todo quedaría en que las prestaciones y acciones se pudiesen pretender en cualquier tiempo, creando un escenario de incertidumbre e inestabilidad. El deudor cuenta, para defenderse, con la alegación de su liberación mediante la prescripción. Al expresar su voluntad en tal sentido, se traduce en un interés particular que es protegido en la medida que se aduzca; pero al mismo tiempo denota un interés social de innegable proyección e impacto en el respectivo medio.

De un contrato surgen prestaciones; por consiguiente, el acreedor tiene derecho a que el deudor las satisfaga. Con todo, no puede dejarse a que se extienda indefinidamente la posibilidad de su reclamación o pretensión. Para

la estabilidad de los derechos y la preservación del orden social, se insiste, se establecen plazos en que deben ejercerse los respectivos derechos. Y si así no se comporta el titular, la misma ley se encarga de restarle eficacia hasta el extremo de hacerle perder el poder coercitivo que puede contener.

Todos los códigos señalan dos requisitos invariables de la prescripción extintiva: la falta de ejercicio de los derechos y acciones y el transcurrir del tiempo fijado por la ley. Es decir, la prescripción afecta los derechos que han nacido con vida, pero que deben ejercitarse durante el término establecido. Sólo detiene su proceso extintivo la ocurrencia de un motivo de interrupción o una causa de suspensión. Frente a lo primero se quiebra el plazo, comenzando a correr uno nuevo; alrededor de lo segundo, no se invalida el plazo anterior sino que se sigue contando desde el momento que se supera la causa de la suspensión. Y la prescripción extintiva puede alegarse ahora por vía de acción o por vía de excepción, como lo admite el agregado que hizo al artículo 2513 del C. C. la Ley 791 de 2002.

Adviértase así mismo que la citada ley redujo a diez años las prescripciones, adquisitiva y extintiva veintenarias, reguladas en la Ley 50 de 1936 que, a su vez, había modificado el artículo 2532 del C. C. Igualmente, redujo la prescripción de la acción ejecutiva a 5 años y la ordinaria a 10 años.

II. LA CADUCIDAD

La caducidad, como la prescripción liberatoria, tiene un componente esencial: el tiempo o, mejor, su transcurrir, solamente que en aquel instituto entra la composición extintiva cuando se otorga o concede un derecho para que se ejerza en un plazo determinado o ejecute un acto o entable una acción, que, pasado el derecho que se tiene o reconoce, deja de existir o se pierde inexorablemente o, en cierta forma, no nace.

Se puede afirmar que la caducidad sirve para consolidar derechos o situaciones que la ley o las partes observan con cierto interés con miras a su amparo, para lo cual se conceden plazos de existencia. De ahí que no se suspendan ni se interrumpan los plazos que se conceden para que se ejerciten los derechos o se ejecuten los actos. Tampoco se pueden renunciar los que comprometen el orden público. Incluso: la caducidad puede declararse de oficio, si se encontrare demostrada.

Como sostuvo el Tribunal Supremo español en Sentencia del 28 de enero de 1983:

Si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que fije la distinción entre la prescripción y la caducidad, que responden a la común razón de la presunción de

abandono tanto de los derechos como de las acciones que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor exprese, mientras que la prescripción hace referencia a las pretensiones que las partes puedan deducir, y no a los derechos que le afecten, quedando éstos sólo paralizados, y en aplicación de los principios de audiencia y contradicción imperantes en nuestro ordenamiento procesal civil se exige que las excepciones obstativas de manifestación facultativa, cual es la prescripción, sean alegadas en escritos rectores del proceso, como son la demanda, contestación, réplica, dúplica y reconvencción y contestación a la misma, siendo extemporánea su alegación en otro momento del proceso.

III. FALTA DE REGULACIÓN DE LA CADUCIDAD. NECESIDAD DE REFORMA

Como ya se expuso, la caducidad no está dotada de un régimen propio en el Código Civil colombiano, como sí hacen los estatutos modernos latinoamericanos: peruano, brasileño, en el proyecto de Código Civil argentino, con las siguientes precisiones:

La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente –art. 2003 C. C. peruano–; *Efectos. La caducidad extingue el derecho* –art. 2506 proyecto de C. C. argentino–. En los artículos 207 a 211 del recién expedido Código Civil del Brasil (año 2002). se regula la decadencia. Y el italiano de 1942, en los artículos 2964 a 2969, también con la calificación o denominación de decadencia, regula la figura de la caducidad y en el artículo 2964 consagra: “Inapplicabilità di regole della prescrizione. Quando un diritto deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza, non si applicano le norme relative all’interruzione della prescrizione. Del pari non si applicano le norme che si riferiscono alla sospensione, salvo che si sia disposto altrimenti”.

Por eso, para evitar que muchas veces se acuda a interpretaciones doctrinarias y hasta contradictorias, sería conveniente introducir reglas destinadas a disciplinar en nuestro ordenamiento la figura de la caducidad, particularmente en lo que concierne a relaciones jurídicas o derechos potestativos, pues las que giran en torno de instituciones, que se denominarían caducidades especiales, como en materia de familia, de sucesiones, de actos de inscripción, o de procesos (acciones y recursos), pueden gobernarse con particulares criterios, como hasta ahora ha sucedido, y a manera de ejemplo se podrían destacar: los artículos 217, 336, 337 y 2435 del C. C., y 32 del Decreto 1250 de 1970; y como lo hacía el artículo 369 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), que expresamente se refería a la caducidad cuando el demandante abandonaba el juicio en prime-

ra instancia o en segunda instancia y que el juez podía decretar cuando la encontrare acreditada, hasta llegar a la extinción de la acción. Incluso, el artículo 10.4 de la Ley 75 de 1968 ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia como uno de los casos en que el plazo allí señalado es de caducidad:

La caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, aun la imposibilidad de hecho [...] e. La caducidad establecida por el artículo 10.4 tantas veces citado no es contraria, como lo afirma el sentenciador, al espíritu de justicia social que inspira las leyes 45 de 1936 y 75 de 1968¹.

IV. ALCANCES DE LA CADUCIDAD

La caducidad afecta el derecho mismo, pues se concede para que se ejerza en un determinado término, so pena de su extinción y, en cierta medida, que no nazca. Y de acuerdo con las expresiones del Código Civil colombiano y del francés, se habla, especialmente, de plazo de caducidad.

Y si el derecho tiene como componente el plazo, basta que transcurra el término fijado para que decaiga, a manera de pérdida, el derecho, porque el titular no observa las reglas de conducta que la misma ley o las partes establecen; pero sus efectos recaen también sobre la acción, porque, como dice el Código Civil peruano (art. 2003), la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

De esto último se podrían elaborar argumentaciones que irían de lo simple: sólo que exista un derecho que de no ejercerse en un término se pierde o no nace, a pasar por lo complejo: el derecho en esa circunstancia además concede una acción que también se extingue. Con lo primero se aceptarían todos los plazos que tanto el Código Civil como el de Comercio señalan para actos o

1 Sentencia de casación civil del 19 de noviembre de 1976, en *Gaceta Judicial*, CLII, 505.

actuaciones que deben ejercerse; con lo segundo habría que precisar si el derecho que no se ejerce en un plazo hace que expire siempre una acción. Y en ambos casos se trataría de caducidades extintoras, sólo que como excepción las de simple plazo, y como excepción o como acción las que versan sobre una situación negocial, sin que subsista pretensión o relación obligacional (propias de la prescripción liberatoria).

Así mismo, puede ocurrir que la ley o las partes señalen en ciertos eventos plazos resolutorios o suspensivos que si bien recogen unos determinados términos no se pueden asimilar o confundir con los plazos de caducidad; por ejemplo, cuando sirven de aviso o cuando el nacimiento del derecho se somete a un determinado evento o condición.

En todo caso, caducidad es igual a plazo de existencia de un derecho o de ejecución de un acto, es decir, se ata su ejercicio a un término fijo de duración. Por lo mismo, suele decirse que la caducidad hace perder el derecho. Empero, puede ir más allá: si se concede un plazo para que se entable una acción y el derecho, que como tal se tiene, no se ejerce, se ha de entender que, también, opera la caducidad. Se insiste: la caducidad se ubica en derredor del derecho, bien derivado en sí de las relaciones sustanciales, ora nacido del derecho de acción.

V. RELACIÓN ENTRE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y DE PRESCRIPCIÓN

Sin embargo, la caducidad ha sido algunas veces apreciada en nuestro medio como un modo de extinguir las acciones, dejándose la prescripción liberatoria para la extinción de los derechos. Pero no es correcto incursionar en su generalización conceptual porque se presta a confusión y a una desafortunada aplicación. La caducidad siempre extingue el derecho que no se ejerce en un determinado plazo, quedando impedido el interesado para que después se cumpla el acto o se ejercite la acción. La prescripción extingue la acción aun cuando se pueda promover en cualquier tiempo, mas prospera su declaratoria si expresamente se alega por el interesado, pues la oficiosidad no es un aspecto que la califica y caracteriza. Entre las excepciones que expresamente deben alegarse para su decisión está la de prescripción, además la de nulidad relativa y la de compensación, como previene el artículo 306 del CPC, en consonancia con el mandato del artículo 2513 del C. C.: “El que quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.

Precisamente, la apreciación oficiosa de la caducidad, contrario a la prescripción, se ha convertido en un factor de particular relevancia. Aunque no se alegue, si se encuentra demostrada se debe decretar para que el derecho potestativo pro-

tegido o la acción se extingan. Y el Código de Procedimiento Civil le imprimió a este aspecto toda la eficacia cuando en el artículo 85 dispuso que el juez rechazará de plano la demanda si existe término de caducidad para reconocerla.

Mientras que la prescripción liberatoria se puede interrumpir (art. 2539 C. C.), la caducidad no cuenta con esta posibilidad, por la razón sencilla que no existe texto alguno que así lo disponga y por el carácter excepcional de interés social que se ha querido investir. Por eso, el Código de Procedimiento Civil de 1971, también en desarrollo de los textos sustanciales, dio plena eficacia a la interrupción de la prescripción en el artículo 90, modificado por la Ley 294 de 2003, al establecer que con la demanda se interrumpe aquélla si se notifica dentro de un término de un año, a partir del día siguiente a la notificación al demandado del auto admisorio o del mandamiento ejecutivo, según el caso. En tanto que el mismo precepto admite la inoperancia de la caducidad con el cumplimiento de esos mismos supuestos de tiempo y actuación y que inicialmente, a falta de norma, fuera acogida por vía jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia cuando sostuvo, en Sentencia del 19 de noviembre de 1976:

Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que ha de darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de ésta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otra manera sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se la notifique en tiempo el auto admisorio, posturas estas que atentan contra la lealtad procesal, o sería hacer responsable de la negligencia de los funcionarios judiciales al mismo demandante que ha realizado una normal actividad para que la notificación se lleve a cabo en oportunidad².

Del mismo modo, la caducidad no tiene motivos de suspensión, como sí acontece con todas las clases de prescripción. Y hemos de volver sobre el aspecto de la falta de regulación de aquel instituto en cuanto no se dice nada sobre el particular. Recordemos que el artículo 2530 del C. C., modificado por la Ley 791 de 2002, consagra que la prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse, y al mismo tiempo señala los casos en cuyo favor se reconoce y admite: incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela; entre el

2 *Gaceta Judicial*, CLII, n.º 2393, 508.

heredero beneficiario y la herencia; entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos; en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, en tanto dicha imposibilidad subsista.

No hay duda, por estar generalizado en todos los ordenamientos privados legislados o no, que los fenómenos de interrupción y de suspensión se convierten en aspectos diferenciadores de la prescripción extintiva con la caducidad; y, por cierto, de plena aceptación para el primer instituto y de improcedencia para el segundo.

La caducidad es colocada en un plano que supera el simple concepto de abandono, para entender que la seguridad jurídica exige un mayor grado de certidumbre. Y si la ley procura que se ejerza en un tiempo determinado es, precisamente, para no dejar a perpetuidad que el interesado obtenga medios de realización. Y esto se extendería a aquellos casos —de aceptarse esa posibilidad— en que son los mismos particulares los que acuden a introducir a situaciones jurídicas, comprometidas en su propia órbita, plazos para el ejercicio de ciertos derechos potestativos, pues en todo caso se excluirían de cualquier convención de plazos los que conciernen con derechos no disponibles, como serían los de familia, sucesiones, acciones judiciales, recursos, inscripciones, etc., y los que contienen un poder de modificar una relación negocial, como serían las acciones para pedir la nulidad o anulación, revocación o rescisión de un negocio jurídico.

En la caducidad, como se ha dicho, no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible; se trata del cumplimiento de un plazo, previsto para el ejercicio de un derecho y que vencido sin ejercitarse no puede alcanzarse.

VI. CADUCIDAD PROCESAL

Merece especial comentario la caducidad, vista como un instituto de estricta stirpe jurídico procesal, por medio de la cual la misma ley limita en el tiempo el derecho a que se promuevan acciones, esto es, se impulse el aparato jurisdiccional, so pena de su extinción y sin que medien factores que impidan que el plazo corra o curse. El mejor ejemplo de esa figura está en el Código Contencioso Administrativo que expresamente trata la caducidad de las distintas acciones que dicho estatuto adjetivo disciplina. Esto es, se concede el derecho de acción y, para ello, se señala un término. Si el interesado no ajusta su conducta a recabar su derecho en el plazo se extingue el derecho.

Como expuso la Corte Constitucional en Sentencia C-394 de 2002:

La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que

tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general

Como claramente se explicó en la Sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

La misma Corte había explicado en Sentencia C-351 de 1994:

... la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales —con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa—, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde.

También la Corte Constitucional, en Sentencia C-115 de 1998, dijo:

De otra parte, al examinar este cargo es del caso tener en cuenta que, como acontece con la prescripción, la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales —con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa—, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde.

De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia, pues mal podría violarse este derecho respecto de quien, gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda.

En el campo de los términos de caducidad procesal se pueden contar no sólo los que atañen a las demandas sino también a las contestaciones, interposición de excepciones y de recursos, en que la ley fija un plazo que, vencido, hace perder la posibilidad de cualquier reconocimiento dentro del respectivo proceso.

VII. EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTÍCULO 1954 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA DOCTRINA

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, al fijar el alcance del artículo 1954 del C. C.: “La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato”, concluyó que el término allí señalado es de caducidad y no de prescripción, como lo habían sostenido la doctrina anterior de la misma corporación y los doctrinantes chilenos —ARTURO ALESSANDRI, RAMÓN MESA BARROS, FERNANDO FUEYO LANERI, RENÉ ABELIUUK M., entre otros—, mas no los colombianos —CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, ÁLVARO PÉREZ VIVES, JAIME RODRÍGUEZ FONNEGRA— que se han inclinado por la caducidad, en su orden, con estas opiniones:

De la forma como está redactado el artículo (1954), indicativa de que la acción expira automáticamente una vez transcurrido el plazo de cuatro años allí señalado para ejercerla, y de que por lo mismo es condición negativa de su existencia que sea propuesta dentro del citado plazo, han deducido con acierto tratadistas tan eminentes como ÁLVARO PÉREZ VIVES y JAIME RODRÍGUEZ FONNEGRA que en el artículo en mención no está consagrada una prescripción, sino una caducidad...³.

Que la demanda se entable dentro del plazo legal. De conformidad con el artículo 1954, la acción rescisoria debe intentarse dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del contrato [...] Ya vimos a PLANIOL y RIPERT sostener que, cuando exista una condición suspensiva, ese plazo se debe contar desde el cumplimiento de la condición. Por otra parte, no se trata propiamente hablando de una prescripción de la acción sino de su caducidad, ya que la única manera de interrumpirla es ejercitándola, y la prescripción suele interrumpirse por modos distintos al ejercicio de la respectiva acción⁴.

Caducidad. A. Según expresión del Código, “la acción rescisoria expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato: trátase de caducidad, y no de prescripción extintiva [...] Al fenómeno de que se trata —que llamo de caducidad o expiración porque se opera contra toda persona, sea capaz o incapaz, y aunque se halle ausente, y porque no

3 *Los principales contratos civiles*, p. 150.

4 *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, p. 180.

ha de alegarse como excepción desde luego que su presencia inhibe que se pronuncie decisión de fondo— conciernen asimismo los artículos 1890 y 1954 (C. ch. 1896); en que empleándose el verbo “expirar” se expresa que las acciones correspondientes se extinguen al cabo de un año o de cuatro años, respectivamente...⁵.

Precisamente, en sentencia de casación civil del 23 de septiembre de 2002, expuso la Corte Suprema de Justicia:

Destacadas, pues, estas particularidades del señalado plazo, se impone inferir que se trata de un término de caducidad que en cuanto tal fija precisa y fatalmente el tiempo durante el cual debe ejercitarse la acción.

En efecto, si, como acaba de expresarse, dicho lapso ha sido calificado por la Corte, de tiempo atrás y de manera invariable, como uno de los presupuestos de prosperidad de la pretensión, bien pronto se advierte, entonces, que en ella el transcurrir del tiempo se comporta, por sí mismo, como una condición sustancial para su ejercicio, característica esta que, precisamente, se corresponde, como ya se dijera, con la funcionalidad típica de la caducidad. Subsecuentemente, su fijación no puede quedar supeditada, de ninguna manera, al arbitrio del demandado, esto es, a que comparezca a invocar el vencimiento del plazo, cabalmente, porque dejaría de ser un elemento estructural de aquella.

Del mismo modo, dado que la mencionada acción postra, llevándola a un innegable estado de fragilidad e incertidumbre, ha querido el legislador que tal situación desaparezca, supeditándola a un término fatal e improrrogable, de manera que la estabilidad de los negocios jurídicos y, desde luego, la de los derechos que de ellos dimanen queden consolidados, en un término objetivamente conmensurable, ajeno por ende a dilaciones derivadas de actitudes subjetivas, distintas, por supuesto, al ejercicio mismo de la acción.

Si bien no se niega, como adelante se verá, que encomiables exigencias de justicia reclaman la posibilidad de rescindir, en las condiciones previstas en la ley, aquellos negocios afectados por un notorio desequilibrio económico en las prestaciones de los distintos involucrados, no es menos cierto que la seguridad del tráfico jurídico reclama, a su vez, que la volubilidad a la que esas relaciones jurídicas quedan sometidas se desvanezca rápidamente y en medio de la menor zozobra posible para quienes deben enfrentar tal pretensión.

De ahí que sea más evidente y perentoria la carga del interesado: le incumbe accionar en el término imperiosamente previsto por el ordenamiento, so pena que su facultad se extinga irremediablemente, sin que haya lugar a la suspensión o interrupción del mismo, derivadas de las condiciones subjetivas de las partes o de las conductas que éstas hubiesen denotado; es decir que dicho plazo corre con objetividad fatal.

5 *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, pp. 908 y 1106.

Infiérese, por consiguiente que, vencido el cuatrienio consagrado en el artículo 1954 del C. C., sin que se hubiese ejercitado la acción, se extingue tal facultad de manera automática, particularidad que justamente, permite al juez decretarla de oficio, sin que deba esperar actos complementarios derivados de la actitud asumida por el demandado. El contratante sabe de antemano que cuenta con un determinado tiempo para ejercitar su acción, sin que la expiración del mismo halle justificación de su dejadez, sino en el mero vencimiento del aludido plazo.

VIII. EL ARTÍCULO 2545 DEL CÓDIGO CIVIL COMO CRITERIO DE APOYO DE LA CADUCIDAD

Empero, un gran sector de la doctrina se ha inclinado por apreciar en el artículo 1954 del C. C. o el equivalente del Código Civil chileno el fenómeno de la prescripción extintiva, con apego al mandato del artículo 2545 del C. C.: “Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla”. Se destaca: a. Las prescripciones son de corto tiempo: b. Están relacionadas con acciones que brotan de actos o contratos: c. Corren contra todas personas, y d. Se mencionan en los títulos respectivos, esto es, en los preceptos contentivos del fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, el Código Civil francés no tiene una norma, como la del pretranscrito artículo 2545, para tratar las prescripciones especiales de corto plazo, referidas a actos o contratos, sino de manera particular a determinadas acciones a las que se les concede un plazo para el ejercicio de ciertas prestaciones u obligaciones. Esto permite pensar que aquellas situaciones, consagratorias de plazos de expiración para el ejercicio de acciones, no prescriban sino caduquen. En otras palabras: si un precepto se refiere a plazo de expiración, y no de prescripción, bien puede admitirse que no es éste el fenómeno previsto sino otro distinto, propio de la caducidad. Por ejemplo: para demandar la rescisión por lesión enorme (art. 1676), para recobrar la cosa vendida con pacto de re- traer (art. 1660); para la acción por los vicios redhibitorios (art. 1648); para la acción por la venta por cabida y expresamente habla de caducidad (art. 1622). O sea, el derecho francés permite acoplar la teoría de la caducidad en aquellos eventos que versan sobre actos y contratos contentivos de plazos para el ejercicio de acciones ya que las normas de la prescripción no incluyen reglas especiales sobre el particular o no se califican como tal.

Pero lo anterior no se puede proclamar, con igual proyección sustancial, para las mismas situaciones que nuestro ordenamiento jurídico consagra, porque el Código Civil, en el artículo 2545, sienta las reglas para las prescripciones

de corto plazo de las acciones que nacen de ciertos actos o contratos y que se mencionan en los títulos respectivos, y las cuales, por consiguiente, no se pueden denominar de otra manera. Por eso, se sostiene que acciones posesorias o de despojo o por obras; las que versan sobre la nulidad del matrimonio; reforma del testamento; impugnación de legitimidad; acciones rescisorias de nulidad; de saneamiento por evicción; de rebaja del precio por vicio redhibitorio; del pacto comisorio; por la renta vitalicia, son las que conforman el elenco de las prescripciones especiales de corto tiempo. Y que también sirve para explicar o comprender que tanto el Código Civil como el de Comercio unas veces se refieren a prescripción o a expiración del plazo, reservando la expresión caducidad a específicas situaciones.

Se convierte el artículo 2545 del C. C. en un precepto que evidencia las perspectivas para reconocer, en cierta manera, la vigencia de la figura de la caducidad en dicho ordenamiento por análisis de exclusión: se entenderá que las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, deben estar mencionadas en los respectivos títulos, porque si no lo están los plazos que se señalen serían de caducidad. Es decir, además de fijarse un término para el ejercicio de la acción debe decirse que prescribe ésta si no se ejercita el derecho de acción en dicho término.

Se reitera, queda por fuera del raciocinio o aplicación lo que el mismo precepto indica que las prescripciones de corto tiempo son las que se mencionan en los títulos respectivos, y para llegar a una conclusión: el artículo 1954 no menciona la prescripción sino que la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años. Entonces, la falta de mención del vocablo prescripción impide que se satisfagan todos los supuestos que el artículo 2545 del C. C. señala para acoger como prescripción de corto tiempo a que están sujetas las acciones que nacen de actos o contratos; y, de ese modo, admitir el plazo de caducidad de cuatro años de la acción rescisoria por lesión enorme en la compraventa de inmuebles.

IX. OTROS CASOS DE CADUCIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Si se tienen en cuenta las precedentes consideraciones, se pueden hacer las precisiones alrededor de otros eventos, limitados por cierto, en que el Código Civil habla de plazos para el ejercicio de derechos y acciones en el ámbito contractual y que son de caducidad legal y no de prescripción extintiva de corto tiempo, como muchas veces se ha afirmado, a saber: para pedir la rescisión la nulidad de contratos (art. 1750); de las acciones en la venta por cabida (art. 1890); del derecho que nace del pacto de mejor comprador (art. 1944); del derecho de retracto litigioso (art. 1972); de la garantía de la obra construida (art. 2060); de la acción pauliana (art. 2491.3).

Aun cuando el artículo 1923 del C. C., que disciplina el plazo para intentarse la acción redhibitoria, no menciona la palabra prescripción, que podría hacer creer con los argumentos suministrados atrás sobre la no aplicación de la prescripción extintiva, lo cierto es que el artículo siguiente —1924— se refiere a la prescripción de dicha acción, de modo que la caducidad no sería de recibo.

X. CADUCIDADES CONVENCIONALES

A las caducidades legales enunciadas se podrían agregar las convencionales, o sea, las que pueden nacer de la voluntad de los particulares para su aplicación en aquellos aspectos que comprometen únicamente derechos potestativos, que, como se sabe, son los que se conceden la facultad o potestad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas con fuerza vinculante con otros sujetos de derecho.

La caducidad convencional no es de plena acogida doctrinal; empero, hay quienes piensan que su procedencia radica en el hecho mismo de la extinción de algún derecho que las partes hayan convenido. Ese es un criterio amplio y que muchos muestran como un factor para diferenciar la caducidad de la prescripción, en cuanto los plazos en ésta nunca pueden ser producto del querer de los contratantes. Escasamente puede moverse el término prescriptivo en el margen de tolerancia que, de manera expresa, señale la ley.

Los códigos que han incluido en su cuerpo normativo se inclinan por abrirle paso a la caducidad convencional. Si se repara en la regulación que hace el nuevo Código Civil de Perú, parece que el artículo 2004, no obstante la confusa redacción, permite que las partes puedan acordar plazo de caducidad al consagrar: “Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario”, porque si se compara con la norma referida a la prescripción, artículo 2000, en que “Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”, se puede apreciar la diferencia en el tratamiento de los plazos, dejándose solamente para la ley en la prescripción, y legal y convencional en la caducidad, ya que el agregado “sin admitir pacto en contrario” que se hace en el artículo 2004 va dirigido a que los plazos legales son los que no pueden modificarse por los particulares. De suerte que si las partes pactan plazos de caducidad, éstos sí pueden alterarse.

Algo similar ocurre con el Código Civil italiano, como es sabido, fuente indiscutible del Código peruano de 1984, cuando en el artículo 2968 permite la modificación de la disciplina de la decadencia en lo que atañe a los derechos disponibles. Y el Código Civil brasileño, en el artículo 211, se refiere a la decadencia convencional.

Pertinente resulta formular una aclaración: es frecuente escuchar o leer en documentos que los derechos a reclamarse provenientes de los premios de las

loterías, rifas, etc. caducan, como si, en verdad, se estructurase o diese esta figura. Empero, no compartimos esa apreciación. Creemos que el derecho del ganador proviene del acierto y, por consiguiente, a partir de ese momento es titular de una prestación o un crédito, y que si no se exige o ejercita en el plazo que se indica, si hay aceptación legal, prescribe y, por consiguiente, se convierte en un derecho natural.

XI. LA CADUCIDAD EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio tampoco es sistemático en la adopción del instituto de la caducidad, aunque acude a su incorporación en algunas situaciones, escasas por cierto, como, por ejemplo, de la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas de un cheque que no se presente y proteste en tiempo, si durante todo el plazo el librador tuvo fondos suficientes (art. 729), o de la acción cambiaria de regreso, también por la no presentación del título o levantado el protesto (art. 787), y que el artículo 788 complementa con la disposición de que los términos de la acción cambiaria no se suspenden sino en los casos de fuerza mayor y nunca se interrumpen. Y de la caducidad de las acciones de regreso del tenedor del bono de prenda de que trata el artículo 801.

Así mismo se pueden señalar situaciones que contienen plazos de caducidad en relaciones contractuales. Pero, valga la precisión, no siempre vinculadas a derechos y acciones, sino unas veces a derechos, otras a acciones, y otras a derechos y acciones.

El artículo 932 del C. de Co. señala el derecho del comprador de reclamar por el funcionamiento de la cosa vendida dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad.

Otra situación en que el Código de Comercio reconoce la caducidad está en el artículo 1160, en cuanto no permite la reducción del valor del seguro después de transcurridos dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato.

Así mismo, el Código de Comercio señala distintos plazos para que se ejerzan derechos sin conceder acciones, que bien pueden servir de medio de caducidad para enervar los efectos de las prestaciones que se reclaman. Así: los plazos de diez días que conceden los artículos 891 y 893 para que el cesionario y contratante cedido avisen al cedente sobre los respectivos incumplimientos y poder exigir las prestaciones convenidas. Y si bien las normas señalan términos de aviso, las consecuencias van más allá: pasados los plazos indicados en las normas, si no se ejercen los derechos que allí se consagran, éstos no se pueden exigir luego, por pérdida, por los titulares.

Algo similar ocurre con el derecho que el artículo 966 le otorga al comprador con reserva de dominio, para recuperar la cosa, de avisar al vendedor dentro de los tres meses siguientes a la restitución, y si así no procede pierde la posibilidad de su recuperación, o sea que caduca, por decirlo de alguna manera, el derecho por no ejercerlo en el plazo señalado por la norma.

Somos conscientes, con todo, que estas últimas situaciones pueden merecer el reproche de no consagrar de manera clara la figura de la caducidad. Sin embargo, la inclinación que le hemos dado a esa apreciación consulta una realidad: de no ejercerse los derechos que se conceden o incorporan, dentro de los términos que las normas indican, se pierden, y si el titular pretende reclamarlos la otra parte puede aducir esa situación a manera de caducidad, o puede ser reconocida automáticamente.

XII. PROPUESTAS CONCRETAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE CADUCIDAD

Hemos sido partidarios, de tiempo atrás, de revisar y reformar el Código Civil, no sólo para actualizarlo sino para unificarlo con el Código de Comercio, como es la técnica legislativa actual de los Estados. Por eso, se podría aprovechar esa oportunidad para incluir normas sobre la figura de la caducidad, bien separando la prescripción adquisitiva de la extintiva, y, a continuación de ésta, regular la caducidad o, simplemente, disciplinarla después del tratamiento unitario de las prescripciones. Con tal fin, se podrían hacer, por lo menos, las previsiones legislativas, en concordancia con todo lo expuesto en este trabajo, en las siguientes direcciones:

- La caducidad extingue los derechos que se otorgan por plazos determinados, particularmente cortos. En éstos irían comprendidos los institucionales que tocan con la familia, sucesiones, personas, también los que versan sobre las acciones o las inscripciones, etc., y, del mismo modo, los relacionados con los derechos disponibles. Y en lo pertinente, con la indicación de los cómputos de los plazos. En el derecho de acción, que se extinga por caducidad, debe expresamente emplearse este vocablo, para una abierta separación de la prescripción extintiva.

- La caducidad convencional en los derechos que tengan fundamento en los negocios jurídicos, pero no, por el profundo sentido de orden público y carácter general, para los institucionales.

- La improcedencia de la interrupción y de la suspensión de la caducidad, y admitir la renuncia en las situaciones extintoras de los derechos disponibles que no comprometan un interés general.

- El carácter automático de la declaración de caducidad, esto es, que pueda ser decretada de oficio, básicamente, en asuntos que atañen con los derechos institucionales.

ALBERTO J. BUERES

*La buena fe y la imposibilidad de
pago en la responsabilidad contractual*

1. Durante mucho tiempo se consideró que la responsabilidad contractual se sustentaba en la culpa de forma exclusiva. Sin embargo, en la actualidad se acepta en mayor o menor dimensión que la responsabilidad objetiva ocupa un lugar significativo.

Pese a esto, existen notorias contradicciones cuando se trata de perfilar el significado de caso fortuito, muchas veces originadas por la oscuridad del tema y otras tantas por la falta de profundización en los estudios de la doctrina.

En rigor, si se supone que el *casus* coincide con la ausencia de culpa (arts. 512, 902 y 909 del C. C. argentino, examinados *contrario sensu*), está muy claro que, coherentemente, hay que concluir en que toda responsabilidad es subjetiva, pues el deudor siempre se liberaría con la prueba de la diligencia prestable. Este criterio, que en su formulación pura fue aceptado muy pocas veces¹, se trasluce en el concepto que algunos de nuestros más conspicuos civilistas confieren el caso fortuito, aun cuando ellos no niegan la coexistencia de las responsabilidades subjetiva y objetiva —cualesquiera sean los ámbitos que adjudican a cada una—.

Estos defectos se observaron y observan en el derecho continental europeo. Las concepciones moralistas que impregnaron la responsabilidad en el período bizantino del derecho romano, y que pasaron a las doctrinas del *ius commune*, fueron recogidas por el Código francés (arts. 1137, 1147 y 1148) y por el Código italiano de 1865 (arts. 1125 y 1126) —inspirado en el susodicho *Code Civil*, y a la vez continuador de la filosofía del *Codice degli Stati italiani* anterior a la unificación—. Comoquiera que los propios autores que, sobre la base de unas afirmaciones formales, pretenden fundar la responsabilidad del deudor en la culpa y, por tanto, admiten su exoneración por medio de la diligencia exigible, vuelven sobre sus pasos, cuando menos en un buen número de oportunidades, pues al aludir a la imposibilidad sobrevenida refieren que la ausencia de culpa no es suficiente para producir el efecto extintivo de la obligación².

Al margen, también en el derecho italiano algunos autores —por respeto a la tradición —conceptúan que la *mora solvendi* reclama la culpa del deudor (*mora iniusta dilatio*), razón por la cual éste podría excluir su responsabilidad demostrando el *casus* = no culpa. Pero luego, esos mismos opinantes, cuando penetran con más profundidad en el sentido del caso fortuito, exigen el elemento de la

1 En esta dirección, LUDOVICO BARASSI. *La teoría generale delle obbligazioni*, t. III, Milano, Giuffrè, 1948, n.ºs 296 y 298, p. 253, y n.º 301, p. 267.

2 Cfr. la crítica en GIUSEPPE OSTI. “Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, n.º 4, 1954, pp. 599 y 600, y en “Impossibilità sopravveniente”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, Torino, 1962, n.ºs 3 y 4, pp. 289 a 292.

imposibilidad de prestar. En todo caso, la ausencia de culpa es una exigencia para que la imposibilidad extinga la obligación, puesto que, por contraste, la culpa es un criterio de imputación de esa imposibilidad (*casus dolus, vel culpa determinatus*) —aunque, como hemos de ver, *no es el único criterio de imputación*—. En definitiva, ya durante la vigencia del Código italiano de 1865 “Caso fortuito doveva intendersi quell’evento che senza colpa del debitore rende obiettivamente impossibile la prestazione”³.

Las vacilaciones y dudas son múltiples, y éste no es el momento para analizarlas (tarea que, por lógica, siempre sería incompleta). Pero basta con indicar que TRABUCCHI, tras realizar una correcta exposición sobre la imposibilidad sobrevenida (arts. 1218 y 1256 C. C. it.), dice que si el deudor quiere evitar la responsabilidad por incumplimiento debe dar la prueba de la ausencia de culpa (?). Y luego siembra mayor confusión sobre sus verdaderas ideas cuando añade que el *thema probandum* en el supuesto examinado ha de ser, según las circunstancias, la existencia de un evento fortuito inevitable o la diligencia prestable por el deudor⁴.

En el derecho francés la situación no fue muy distinta —más allá de los matices particulares—. El artículo 1137 del *Code Civil* requiere para la custodia de la cosa el empleo de la diligencia del buen padre de familia. A su vez, el artículo 1147 establece que el deudor está obligado a indemnizar los daños que cause, siempre que no pruebe que el incumplimiento proviene de una causa ajena (los arts. 1148 y 1302 mencionan la fuerza mayor, el caso fortuito, etc.).

En un principio —y por largo tiempo— se mantuvo el criterio de la culpa heredado de las teorías voluntaristas y nominalistas medioevales y del iusnaturalismo racionalista. El deudor podía liberarse revelando la diligencia, y en el plano del artículo 1147 se imaginó que la norma introducía una presunción de culpa (con lo cual todo se reducía a una simple inversión de la carga de la prueba). En un paso adelante, algunos autores afirmaron que el *solvens* debía hacer patente *la causa* que le había impedido cumplir (y que ella no obedecía a su culpa), pero quedaba desechado el *quid* de la imposibilidad de pago —y con ello se mantenía el *casus* = no culpa; o, incluso, si bien no se desdeñaba totalmente dicha imposibilidad de pago, ella permanecía en penumbras, pues se concluía que el deudor al probar el caso fortuito demostraba su propia *absence de faute*⁵.

3 OSTI. *Impossibilità*, cit., n.º 4, p. 291, y nota 3.

4 ALBERTO TRABUCCHI, *Instituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1995, n.º 236, pp. 544 a 546.

5 PAUL ESMEIN. “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, p. 627; ANDRÉ TUNC. “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, p. 235.

Por tanto, para conectar los artículos 1137 y 1147 y dotarlos de un cierto sentido lógico, se expresó que el primer texto comprendía las obligaciones de medios y el segundo las obligaciones de resultado; y aun sin resignación del *falso contenido culpabilista* de éstas últimas⁶, se insistió en que las obligaciones de medios constituían la regla y las de resultado la excepción⁷.

En general, se piensa que DONELLO defendió con ahínco la doctrina generalizada del derecho común —que por cierto no coincidía con las ideas de las fuentes romanas clásicas y postclásicas justinianas⁸—, pues dicho autor insistió en que la ausencia de culpa exime de responsabilidad al deudor, mientras que la extinción de la obligación sólo se produce por la imposibilidad de pago no imputable. Y que fue MOMMSEN, en réplica a semejantes razonamientos, quien puso las cosas en su quicio —como verdadero precursor—, al estimar que la imposibilidad sobreviniente constituye el límite de la responsabilidad del *solvens* (efecto exoneratorio) y extingue el vínculo obligacional⁹.

2. El *casus* es el único límite de responsabilidad para todas las obligaciones (de medios y resultado) y para cualquier tipo de infracción (falta de cumplimiento —definitivo, parcial o moroso— o cumplimiento inexacto —o irrito—), y destruye la relación de causa a efecto¹⁰.

La imposibilidad de pago generada por el *casus* (hecho) produce dos efectos esenciales: extingue la obligación (art. 888) y exonera al deudor de responsabilidad (arts. 509, 513 y 514). Es preciso aclarar que una cosa es el *hecho* que *causa* la imposibilidad, el cual debe ocurrir *sin culpa del deudor* —la culpa es elemento de atracción causal— (más allá de que en ciertos casos le sea imputado de manera objetiva), y otra cosa es la referida *imposibilidad*, que siempre debe ser *absoluta (efectiva)* —sin perjuicio de cuanto diremos a propósito de este requisito y de la incidencia que sobre él tiene el principio de la buena fe—. Los autores subjetivistas creen que con la verificación del primer elemento (hecho

6 ALBERTO J. BUERES. “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor Responsabilidad contractual I”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, n.º 18, pp. 95 a 112, en especial; y “Responsabilidad contractual objetiva”, en *J. A.*, 1989-A-964.

7 FRANCESCO GALGANO. “La responsabilidad por incumplimiento contractual. I. El modelo francés y sus desarrollos”, en *Atlas de derecho privado comparado*, JUAN ANTONIO CAMPOS y RAFAEL VERDERA SERVER (trads.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 207 a 210.

8 En las fuentes romanas la imposibilidad de pago originaria (*ad impossibilia nulla est obligatio*) traduce el principio lógico de no contradicción al sancionar con la nulidad el acto fundante de una prestación irrealizable *ab initio*. Para la imposibilidad sobreviniente, el principio de exoneración de responsabilidad del deudor se plasma en el *casus a nullo prestantur* (LUIGI MENGONI. “La responsabilità contrattuale”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, Milano, 1988, pp. 89 y 90).

9 *Ibid.*, p. 90.

10 Por lo dicho en el texto, hablamos de caso fortuito, fuerza mayor y causa ajena, con sentido idiomático equivalente.

inculpable), que sólo constituye un tramo en la configuración del *casus*, el deudor se libera de responsabilidad, sin importar que la imposibilidad de pagar (que es el segundo elemento del *casus*) sea subjetiva u objetiva o, mejor aún, y a la vista de los desencuentros doctrinales acerca de estos recaudos, y para ser más coherentes con la concepción culpabilista, sin que siquiera se plantee el asunto de la imposibilidad de pago. En este sentido errado, por el que cobra trascendencia exclusiva el primer elemento (el hecho), tiene vigencia la proposición *casus* = no culpa¹¹.

A propósito del efecto liberatorio (o exoneratorio), cuadra señalar que el deudor responde mientras la obligación insatisfecha exista. Y el límite (tope) de ese deber está dado por la imposibilidad de pago.

Por cierto, que si falta la prestación o ésta es defectuosa y promedia un *casus* la obligación se extingue —como quedó expuesto— (efecto extintivo), por más que no se realice el interés del acreedor y, en consecuencia, no hay incumplimiento. El *casus* produce el efecto extintivo, razón por la cual cuando se expresa comúnmente (*vulgo dicitur...*) que el deudor se libera de responsabilidad, más que de ésta (responsabilidad) se libera del vínculo, pues si la obligación se extinguió (no hay fuente) no puede haber incumplimiento ni responsabilidad de la cual liberarse. Se responde hasta el límite de lo posible (*casus*); fuera de él ya no hay relación jurídica.

Las reglas que disciplinan la extinción de la obligación por imposibilidad sobreviniente y las que contemplan la liberación del deudor deben ser homogéneas, pues entraña una contradicción irreductible el fundar la responsabilidad del *solvens* en la culpa (mediante la proposición *casus* = no culpa), y el considerar que la imposibilidad de pago debe ser objetiva (*casus* no es igual a no culpa)¹².

Asimismo, no debe caerse en el error de integrar las normas relativas al incumplimiento (arts. 509, 513, 514, etc.) con las que se refieren a la culpa (arts. 511, 512 y 902) —con lo que se pretende dar trascendencia al “incumplimiento imputable” (vale decir, “culpable”)—. Las primeras normas concier-

11 FRANCISCO JORGANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 160 a 202; BUERES. “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, cit., p. 96, nota 4, en especial.

12 OSTI. *Deviazioni*, cit., n.º 5, pp. 600 a 602, cuando interpreta para el derecho italiano las normas de los artículos 1218 y 1256, que vienen a ser coincidentes con los artículos 509, 513, 514 y 888 C. C. argentino. GIOVANNA VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 8 y ss. y 345, en especial; MASSIMO FRANZONI. “La responsabilità contrattuale (a proposito di un libro recente)”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XXXV, n.º 4, diciembre de 1981, Milano, Giuffrè, pp. 1266 y ss.; LUCIANA CABELLA PISU. “Dell’impossibilità sopravvenuta”, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, libro cuarto, “Delle obbligazioni”*, Bologna y Roma, Zanichelli y Foro Italiano, 2002, arts. 1463 a 1466, pp. 5 y ss.

nen a las consecuencias del *incumplimiento* en general (en todas las obligaciones), las últimas se enlazan con la modalidad del *cumplimiento inexacto* en las obligaciones de medios¹³.

En las obligaciones de medios, el objeto de la obligación (que constituye un *quid* diverso del contenido de tal relación obligatoria, pese a que se trata de dos nociones que se penetran y en ello vienen a coincidir¹⁴, está formado por una conducta del deudor dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzado. Si el deudor no satisfizo la prestación en absoluto, si lo hizo parcialmente o se encuentra incurso en mora, no hay responsabilidad si prueba el *casus*. La diligencia prestable en estos supuestos no es relevante, dado que el deudor debe desplegar su comportamiento para lograr un fin (a pesar de la aleatoriedad de éste). En resumidas cuentas, se aplican los mismos principios que en las obligaciones de resultado, puesto que estas perturbaciones al plan de prestación no tienen un régimen diferente. La diligencia prestable (en los deberes de medios, se entiende), es sólo un elemento del cumplimiento *exac-to*; o, como se ha dicho, la diligencia es, por un lado, positivamente, criterio de exacto cumplimiento y, por otro lado, y a consecuencia lógica de lo anterior, negativamente, la culpa es una forma de infracción-contravención —el cumplimiento inexacto—¹⁵.

En consecuencia, el *incumplimiento material* (o primario) en las obligaciones de medios inexactamente cumplidas, dada la irrealización del resultado que se intentó alcanzar, queda en evidencia con la culpa, y el pago es la no culpa. Por ende, la ausencia de culpa no es límite de responsabilidad, dado que si ella se demuestra hay pago y no incumplimiento que haya que limitar¹⁶. En las obligaciones de resultado es menester alcanzar el fin al cual va dirigida la conducta del deudor, dado que éste es afianzado al concertarse el plan de prestación. A la vista de ello, la falta o frustración del resultado en cualesquiera de las formas en que puede infringirse el deber de prestación (falta total, parcial o retraso de prestación o cumplimiento inexacto) responsabilizan al deudor, a menos que éste pruebe el *casus*¹⁷.

13 OSTI. *Impossibilità*, cit., n.º 7, pp. 293 y ss., cuando señala que el principio que informa el artículo 1218 del C. C. italiano, correlacionado con el artículo 1256 (inherente a los efectos exoneratorio y extintivo de la imposibilidad de pago), no se nutre en modo alguno del principio de la culpa consagrado en el artículo 1176.

14 ALBERTO J. BUERES. *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 35 y 151 a 156.

15 JORDANO FRAGA. "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna reciente jurisprudencia)", *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de MCMXCI, t. XLIV, fas. I, Madrid, pp. 52 y 53, nota 55.

16 Expusimos estas ideas en forma reiterada en otras oportunidades; cfr., por ejemplo, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., pp. 109 y 110.

17 En otro orden de ideas, pueden consultarse las consideraciones que hace CABELLA PISU acerca de la

3. Nos vamos a detenernos en los pormenores de las imposibilidades de pago, temporánea, definitiva, total y parcial, en la medida en que ellas no ofrecen mayores dificultades en relación con el objeto de estudio¹⁸.

En cambio, tiene importancia prestar atención, siquiera superficial, a los significados de imposibilidad objetiva y subjetiva y de imposibilidad absoluta y relativa, sobre los que abundan notorios desacuerdos doctrinales de fondo, lenguaje y detalles.

Por lo que respecta a la imposibilidad objetiva, desde antiguo se sostuvo un criterio que consideramos superado: la imposibilidad es tal cuando la prestación no puede ser satisfecha por el deudor concreto ni por cualquier otra persona. Por el contrario, la imposibilidad subjetiva se verifica cuando el deudor no puede cumplir pero la prestación puede ser realizada por otros sujetos. Se ha impugnado esta distinción en tanto y en cuanto ella puede conducir a soluciones erróneas. La insolvencia económica impide cumplir a cualquier persona y sin embargo no exime de responsabilidad al deudor¹⁹.

Con enfoque más realista, se estima que la imposibilidad es objetiva cuando el impedimento para cumplir va referido a *la prestación en sí y por sí considerada*, mientras que la imposibilidad es subjetiva cuando concierne a *las condiciones personales o patrimoniales propias del "solvens" (o de sus auxiliares)*, siempre y cuando dichas condiciones no estén conectadas de manera inmediata con *la prestación en sí y por sí considerada*. Bajo esta luz, en las prestaciones infungibles (*intuitu personae*), las aptitudes del deudor se objetivan²⁰. A propósito, OSTI menciona como prestaciones infungibles las que deben prestar los intelectuales que poseen unas cualidades específicas (conocimientos, cultura, habilidades). Y también las que dimanen de algunas relaciones particulares, tales como la que asume el mandatario (arts. 1717 y 1722, inc. 4.º, C. C. it.) o el dependiente en el trabajo subordinado. De todas maneras, el propio autor destaca que la imposibilidad objetiva también puede aparecer por excepción en las prestaciones fungibles, ya que en ellas es factible la existencia de un momento

diligencia (o la negligencia) y sus diversos roles en las *obligaciones de medios*, a propósito de la imposibilidad de pago (ob. cit., pp. 54 a 59), cuestiones cuyo análisis exceden los límites de este trabajo.

18 Sobre el particular, cfr. JORGE A. MAYO. "La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa. Responsabilidad contractual I", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1998, n.º 17, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 33 y ss.

19 PIETRO TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 346 y ss.

20 OSTI. *Impossibilità*, cit., n.º 2, pp. 288 y 289; JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 150 y ss.; JORGE GAMARRA. *Responsabilidad contractual. El juicio de responsabilidad*, t. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, pp. 110 y ss.; cfr. también ACHILLE GIOVENE. *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza"*, Padova, Cedam, 1941, pp. 5 y ss. —donde el autor liga ciertas ideas de OSTI a las de MOMMSEN—.

de infungibilidad. Por ejemplo, si el deudor (o un empleado suyo), cuando está transportando una suma de dinero al domicilio del acreedor, es asaltado por ladrones o sufre un colapso en el trayecto y queda impedido para materializar la prestación, la imposibilidad generada por semejantes impedimentos reviste carácter objetivo. Claro está que comúnmente dicha imposibilidad ha de ser temporánea y debe apreciarse como imposibilidad objetiva hasta que el deudor, de conformidad con la experiencia y las particulares circunstancias, se encuentre en condiciones de cumplir (vale decir, con independencia de sus condiciones personales y económicas)²¹.

GIOVANNA VISINTINI, en enlace con la objetividad y subjetividad de la imposibilidad de pago, señala lo siguiente: 1. No debe confundirse el discurso en torno a la imposibilidad y a la causa no imputable (al hecho) —y añade que los calificativos objetivo y absoluto no siempre se entienden en sentido uniforme—; 2. La imposibilidad relevante es la absoluta (= efectiva), que la distingue nítidamente de la *difficultas dando*; 3. Si el discurso se dirige a verificar si determinados impedimentos —como los que se relacionan con los medios (subjetivos) empleados por el deudor (o por sus auxiliares) para cumplir— engendran una imposibilidad subjetiva (y no ya una imposibilidad objetiva liberatoria), se realiza una investigación jurídica y no una investigación de hecho, que apunta a la noción de imputabilidad de la imposibilidad (causa no imputable); 4. Los desacuerdos doctrinales en derredor del punto obedecen a la resistencia que manifiestan los autores sobre la posibilidad de elaborar una noción de imputabilidad diferente de la que ubica en un primer nivel a la culpa. De ahí que —según VISINTINI— el propio OSTI haya confundido el discurso de la imposibilidad con el del caso fortuito y, por ende, propuso un distingo equívoco entre imposibilidad objetiva y subjetiva. Hay impedimentos subjetivos que dan pie a una imposibilidad objetiva cuando, por la naturaleza de la prestación y por el carácter infungible de ella, los impedimentos determinan para el deudor una imposibilidad efectiva de cumplir. La postura criticada, entonces, predica el carácter objetivo o subjetivo de los impedimentos con respecto a la causa no imputable y no a la imposibilidad; 5. En conclusión, la autora piensa que hay un sólo requisito: el de la absolutez²².

Estimamos que este esfuerzo de VISINTINI para superar los contornos borrosos o difusos de la figura se asienta en su particular concepción, acaso exagerada, sobre el carácter objetivo del caso fortuito, pues nosotros pensamos

21 OSTI. *Impossibilità*, cit., pp. 288 y 289, y nota 4, en particular.

22 GIOVANNA VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1997, pp. 153 a 155.

que muchas veces la culpa es un criterio de imputación de la imposibilidad de pagar, sin defecto de que en otras ocasiones la referibilidad causal fundante de la susodicha imposibilidad se efectúe a base de criterios objetivos²³.

Es más, la autora estima que la causa no imputable es un hecho extraño (o externo) a la esfera de incumbencias o controles del deudor, que éste “no puede evitar” y que ocasionan la imposibilidad de cumplir absoluta (efectiva). Y aclara que el requisito de inevitabilidad del hecho no siempre se configura por el rasero de la diligencia ordinaria en el mundo del tráfico (*ex arts. 512 C. C. arg., y 1176 C. C. it.*)—con lo cual está aceptando que al menos en ciertos casos (“no siempre”) regiría la ausencia de culpa común, del *bonus pater familias*, para dar perfil a la irresistibilidad—. En tal sentido, y siguiendo el hilo de la exposición, VISINTINI cree que la jurisprudencia en general tiende a reclamar del deudor un esfuerzo superior al que corresponde a la diligencia ordinaria²⁴—en cualquier caso advertimos que la imputación de la causa no es rigurosamente objetiva, pues invariablemente se funda en la *previsión* normal o superior a la normal—. Asimismo, que la culpa sea en oportunidades criterio de imputación de la imposibilidad de pago no significa que la responsabilidad contractual no siga siendo esencialmente objetiva (a reserva del supuesto de cumplimiento defectuoso en las obligaciones de medios), y de que para cualquier tipo de infracción al plan de prestación, sin distinguos, el fundamento de la responsabilidad no repose en el incumplimiento *tout court*²⁵.

Por otro lado, quizá VISINTINI tenga prevenciones con respecto a la imposibilidad subjetiva definida por OSTI, en la medida en que las condiciones personales del deudor no entren en la prestación, pues ello podría conducir a la mera *difficultas dando* o, en una formulación extrema y desconceptuada, a la permisón de que el *solvens* se exonere de responsabilidad con la prueba de su no culpa en la producción del hecho (causa), con desdén del elemento de la imposibilidad de pagar (*casus* = no culpa). Lo propio podría acontecer si se admite una imposibilidad relativa, no ya en la acepción propuesta por LUIGI MENGONI, a la aludiremos a continuación, sino en la de alguna doctrina que relaciona esa especie con el esfuerzo diligente del deudor (art. 512 C. C. arg., cit.), criterio éste (como advertimos) que lleva a la inanidad de la imposibilidad de pago.

Al hilo de estas digresiones, VISINTINI cree que hoy día la noción de objetividad ha sido mantenida bajo la exigencia de la absolutez, para distinguirla de la *difficultas dando*²⁶. Y bajo otra óptica, la autora relata que es preferible reser-

23 BUERES. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 96, nota 4.

24 VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 164 y 165.

25 BUERES. Ob. cit., pp. 98 y ss, y 100.

26 VISINTINI. Ob. cit., p. 153 y ss.

var el calificativo *objetiva* para los casos de imposibilidad originada en hechos ajenos a la esfera (o incumbencias del deudor), y la expresión *subjetiva* a efectos de aludir a la imposibilidad que surge de causas relacionadas con la persona del deudor y que pueden ser controladas por éste. Por tal camino, el asunto se desplaza hacia el tipo de impedimento (*hecho*) que ocasiona la imposibilidad (causa no imputable) y sólo involucra la imposibilidad de forma indirecta²⁷. En verdad, todo esto pone en evidencia la confusión que hay en la doctrina entre lo objetivo y lo absoluto y entre lo subjetivo y lo relativo. Aún más; con frecuencia se repite de forma mecánica que la imposibilidad debe ser absoluta y objetiva, sin aclarar si se trata de nociones diferentes o superpuestas (en este último caso la formula sería redundante). Por otro lado, no tenemos ninguna duda acerca de que el hecho que da pie a la imposibilidad debe ser extraño al deudor (causa ajena); o lo que es igual: no existen *casus* internos.

De todas formas, una cosa es el hecho (causa) inimputable (p. ej., una enfermedad) y otra que dicho impedimento torne imposible el cumplimiento (caso del pintor al cual deben amputarle el brazo derecho —siendo diestro—) o, por el contrario, que no lo torne imposible (el deudor en la situación mencionada debe pagar una suma de dinero). Asimismo, señalamos que VISINTINI dice que hay impedimentos subjetivos que ocasionan una imposibilidad objetiva (quiere decir “condiciones personales”). Pero tales condiciones personales se objetivan en las prestaciones infungibles y hasta a veces en las prestaciones fungibles.

En definitiva, la nota de objetividad, aunque menos relevante que la de absolutez, mantiene un cierto interés para proporcionar un perfil completo de la causa no imputable²⁸.

Bajo otra luz, se sostuvo que la diferencia entre imposibilidad absoluta y relativa se enlaza con la intensidad del esfuerzo. La primera es aquella que no puede ser vencida por las fuerzas humanas, mientras que la segunda es la que no puede superar el deudor que observa la diligencia prestable (no culpa), puesto que excede el grado de intensidad del esfuerzo típico²⁹.

27 Ibid., pp. 153 y ss.

28 Cfr. MARGARITA CASTILLO BAREA. *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 186 y ss., en especial 191. FRANCESCO DELFINI (comp.). *Dell'impossibilità sopravvenuta, Il Codice Civile. Commentario*, PIERO SCHLESINGER (fundador), FRANCESCO D. BUSNELLI (dir.), Milano, Giuffrè, 2003, arts. 1463 a 1466, pp. 9 a 12, y nota 19. Desde otra perspectiva, EMILIO BETTI señala que sólo es relevante el requisito de objetividad, en tanto y en cuanto minimiza la distinción entre imposibilidad absoluta y relativa: “Teoría general de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (trad.), t. I, Madrid, 1969, pp. 124 y ss.

29 OSTI. *Impossibilità*, cit., n.º 2, p. 289; GAMARRA. Ob. cit., pp. 131 y ss.; JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 154 y 155; CASTILLA BAREA. Ob. cit., p. 194, quien precisa que en el pensamiento de OSTI la imposibilidad relativa descuenta un esfuerzo superior al que normalmente se exige

Existe otra acepción de imposibilidad relativa divulgada por MENGONI –con probable inspiración en BETTI, entre otros autores–, que está centrada en el esfuerzo requerido al deudor en cada tipo particular (o puntual) de obligación, en atención a los medios incluidos en el plan de prestación de que se trate –criterio que MENGONI, por la vía de la *inejecutabilidad*, llega a denominar *inexigibilidad*– (volveremos sobre esto en breve).

Es cuestión difícil de deslindar, la de los confines entre la *difficultas dando* y la imposibilidad efectiva. En tal sentido, la jurisprudencia italiana consideró que la dificultad (aunque extrema) de abastecimiento de petróleo, por la nacionalización que de él hizo Libia y la clausura del Canal de Suez, no hicieron imposible para una refinería cumplir la entrega de petróleo a la cual se obligó, mediante una adquisición de él en el mercado³⁰. Asimismo, hay una zona intermedia entre las simples dificultades y la imposibilidad objetiva, dada por la excesiva onerosidad sobreviniente que dio origen a la teoría de la imprevisión, contemplada en los párrafos 2 y siguientes del artículo 1198 del C. C. argentino, y con arreglo a la cual en los contratos onerosos (bilaterales y unilaterales) conmutativos de ejecución diferida o continuada, y en los aleatorios cuando la excesiva onerosidad exceda el riesgo propio del contrato, el perjudicado puede pedir la resolución del contrato (y el demandado está facultado para paralizar la pretensión extintiva ofreciendo un reajuste equitativo). En general, la noción de causa abstracta u objetiva –que es sólo un aspecto de la susodicha causa (final) del negocio jurídico– constituye fundamento para cimentar la teoría de la imprevisión (o de la imprevisibilidad)³¹.

4. El concepto de imposibilidad absoluta puramente naturalístico insinuado en un principio por OSTI –aquello que supera cualquier esfuerzo humano (*obligatio in eum casus incidit a que incipere non potuit o quod natura dari vel fieri non potest*)–, ha sido moderado por diversos cauces, de suerte que en el marco de ese proceso de *dulcificación* la absolutez tiene una aceptación masiva.

Al respecto, podemos observar que el propio OSTI desde sus primeros trabajos deja traslucir estas ideas, pues advirtió que la posibilidad de la prestación

–incluso más que superior, hasta excepcional–, en tanto que otras opiniones correlacionan la figura con el esfuerzo que cuadra exigir al buen padre de familia (el normal)– en este sentido: L. MORENO QUESADA. “La imposibilidad originaria de la prestación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, p. 98. Por su lado, PIZARRO y VALLESPINOS entienden que la inexigibilidad se mide por los parámetros de la causalidad adecuada –criterio de normalidad–: RAMÓN DANIEL PIZARRO y CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 294.

30 ENZO ROPPO. “Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità, frustration of contract”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 1239. Es interesante destacar que con motivo de la clausura del canal de Suez se suscitaron numerosos litigios en Italia e Inglaterra, y que las decisiones judiciales no fueron uniformes.

31 BUERES. *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 129.

debe ser limitada por las exigencias de tutela de la vida, la libertad, la integridad corporal, etc.³².

Además, este autor –recogiendo en parte algunas apreciaciones de EMILO BETTI– redujo en ciertos casos el campo (*relativización*) respecto del cual ha de captarse el carácter *absoluto* de la imposibilidad. Desde esta contemplación, OSTI consideraba que el desarrollo gigantesco de la industria, que tal vez todavía permite trabajar y sobrevivir al artesanado (o a algún artesanado), por un lado, generó sistemas de producción de bienes y servicios y, por otro lado, impuso la modalidad específica de prestaciones tendente a la obtención de resultados análogos o, quizás, idénticos, desde un punto de vista sustancial, con medios notablemente diversos, según el tipo de organización empresarial de que se trate y, por añadidura, con posibilidades de acción desiguales; lo que es factible para una gran empresa dotada de unos modernos y sofisticados instrumentos mecánicos, normalmente no lo es para un artesano. Por tanto, la imposibilidad absoluta para éste puede comenzar mucho antes para aquélla³³.

Comoquiera que esta reducción del ámbito de la imposibilidad no es obstáculo para que se mantenga el criterio de la absolutez (como diremos más adelante) por categorías; y con ello queda muy alejada la impronta de la diligencia prestable de la imposibilidad relativa³⁴.

Estas ideas tal vez tuvieron origen en Alemania, en donde se acudió a los principios de buena fe (art. 242 BGB), el abuso del derecho, la equidad, etc. Consecuentemente, surgió la teoría de la *unzumutbarkeit*, trasladada a Italia –más allá de los matices– con el nombre de teoría de la *inesigibilità*, con arreglo a la cual la imposibilidad no debe ser sólo física o jurídica sino que también puede ser moral. Es clásico el ejemplo del cantante que debe actuar en un teatro el mismo día de la muerte de un familiar directo. También se hizo aplicación del criterio con el rútol de teoría del sacrificio (*der Opfergrenze*), difundido por BRECHT, STOLL y HECK, entre otros.

En la misma línea argumental se aludió a la *prestación exorbitante* para exonerar al deudor de responsabilidad por aplicación del principio de la buena fe *ex* artículo 242 BGB. Incluso, la liberación del *solvens* se extendió por excepción a las obligaciones genéricas con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, ya que el

32 OSTI. *Impossibilità*, cit., n.º 2, p. 289. Estas limitaciones ya existían en el *Landrech* prusiano de 1974. MENGONI. *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 118 y nota 117.

33 OSTI. Ob. cit., n.º 2, p. 289. Sobre estas cuestiones, cfr. ATTILIO A. ALTERINI. “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 1990, n.º 1 y 6, pp. 32 y 33.

34 LUIGI MOSCO. “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XX, Milano, 1970, p. 425, en especial.

Tribunal del *Reich* estimó que aunque el género no hubiera perecido en su totalidad, la obtención de las cosas objeto del pago resultaba extraordinariamente costosa. La imposibilidad entonces fue atisbada en sentido económico³⁵.

5. La buena fe es un principio general del derecho que opera como cláusula general (*Generalklausen* –como expresa la doctrina tudesca–), aspectos éstos que no son excluyentes sino concurrentes. No hay duda que la buena fe objetiva alude a la lealtad y corrección que deben observar las partes en el desenvolvimiento de las relaciones negociales. En tal dimensión, la buena fe no es el actuar diligente, como todavía sostiene cierta opinión trasnochada que, probablemente, tiene génesis en la conexión que se hacía en el derecho romano postclásico entre la *fides* y la teoría de la prestación de la culpa. Tampoco es posible confundir la buena fe con la equidad³⁶.

En el derecho argentino, el codificador DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD no incluyó la buena fe de manera explícita en ningún precepto (como principio, cláusula general, estándar jurídico, etc.), a diferencia de cuanto ocurrió en el derecho francés, pues el *Code Civil* la estableció –junto a la autonomía privada– en el artículo 1134. La actitud omisiva del legislador argentino pudo obedecer a la supuesta innecesariedad de consagrar la buena fe en un cuerpo legal, dado que ella constituye un principio cardinal que está consustanciado con todo el derecho –sobre el particular se enfatizó en que *el ordenamiento se baña en el agua lustral de la buena fe, la cual tiene un elevado valor ético que se extiende más allá de la apreciación jurídica*–³⁷. Pero también, se supuso que en un ambiente saturado por las ideas liberales decimonónicas probablemente se haya adoptado una actitud de prevención (*errada, por cierto, acotamos*), a efectos de evitar la concesión de amplísimos poderes a los jueces destinados a interferir en los contratos y a favorecer en muchos casos la posición de los deudores³⁸. La reforma de 1968 introducida por la Ley 17711 al C. C. argentino incluyó en el párrafo 1.º del artículo 1198 la cláusula de la buena fe expresamente, al estatuir que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o debieron entender obrando con cuidado y previsión”. Insistimos en que la buena fe objetiva apunta a la conducta leal y correcta (probidad) y que no se perfila por la diligencia³⁹.

35 LUDWIG ENNECCERUS y HEINRICH LEHMANN. *Derecho de las obligaciones*, vol. I, BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER (trads.), Barcelona, Bosch, 1947, pp. 236 y 237.

36 VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 84; MASSIMO FRANZONI. *La buena fe y la equidad entre las fuentes de integración del contrato*, *Derecho privado, Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 517 y ss.

37 MARCO AURELIO RISOLIA. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Abeledo, 1946, p. 165.

38 *Ibid.*, p. 166.

39 En verdad, el imperfecto texto del artículo 1198, párrafo 1.º, habla de lo que las partes verosímilmente

En el derecho comparado se produjeron reacciones similares a propósito de la buena fe. Hasta bien avanzada la segunda mitad del pasado siglo XX, los tribunales italianos (y los juristas), en general, se resistieron a conceder a la buena fe y a la *correttezza*, ex artículos 1375 y 1175, respectivamente, la categoría de fuentes de integración de la ley o del contrato en la regulación negocial. La Corte de Casación italiana, por caso, en Sentencia del 16 de febrero de 1963⁴⁰, rechazó la operatividad de la *correttezza*. Y advirtió que los deberes de lealtad y corrección ingresados al ordenamiento, en especial en materia contractual, no obstante su violación en el supuesto que la ley no establezca una sanción, constituyen sólo un criterio de valoración y calificación de comportamientos. Por ende, carecen de autonomía sustantiva para crear un derecho subjetivo tutelado *erga omnes* por el principio *alterum non laedere*, cuando la prerrogativa jurídica (supuesta) no esté reconocida por una disposición legal expresa (una suerte de tipicidad en la materia, acotamos nosotros)⁴¹.

En la actualidad, y desde hace ya más de 30 años, los autores italianos defienden la operatividad de la buena fe y la *correttezza* (ésta es trasunto de aquélla), como fuente de integración del negocio, entre otras funciones —se trata de deberes específicos impuestos por el ordenamiento a los particulares—⁴².

La buena fe tiene un fructífero campo de acción en sede negocial, puesto que crea deberes de protección —desarrollando un rol de integración de las lagunas del acto—, permite ponderar la importancia del incumplimiento para habilitar la resolución del contrato, opera sobre la configuración del estado de mora en determinados supuestos, es un calificativo del abuso del derecho (art. 1071 C. C. arg.), y sin desconectarse de los deberes de protección —al menos en parte— sirve para fijar un concepto de imposibilidad de pago elástico que supere el rigor de la absolutez naturalística.

entendieron o pudieron entender “obrando con cuidado y previsión”. Pero esta última referencia —que puede hacer pensar a algún opinante poco avisado que hay una aproximación a la diligencia—, está correlacionada con la buena fe subjetiva (también comprendida en el texto), en el sentido de que para invocar la buena fe en esta última dirección, por ejemplo en la esfera del artículo 1051, por quien confía en la apariencia de un derecho y, por ende, *pretende hacer prevalecer la seguridad dinámica por encima de la seguridad estática* —para ser merecedor de protección—, es menester demostrar un obrar cuidadoso, diligente —no culpable—; cfr. mi opinión en *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, pp. 111 y ss. Esta es también la opinión de JORGE MOSSET ITURRASPE, según nos parece, cuando se refiere al *in fine* del artículo 1198, párrafo 1, y a la buena fe subjetiva: *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 304 a 307.

40 Cfr. *Foro italiano*, 1963, I, p. 1769.

41 NICOLA DISTASO. *Le obbligazioni in generale*, Torino, UTET, 1979, pp. 61 y 62, quien critica la decisión de la Corte de Casación.

42 GIUSEPPE STOLFI. “Il principio di buona fede”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1964-I-163 y ss.; STEFANO RODOTÀ. “Appunti sul principio di buona fede”, en *Foro di Padova*, 1964, I, pp. 1283 y 1284, DISTASO. Ob. cit., p. 62; VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 93 a 97, en especial.

6. En el derecho italiano, tal vez como ningún en otro, se profundizó la incidencia de la buena fe en la morigeración de los efectos de la imposibilidad absoluta naturalística, y fue LUIGI MENGONI uno de los representantes más conspicuos de este movimiento.

En un primer momento, el autor mencionado afirmó su posición en la *ineseguibilità* (o *irraggiungibilità*) –inejecutabilidad (o aquello que no es factible de obtención)–, y por esa senda desembocó en la *inesigibilità* (inexigibilidad). MENGONI refiere que probablemente en el más puro sentido lingüístico, la inexigibilidad es la que se verifica cuando hay un pago *aplazado* (y no llegó el *término*) o en el supuesto en que el deudor se encuentre en condiciones de alegar una excepción dilatoria. De todos modos –y siempre dentro del relativismo que tienen las palabras–, si se parte de que ya hay una inejecutabilidad (de lo inalcanzable del resultado), lo inexigible viene a ser *lo que no es debido* o *lo que no se deduce de la obligación*. El resultado no puede lograrse a través de los medios incluidos *in obligatione*, aunque tal vez pueda ser hacedero con medios muy superiores que entonces son inexigibles⁴³.

Por de pronto, la buena fe cumple un rol en la interpretación recongnoscitiva o –si cabe– reconstructiva del plan de prestación, para establecer en concreto y en cada tipo de relación obligatoria los medios con los que el deudor debe cumplir. En consecuencia, si el intérprete luego de meritara la total economía del contrato, legítimas expectativas de las partes, etc., llega a la convicción de que para cumplir es menester desplegar medios anormales o excepcionales ajenos al programa de prestación, existirá inexigibilidad. En tal dirección se entendió que si el transportador no puede realizar el viaje por el túnel del Sempione a causa de una huelga ferroviaria y, por otro lado, la carretera está cubierta por un metro de nieve, la prestación es inexigible, puesto que el medio de transporte está identificado íntimamente con la prestación prometida –hasta tal punto que es el ejemplo académico que se utilizaba para aludir genéricamente al trasporte de mercaderías entre Italia y Suiza⁴⁴–. También es útil el ejemplo de BRECHT, relativo al barco que está bloqueado por los hielos y que no puede salir del puerto si no es con el auxilio de un rompehielos –actividad que excede en mucho el tope fijado en la prestación–. Asimismo, la idea es válida para liberar al transportador que prometió un viaje corto, por tierra y por autobús, cuya realización con tales medios no es factible, y se necesita un helicóptero para el traslado. Y, en fin, se expresó que la búsqueda de un reloj que debe ser entregado al acreedor, pero que se perdió en

43 MENGONI. *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 116 y 117.

44 VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 86 y 87, quien refiere que el ejemplo es mencionado por VITTORIO POLACCO.

el fondo de un lago, libera al deudor —aunque este caso fue fundamentado en el artículo 1257 del C. C. italiano, en cuanto establece que la prestación cuyo objeto es una cosa determinada es considerada de imposible realización cuando la susodicha cosa se extravió sin que pueda *probarse* su perecimiento⁴⁵—.

Conviene aclarar, una vez más, que el juicio de buena fe no reduce la prestación —al menos es lo común— al obrar diligente del deudor, pues la imposibilidad sobreviniente no se mide jamás enfocando el esfuerzo *en términos de diligencia*, sino *en términos de razonabilidad* (pues de lo contrario esa imposibilidad desaparece). Asimismo, MEGONI estima que la inexigibilidad es imposibilidad relativa en la medida en que se plasma con respecto al tipo de obligación en particular⁴⁶. Nosotros creemos que la imposibilidad de pago siempre es *absoluta*, más allá de que en los casos de inexigibilidad y jugando con las palabras pueda pensarse que hay *una relatividad de la absolutez*⁴⁷.

Bajo otra luz, la buena fe desarrolla una tarea de *integración*, puesto que constituye un criterio de reciprocidad entre el acreedor y el deudor imbuido de la solidaridad social. Y así como la *fides* puede ampliar la posición del acreedor al crear deberes de protección a satisfacer por el deudor (información, custodia, seguridad, etc.), también puede ser ensanchada la noción de imposibilidad y, por tal medio, reducirse las posibilidades del acreedor de pretender la prestación cuando hay un conflicto de intereses entre las partes y el intérprete opta por la liberación del deudor⁴⁸. De tal manera, destaca otra faceta de la inexigibilidad, dimanante de la preeminencia de las prerrogativas del *solvens*, y llega a sostenerse que en tal caso el ejercicio de la pretensión del *accipiens* importa un abuso del derecho⁴⁹.

45 TRIMARCHI. Ob. cit., pp. 344 y 345.

46 LUIGI MENGONI. “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, I, pp. 281 y 282.

47 MOSCO. Ob. cit., p. 424; CABELLA PISU. Ob. cit., pp. 45 y 46; BUERES. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 115.

48 Según nuestro modo de ver, la buena fe en la tarea reconocitiva del objeto es esencialmente interpretativa, más que integradora; a lo sumo podrá entenderse que hay una cierta integración cuando sobreviene un impedimento que traba el *iter* normal del plan de prestación, y el juez tiene que decidir cuáles son los medios sustitutos que puede utilizar el deudor para cumplir por ser en cierto modo equivalentes a los programados *in obligatione* y cuáles son aquellos que exigen un sacrificio desmesurado que se evade del ámbito de la prestación. No obstante hay autores que aun en este caso hablan de la función integradora de la buena fe (sobre el asunto, CABELLA PISU. Ob. cit., p. 47).

49 Cfr. PIETRO RESCIGNO. “L’abuso del diritto”, *Rivista di Diritto Civile*, 1965, I, p. 276. Sobre este argumento, se ha dicho que la inclusión del abuso del derecho en el juicio de buena fe termina por esfumarse en la investigación del esfuerzo diligente que puede exigirse al deudor (VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 89). Nosotros estimamos que estos peligros se alejan si se considera que el abuso del derecho entraña una noción objetiva. El artículo 1071 del C. C. argentino dice que “... La ley no

En esta categoría quedan comprendidos los ejemplos del cantante que no concurre a actuar por la muerte de un familiar directo (verdadera *imposibilidad/inexigibilidad moral*), los casos en que el cumplir crea peligro para la vida, la salud, las convicciones religiosas, etc., del deudor⁵⁰. También el del transportador cuya nave no puede realizar el viaje prometido por impedimentos sobrevinientes, sin grave riesgo para las personas y la propia embarcación. Y hasta el del empresario que frente a una huelga está en condiciones de conseguir mano de obra para sustituir los obreros, pero se expone a serios peligros por las posibles agresiones de los huelguistas al personal sustituto y a las maquinarias⁵¹.

7. Ha quedado insinuado que el juicio de buena fe y el juicio de diligencia son diferentes y autónomos. La *fides* sirve para determinar el objeto de la obligación y, en todo caso, el tope del sacrificio que el *solvens* tiene asignado para pagar. La buena fe está relacionada con las posiciones de acreedor y deudor. En cambio, el juicio de diligencia importa una pretensión cuyos confines ya han sido precisados de antemano. Asimismo, la diligencia se refiere a la posición del deudor en relación con la actividad del cumplimiento⁵².

Corresponde precisar que la buena fe, aunque por la vía de la inexigibilidad atenúe los efectos de la imposibilidad de pago (relativizando, si cabe, el naturalismo extremo), de ninguna manera excluye el carácter *absoluto (efectivo)* de tal imposibilidad. En cada tipo de obligación ha de exigirse el *esfuerzo razonable* —con arreglo al plan de prestación, economía del negocio, situación de las partes,

ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres". El precepto posee una gran amplitud pero no guarda ninguna relación con la culpa, pues se rechazó el enfoque del abuso del derecho como comportamiento negligente o malicioso (dolo), y se adoptaron los criterios finalista y ético.

50 RESCIGNO. *L'abuso del diritto*, cit., p. 263.

51 A propósito de este último ejemplo emplazado en el seno del derecho laboral, VISINTINI advierte que la inexigibilidad fue utilizada muchas veces para liberar a deudores en dicho sector. Y sin descartar que la exención de responsabilidad tenga lugar en estos casos, considera que los principios inherentes a la teoría general del contrato no son aplicables en toda su extensión al derecho laboral. Asimismo, la buena fe en esta rama del ordenamiento es equivalente a "fidelidad" —acepción de origen germano, que supone relaciones de subordinación o jerarquías—, en contraste con la *fides* de raigambre romanista que actúa en un plano de igualdad de los contratantes y que significa —en su faz objetiva— lealtad y corrección (VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 112 y ss.; cfr., asimismo, JORDANO FRAGA, *La responsabilità contractual*, cit., p. 140).

52 STEFANO RODOTÀ. "Diligenza", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Milano, 1954, n.º II, pp. 541 y 542; UMBERTO BRECCIA. "Le obbligazioni", en *Trattato di diritto privato*, GIOVANNI IUDICA y PAOLO ZATTI (a cura di), Milano, Giuffrè, 1991, pp. 470 y 471 —quien especifica que la buena fe apunta al "sentido" de la obligación, mientras que la diligencia se enlaza con el "cómo" de tal relación obligatoria—. Cfr. también JORDANO FRAGA. *La responsabilità contractual*, cit., pp. 148 a 150.

etc.—, que nunca será *el esfuerzo diligente* (dado que, reiteramos una vez más, si así fuese la imposibilidad desaparecería)⁵³.

Para terminar, podemos extraer, como consideración conclusiva última, que la moderación de la imposibilidad absoluta naturalística permite refutar las críticas que un sector de la doctrina realizó a la primitiva posición de OSTI, acerca de que si se admite que el impedimento excede cualquier esfuerzo humano, el objeto de la obligación se centra *en el resultado* (*il bene dovuto*), como lo sostuvieron las teorías objetivistas, siendo que ello no es de recibo, pues ese objeto de la relación obligatoria está dado por *la conducta del deudor tendente a satisfacer un interés del acreedor*. La buena fe viene por esta vía a dar relieve a *los medios* sin descuidar *los fines*. Y a la vez, esa actuación de la buena fe mantiene firme la tutela del crédito sin desdeñar la situación del deudor (el equilibrio entre el *favor creditoris* y el *favor debitoris*).

53 *Quid iuris*: ¿... es posible que mediante una labor de *integración* cuando hay conflicto de intereses entre acreedor y deudor pueda reducirse la prestación a la observancia de una conducta diligente? —vale decir, transformarse el resultado *indefectible* de la obligación de fines en un resultado *aleatorio-inafianzable* —que califica la conducta en la obligación de medios—. La cuestión es dudosa y no fue abordada por la doctrina. Pero VISINTINI cita un precedente judicial sentenciado en sede del *derecho laboral* que nos hace suponer que la opción no debe ser descartada totalmente. La autora reafirma que es *communis opinio* que la enfermedad no imputable engendra una imposibilidad absoluta de pagar (si la obligación es infungible). Y al hilo, indica que es posible equiparar a una enfermedad grave (invalidante) otra que es menos grave, pero que en conexión con los deberes de seguridad que pesan sobre el empleador con respecto a la integridad física del operario habilita para concluir que es contrario a la buena fe el exigir una prestación laboral en un determinado ambiente de trabajo que represente un peligro para la salud del operario. El esfuerzo de éste (su prestación) si se presenta a trabajar en tales condiciones físicas, y por razón de la enfermedad no llega a alcanzar un rendimiento normal, ha de ser *ponderado por el metro de la diligencia* (VISINTINI. *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 113 y 114. Cfr. MENGONI. *Obbligazioni*, cit., p. 282). Pero queda bien entendido que esa actuación de la *fides* es válida para dar perfil al objeto de la obligación, y no para incidir en una ilusoria imposibilidad de pago ajena a la *absolutez*. El operario cumple su prestación debido a las limitaciones físicas observando su ausencia de culpa. *Y dentro de este planteo la imposibilidad de pago desaparece*. Únicamente si el trabajador incurriese en culpa, en la etapa del juicio de responsabilidad ulterior, podría intentar liberarse probando un *casus* (que esa culpa configurada *in principium* quedó excluida por una *causa no imputable generadora de una imposibilidad de pago* (BUERES. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., pp. 110 y ss., y doctrina citada).

LUCIANA CABELLA PISU

*La vendita di beni di consumo e le
occasioni perdute del legislatore italiano*

I. GARANZIA PER VIZI DELLA COSA VENDUTA E
RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO: LA
DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE ITALIANO E LE
SCELTE APPLICATIVE DELLA GIURISPRUDENZA

Nel codice civile italiano, che come è noto risale al 1942, la garanzia per vizi nella compravendita è disciplinata dagli articoli 1490 e seguenti, che offrono al compratore una tutela –a cui tradizionalmente si attribuisce un carattere di specialità rispetto ai rimedi generali contro l’inesecuzione dei contratti– per il caso che la cosa venduta presenti anomalie o imperfezioni nel suo processo di produzione, manutenzione o conservazione, tali da renderla inidonea all’uso normale o da diminuirne in modo apprezzabile il valore¹. I vizi devono avere una causa anteriore alla vendita ed essere occulti, nel senso che non devono essere conosciuti né facilmente riconoscibili dall’acquirente; dall’articolo 1511 C. C. si deduce peraltro che nella vendita di cose mobili da trasportare da un luogo ad un altro la garanzia copre anche i vizi apparenti; e in ogni modo essa si estende sempre a quelli facilmente riconoscibili, quando il venditore abbia falsamente dichiarato l’inesistenza di vizi (art. 1491 C. C.).

La tutela fornita al compratore dagli articoli 1492 a 1494 C. C. è limitata alle c.d. azioni edilizie, cioè alla risoluzione del contratto (azione redibitoria) o alla riduzione del prezzo (azione estimatoria).

La scelta fra le due azioni non dipende dalla maggiore o minore gravità del vizio, ma è rimessa alla discrezione del compratore ed è irrevocabile una volta operata con domanda giudiziale; è inoltre dovuto il risarcimento dei danni (compresi quelli derivati dai vizi della cosa) quando il venditore non provi di aver ignorato i vizi senza colpa. I codificatori del 1942 non hanno invece previsto la possibilità di ottenere la sostituzione o riparazione della cosa, a meno che non sia stata pattuita la garanzia di buon funzionamento di cui all’articolo 1512 C. C. L’esperibilità tanto delle azioni edilizie quanto dell’azione di risarcimento (che può anche essere proposta in via autonoma) è subordinata, a pena di decadenza, all’onere di denuncia dei vizi entro otto giorni dalla scoperta (art. 1495 C. C.) o, per i vizi apparenti nella vendita con trasporto, entro otto giorni dal ricevimento. L’azione si prescrive in un anno dalla consegna.

Oltre che per l’ipotesi di vizi redibitori, il compratore è tutelato anche per il caso che la cosa venduta non presenti le qualità essenziali per l’uso normale

1 È questa la definizione di vizi ripetuta in modo traslatizio dalla giurisprudenza: cfr. per tutte, da ultimo, Cass. 25 settembre 2002, n. 13925, in *Mass. Giur. it.*

di un bene di quella specie, o le qualità promesse —espressamente o implicitamente— che la rendono idonea ad un uso particolare, anche atipico. Sotto il codice civile abrogato, che risaliva al 1865, tale tutela seguiva le regole generali dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale ed era soggetta al termine ordinario di prescrizione; ne è conseguito un contenzioso assai vasto circa l'ascrivibilità dei difetti delle cose vendute alla categoria della mancanza di qualità piuttosto che a quella dei vizi. Nell'illusione di eliminare le cause di tale contenzioso, il codice del 1942 ha assoggettato l'azione di risoluzione per mancanza di qualità agli stessi brevi termini di decadenza e prescrizione delle azioni edilizie, provocando così due ordini di conseguenze.

In primo luogo, si è sviluppata una tendenza dottrinale e giurisprudenziale verso l'assimilazione dei rimedi contro la mancanza di qualità alla garanzia per vizi: anche se il codice parla solo di azione di risoluzione per mancanza di qualità, si è talvolta perseguito un risultato analogo alla riduzione del prezzo con l'azione di risarcimento del danno, e la prevalente giurisprudenza tende a negare anche in tema di mancanza di qualità l'esperibilità dell'azione di adempimento, tesa ad ottenere la sostituzione o la modifica della cosa². In secondo luogo, il contenzioso non si è esaurito ma ha solo cambiato oggetto: si è registrato infatti un ricorso sempre più ampio alla categoria dell'*aliud pro alio*, cioè ai rimedi contro l'inadempimento per consegna di cosa diversa da quella contrattata.

Nella vendita di cosa generica si ha *aliud pro alio* quando la cosa consegnata appartiene ad un *genus* diverso da quella oggetto del contratto: tale nozione viene estesa alla vendita di cosa specifica, ove si ritiene che costituisca *aliud pro alio* non solo la consegna di una cosa materialmente diversa, ma anche la consegna della cosa fisicamente considerata dalle parti, qualora essa non abbia le caratteristiche che la rendono riconducibile al *genus* contrattato e si riveli funzionalmente inidonea ad assolvere la sua destinazione economico-sociale e a soddisfare i concreti bisogni del compratore³. Si è così creata, di fatto, una graduatoria dei difetti della cosa venduta in ragione della gravità della menomazione funzionale da essi provocata, lasciando all'area della garanzia le menomazioni meno gravi e sottoponendo invece le più gravi alla normale disciplina dell'inadempimento (dell'obbligo di consegna): con l'applicabilità dell'articolo 1453 C. C. si prospetta dunque per il compratore, nel termine ordinario

2 Per un'analisi della giurisprudenza sul punto cfr. ALBERTO. "L'azione di esatto adempimento", in *La vendita*, BIN (a cura di), IV, 2, Padova, 1996, pp. 1256 e ss.

3 CABELLA PISU. *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, pp. 194 e ss.; E. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, pp. 11 e ss.; SALVADORI. "La consegna di aliud pro alio", in *La vendita*, BIN (a cura di), IV, 1, Padova, 1996, pp. 783 e ss.

di prescrizione, la scelta tra azione di esatto adempimento e azione di risoluzione; scelta lasciata alla discrezione del compratore, visto che la gravità dell'inadempimento⁴, cui l'articolo 1455 C. C. subordina la possibilità di ottenere la risoluzione, è *—in re ipsa—* quando la cosa consegnata non possa essere ritenuta la stessa che ha formato oggetto del contratto. E, come accennato, l'area dell'*aliud pro alio* ha conosciuto una progressiva e notevole espansione a tutto scapito dell'area della garanzia.

In questo senso si può parlare di una “fuga” della giurisprudenza verso i rimedi generali contro l'inadempimento: il che conforta quelle correnti dottrinali che nella garanzia per vizi e mancanza di qualità ravvisano una tutela del compratore contro una perturbazione dell'economia dell'affare, e tentano una ricostruzione della relativa disciplina tale da attenuare⁵, o addirittura cancellare⁶, la sua specialità rispetto ai rimedi generali contro l'inadempimento.

Ma questa “fuga”, cioè la progressiva erosione del campo di operatività della garanzia a favore di quello dell'inadempimento, operata dalla giurisprudenza per sfuggire ai rigidi termini di decadenza e prescrizione delle azioni edilizie e per accordare al compratore l'azione di esatto adempimento, non riguarda solo il profilo sopra illustrato. Essa è stata realizzata anche con strumenti diversi da quello, già esaminato, dell'*aliud pro alio*: così, al riconoscimento dei vizi da parte del venditore i giudici collegano un impegno ad eliminarli, cui si attribuisce efficacia novativa, in modo da sostituire alla garanzia la normale responsabilità per inadempimento⁷; oppure, per le vendite di immobili da parte del costruttore, si estende al venditore la responsabilità decennale dell'appaltatore per gravi difetti della cosa venduta (art. 1669 C. C.), accogliendo dei “gravi difetti” un'accezione estensiva: questa operazione viene peraltro giustificata asserendo la natura extracontrattuale della responsabilità *ex* articolo 1669 C. C.⁸.

4 Art. 1455 C. C.: “*Importanza dell'inadempimento*. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”.

5 MENGONI. “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita (a proposito di FLUME *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948)”, in *Studi in onore di De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, pp. 128 e ss.; RUBINO. “La compravendita”, 2.^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU e MESSINEO (dir.), Milano, rist., 1972, pp. 637 e ss.; CABELLA PISU. *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., pp. 57 e ss., 92 e ss., e 281 e ss.; LUMINOSO. *La compravendita*, 3.^a ed., Torino, 2003, pp. 215 e ss. Per un'esposizione più approfondita di queste e delle altre teorie sulla natura della garanzia per vizi si rinvia, oltre ai due autori citati da ultimo, a FALZONE CALVISI. “La garanzia per vizi”, in *La vendita*, BIN (a cura di), IV, 1, cit., pp. 443 e ss.

6 BIANCA. “La vendita e la permuta”, 2.^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (dir.), Torino, 1993, pp. 708 e ss., 885 e ss.

7 Sul punto si rinvia alla minuziosa rassegna di FALZONE CALVISI. Op. cit., pp. 606 e ss.

8 Cfr. CABELLA PISU. Op. cit., pp. 168 e ss.

Il quadro così tracciato consente alcune prime considerazioni. La disciplina delle garanzie nella vendita, che ancora risente dell'impianto ricevuto nell'editto degli edili curuli relativo alle vendite di schiavi ed animali, ha mostrato nel corso di più di due millenni un'enorme capacità di adattamento al mutare di oggetti e di contesti economico-sociali; ma le incrostazioni del tempo sono evidenti, e il codice del 1942 non le ha tutte rimosse, limitandosi agli aggiustamenti tecnici resi possibili, per taluni profili, dal convergere di indicazioni dottrinali e dal consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali, ed astenendosi dall'intervenire dove il dibattito era ancora troppo acceso⁹. Ne deriva che, rispetto al codice civile del 1865, il disegno generale delle garanzie ha subito mutamenti che non ne hanno toccato la struttura profonda, e soprattutto che hanno lasciato inalterato il carattere di specialità della relativa disciplina: carattere contro cui, nel tempo, si sono sempre più appuntati gli strali della dottrina, in coerenza con l'operazione, cui s'è fatto cenno più sopra, tendente a ricondurre le garanzie nel quadro degli ordinari rimedi contro l'inesecuzione (o l'inesatta esecuzione) del contratto; e contro cui la quotidiana applicazione giurisprudenziale ha reagito escogitando una serie di *escamotages* per ampliare la tutela dell'acquirente, a costo però di introdurre spunti di disorganicità nel sistema.

II. LA RESPONSABILITÀ PER MANCANZA DI CONFORMITÀ NELLA VENDITA INTERNAZIONALE DI COSE MOBILI E NELLA DIRETTIVA EUROPEA SULLA VENDITA DI BENI DI CONSUMO

La restrizione del campo di operatività della garanzia redibitoria non è stata frutto soltanto del lavoro giurisprudenziale e delle teorie dottrinali che lo hanno supportato. Al regime generale della vendita, così come disciplinato dal codice civile, si sono infatti venuti affiancando particolari "statuti" normativi di vendite¹⁰, strutturati in ragione dei beni che ne formano oggetto e della qualifica delle parti contraenti. In particolare, un'area di diritto speciale in cui la tutela del compratore di una cosa viziata è completamente riconducibile ai rimedi ordinari contro l'inesatta esecuzione del contratto è stata creata nel no-

9 Per un approfondimento mi permetto di rinviare a CABELLA PISU. "Garanzia e responsabilità", in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, VACCA (a cura di), II, Milano, 1991, pp. 757 e ss.

10 Su questi profili cfr. SANTINI. *Il commercio*, Bologna, 1975, pp. 265 e ss.; CABELLA PISU. *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., p. 94; ALPA. *Il diritto dei consumatori*, 2.^a ed., Bari, 2002, pp. 234 e ss.

stro diritto dalle leggi di ratifica delle due successive convenzioni internazionali miranti a introdurre una disciplina uniforme della vendita internazionale di beni mobili: in un primo tempo la l. 21 di giugno di 1971 n. 816, che ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1.º di luglio 1964; sostituita successivamente dalla l. 11 di dicembre 1985 n. 765, che ha ratificato la Convenzione di Vienna del 1.º di aprile 1980. Stando a quest'ultima legge, nelle vendite internazionali di beni mobili che non siano stati acquistati per uso personale, familiare o domestico (art. 2, lett. a), il venditore ha l'obbligo di consegnare beni conformi al contratto, e la consegna di cosa viziata o mancante di qualità costituisce appunto un inadempimento a tale obbligo (art. 35, 2.º co., lett. a-c), che dà diritto al compratore di dichiarare risolto il contratto, se si tratti di inadempimento essenziale (art. 49), o in caso contrario di ridurre il prezzo (art. 50), sempre che il venditore non offra (o il compratore non rifiuti) l'esatto adempimento; in tutti i casi il compratore ha diritto al risarcimento dei danni se il venditore non prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento estraneo alla sua sfera di controllo, imprevedibile ed inevitabile (art. 79). La responsabilità del venditore copre tutti i difetti di conformità esistenti nel momento del passaggio del rischio (art. 36); e, coerentemente con l'intento della Convenzione di Vienna di lasciare impregiudicata ogni soluzione circa il momento del passaggio di proprietà, per non rimanere paralizzati dalle notevoli differenze di disciplina tra i vari ordinamenti nazionali, si accantona la regola *res perit domino* e si delinea una minuziosa casistica relativa al passaggio del rischio (artt. 66 a 70) che ruota, nelle vendite con trasporto, intorno alla consegna al vettore, e negli altri casi intorno alla presa in consegna da parte del compratore.

Tale disciplina si applica, in sostanza, alle vendite internazionali tra operatori economici professionali, relegando il campo di operatività della disciplina del codice civile alle vendite interne, a quelle internazionali tra commercianti alle quali non sia applicabile la Convenzione di Vienna e –fino al febbraio 2002– a quelle internazionali di beni mobili di consumo.

Si è detto: fino al febbraio 2002. Infatti risale a tale data il recepimento in Italia (d. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24) della direttiva 99-44-CE, relativa a taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; recepimento che da un lato ha provocato un'ulteriore erosione della disciplina generale del codice proprio con riferimento alle vendite (interne o internazionali a cui si applichi il diritto italiano) al consumatore, introducendo –sulla scia della Convenzione di Vienna– una responsabilità del venditore per mancanza di conformità della cosa venduta (valutata però con riferimento al momento della consegna, e non a quello –eventualmente anteriore– del passaggio del rischio: art. 3.º); e dall'al-

tro lato ha esteso (art. 1.º, 4.º co.) la nozione di vendita, e le relative tutele, agli altri contratti “di fornitura” di beni di consumo da fabbricare o produrre.

In vista dell’attuazione di tale direttiva, dalla dottrina italiana era partito un corale invito al nostro legislatore a cogliere l’occasione per riformare il codice civile razionalizzando la disciplina delle garanzie nella vendita, e lo si metteva in guardia dal cadere in una pedissequa riproduzione della direttiva senza i necessari coordinamenti con le norme generali del codice, destinate a rimanere in vigore per le vendite (interne) che non riguardino beni di consumo¹¹.

In Italia, però, gli appelli della dottrina e le convergenti indicazioni fornite dalla prassi giurisprudenziale si rivolgevano ad un legislatore reso sordo dalla necessità di attuare la direttiva (le numerose direttive emanate ogni anno!) nei brevi tempi imposti dall’Unione Europea, senza poter attingere ad un previo, organico lavoro di progettazione legislativa¹². Non così in Germania, dove la necessità di attuare la direttiva 99-44 ha dato l’impulso finale all’attuazione di una riforma dell’intero *Schuldrecht*, il cui progetto era allo studio da quattro lustri ma fino ad allora non era riuscito a decollare¹³.

11 Cfr. in particolare, DE CRISTOFARO. *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, pp. 251 e ss.; e il dibattito sull’attuazione della direttiva comparso sul fascicolo 2 del 2000 e sul fascicolo 1 del 2001 della rivista *Contatto e impresa/Europa*, con scritti di: BIN. “Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria”, pp. 403 ss.; FADDA. “Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica”, pp. 410 e ss.; CIATTI. “L’ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo”, pp. 433 ss.; FALZONE CALVISI. “Garanzie legali nella vendita: quale riforma?”, pp. 448 e ss.; CALVO. “L’attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e i rimedi nella vendita”, pp. 463 e ss.; DELOGU. “I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999-44-CE, l’odierno diritto italiano e le prospettive di riforma”, pp. 489 e ss.; PINNA. “I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999-44-CE sulla vendita dei beni di consumo”, pp. 516 e ss.; AMADIO. “La ‘conformità al contratto’, tra garanzia e responsabilità”, 2001, pp. 2 e ss.; BIANCA. “Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999-44-CE”, pp. 16 e ss.; BONFANTE e CAGNASSO. “Risoluzione del contratto ed ‘azione di adempimento’, quali strumenti di tutela del consumatore o dell’impresa?”, pp. 23 e ss.; CABELLA PISU. “Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?”, pp. 37 e ss.; DE MATTEIS. “Il difetto di conformità e l’equilibrio contrattuale dello scambio”, pp. 46 e ss.; G. B. FERRI. “Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo”, pp. 57 e ss.; GALLO. “Le garanzie nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva 1999-44-CE”, pp. 78 e ss.; LUMINOSO. “Ap-punti per l’attuazione della direttiva 1999-44-CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita”, pp. 83.

12 L’intensa operosità della dottrina sfociò in proposte di riforma della disciplina della vendita nel Codice Civile, alcune delle quali organiche e assai bene articolate (cfr. LUMINOSO. “Proposta di modificazione del Codice Civile per l’attuazione della direttiva 199-44 CE”, in *Contatto e impresa/Europa*, 2001, pp. 133 e ss.; BIN, CALVO, CIATTI e DELOGU. *Un progetto per l’attuazione in Italia della direttiva 1999-44-CE*, *ivi*, pp. 156 e ss.); ma i tempi editoriali consentirono di diffonderle solo quando erano ormai chiusi i giochi per il decreto legislativo di attuazione della direttiva.

13 Per una prima informazione si rinvia a FERRANTE. “Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma

Alcuni obiettivi, però, sarebbero stati realisticamente raggiungibili, partendo da un lato dalle indicazioni, in larga misura convergenti, della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili e della direttiva 99-44, e dall'altro lato dai dati ormai acquisiti nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla disciplina del codice civile. Per metterli a fuoco è comunque necessario, ad avviso di chi scrive, aver ben chiaro quali sono le implicazioni del discorso appena svolto circa l'esistenza di particolari statuti di vendite: la vendita, archetipo dei contratti di scambio, è sicuramente un tipo contrattuale unitario, ma solo a chi la osservi in una prospettiva teorica astratta; se si scende sul terreno concreto, l'unitarietà del tipo si disgrega in un mosaico di sottotipi, proliferati nel tempo sulla spinta delle esigenze della vita economica. Il codice civile vigente ha cancellato la distinzione tra vendite civili e vendite commerciali, che faceva riferimento essenzialmente al carattere speculativo di queste ultime, individuate su basi in parte oggettive (era vendita commerciale, ad esempio, la vendita di azioni di società) e in parte soggettive (era vendita commerciale la vendita conclusa dal commerciante di professione); e ciò ha comportato il venir meno di distinzioni a base soggettiva, ma non ha impedito (né lo avrebbe potuto) il sopravvivere, accanto alle norme generali sul tipo, di discipline speciali calibrate sull'oggetto: vendita di mobili, di titoli di credito, di immobili, di eredità, ecc., che nell'applicazione pratica hanno assunto configurazioni sempre più differenziate. Ma il profilo soggettivo è inevitabilmente riemerso nella prassi, inducendo a modellare le soluzioni (anche) in base alla qualità delle parti contraenti; sicché talvolta l'applicazione concreta delle discipline speciali ha aggirato le rigidità della disciplina generale, trovando in altri tipi contrattuali un modello normativo più adeguato alla composizione degli interessi in gioco quando il venditore era un operatore economico professionale: si pensi alla già ricordata tendenza, ormai consolidata nelle vendite di immobili dal costruttore, ad applicare la garanzia decennale dovuta dall'appaltatore per il caso di rovina o pericolo di rovina dell'edificio.

I profili soggettivi sono tornati alla ribalta anche con riferimento alle innovazioni normative. Si è già detto che la Convenzione di Vienna disciplina essenzialmente la vendita internazionale di beni tra operatori economici professionali; con la direttiva 99-44 la disciplina codicistica subisce un'ulteriore erosione, anche qui in considerazione della qualità soggettiva delle parti: da un lato il venditore professionale, dall'altro il consumatore che acquista beni mobili materiali "per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività com-

tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti", in *Contratto e impresa / Europa*, 2001, pp. 761 e ss.; e a RAJNERI. "La riforma del codice tedesco: spunti di riflessione", in *Giust. Civ.*, 2002, II, pp. 325 e ss.

merciale o professionale: art. 2, lett. a. Si sarebbe dunque potuto recepire la direttiva nell'ordinamento italiano travasando nella disciplina generale solo quegli elementi innovativi che non erano intimamente ed esclusivamente strutturati sull'equilibrio di interessi auspicabile in una vendita di beni (mobili) di consumo (e cioè al consumatore); si sarebbe così composto un quadro organico con la disciplina del codice civile, lasciando il resto alla nuova disciplina specialistica della vendita di beni di consumo.

In questa prospettiva, un obiettivo della riforma avrebbe potuto essere la generalizzazione –nei limiti che vedremo in seguito– del principio di conformità al contratto. In favore di tale generalizzazione militavano le convergenti indicazioni della Convenzione di Vienna, che tende a disciplinare contratti tra operatori professionali, e della direttiva 99-44, che riguarda contratti tra venditori professionali e consumatori; e l'estensione alle vendite tra operatori entrambi non professionali non avrebbe trovato ostacoli nella diversità degli interessi economici in gioco in quel caso, posto che si sarebbe trattato comunque di una riformulazione della garanzia per vizi, che è dovuta in qualsiasi compravendita, su basi oggettive, anche se il venditore non è un operatore economico professionale.

Sarebbe stato inoltre possibile estendere a tutte le vendite i termini di cui all'articolo 5.^o della direttiva per la denuncia (due mesi dalla scoperta del difetto) e per la durata della garanzia/responsabilità del venditore (due anni dalla consegna). Nulla ostava alla generalizzazione del termine a tutte le vendite, anche tra imprenditori: il vantaggio sarebbe stato una riduzione della spinta a configurare un *aliud pro alio* (che, come si è visto, nasce soprattutto dall'esigenza di sottrarre, nei casi di difformità più gravi, la tutela del compratore alla tagliola di termini troppo brevi), riducendo la litigiosità.

Altra innovazione generalizzabile avrebbe potuto essere l'attribuzione al compratore della pretesa alla riparazione o sostituzione del bene venduto (art. 3.6 direttiva): in particolare, anche nelle vendite di immobili, specie se dal costruttore, e, nelle vendite di mobili tra commercianti e imprenditori, riconoscere al compratore il diritto alla riparazione o sostituzione della cosa avrebbe colmato un vuoto dell'ordinamento, che lasciava insoddisfatte esigenze più che legittime e induceva le parti a “fuggire” dal sistema della garanzia per trovare una risposta adeguata nella disciplina generale dell'inadempimento.

III. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 99-44 CE
IN ITALIA E I PROBLEMI DI COORDINAMENTO
CON LA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE. L'INADEMPIMENTO
DELL'OBBLIGO DI
CONSEGNA E IL PASSAGGIO DEI RISCHI

Il legislatore italiano ha preferito non avventurarsi nel mare aperto di una riforma organica e ha optato per il piccolo cabotaggio. La tecnica prescelta è stata quella della novellazione del codice civile, con l'introduzione di un § 1 *bis* ("Della vendita di beni di consumo": art. 1519 da *bis* a *nonies*) nella sez. II ("Della vendita di cose mobili") del capo dedicato alla vendita, in cui sono state trasfuse le regole della direttiva, senza rilevanti modifiche, ma anche senza intervenire sul contesto del codice per la necessaria armonizzazione sistematica. Il risultato è una moltiplicazione dei regimi delle garanzie non solo nella vendita, ma anche negli altri contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre (art. 1519 *bis*, 1.º co., che esemplifica elencando permuta, somministrazione, appalto, contratto d'opera)¹⁴; e, con riferimento alla vendita in senso proprio, l'accentuazione del già segnalato processo di disaggregazione del tipo contrattuale, che gli interventi suggeriti dalla dottrina avrebbero invece potuto contrastare.

Per consumatore si intende qualsiasi persona fisica che, nei contratti di cui sopra, agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta; venditore è invece qualsiasi persona fisica o giuridica pubblica o privata che, nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, utilizza tali contratti (art. 1.º, 2.º co., lett. a e c). Nella nozione di beni di consumo rientrano tutti i beni mobili, anche da assemblare e anche usati (questi ultimi limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa) tranne l'acqua, il gas e l'energia elettrica e i beni oggetto di vendita forzata (art. 1.º, 2.º co., lett. b, e 3.º co.).

Come si è accennato, si introduce per questi contratti l'obbligo del venditore di consegnare cose conformi al contratto di vendita, e la conformità si presume se i beni sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo o a quello particolare voluto dal consumatore e accettato dal venditore anche per fatti concludenti; sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; presentano le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, tenuto conto anche delle dichiarazioni pubblicitarie o

¹⁴ Sul punto LUMINOSO. *La compravendita*, cit., p. 298.

sull'etichetta. Il difetto conosciuto o conoscibile dal consumatore con l'ordinaria diligenza al momento della conclusione del contratto, o derivante da istruzioni o materiali forniti dal consumatore, non è considerato difetto di conformità. È invece considerato difetto di conformità anche il difetto di installazione, quando questa è compresa nel contratto di vendita ed è stata effettuata dal venditore sotto la sua responsabilità (art. 1519 *ter*).

La responsabilità del venditore scatta se il difetto di conformità è presente al momento della consegna del bene (art. 1519 *quater*, 1.° co.), e vi è una presunzione relativa di preesistenza alla consegna per i difetti manifestatisi entro sei mesi da essa (art. 1519 *sexies*, 3.° co.). Si tratta di una responsabilità oggettiva ed assoluta, in quanto non ammette prova contraria; ciò significa aumentare la tutela del compratore rispetto alla generale garanzia per vizi: quest'ultima, come già detto, opera – anch'essa oggettivamente e senza la possibilità di una prova liberatoria – solo per i vizi la cui causa sia anteriore alla vendita, mentre per quelli che hanno causa posteriore, ma si sono originati prima della consegna, è eventualmente configurabile un inadempimento all'obbligo di consegnare la cosa venduta (che comprende anche l'obbligo di custodirla: art. 1177 C. C.), a cui si reagisce con gli ordinari rimedi contrattuali: eventuale risoluzione per inadempimento e in tutti i casi risarcimento dei danni; ma tale responsabilità ammette la prova contraria dell'impossibilità di consegnare una cosa perfetta, derivante da causa non imputabile al venditore (1218 C. C.); al contrario, la tutela del compratore-consumatore copre, senza possibilità di prova contraria¹⁵, anche i vizi successivi al contratto e si estende fino al momento della consegna.

Questa disciplina della mancanza di conformità crea qualche problema sul piano teorico: il principio di conformità non appare ancorato a quella che nel nostro ordinamento è ritenuta la prestazione fondamentale del venditore, e cioè l'attribuzione traslativa, ma alla prestazione di consegna, che è oggetto di un'obbligazione ulteriore, a carattere esecutivo della prestazione principale. E qui la coesistenza della disciplina generale dei vizi con quella speciale della mancanza di conformità rischia di riproporre, a livello legislativo, un dilemma che a livello dottrinale pareva ormai superato: la presenza di vizi (o il difetto di conformità) configura una violazione del contratto di vendita in quanto costituisce inesattezza dell'attribuzione traslativa o in quanto costituisce inadempimento dell'obbligo di consegna?

15 Neppure quella, prevista dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, che la mancanza di conformità è dovuta ad un impedimento estraneo alla sfera di controllo del venditore, imprevedibile ed inevitabile: prova che, comunque, è coerente con la qualifica di responsabilità oggettiva – ma non assoluta – della responsabilità del venditore.

La direttiva 99-44, pragmaticamente, ha evitato di collegare –non era necessario e sarebbe stato fonte di problemi infiniti– il difetto di conformità al passaggio della proprietà; non si è neppure occupata espressamente del passaggio del rischio, anche se il 14.^o *considerando* afferma che “i riferimenti al momento della consegna non implicano che gli Stati membri debbano modificare le proprie norme sul trasferimento del rischio”. Ma l’attuazione della direttiva in ordinamenti che, come quello italiano (art. 1376 C. C.), strutturano la vendita e gli altri contratti traslativi sulla base del principio consensualistico costringe la dottrina a notevoli sforzi per costruire un quadro sistematico coerente.

Il dato storico è significativo. Si pensi a POTHIER¹⁶, per il quale era logico fondare la garanzia per vizi redibitori sull’inadempimento dell’obbligazione di far avere la cosa utilmente al compratore (obbligazione vista come un prolungamento dell’obbligo di consegna): il “padre” del *Code Civil*, infatti, si riferiva ad un contesto normativo in cui la *traditio* era ancora ritenuta necessaria per il prodursi dell’effetto traslativo, sicché, nel suo pensiero, la vendita non trasferiva direttamente la proprietà, ma obbligava il venditore a consegnare la cosa e a garantirne il possesso libero ed utile al compratore¹⁷. Ma nel momento in cui l’articolo 1583 C. C. proclama che il diritto è già passato con il consenso, indipendentemente dall’avvenuta consegna, diventa più difficile ipotizzare un obbligo del venditore di fare avere il possesso utile: perlomeno, diventa difficile ritenere inadempito l’obbligo di consegna a causa della presenza di vizi, posto che la cosa viziata è pur sempre quella in ordine alla quale si è formato il consenso, la cui proprietà è già acquisita al compratore e che gli va dunque consegnata. Così il codice civile francese, costretto ad abbandonare la concezione di POTHIER circa l’obbligo di far avere la cosa utilmente al compratore, inserisce tra le obbligazioni principali del compratore quella di garantire la cosa venduta (art. 1603) senza nulla aggiungere sul suo fondamento.

Il collegamento tra garanzia per vizi ed obbligo di consegna sopravvive però a lungo, anche perché nelle vendite commerciali di cose generiche costruire l’obbligazione di consegnare cose immuni da vizi appare la soluzione più soddisfacente in rapporto alle esigenze della pratica. E ciò avviene anche in Italia sotto il codice civile del 1865, direttamente tributario del codice francese anche per quanto riguarda la struttura della compravendita e l’introduzione del principio consensualistico¹⁸; ma l’evoluzione dottrinale, e in particolare quella

16 POTHIER. *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres*, DUPIN (a cura di), I, Bruxelles, MDCXXXI, p. 333.

17 Ibid., p. 285

18 Si veda ad esempio l’autorevole opinione di VIVANTE. *Trattato di diritto commerciale*, 4, Milano, 1926, p. 153.

successivamente compiutasi nella vigenza del codice del 1942, ha portato ad enucleare come prestazione principale del venditore l'attribuzione traslativa che si esegue al momento stesso del consenso (o dell'individuazione, nel caso di vendita generica): prestazione che deve avvenire in modo conforme al programma contrattuale e si ritiene inesattamente attuata se la cosa venduta presenta vizi, con la conseguente responsabilità del venditore per inesatta esecuzione del contratto (ma non di un obbligo da esso nascente, e non, dunque, dell'obbligo di consegna)¹⁹.

Ora l'attuazione della direttiva 99-44 sembra configurare la mancanza di conformità nelle vendite di beni di consumo come inadempimento dell'obbligazione di consegnare una cosa conforme al contratto, riproponendo quasi, in veste aggiornata, l'obbligazione di fare avere utilmente la cosa, che POTHIER aveva costruito in ben altro contesto. La discrepanza con i risultati raggiunti in tema di garanzia per vizi ha indotto taluni interpreti a configurare l'obbligazione di conformità al contratto come obbligazione autonoma rispetto a quella di consegna in senso proprio, intesa quest'ultima come obbligazione di trasferire il possesso della cosa venduta²⁰. Ma altri autori, decisamente, ancorano la responsabilità per difetto di conformità all'inadempimento dell'obbligazione di consegna in senso proprio, ritenendo che la normativa europea comporti l'estensione del contenuto di tale obbligazione alla conformità del bene al contratto e alle prescrizioni legali²¹.

In realtà, ad avviso di chi scrive, la questione teorica non ha poi un rilievo determinante. Più importante è, nonostante l'ottimismo del 14.^o *considerando* della direttiva, il problema del coordinamento con la disciplina del passaggio dei rischi di cui all'articolo 1465 C. C. che, secondo l'opinione comune, codifica tendenzialmente la regola *res perit domino*²². Nella garanzia per vizi di cui all'articolo 1490 C. C. il compratore sopporta il rischio delle imperfezioni della cosa aventi una causa anteriore al contratto, ma, per le vendite generiche, la corretta applicazione dell'articolo 1465 C. C. impone di gravarlo del rischio dei vizi originatisi anche successivamente, purché prima dell'individuazione²³. Nella Convenzione di Vienna la regola *res perit domino* è volutamente accantonata, ma la mancanza di conformità è rilevante se si origina anteriormente al

19 Così, in sostanza, gli autori cit. supra, nota 5.

20 Tra gli altri DE CRISTOFARO. *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 53 e ss.

21 DE MATTEIS. *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, cit., pp. 51 e ss.

22 Sul punto mi permetto di rinviare a CABELLA PISU. "Dell'impossibilità sopravvenuta", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, GALGANO (a cura di), sub art. 1465, pp. 164 e ss.

23 BANDIERA. "Passaggio dei rischi", in *Codice della vendita*, BUONOCORE e LUMINOSO (a cura di), Milano, 2001, pp. 334 e ss.; CABELLA PISU. Ob. cit., p. 164.

passaggio dei rischi, e le regole sul passaggio dei rischi sono assai minuziose ma non differiscono molto da quelle effettivamente applicate dalla giurisprudenza italiana. Nella direttiva 99-44 e nel d. lgs. che l'ha attuata in Italia, invece, la mancanza di conformità è rilevante se si origina in un momento anteriore alla consegna, e il *favor* per il consumatore induce a ritenere che il momento della consegna non debba essere fatto praticamente coincidere con il momento del passaggio del rischio, anche se anteriore alla consegna materiale (o, più verosimilmente, alla messa a disposizione della cosa al compratore): nel caso di vendita di beni di consumo da trasportare, dunque, l'individuazione e quindi il passaggio del rischio di impossibilità sopravvenuta, nonché la liberazione del venditore dall'obbligo di consegna avvengono al momento della rimessione della cosa al vettore o allo spedizioniere (art. 1510 C. C.); ma il rischio del difetto di conformità resta per legge a carico del venditore fino all'effettiva consegna, e cioè normalmente fino all'arrivo del bene a destinazione. Ciò si traduce sicuramente in un ampliamento della tutela del compratore-consumatore rispetto a quella che, nelle vendite internazionali con trasporto, è assicurata al compratore-professionista; ma a prezzo di un'incoerenza sistematica che toccherà alla giurisprudenza di eliminare.

Si tratta, in altre parole, di vedere se i giudici lasceranno sopravvivere l'incoerenza normativa oppure se, passata una prima fase di incertezza, cercheranno di eliminarla; e in questo caso, con che mezzo la elimineranno: se limiteranno il *favor* per il consumatore, e dunque interpreteranno la "consegna" di cui all'articolo 1519 *quater*, 1.º comma, nel senso di liberazione dall'obbligo di consegna *ex* articolo 1510 C. C.²⁴; oppure se amplieranno tale *favor*, sottraendo alla regola dell'articolo 1465 C. C. tutto intero il rischio nelle vendite al consumatore e riconducendolo, per coerenza sistematica, sotto la regola dell'articolo 1519 *quater*, 1.º comma²⁵. In questo secondo caso nelle vendite al consumatore si arriverebbe, per via giurisprudenziale, a prolungare il rischio sia di perimento, sia di difetto di conformità, fino alla consegna materiale, sganciandolo dal compimento dell'attribuzione traslativa in considerazione del particolare atteggiarsi degli interessi in gioco. Il risultato sarebbe, di fatto, simile a quello a cui arriva la dottrina secondo cui, nelle vendite al consumo, alla responsabilità per inesattezza dell'attribuzione traslativa, già configurabile con

24 Come ipotizzato da DE MATTEIS. Ob. cit., pp. 52 e ss., che si fa forte dell'abbandono, da parte del testo definitivo della direttiva, del riferimento alla disponibilità materiale presente invece in una prima stesura.

25 Come ritenuto preferibile da CABELLA PISU. *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, cit., pp. 37 e ss.

riferimento alla generale garanzia per vizi, si aggiungerebbe una responsabilità per inesatta o mancata consegna, che nelle vendite al consumatore sarebbe anch'essa oggettiva e assoluta²⁶.

IV. (SEGUE) IL SIGNIFICATO DELLA “RESPONSABILITÀ”
PER DIFETTO DI CONFORMITÀ E I RIMEDI A
DISPOSIZIONE DEL COMPRATORE. LE GARANZIE
CONVENZIONALI E L'INDEROGABILITÀ
DELLA DISCIPLINA

La direttiva parla di “responsabilità” del venditore per difetto di conformità, ma tale locuzione va intesa nel significato generico di soggezione del venditore ai rimedi ivi previsti, tra cui non rientra il risarcimento del danno. In altri termini, piuttosto che sul terreno della responsabilità per inadempimento contrattuale in senso stretto, essa si colloca su quello dei rimedi sinallagmatici per l'inesatta esecuzione del contratto, lasciando ai legislatori nazionali la disciplina del risarcimento dei danni²⁷. E il decreto di attuazione in Italia, puntualmente, non affronta il profilo risarcitorio, ma fa rinvio “ai diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico” (art. 1519 *nonies*). Si perde così l'opportunità di sganciare, almeno nelle vendite al consumatore, la prova liberatoria relativa al risarcimento da quella dell'ignoranza incolposa del vizio da parte del venditore (art. 1494 C. C.); anche se la qualità di operatore professionale del venditore, con l'elevato standard di diligenza e perizia tecnica richiestigli, rende estremamente difficile fornire tale prova.

I rimedi che l'articolo 1519 *quater* C. C. mette a disposizione del compratore sono: a. La riparazione o sostituzione del bene venduto; b. La riduzione del prezzo o, se il difetto di conformità non è di lieve entità, la risoluzione della vendita, ma solo dopo l'infruttuoso esperimento del rimedio della riparazione o sostituzione, o quando il consumatore non abbia diritto ad esso: da più parti è stato segnalato, con ragione, che ciò si risolve in una limitazione sostanziale della tutela del compratore²⁸, ma il legislatore italiano ha preferito non eccede-

²⁶ LUMINOSO. *La compravendita*, cit., pp. 323 e ss.

²⁷ Art. 8 direttiva 1999-44 CE: “*Diritto nazionale e protezione minima*. 1. L'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. 2. Gli Stati membro possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore”.

²⁸ Per tutti cfr. BIN. *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, cit., pp. 407 e ss.; FALZONE CALVISI.

re il livello minimo di tutela previsto dalla direttiva; né tanto meno ha osato estendere a tutte le vendite la possibilità, per il compratore, di chiedere la riparazione o sostituzione della cosa viziata.

Sempre al livello minimo è la tutela del consumatore con riguardo alla disciplina dei termini: stando all'articolo 1519 *sexies*, il difetto di conformità va denunciato, a pena di decadenza, entro due mesi dalla scoperta. È sicuramente un termine di denuncia più favorevole al compratore di quello di otto giorni dalla scoperta previsto nell'articolo 1495 C. C.; ma quest'ultimo si può giustificare con esigenze di tutela del venditore e ha senso soprattutto nelle vendite tra operatori professionali, ove è necessario limitare nel tempo l'incertezza sull'esito delle operazioni commerciali. Anche la Convenzione di Vienna, in questa prospettiva, conserva l'onere di denuncia, senza però un termine rigido: la denuncia del difetto di conformità va fatta "entro un tempo ragionevole" dalla scoperta (art. 39). La direttiva 99-44 ha invece lasciato alla scelta degli Stati membri l'introduzione di un termine di denuncia (minimo) di due mesi dalla scoperta del difetto: un'attuazione della direttiva che avesse voluto far davvero prevalere le ragioni di tutela del consumatore su quelle di tutela del venditore professionale avrebbe potuto evitare di introdurre l'onere di denuncia, o perlomeno prevedere un termine superiore ai due mesi. Ma il nostro legislatore ha lasciato, alla fine, prevalere le ragioni del mercato e si è attenuto al termine minimo, probabilmente per evitare svantaggi concorrenziali nei confronti delle imprese degli Stati meno favorevoli ai consumatori, e anche per evitare che quello che sul mercato interno sarebbe vantaggioso per i consumatori (non soggiacere all'onere di denuncia, o godere di un termine più lungo) si trasformi in un *boomerang* nei contratti cui sia applicabile, invece, il diritto di Stati che tale onere hanno previsto nella misura minima: il consumatore poco avvertito si troverebbe, in Stati dell'Unione Europea diversi dal suo, a decadere, senza rendersene conto, da una tutela che invece in patria gli competerebbe ancora.

Più soddisfacente è invece la disciplina del termine di durata della responsabilità del venditore, che l'articolo 1519 *sexies* fissa in due anni dalla consegna.

Soddisfacente, infine, è la disciplina della garanzia "commerciale", o "di fabbrica", accuratamente congegnata dall'articolo 1519 *septies* sulla falsariga dell'articolo 6.° della direttiva in modo che tale garanzia non possa restringere, ma solo ampliare la tutela già fornita dalla disciplina generale sul difetto di conformità. Si tratta di una disciplina che in buona parte si sovrappone a quel-

Garanzie legali nella vendita: quale riforma?, cit., pp. 461 e ss.; BONFANTE e CAGNASSO, *Risoluzione del contratto ed "azione di adempimento"*, quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?, cit., pp. 29 e ss.

la della garanzia di buon funzionamento di cui all'articolo 1512 C. C., rendendola praticamente superflua nelle vendite di beni di consumo. Infatti i vantaggi della garanzia di buon funzionamento, rispetto alla garanzia per vizi, stanno nei termini più lunghi di decadenza e prescrizione e nella possibilità di pretendere la riparazione o sostituzione della cosa; ma gli articolo 1519 *sexies* e *septies* si presentano ancor più vantaggiosi per il compratore-consumatore, sia per i termini (che le clausole contrattuali non possono diminuire, ma solo aumentare rispetto a quelli, minimi, di due anni di durata e due mesi per la denuncia) sia per il fatto che la riparazione o sostituzione diviene un rimedio normale.

Sarebbe stata auspicabile, ad avviso di chi scrive, una generalizzazione del nuovo regime delle garanzie commerciali, per contrastare il tentativo di molti fabbricanti o venditori professionali di utilizzare la garanzia di buon funzionamento o la garanzia di fabbrica come uno specchietto per attirare clienti, con l'apparente promessa di un trattamento favorevole e la sostanziale, surrettizia limitazione delle tutele legali. E poiché tale tendenza si afferma non solo nelle vendite ai consumatori, ma anche nelle vendite ad operatori commerciali (soprattutto quando si tratta di prodotti tecnologicamente complessi, la cui perfezione tecnica sfugge alle possibilità di controllo del compratore), si sarebbe potuta cogliere l'occasione propizia e abrogare l'articolo 1512, sostituendolo con la nuova disciplina. Ma anche qui, il legislatore italiano non ha osato.

Un'ultima precisazione appare opportuna, e riguarda l'inderogabilità della disciplina. L'articolo 7 della direttiva prevedeva la "non vincolatività" per il compratore delle clausole che preventivamente escludano o limitino i suoi diritti. In sede di recepimento, l'articolo 1519 *octies* ha configurato tale "non vincolatività" come nullità, seguendo la tradizione dell'articolo 1229 C. C. Ma nell'attuare la direttiva sulle clausole abusive nei contratti del consumatore si era preferito parlare di inefficacia delle clausole vessatorie (art. 1469 *quinquies* C. C.). Ne risulta un quadro poco organico di tutela del consumatore, soprattutto se si pensa che comunque le deroghe alla disciplina dei vizi e a quella della mancanza di conformità sarebbero inefficaci in tutte le vendite da professionisti a consumatori, anche relative ad immobili, in applicazione degli articolo 1469 *bis*, 3.º comma, n. 2, e 1469 *quinquies* C. C. Sarebbe inoltre stato opportuno ripetere, con riferimento alla nullità delle clausole che comprimono i diritti del compratore-consumatore, la regola espressa dall'articolo 1469 *quinquies*, secondo cui l'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore non tocca l'efficacia del residuo regolamento contrattuale. È vero che l'articolo 1469 *quinquies* è comunque applicabile alla vendite di beni di consumo, trattandosi di contratti del consumatore; ma anche qui la sovrapposizione dell'inefficacia alla nullità non contribuisce certo alla chiarezza e alla razionalità del quadro.

RICCARDO CARDILLI

*Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio**

I. PONTEFICI E LEGGE DELLE XII TAVOLE

In che senso la *lex XII tabularum* può aver dato impulso alla *interpretatio* pontificale?

Non è facile dare a questa domanda risposte plausibili. Innanzitutto, in che senso è possibile accertare, per dirla col JHERING, un “Haften am Wort”¹ della *iurisprudentia* che venne a comporre quel *ius civile* in senso stretto che, per POMPONIO, *ex his (XII tab.) fluere coepit* (D. 1.2.2.6) e che consta *sine scripto in sola prudentium interpretatione* (D. 1.2.2.12)? Più concretamente, intendo indagare la tecnica del collegio pontificale in relazione alla Legge delle XII Tavole, fino alla laicizzazione della giurisprudenza, fino a quando, cioè, *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est* (D. 1.2.2.6).

Vorrei sottoporre la questione ad una luce forse leggermente diversa, relativa al senso del *lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio* (D. 1.2.2.38) che, per POMPONIO, SESTO ELIO realizza nei suoi *Tripertita* e che sembra influenzare così tanto il pensiero tardo repubblicano, sì da far ipotizzare nel II-I sec. a. C. la maturazione nei ceti dirigenti di Roma di una *Gesetzesideologie*.

* Questo scritto, dedicato al Maestro FERNANDO HINESTROSA, trae spunto da un intervento al Convegno “Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri”, tenutosi a Pisa, 1-3 marzo 2001, risentendo in alcune parti, nella forma, dell'esposizione orale.

I *Geist des römischen Rechts*, 2, Leipzig (1894⁵) (rist. Aalen, 1993), pp. 441 e ss. Il fondamentale e problematico rapporto tra prima interpretazione pontificale e XII Tavole ha suscitato l'interesse di importanti studi. Per una prima indicazione vd. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), pp. 10 e 11, 22 a 25, 28 a 38, 41 a 43; G. G. ARCHI, *Interpretatio iuris-interpretatio legis-interpretatio legum*, in *ZSS*, 87, 1970, R. A., pp. 9 e ss., in particolare 10 a 19; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. (Lezioni di diritto romano)*, Torino, 1971; (cito dall'ed. completata 1993,) pp. 121 e ss. da leggersi insieme alle ipotesi di interpretatio-recezione in relazione a nuovi schemi negoziali e nuove figure di diritto sostanziale: pp. 92 e ss.; M. KASER, *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, in *Studi Donatuti* II (1973), pp. 523 e ss. (= *Ausgewählte Schriften* 1, pp. 181 e ss.); F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München, 1988, in particolare, § 15 (“Die Pontifikal-jurisprudenz”), pp. 310 e ss.; da leggere in relazione ai §§ 13 e 14 sul rapporto tra *ius* e *lex* e sulle XII Tavole; M. TALAMANCA, in *AA.VV. Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989², p. 236; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1995⁹, pp. 107 a 117 (“Sacerdoti e interpreti”), da leggersi insieme a pp. 67 a 106 (“Il costume e la legge nell'esperienza arcaica”); a riguardo da tenere presenti le precisazioni di M. TALAMANCA, “Pubblicazioni pervenute alla Direzione”, in *BIDR*, 91, 1988, in particolare pp. 753 a 765; A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, pp. 21 e 22, note pp. 29 e 30; pp. 31 a 36, note pp. 37 e 38; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, pp. 109 a 131 (per la giurisprudenza pontificale dopo l'emanazione delle XII Tavole), da cfr. con pp. 33 a 88 in relazione alla giurisprudenza pontificale e alle sue tecniche nell'età predecemvirale.

Se dovessimo cercare una risposta fidandoci di POMPONIO, che riecheggia nell'*Enchiridion* lo schema eliano dei *Tripertita* (D. 1.2.2.38: *tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio*, da cfr. con §§ 5 e 6 in una valutazione diacronica dello schema e con § 12 in una prospettiva sistematico-dogmatica del *ius*²), dovremmo propendere, rispetto alla domanda da cui siamo partiti, per una risposta possibilista. Anche CICERONE (*De leg.* I, 16-17) si muove nello stesso ordine di idee, facendo dire ad ATTICO che per i *superiores* (da contrapporre ai *nunc plerique*)[...] *a duodecim tabulis*[...] *hauriendam iuris disciplinam*. LIVIO, d'altronde, qualifica le XII Tavole come il *fons omnis publici privatique iuris* (III, 34, 6).

Per JHERING, l'interpretazione di questo periodo (quello che va dalla emanazione della Legge delle XII Tavole a SESTO ELIO) avrebbe assunto quel ruolo che più tardi MARCIANO (D. 1.1.8) riconoscerà al *ius praetorium*: *viva vox iuris civilis*. L'*interpretatio* realizzerebbe una "Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich". La forza creatrice della interpretazione pontificale sembrerebbe, però, per JHERING, in questa prima fase postdecemvirale, cercare la "copertura della legge". Una interpretazione fortemente creativa (sia come schemi negoziali, che come regole e soluzioni), che però cerca sempre un appiglio nella legge. Questo spunto per JHERING sarebbe collegato ad una resistenza, da parte del collegio pontificale, a rivendicare apertamente la funzione creatrice della *interpretatio* postdecemvirale³.

2 D. 1.2.2.5-6: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitima actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt...*; D. 1.2.2.12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent...* Fondamentali a riguardo M. BRETONE. "Motivi ideologici dell'*Enchiridion* di POMPONIO", in *Labeo* 11, 1965, pp. 10 e ss.; ID. *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Torino, 1974, pp. 55 e ss.; ID. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982², pp. 224 e ss.; G. ARCHI. *Interpretatio iuris*, cit., pp. 15 a 17; ID. "Lex e natura nelle Istituzioni di Gaio", in *Festschr. Flume* 70. G., Köln, 1978, I, p. 9.

3 Vale la pena riportare un più ampio stralcio delle conclusioni del § 2 sulla interpretazione della legge: "So verdient denn di alte Interpretation für ihre Zeit in der That dasselbe Prädicat, das man später dem Prätor beilegte: das einer viva vox juris civilis, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines mechanisches Sprachrohrs. Dem Namen nach bloße Erklärungen, schlossen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich. So faßten auch die Römer, wenigstens in späterer Zeit, die Suche auf, denn sie bezeichneten die älteren Juristen als veteres, qui tunc jura condiderunt und sie sprachen von einem eigenen Juristenrecht (jus civile in engern Sinn). So sehr man aber einerseits den materiell-productiven Charakter dieser alten Doktrin

Si impone quindi la verifica della presunta “vincolatività dei *verba legis*” per i pontefici.

A riguardo, entra in gioco anche un'altra prospettiva, inserita nella discussione dalla critica alla costruzione dello SCHULZ dei tre momenti nei quali sembra caratterizzarsi l'*interpretatio* pontificale postdecemvirale: dapprima una interpretazione più libera (“freie Interpretation”), fortemente creativa, poi una maggiore vincolatività alle parole del testo interpretato (“Haften am Wort”), infine un superamento dell'interpretazione stretta e formalistica dal III sec. a. C.⁴ Il SERRAO⁵, al di là delle linee di fondo evidenziate dallo SCHULZ, rifiuta una *Isolierung* della giurisprudenza ed in particolare della *interpretatio* da essa realizzata dal contesto sociale e politico⁶. Di qui una contrapposizione tra interpretazione tendenzialmente evolutiva (opposizione plebea) e interpretazione sovente (ma non sempre) stretta e formalistica da parte patrizia. Di qui, nel concreto processo storico, le lotte per la certezza del diritto, per la laicizzazione della giurisprudenza, per la pubblicazione delle *actiones*.

Proprio attraverso quest'ultima prospettiva, potremmo aspettarci una iniziale tendenza a conservare l'autonomia predecemvirale da parte dei *pontifices* nella creazione e guida del *ius civile*, attraverso una *interpretatio* restrittiva della “normazione puntiforme” che le XII Tavole rappresentano⁷, accompagnata da una opera creatrice coerente ai metodi che il collegio pontificale aveva già maturato prima delle XII Tavole, nel complesso rapporto *ius sacrum-ius civile* nei *mores* e nelle c.d. *leges regiae*⁸. Al contrario, le fonti sembrano indicare, pur a fronte di

betonen darf, so wesentlich gehört zu ihrer Charakteristik doch auch das andere von mir hervorgehobene Moment: der formelle Anschluß derselben an die vorhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber bemerkt. Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch nicht, wie in späterer Zeit, getraut hat, den schöpferischen Beruf, den sie der Sache nach einmal hat, und den sie nirgends mehr ausgeübt hat als in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu nehmen; daher stets das Bestreben nach einer Deckung durch das Gesetz”: JHERING. *Geist*², cit., p. 467; che conclude pp. 455 e ss. Accentua la precisazione del JHERING M. BREONE. “Il giureconsulto interprete della legge”, recensione a WESEL, in *Labeo* 15, 1969, p. 303; stigmatizzando il silenzio dell'opera recensita (dedicata appunto alla interpretazione della legge) rispetto alla interpretazione pontificale delle XII Tavole, che al contrario si dimostra ricca di spunti per comprendere il senso della vincolatività dei *verba legis* (p. 304).

4 SCHULZ. *Geschichte*, cit., pp. 35 e 36.

5 F. SERRAO. *Interpretazione della legge (dir. rom.)*, in *EdD*, XXII, 1972, pp. 239 e ss.

6 Op. cit., pp. 240 e 241.

7 KASER. *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, cit., p. 539 (= *Ausgewählte Schriften* 1, p. 197).

8 Sul punto cfr. ad es. S. TONDO. “Appunti sulla giurisprudenza pontificale”, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Atti Seminario S. Marino gennaio 1993, a cura di D. MANTOVANI, Torino, pp. 1 e ss., in particolare pp. 7 e ss.; CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, pp. 50 e ss. che propone una successione cronologica della tecnica pontificale in età predecemvirale attraverso una rilettura minuziosa delle caratteristiche intrinseche degli atti esaminati in relazione agli effetti giuridici che producono (1 fase: *agere sacramento in rem* e in

un *ius civile* predecemvirale già maturo, una tendenza costante degli stessi pontefici a collegare tale opera creativa alla Legge delle XII Tavole, quasi a confermare la correttezza dell'operazione eliana *lege [...] praeposita iungitur interpretatio*.

Ciò non significa che il diritto privato postdecemvirale sia un diritto legislativo e nemmeno che l'atteggiamento della *interpretatio* sia per così dire positivistico. Nulla di più lontano dalla realtà delle cose. Anzi: possiamo dire che, similmente al *ius civile* predecemvirale, la maggioranza degli istituti del *ius civile* creati dopo le XII Tavole siano di origine consuetudinaria, nel senso lumeggiato dal GALLO di una partecipazione propositiva nel processo consuetudinario di produzione del diritto della *interpretatio* pontificale⁹.

La verifica che intendo fare del rapporto intercorrente tra l'*interpretatio* pontificale e la Legge delle XII Tavole, per chiarire il senso della *iunctio* realizzata da SESTO ELIO nei *Tripartita* tra testo della legge e *interpretatio*, passa necessariamente per la plausibilità del giudizio secondo il quale le XII Tavole avevano “messo in catene la forza creatrice dei Pontefici”¹⁰, avendo lo stesso collegio pontificale sentito fin dall'inizio il “vincolo” della *lex publica* per la sua interpretazione propositiva e creatrice.

L'attività interpretativa dei pontefici, che andrà a formare il materiale incluso nella *pars interpretationis iuncta* alla Legge delle XII Tavole da SESTO ELIO (cons. nel 198 a. C.)¹¹, ha assunto sicuramente la modalità di interpretazione

personam; manus iniectio; solutio per aes et libram; nexum; mancipatio; mancipatio familiae; II fase: actio per iudicis arbitrive postulationem; sponsio).

9 F. GALLO. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, ed. completata, Torino, 1993, passim; sulle ragioni che hanno portato la moderna scienza giuridica a disconoscere o a svalutare la complessa interconnessione tra *interpretatio* e recezione *moribus* nella produzione consuetudinaria del diritto, pp. 9 e ss.; per esempi relativi all'introduzione di nuovi schemi negoziali (*mancipatio* come *imaginaria venditio*; *fiducia cum creditore* e *cum amico*; *emancipatio*; *testamentum per aes et libram*; *manumissio vindicta*; *stipulatio*) e di nuove figure di diritto sostanziale (*iura in re aliena*), pp. 92 e ss. Da un'angolatura diversa, anche BRETONE, *Storia*, cit., p. 116, riconosce che “la tendenza ad interpretare un insieme di parole (orali o scritte) secondo una rigida fedeltà letterale, è un altro aspetto del formalismo arcaico [...] Ma la fedeltà è a volte tale solo in superficie, non lo è nella sostanza”. Seguendo L. LANTELLA. “Dall'*interpretatio iuris* all'interpretazione della legge”, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, Napoli, 1997, III, pp. 559 e ss., si dovrebbe in sostanza qualificare l'interpretazione pontificale di questo periodo come *interpretatio* nel diritto che si atteggia ad *interpretatio* della legge.

10 KASER. *Die Beziehung von lex und ius*, cit., p. 540 (= p. 198); per un giudizio analogo cfr. ora CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., p. 129: “Il limpido formalismo della prima fase della giurisprudenza pontificale—quella dell'*actio sacramenti* e dei negozi librali originari—, superato solo per essere agile e di modernissima concezione nella sua seconda fase, quella della *sponsio*, ritorna qui al primitivo formalismo verbale e gestuale, ma concepito in modo involuto: da una giurisprudenza veramente impacciata, ma non perché non adusa alle forme [...] bensì perché la trasformazione dell'ordinamento giuridico da consuetudinario in legislativo le ha tarpato le ali”.

11 La tendenza nella moderna romanistica a valutare, nella *interpretatio* pontificale postdecemvirale, in

del vocabolario decemvirale. Ciò inizialmente in un senso e con scopi diversi da quelli che invece stimoleranno l'*interpretatio* dei *verba* della Legge delle XII Tavole della *iurisprudencia* dalla sua laicizzazione. Per quest'ultima si tratta anche di chiarire termini che avevano perso il loro aggancio con la realtà della vita romana, quasi termini che andassero ritradotti nel latino tardo-

modo differenziato, l'*interpretatio* dal 451-450 a. C. al III secolo a. C. (fino ad APPIO CLAUDIO) e quella del III secolo a. C. (fino a SESTO ELIO), è fondata su una coincidenza significativa tra la notizia che POMPONIO ricorda nell'*Enchiridion*, in relazione al monopolio pontificale ed al costume inaugurato dallo stesso collegio, durato per circa un cento anni dopo la promulgazione delle XII Tavole, di preporre uno dei pontefici annualmente per i rapporti coi privati (D. 1.2.2.6: *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est*) e l'inizio del c.d. processo di laicizzazione della *iurisprudencia*, che trova i suoi punti di riferimento più significativi in APPIO CLAUDIO (in relazione altresì al *ius Flavianum*), TIBERIO CORUNCANIO e SESTO ELIO; cfr. SCHULZ. *Geschichte*, cit., pp. 11 a 14; BREONE. *Storia*, cit., pp. 153 e ss.; CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, pp. 130 e ss. II JHERING. *Geist*, cit., II, pp. 405 e ss., accentuava, invece, in relazione a POMP. D.1.2.2.6, l'introduzione della pretura come magistratura specializzata nel 367 a.C. Il TALAMANCA. *Pubblicazioni pervenute*, cit., pp. 762 a 764, tende ora a rivalutare in chiave critica questa interpretazione consolidata, accentuandone le labili basi nelle fonti, che imporrebbero di pesare il processo di effettivo indebolimento del collegio pontificale e di un *respondere de iure* dei *prudentes* laici in età successiva a SESTO ELIO. D'altronde, ad una valutazione fortemente storicizzata della *iurisprudencia* da APPIO CLAUDIO a SESTO ELIO, riemergono convergenze e tensioni all'interno del processo di indebolimento del monopolio del collegio pontificale: da un lato si segue la linea del potenziamento della partecipazione plebea al collegio (*lex Ogulnia* del 300 a. C.; le individuate figure di SEMPRONIO "Sofò" e TIBERIO CORUNCANIO, pontefici plebei), d'altro lato, in una linea diversa, si vuole indebolire la "segretezza" che copriva le tecniche interpretative del collegio (da intendersi chiaramente dei metodi interpretativi e non del risultato di essi, che trovava una naturale espressione esterna nel *responsum*). Entro questa seconda linea mi sembra si debbano collocare APPIO CLAUDIO e il *de usurpationibus* (sul contenuto del quale e sul collegamento col *ius civile Flavianum* cfr. A. GUARINO. "APPIO CLAUDIO, 'De usurpationibus'", in *Labeo* 27, 1981, pp. 7 e ss., con le precisazioni di TALAMANCA. *Pubblicazioni pervenute*, cit., p. 763; cfr. altresì F. D'IPPOLITO. *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari, 1986, p. 53; contra WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 534) ed il "publice" *profiteri* (D. 1.2.2.38 da collegare a § 35) di TIBERIO CORUNCANIO. D'altronde non credo si debba collegare POMPONIO D. 1.2.2.6 i.f. (*et fere populus / usus est*) alla appartenenza esclusiva della *interpretandi scientia* e delle *actiones* al *collegium pontificum*. Esso si riferisce più probabilmente alla preposizione annuale di un pontefice *privatis*. Che questo costume di cui il *populus* si servì durò all'incirca un po' più di un secolo, coincidendo così coi primi colpi inflitti al monopolio pontificale, si spiega forse con un ritorno alla pienezza d'autonomia dell'*interpretatio* collegiale, data la partecipazione plebea ad esso (5 patrizi e 4 plebei), che probabilmente aveva determinato tensioni e linee di rottura che rendevano inopportuna la preposizione annuale di uno dei pontefici a *respondere* ai privati. Queste precisazioni assumono in particolare valore nell'ambito di un discorso, come quello che qui si tenta di fare, relativo ad *interpretationes* postdecemvirali che siano poi confluite nella *pars interpretationis* dei *Tripertita*. Si noterà, infatti, che non è spesso possibile, oltre ad una più circostanziata risalenza della *interpretatio* esaminata in età precedente a SESTO ELIO, distinguere tra primo periodo (450-300 a. C.) e secondo periodo (300 a. C.-200 a. C.) in rapporto al tipo di tecnica utilizzata e suo rapporto con la *lex XII tabularum*, il che appunto, oltre a difficoltà oggettive relative alla tradizione per questo periodo, potrebbe essere l'indizio di un'assenza di modificazione nella tecnica interpretativa, al contrario di quanto invece si è notato nel passaggio tra giurisprudenza pontificale predecemvirale e postdecemvirale; sul punto supra, nota 9.

repubblicano¹². Per la *interpretatio* pontificale, l'interpretazione della parola della legge serviva per fissarne il significato, ogni qual volta si sentisse l'esigenza di ampliare o circoscrivere l'applicazione della norma decemvirale.

Dirette all'ampliamento possiamo richiamare, a titolo puramente esemplificativo, l'*interpretatio*:

– Di *fruges* in relazione a *tab. VIII.8a* (*qui fruges excantassit*: PLIN. *Nat. hist.* 28.2.10, da preferire a SEN. *Nat. quaest.* 4.7.2), al fine di potenziare i prodotti agricoli tutelati dalla norma decemvirale¹³;

– Di *glans* in relazione a *tab. VII.10* (PLIN. *Nat. hist.* XVI.5.15)¹⁴, al fine di estendere la facoltà di *colligere, in alienum fundum*, ogni tipo di frutta d'albero che vi sia caduta (GAI. *l. 4 ad XII tab. D.* 50.16.236.1)¹⁵;

– Della costruzione *si aqua pluvia nocet* in relazione a *tab. VII.8a* (PAUL. *l. 7 ex Plautio D.* 40.7.21 pr.)¹⁶, al fine di estendere la tutela dell'*actio aquae pluviae arcendae* al pericolo di danno derivante dall'*aqua pluvia*, rendendo la tutela idonea anche alla prevenzione.

Possiamo richiamare con qualche riserva, entro questa prospettiva, l'*interpretatio*:

– Di *ambitus* (è probabile che la parola ricorresse in *tab. VII.1* [VARR. *de lingua Latina* 5.22])¹⁷;

– Di *emptio* (è dubbio se la parola ricorresse in *tab. VII.12* [ULP. II,4 da cfr. con MOD. *l. 9 diff. D.* 40.7.25]¹⁸), al fine di riconoscere avverata la *condicio*

12 CIC. *De leg.* 2.23.59: ... mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento. *hoc veteres interpretes, Sex. Aelius, L. Acilius, non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris*; Fest. (LINDSAY p. 232): *pedem struit in XII [tab. 1.2] significat fugit, ut ait Ser. Sulpicius*; Fest. (LINDSAY p. 426): "*sanates*" [*tab. 1,5*] *quasi sanati [...]* Sulpicius [...] (da cfr. con Fest. [LINDSAY p. 474]); Fest. (LINDSAY pp. 516 e 517): *Vindiciae [...]* At Ser. Sulpicius [...] *iam singulariter formato vindiciam esse ait... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur [...]* XII [*tab. 12.3*]; si vindiciam falsam tulit...; Fest. (LINDSAY p. 430): *sarcito. in XII [tab. VIII.9] Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato*; Fest. (LINDSAY p. 180): *NO>XLA [tab. XII.2], ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat in XII> [tab. VIII.6]*.

13 Cfr. a riguardo F. ZUCCOTTI. *Fruges fructusque* (studio esegetico su D. 50.16.77), Padova, 2000, pp. 38 e ss., e da altra angolatura, ma con conclusioni simili, il mio *La nozione giuridica di "fructus"*, Napoli, 2000, pp. 67 e ss.

14 *Cautum est [...]* lege XII tab., ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.

15 *Glandis appellatione omnis fructus continetur...* Cfr. il mio *La nozione giuridica di "fructus"*, cit., pp. 70 a 75.

16 ... sic et verba legis XII tab. veteres interpretati sunt "si aqua pluvia nocet", id est "si nocere poterit". Da ultimo F. SITZIA. "*Aqua pluvia*" e "natura agri". Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone, Cagliari, 1999.

17 XII tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt. Da correlare con la *interpretatio* di *ambitus* di P. MUCIO SCEVOLA, ricordata in CIC. *Top.* 4.24 (*quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, id tibi ius videri*) diretta a restringere la portata del precetto decemvirale secondo il MARTINI. *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 89 e ss.

libertatis anche in caso di pagamento fatto dallo *statuliber*, plausibilmente, al *mancipio accipiens* (*emptor*) dell'erede (POMP. *l. 18 ad Q. Mucium* D. 40.7.29.1)¹⁹;

– Di *intestatus* in relazione a *tab. v.6* (GAI. *l. 155*; ULP. *l. 14 ad Sab.* D. 26.4.1 pr.; cfr. con PAUL. *38 ad ed.* D. 26.4.6)²⁰, al fine di estendere l'applicazione della tutela legittima degli agnati, oltre all'ipotesi di assenza di testamento, in caso di testamento non contenente *datio tutoris* e, in epoche probabilmente successive, addirittura in caso di morte, prima della pubertà del pupillo (PAUL. *38 ad ed.* D. 26.4.6) o prima della morte del testatore (*l. 1.15.2*)²¹, del tutore testamentario designato;

– Di *patronus* (è dubbio se la parola ricorresse in *tab. v.8*) al fine di includere anche i figli del patrono in relazione alla successione legittima del liberto (GAI. *III.40 e 45*; ULP. *XXIX.1 e 4*; D. 50.16.195.1)²².

18 ULP. *II.4*: *Sub hac condicione liber esse iussus "si decem milia heredi dederit", etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex XII tab. iubet*; D. 40.7.25: *Statuliberos venumdari posse leges duodecim tabularum putaverunt...*

19 ... *quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur*. JHERING, *Geist*, cit., II, p. 459, ipotizzava la ricorrenza della parola *emptor*; esclude la ricorrenza della parola *S. RICCOBONO. Fira*, I², p. 51.

20 GAI. *l. 155*: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII <tabularum> agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*; D. 26.4.1 pr.: *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt...* D. 26.4.6 pr. vd., n. seguente. Il SOLAZZI. *La legge delle XII Tavole sulla "tutela" e un'ipotesi del Bonfante*, 1928, ora in *Scritti*, Napoli, 1960, III, pp. 219 e ss., ipotizza, rispetto a D. 26.4.6 pr., l'eco sostanziale del precetto decemvirale nella frase: *intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela*, di cui da *intestatus autem* inizierebbe appunto un commento (p. 220); critico a riguardo P. VOCI. *Diritto ereditario romano*², Milano, 1967, I, pp. 70 e 71.

21 D. 26.4.6: *Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. idem dicemus, si tutor testamento dato adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur*. *l. 1.15.2*: *Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare, sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit quod tunc quoque accidere intellegitur, cum is qui datus est tutor viro testatore decesserit*. Cfr. sul punto la bibliografia citata in G. FINAZZI. *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, pp. 32 e ss.

22 *Vat. 308*: ... *in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni continentur*; GAI. *III.40*: ... *nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus moritur esse libertus nullo suo herede relicto...*; *III.45*: *Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni...*; ULP. *XXIX.1*: *Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit*; *XXIX.4*: *Liberi patroni virilis sexus eadem iura in bonis libertorum parentum suorum habent, quae et ipso patrono*; ULP. *l. 46 ad ed.* D. 50.16.195.1: *"Familiae" appellatio qualiter accipiat, videamus. et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis adgnatus proximus familiam habeto. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ex ea familia, inquit, in eam familiam: et hic de singularibus personis legem loqui constat*. Con posizioni differenziate sulla ricorrenza della parola vd. TH. MOMMSEN. *Staatsrecht*, III, p. 22, n. 59, che ricostruisce così il precetto decemvirale: *ex ea familia <qui liberatus erit, eius bona> in eam familiam <revertuntur>*; opta per la ricorrenza della parola JHERING. *Geist*, cit., II, pp. 459 e 460, ex *Vat. 308*; KASER. *Die Beziehung von lex und ius*, cit., p. 531, che nega possa ricostruirsi il testo originario; VOCI. *Diritto ereditario romano*², cit., I, p. 39, che ritiene D. 50.16.195.1 relativo ad una presunta seconda disposizione decemvirale relativa ai *gentiles*.

Una *interpretatio verborum* esprime una verifica ed un adeguamento parziale quella:

– Di *fructus* in relazione a *tab. XII.3* (... *fructus duplione damnum decedito* Fest. [LINDSAY pp. 516 a 518]), al fine di concretizzare il valore del *duplum* del *fructus* della cosa controversa illecitamente percepito dal soccombente nelle more processuali in rapporto a *legis actiones sacramento in rem*²³.

Interpretatio restrittiva di *verba legis* può richiamarsi quella: di *filius* in relazione a *tab. IV.2* (*si pater filium ter venum du "it" filius a pater liber esto* [GAI. I.132; ULP. X.1]), sebbene si possa anche pensare ad una *interpretatio* coerente ad una visione rigorosa degli *status* diversificati delle *personae* nella *familia*.

L'*interpretatio* pontificale non si limita a questo, ma crea nuovi schemi negoziali al fine di elaborare soluzioni adeguate alle esigenze emergenti, che trovino il consenso e vengano accettate dai cittadini, divenendo quindi istituti recepiti *moribus*. Si pensi alla creazione della *emancipatio* (già attestata prima del 357 a. C. in LIV. 7.16.9)²⁴, della *adoptio*, della *coemptio*, del *testamentum per aes et libram*, della *fiducia cum amico* e *cum creditore*, ecc.

Si potrebbe supporre che all'interno di questa attività interpretativa, tesa ad elaborare e a dar forma a nuovi atti giuridici, i pontefici non sentano la necessità di trovare un appiglio nella Legge delle XII Tavole. Ed invece, anche in questo caso, sembra vero il contrario. I complessi atti elaborati tradiscono la loro natura artificiosa condizionata appunto da precetti decemvirali²⁵.

23 Vd. quanto dico in *La nozione giuridica di "fructus"*, cit., pp. 59 e ss. e pp. 245 e ss.

24 *Eodem anno C. Licinius Stolo a M. Popilio Laenate sua lege* (scil. *Licinia de modo agrorum* a. 367) *decem milibus aeris est damnatus, quod mille iugerum agri cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset*. Il definitivo superamento delle posizioni scettiche relative all'esistenza della *lex Licinia de modo agrorum* del 367 a. C. (cfr. a riguardo F. DE MARTINO. *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1979, pp. 27 a 29; ID., "Riforme del IV secolo a. C.", in *BIDR*, 78, 1975, pp. 29 e ss.; F. SERRAO. *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Prima parte, Napoli, 1984, pp. 158 e ss.), permettono anche di ridimensionare i dubbi avanzati sulla notizia liviana in relazione alla condanna di LICINIO STOLONE per frode alla legge, da lui stesso proposta, attraverso l'*emancipatio* del *filius familias*; cfr. in un primo momento M. KASER. "Die Anfänge der *manumissio*", in *ZSS*, 61, 1941. R. A., p. 180, n. 89; H. KRÜGER e M. KASER. "Fraus", in *ZSS*, 63, 1943, R. A., p. 148, n. 19; seguito da O. BEHREND. *Die "fraus legis"*, Göttingen, 1982, p. 58, n. 142. Più possibilisti sull'attendibilità della notizia in relazione alla comparsa della *emancipatio*, G. ROTONDI. *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, pp. 43 e 44 (che insiste anche sul modo in cui la frode di LICINIO STOLONE venne colpita); in un secondo momento M. KASER. *Das Römische Privatrecht*, 12, p. 68 e n. 4; L. FASCIONE. *Fraus legi*, Milano, 1983, pp. 29 e ss. D'altronde, ed è questo un dato forse di qualche interesse, VALERIO MASSIMO (VIII.6.3) ricorda lo stesso episodio, ma confonde la ragione della *fraus legi*, non cogliendo più il senso della *emancipatio* del *filius familias*, diretta ad aggirare il divieto di *ne quis amplius quingenta agri iugera possideret*.

25 A riguardo l'*emancipatio* è un *topos* ricorrente nella romanistica, forse anche perché si può far risalire a prima del 357 a. C. (cfr. *supra* nota 24); ad es. F. GALLO. *Interpretazione*, cit., pp. 96-97; BRETONNE. *Storia*, cit., pp. 116 e 117; CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, pp. 123 a 125 e 126 a 129 (il quale aggiunge ai consueti argomenti, anche una precisazione di natura stilistica che permetterebbe di collocare l'istituto dopo le XII Tavole ma prima del 357 a. C. come impone LIVIO: gli

Per JEHRING, come abbiamo visto, era questo un modo “tendenzioso” di interpretare la Legge. Dobbiamo però essere cauti nel cogliere le ragioni di una *interpretatio iuris* che si veste da *interpretatio legum* in epoche in cui, a differenza della individuata “ideologia della legge”, che trova riscontro nella tarda repubblica e poi nella giurisprudenza classica (CICERONE, LIVIO, GAIO, POMPONIO), il rapporto tra *ius* e *lex* sembra riposare su canoni estranei a logiche, per così dire, “positivistiche” della interpretazione del *ius*.

Ritengo importante ridiscutere, a riguardo, tre esempi nei quali assume rilievo il rapporto tra testo delle XII Tavole e sua *interpretatio*, in relazione ad istituti collocabili nel periodo che qui interessa.

II. LA “TUTELA LEGITIMA LIBERTORUM”

GAI. I.165

Ex eadem lege XII Tabularum legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: eo enim ipso quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et adgnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.

ULP. *l.* XXXVIII *ad Sab.* D. 26.4.3 pr.

Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatium, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.

TIT. ULP. XI,3

Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt adgnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.

La coerente tradizione che riconosce alla *tutela legitima libertorum* un’origine nella *interpretatio* doveva probabilmente trovare la sua fonte primigenia pro-

atti creati in questo periodo avrebbero una caratteristica precipua, “la forma non” manifesterebbe “affatto lo scopo al quale essi sono diretti”: p. 129); A. CORBINO. *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, Torino, 1994, pp. 32 e ss.

prio nei *Triperitita* di SESTO ELIO, e da qui, mediata attraverso i XVIII *libri iuris civilis* di Q. MUCIO SCEVOLA, venire accolta nella *iurisprudencia* classica.

Rispetto ai *Triperitita*, sono significativi: vuoi la notizia ricordata da LIVIO in relazione al 186 a. C., solitamente valorizzata in rapporto alla *tutela Atiliana* (GAI. I.185 e ss.), della richiesta di un tutore fatta dalla liberta Hispala Faecenia, al fine di poter fare testamento, in conseguenza della morte del suo patrono²⁶. La notizia è coerente con l'ipotizzata risalenza della *lex Atilia* al 210 a. C.²⁷. La *tutela legitima* dei liberti impuberi e delle liberte è sicuramente maturata almeno nel III sec. a. C., e doveva essere contenuta quindi nell'opera di SESTO ELIO²⁸. Vuoi la procedura della *emancipatio*, con la opportunità di imporre al *mancipio accipiens* fiduciario la remancipazione del *filius* al *pater* naturale dopo la terza *mancipatio*. Tale opportuno affinamento delle già complesse modalità procedurali dell'atto estintivo della *potestas* sul *filius familias* è condizionato non soltanto dal riconoscimento al *pater* naturale di un *ius hereditatis* rispetto all'emancipato (così *Ep. Gai* VI,4)²⁹, in qualità di suo patrono, secondo appunto *tab. v*,8, ma altresì di una sua tutela sull'emancipato impubere o sull'emancipata (per la quale era sufficiente una sola *mancipatio* per estinguere la *potestas*), in termini di *tutor legitimus* (GAI. I,172)³⁰, qualifica che appunto è collegata all'*interpretatio* relativa alla *tutela* dei liberti impuberi e delle liberte *ad patronos*.

Per quanto riguarda Q. MUCIO, si è giustamente sottolineata la probabile dipendenza di GAIO, con i dovuti ammodernamenti, in relazione alla *tutela*, dai XVIII *libri iuris civilis* di Q. MUCIO (vd. una citazione, in rapporto alla *disputatio veterum* relativa ai *genera tutelarum*, in GAI. I, 188:... *nos qui diligentius hunc*

26 LIV. 39.9.7: *Quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore ab tribunis et praetore petito, cum testamento faceret, unum Aebutium institueret heredem*. A. WATSON. *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, pp. 123 e 124, il quale ricorda altresì l'*an mihi tutor additus?* di PLAUT.: cfr. 20; P. ZANNINI. *Studi sulla tutela mulierum II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Torino, 1979, pp. 84 e ss.; da leggere con quanto nota F. SITZIA. *Rc. in Iura*, 30, 1979, p. 177; O. E. TELLEGEN-COUPERUS. *Livy and Gaius on the making of wills by women*, in *BiDR*.88, 1985, pp. 359 e ss., in particolare pp. 363 e 364.

27 G. ROTONDI. *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim, 1962, p. 276, che la ritiene un plebiscito proposto dal tribuno L. ATILIUS (proponente altresì il plebiscito *ex auctoritate senatus* del 210 a. C. contro i ribelli campani [*lex Atilia de dediticiis*]).

28 Di qualche interesse, ma di difficile precisazione nell'ambito di una arcaicità stilistica, è la qualifica di *ius Quiritium legitimum tutelarum et hereditarium* in CIC. *De domo sua* 35.11.

29 *Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut, si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat*.

30 *Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciperetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur: et non minus huic quam patronus honor praestandus est*.

tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus...)³¹, che esplicitò in termini di *regula* la ragione sottintesa della analogia dei *veteres* (Q. MUCIUS *l. sing. hórñ* D. 50.17.73 pr.: *Quo [tutela] "hereditas?" redit, eo et [hereditas] "tutela" pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt*). Se si tiene conto che D. 26.4.3 pr. può considerarsi proveniente dai *Tres libri iuris civilis* di Sabino³², emerge allora come plausibile anello mancante di questa tradizione testuale della *interpretatio veterum* proprio l'opera fondamentale di Q. MUCIO.

Dal punto di vista sostanziale, la protagonista della vicenda per GAIO è sostanzialmente la giurisprudenza dei *veteres*, che, date le precisazioni sopra fatte e la congruenza di tali dati con l'analisi economica del fenomeno schiavistico a Roma³³, è da collocare non dopo il III sec. a. C. Essa, con la sua *interpretatio* creativa recepita dai consociati (*accepta est per interpretationem*), a fronte di una lacuna nel *ius* postdecemvirale in rapporto ai liberti impuberi e alle liberte, determina una regola per la loro tutela. GAIO è chiaro nel cogliere il complesso processo di formazione dell'istituto (*interpretatio-recezione*) e suo rapporto, quasi imposto, con la *lex* (*atque si verbis legis introducta esset*).

Interessante in questa sede l'iter logico-argomentativo che porta i *veteres* a proporre una soluzione alla lacuna esistente nel *ius*. In esso protagonista è la *lex XII tab.* (probabilmente *tab. v,8* [ULP. D. 50.16.195.1: *ex ea familia "qui liberatus erit, eius bona" in eam familiam "revertuntur Momms."*]), il *iussum populi* che sancisce i patroni (l'estensione ai loro figli è frutto di *interpretatio* del termine *patronus*)³⁴ come eredi legittimi dei liberti che muoiano senza *sui heredes* (GAI. III.40³⁵; *Tit. Ulp. XXIX.1*³⁶). L'anello di congiunzione però tra *successio ab intestato* e *tutela legitima* è dato da un collegamento-analogia³⁷ con l'identità (gli

31 F. HORAK. *Rationes decidendi*, I, Aalen, 1969, p. 245, n. 12.

32 Così ad es. VOCI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 66; R. ASTOLFI. *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, p. 241.

33 Cfr. a riguardo DE MARTINO. *Storia economica di Roma antica*, cit., dove altresì l'importanza della *lex Manlia*, che introdusse nel IV secolo a. C. un'imposta sulle manumissioni, e la riforma di APPIO CLAUDIO che, come censore, nel 312 a. C. iscrisse i libertini nelle tribù.

34 Cfr. però sulla dubbio ricorrenza del termine nelle XII Tavole, supra nota 22.

35 *Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire: nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat.*

36 *Civis Romani liberti hereditatem lex XII tab. patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit.*

37 Sull'analogia espressa dal ragionamento dei *veteres*, echeggiata dal *per consequentias* di SABINO-ULPIANO e dal *per consequentiam* di TIT. ULP. (diversificata la posizione a riguardo di W. WALDSTEIN. "Konsequenz als Argument klassischer Juristen", in *ZSS*, 92, 1975. R. A., che include S. ULP. XI.3 con dubbi nel "Analogieschluss" [p. 52, n. 100, da cfr. con p. 55, n. 113] e D. 26.4.3, pr. nella "notwendige rechtlichen Folge" [p. 55, n. 113]), pongono l'accento: HORAK. *Rationes decidendi*, cit., pp. 245 a 247 (che ne rico-

agnati) esistente tra eredi *ab intestato* e tutori legittimi degli *ingenui* impuberi. Tale identità esprimerebbe una *voluntas legis* che nel caso dei liberti non avrebbe trovato espressa previsione nel testo della Legge delle XII Tavole (*non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur...*; così anche SABINO-ULPIANO: *non quidem specialiter vel nominatim delata est*; e TIT. ULP.: *legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt adgnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni*), ma ciononostante permetterebbe un diretto collegamento con la *lex*, sì da rendere la loro tutela, creata dalla *interpretatio veterum*, una *tutela legitima* (sia GAIO che SABINO ed ULPIANO), come se fosse stata effettivamente introdotta con le “parole della legge”.

La constatazione che i tre giuristi classici, pur mantenendone la qualifica di *tutela legitima*, distinguano tra risultato della *interpretatio* ed *interpretatio* stessa, dimostra come la *iunctio* fra *lex* e *interpretatio* non ne avesse determinato una confusione, prezioso distinguo se lo si pone in rapporto alla complessa tradizione testuale sopra ipotizzata ed al probabile rapporto coi *Tripartita* di SESTO ELIO.

Ritengo necessario, infine, cercare di approfondire la ragione che spinge i *veteres* a fondare la regola richiamata su una presunta *voluntas legis*, che non è certo esente da dubbi³⁸. D'altronde un tale approfondimento è tanto più necessario quanto più si valuti il complesso rapporto tra *ius* e *lex* nell'esperienza romana dell'età repubblicana. Sarebbe, infatti, superficiale fermarsi alla constatazione descrittiva del ragionamento dei *veteres*, stigmatizzandone la espressa manifestazione in termini di ricerca della *voluntas legis* al fine di colmare la lacuna esistente nel *ius* postdecemvirale in materia³⁹.

nosce l'ineccepibilità formale ma l'intrinseca debolezza); KASER. *Die Beziehung von lex und ius* cit., p. 531 [= p. 189]; ID. “Ius honorarium und ius civile”, in ZSS, 101, 1984. R. A., p. 5, n. 13; D. MEDICUS. “Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern”, in *Studien im römischen Recht* (M. Kaser 65. G.), Berlin, 1973, pp. 69 e 70 (che coglie la debolezza dell'analogia nel fatto che “Patrone und Agnaten nur in einer Eigenschaft –ihrem gesetzlichen Erbrecht– übereinstimmen”). Per il VOGLI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 67, si tratterebbe di una estensione “introdotta da una *fiction* [...] è come se la legge abbia parlato: quindi (sempre per finzione) la legge ha voluto”. A mio avviso, però, bisogna distinguere tra risultato interpretativo dei *veteres*, che crea un nuovo tipo di *tutela legitima*, “*atque si verbis legis introducta esset*”, e iter logico seguito dai pontefici che, in base alla tradizione testuale a cui GAIO attinge, conserva piena autonomia tra *lex* e *interpretatio*.

38 Ad es. si sarebbe potuto anche affermare l'opposto, in base al ragionamento che le XII Tavole avevano espressamente previsto una tale coincidenza (tra erede legittimo e tutore) per gli *ingenui*-impuberi e per le *ingenuae*, mentre aveva sancito soltanto per la successione ereditaria la rilevanza del vincolo di patronato; vd. in questo senso MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70.

39 Raccoglio qui l'ammonimento del TALAMANCA, in AA.VV. *Lineamenti*, cit., p. 236; ID. *Pubblicazioni pervenute*, cit., pp. 758 a 759, in relazione alla “artificiosità” della *emancipatio* e della *adoptio*, che si spiegherebbe tenendo conto che in rapporto ad esse “era in gioco [...] un principio fondamentale dell'antico *ius civile*, quello della perpetuità –oltre che dell'inalienabilità– della *patria potestas* [...] è ben difficile, anzi impossibile, che, per quanto libera fosse, l'*interpretatio pontificum* potesse direttamente incidere

Dal punto di vista sostanziale, la regola dei *veteres* dava vigore, estendendone l'applicazione, al vincolo di patronato⁴⁰. Formalmente, però, questa *ratio* rimane esclusa dal ragionamento dei *veteres*. A mio avviso, un tale silenzio, connesso al ragionamento espressamente seguito dalla giurisprudenza pontificale e ricordato da GAIO, assume importanza rispetto alla scelta di fondare la soluzione della lacuna su una presunta *voluntas legis*. Di fronte ad un problema che sfuggiva al normale fondamento della *tutela legitima* delle *personae ingenuae* (cioè il vincolo agnatizio), si ritiene di trovare nel “vincolo” di patronato un'alternativa idonea. Mentre però la *tutela legitima* sancita nelle XII Tavole trovava il suo fondamento in un principio cardine della *familia* romana già nei *mores predecemvirali*, la *potestas* del *pater familias* e il suo significato per il vincolo agnatizio, il “vincolo” di patronato aveva assunto rilevanza nelle XII Tavole in termini esclusivamente patrimoniali, di ritorno dei *bona liberti* nella *familia* del *patronus*, in caso di morte del *civis libertus* senza *sui heredes* (tab.v.8 [ULP. D. 50.16.195.1]: *ex ea familia [...] in eam familiam*)⁴¹. Si trattava cioè di individuare un legame giuridicamente rilevante che, tenendo conto della inesistenza rispetto ai *liberti cives Romani* di un preesistente rapporto agnatizio, potesse però rispettare la realtà romana in relazione a due esigenze essenziali: il controllo dei *liberti* ed il loro inserimento nel corpo sociale cittadino. Questo legame si individuò proprio nel rapporto col manomissore, dando rilevanza appunto al *ius patronatus*, sebbene ciò facendo si riconosceva ad esso una forza per così dire maggiormente espandibile rispetto allo stesso vincolo agnatizio, reciso al contrario in caso di *emancipatio* del *filius ingenuus*. Non è casuale che si ricorrerà proprio al rapporto di patronato per correggere, come abbiamo visto, le originarie modalità procedurali della *emancipatio*, al fine di creare tra *pater* naturale e *filius* emancipato, una volta estinta la *potestas* e reciso ogni vincolo agnatizio, il *ius patronatus* che includeva appunto, oltre al *ius successionis*, anche la *tutela legitima*.

La debolezza, quindi, della formale analogia utilizzata dai *veteres*, più che la causa dell'argomentazione fondata sulla *voluntas legis*⁴², è lei stessa l'effetto della inopportunità, agli occhi dei pontefici, di far passare questa individuazione come un qualcosa che derivasse esclusivamente dalla loro *interpretatio*, impo-

su questo punto. Non è la lettera della legge che costringe i *pontifices*, ma li imbarazza il confrontarsi con uno di quei punti del *ius civile* che, secondo la coscienza sociale, non potevano esser direttamente aggrediti, in senso profondamente innovatore, dall'*interpretatio* stessa”.

40 Così HORAK. *Rationes decidendi*, cit., p. 246; sarebbe questa la ragione inespressa anche per MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70, n. 63.

41 Il VOGLI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 38, qualifica il *ius patronatus* come un vincolo di “quasi agnazione”; l'ALBANESE. *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 68, n. 23, accentua la connessione tra *libertus* e *familia* del *patronus*, e coglie la rilevanza patrimoniale (*bona*) del *ius patronatus* per la *successio libertorum* nelle XII Tavole (pp. 81 e 82-83).

42 Così MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70.

nendo, per così dire, una sua rappresentazione in termini di coerente applicazione analogica delle XII Tavole secondo il principio di identità di trattamento per i *cives ingenui* tra *successio ab intestato* e *tutela legitima*.

III. “SECUNDUM LEGEM PUBLICAM”

A. “TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM”

Il *familiae emptor*, una volta maturato il *testamentum per aes et libram*, pronunciava nel rito librare questa formula: *familiam pecuniamque tuam endo mandate-la custodelaque mea* “esse aio, eaque”, *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere* “aeneaque libra”, *esto mihi emptus* (GAI. II, 103-104).

È significativo il tenore dei *verba solemnna* dell’atto. La *mancipatio*, nella sua forma normale, è preesistente alle XII Tavole. Era un dato non obliterato ancora nella giurisprudenza severiana (PAUL. I *Manual.* in *Vat.* 50: ... *Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*). Qui però la normale formula del *mancipio accipiens* (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*; GAI. I, 119; III, 167), viene modificata adeguandosi al particolare bene venduto (*familia pecuniaque*), al compito che il *familiae emptor* assume fiduciariamente dal *de cuius* (*mandatela* “tua” *custodelaque mea*) e (ed è questo il passaggio altamente significativo) al riferimento di una facoltà riconosciuta al *familiae venditor* di *iure testamentum facere* [...] *secundum legem publicam*.

Che qui *lex publica* evochi la Legge delle XII Tavole può considerarsi l’ipotesi interpretativa più plausibile⁴³. D’altronde, secondo GAIO (*ad leg. XII D.* 47.22.4

43 Così ad es. TH. MOMMSEN. *Römische Staatsrecht*, III, p. 310, n. 3; ROTONDI. *Leges publicae populi romani*, cit., p. 9, n. 1 F. KNIEP. *Gai institutionum commentarius secundus §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, Jena, 1913, p. 108; M. KASER. *Das altrömische, ius*, Göttingen, 1949, pp. 72, 152, n. 27; ID. *Das römische Privatrecht*², I, p. 108, n. 26; WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 283, n. 70; BRETONE. *Storia del diritto romano*, cit., p. 37, n. 1; ID. “SESTO ELIO e le XII Tavole”, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei Pontefici*, cit., p. 27; con prudenza B. ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 52, n. 83 i. f. (in relazione al *testamentum per aes et libram* “le parole s.l.p. sono d’oscurissimo senso”) da cfr. con pp. 66 e 67, n. 143 (in relazione alla *solutio per aes et libram* “... forse si tratta di un’aggiunta ad un più antico e semplice formulario, per richiamare il riconoscimento degli atti librali nelle XII Tavole”); sulla inclusione del *secundum legem publicam* nel formulario dopo le XII Tavole da parte dei Pontefici insiste anche CANNATA. *Per la storia della giurisprudenza europea*, cit., I, p. 69, n. 121. La frase *quo tu iure/publicam* sarebbe una “aggiunta posteriore” all’originario formulario della *mancipatio familiae* in quanto esse “caratterizzano come testamento il negozio compiuto” per il VOGLI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 88. Debole a mio avviso la diversa ipotesi interpretativa, secondo la quale si dovrebbe intendere qui *lex privata*, dato l’originario ambito di significati di *lex*, in quanto il *publica* non sarebbe a ciò acconcio. Nel senso criticato P. STEIN. “The Meaning of *lex publica*”,

[*tab. VIII, 27*]), un richiamo analogo alla Legge delle XII Tavole in termini di *lex publica* si rinveniva già nello stesso testo decemvirale.

Più difficile dire quale precetto decemvirale si stia richiamando e quale sia il rapporto tra il *secundum legem publicam* e il *quo tu iure testamentum facere possis*.

I precetti decemvirali possibili sono due: *tab. VI, 1* (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) e *tab. V, 3* (*uti legassit suae rei, ita ius esto*)⁴⁴.

Rispetto alla prima eventualità, più frequentemente riscontrabile in dottrina, potrebbe ritenersi, però, quasi tautologico che la *nuncupatio* del *familiae venditor*, con la quale si dona giuridicità alle sue ultime volontà e si adeguano gli effetti della *mancipatio* alla causa di morte, si autogiustifichi dall'angolatura appunto della dichiarazione del *familiae emptor* attraverso l'esplicito richiamo della fonte legale (*tab. VI, 1*) che rende vincolante come *ius* la *nuncupatio* del primo⁴⁵. Sarebbero, in sostanza, giuridicamente vincolanti (*ius*) per il *familiae emptor* le ultime volontà che il *de cuius* di lì a poco esprimerà nel rito librare, perchè esse verranno appunto calate nella *nuncupatio* (espressamente nella *mancipatio familiae*, nominate e confermate con *sermo generalis*, ma coperte dal segreto delle *tabulae ceratae*, nel *testamentum per aes et libram*).

in *Studi Volterra II*, pp. 314 e 315; seguito ora da S. RANDAZZO. *Leges mancipii*, Milano, 1998, p. 43, n. 9. Si accorge della difficoltà A. GUARINO. *L'ordinamento giuridico romano*⁴, Napoli, pp. 152 e 153, che propone di intendere il *publica* nel senso di "in forma pubblica". È uno sviluppo interpretativo, teso a migliorare la plausibilità dell'idea già espressa dal BIONDI. *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955², p. 43, che il richiamo alla *lex publica* sarebbe "un residuo storico del carattere pubblico dell'antico testamento, che interessava più la collettività che il singolo". Non è giustificato altresì reinterpretare il richiamo alla *lex publica* del formulario del *testamentum per aes et libram* in termini ampi di *ius lexque* come vuole il BROGGINI. *Ius lexque esto*, in *Coniectanea*, Milano, 1966, p. 72, dato che il rapporto, molto complesso, tra *ius* e *lex publica* nel *ius civile* (cfr. a riguardo F. WIEACKER. "Ius e lex in Roma arcaica", in *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino*, pp. 3105 e ss.; F. SERRAO. "Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima Repubblica", in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997, I, pp. 279 a 317) trova proprio nella formula pronunciata nel *testamentum per aes et libram* dal *familiae emptor* una sua possibile spiegazione in chiave di rapporto non identificativo delle sfere normative richiamate tra *mores* predecemvirali e precetti decemvirali. Non mi sembra infine necessaria una svalutazione della risalenza del formulario dell'*actus* esaminato, in base alla convinzione che il *secundum legem publicam* sia dovuto all'ammodernamento del più antico formulario conformemente alla concezione maturata in Roma nel II secolo a. C. (c.d. *Gesetzesideologie*) come vuole il MAGDELAIN. *La loi a Rome*, Paris, 1978, pp. 69 a 71.

44 Non direttamente connesso col formulario del testamento librare, colorito di *verve* oratoria in rapporto dialettico-critico con l'*ipse ille Mucius, paterni iuris defensor*, è comunque significativo il richiamo di *tab. VI, 1* in relazione a cause ereditarie attinenti a successioni testamentarie di C. C. *De orat.* I, 245.

45 Per il MAGDELAIN. "L'acte juridique de l'ancien droit romain", in *BIDR*, XCI, 1988, p. 72, che non dubita, in un secondo momento (cfr. per la sua prima ipotesi supra n. 43), che si stiano così richiamando le XII Tavole, il formulario di GAL. II, 204 richiamerebbe "le véritable fondement de l'opération [...] l'adage *uti legassit (tab. V, 3)*" come confermerebbe anche D. 50.16.120, e non *tab. VI, 1* come risulterebbe da C. C. *De orat.* I, 245.

Se, invece, si intende il *secundum legem publicam* del *test. per aes et libram* collegato a *tab. v, 3*, esso verrebbe a sancire la giuridicità delle ultime volontà manifestate dal cittadino (*uti legassit*) non nel normale atto a ciò predisposto nel *ius* predecemvirale (*testamentum calatis comitiis*), ma nel *gestum per aes et libram* che permette adeguamenti degli effetti dell'atto e formalizzazioni della volontà grazie alla rilevanza delle *nuncupationes*. In questo caso la giuridicizzazione della volontà espressa nell'atto librare attraverso il *nuncupare* sarebbe un dato presupposto da adeguare e coordinare con una utilizzazione della *mancipatio* come *testamentum* lecita in base all'*uti legassit suae rei ita ius esto*.

D'altronde, se si tiene conto che la *heredis institutio* è la disposizione cardine del *testamentum calatis comitiis* e che essa viene, però, collegata probabilmente da Q. MUCIO alla *latissima potestas* di *tab. v, 3* (POMP. *l. 5 ad Q. Mucium* D. 50.16.120), mi sembra sia plausibile cogliere un rapporto significativo tra formulario del testamento librare e questo precetto decemvirale, illuminando forse l'originario accostamento (i *Tripertita* di SESTO ELIO), causa della contaminazione del secondo (*uti legassit [suae rei] "super familia pecuniaque sua"*) in base alla *interpretatio* intrinseca nel primo (*familia pecuniaque*) e chiarendo il complesso processo formativo delle tradizioni inerenti il testo decemvirale come tramandato alla fine della Repubblica e all'inizio del Principato⁴⁶.

Certo, l'opzione interpretativa che si sceglie di seguire risente altresì dei preesistenti modelli di ricostruzione del diritto testamentario all'età decemvirale ed al momento di emersione (pre o postdecemvirale) della *mancipatio familiae*. Nei limiti di questo contributo, rilevo però, da un lato, come il *secundum legem publicam* nella formula testamentaria ricordata da GAL. II,104 presupponga la nascita del *testamentum per aes et libram*, così da considerarsi molto plausibile, se non sicuro, che essa appartenga ad un'età successiva alle XII Tavole. D'altro lato, che il collegamento del *secundum legem publicam* a *lex XII tabularum* possa nella stessa prospettiva dei pontefici essere esaustivo nella sua genericità, come richiamante l'atto normativo fondante, nel quale interagivano senza dubbio ai fini della giuridicità delle ultime volontà espresse con *testamentum per aes et libram* vuoi *tab. v,3* vuoi *tab. VI,1*⁴⁷.

46 CIC. *De inv.* II,50,148; *Rhet. ad Her.* I,13,23; cfr. sul punto ora BRETONE. *Sesto Elio e le XII Tavole*, cit., in particolare pp. 25 e ss., che coglie il momento originario, causa della futura contaminazione nella tradizione retorica, proprio nell'accostamento tra il *suae rei...* della *lex* e il *familia pecuniaque* della formula testamentaria (in termini di *legis actio* in senso ampio) nei *Tripertita* eliani (p. 27). *Contra*, però, B. ALBANESE. "Osservazioni su XII tab. 5,3 (*uti legassit... ita ius esto*)", in *AUPA*, XLV.1, 1998, pp. 33 e ss.

47 In questa prospettiva mi sembra si muova O. BEHREND. "La *mancipatio* nelle XII Tavole", in *Iura*, 33, 1982, p. 63, quando afferma che "Alla base del testamento librare vi è del resto una contaminazione fra due leggi delle XII Tavole [...] e cioè fra la normativa della *mancipatio* XII Tab. VI.1 e la disposizione sul legato XII Tab. v.3".

Il § *secundum legem publicam* indicherebbe il fondamento che rende giuridicamente rilevante e vincolante la volontà del cittadino espressa nell'atto compiuto (*gestum per aes et libram*) a fini testamentari (*testamentum*)⁴⁸.

Rimane da chiarire il senso del *quo tu iure testamentum facere possis* connesso al *secundum legem publicam*. Vi è la tendenza ad intendere la frase in modo unitario, costruendo una connessione tra *ius* e *secundum legem publicam* in base alla chiusa di entrambi i precetti decemvirali coinvolti (... *ita ius esto*). Sarebbe in questo senso una facoltà giuridicamente riconosciuta quella di fare testamento in quanto principio sancito nelle XII Tavole.

Al contrario, penso invece si debbano porre le due costruzioni in rapporto dialettico, nel senso di una preesistente qualificazione del *testamentum facere* come *iure*, come giuridicamente valido. In sostanza, esso potrebbe evocare il *ius* già esistente al tempo delle XII Tavole e relativo alle regole ritualizzate dai pontefici per il compimento del testamento comiziale. In questo senso mi sembra che depongano alcuni paragrafi delle *Institutiones* di GAIO (GAI. II, 115 a 117):

115. Non tamen ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra diximus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.

116. Ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemnī more facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere aut "ita" nuncupare testamentum, ut supra diximus.

117. Solemnis autem institutio haec est: titius heres esto...

Affinchè *iure civili valeat testamentum*, in relazione al testamento librare, non è sufficiente, come dice GAIO, il rispetto delle forme gestuali e verbali del rito, né tantomeno è sufficiente aver calato la propria ultima volontà nella *nuncupatio*, ma *ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemnī more facta sit*, ricordando la forma solenne dell'istituzione d'erede (*titius heres esto*) e la sua posizione di *caput et fundamentum testamenti* (arg. ex *Ante omnia requirendum est...*), è questa una condizione di validità del *testamentum* che impone di testare *secundum iuris civilis regulam* (GAI. II.114)⁴⁹. Se si tiene conto come l'*institutio*

48 A riguardo, mi sembra significativo il collegamento in dottrina ipotizzato tra il *secundum legem publicam* ricorrente nella formula testamentaria e nella *solutio per aes et libram* e il *secundum suam causam* della formula pronunciata nel *lege agere sacramento in rem*. In entrambi vi sarebbe contenuto il "riferimento ad un elemento legittimante"; R. SANTORO. "Potere e azione nell'antico diritto romano", in *AUPA*, XXX, 1967, pp. 273 e 274 (175-176).

49 *gitur si quaeramus, an valeat testamentum, in primis advertere debemus, an is qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus*,

heredis sia la disposizione fondamentale del *testamentum calatis comitiis* e che la sua ritualizzazione risale addirittura all'attività predecemvirale dei pontefici, risulta significativo il richiamo di un *solemnis mos* che se non rispettato rendeva vano il rispetto delle formalità della *mancipatio familiae* prima e del *testamentum per aes et libram* poi (*ita venire testesque ita adhibere aut nuncupare testamentum*). Il primo deve comunque essere rispettato anche nella *nuncupatio* che ingloba le ultime volontà, *nuncupatio* del *de cuius* che vincolerà il *familiae emptor* in base a *tab. VI.1* o *V.3*, appunto *secundum legem publicam*.

Per concludere, la dichiarazione di ultima volontà che verrà espressa dal *de cuius* nelle *tabulae testamenti*, richiamata espressamente e confermata nella *nuncupatio* dell'atto librare, sarà giuridicamente vincolante in quanto ciò è conforme alla Legge delle XII Tavole (*secundum legem publicam: [...] ita ius esto [tab. V.3 e tab. VI.1]*), nel rispetto però di regole formali preesistenti per la manifestazione delle ultime volontà (in particolare per l'istituzione d'eredità), e modellate nel *solemnis mos* predecemvirale, formatosi sotto la guida dei pontefici in relazione al *testamentum calatis comitiis*.

La giuridicità del nuovo atto *mortis causa*, che si inserisce nel *ius* esistente in modo per così dire “eversivo” (tanto da portare ad una rapida scomparsa per desuetudine dei più antichi tipi di testamento; GAL. II.103), viene vagliata dai *pontifices* attraverso due prospettive concatenate. Da un lato, la ricerca di un fondamento della rilevanza giuridica del *testamentum* al di fuori degli atti tipici che il *ius civile* da loro forgiato conosceva (*secundum l. p.*). D'altro lato, il coordinamento di tale rilevanza con le regole esistenti, nel *ius civile* predecemvirale, che imponevano di “scolpire” l'intento soggettivo nei *verba solemnita* “determinando e dimensionando gli effetti del negozio”⁵⁰. Queste due esigenze trovano piena e soddisfacente soluzione nel formulario del *testamentum per aes et libram*, in base alla conformità di tale rilevanza alla *lex publica* (XII Tavole: vuoi *tab. VI.1*, vuoi *tab. V.3*) e al necessario rispetto della forma arcaica di istituzione d'eredità (*iure testamentum facere*) risalente ad un *solemnis mos*⁵¹.

quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere. Cfr. in rapporto alla *regula iuris civilis* B. SCHMIDLIN. *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, pp. 27 a 29; da collegare a quanto precisa a riguardo C. A. CANNATA. *Rc. in Iura*, 22, 1971, pp. 185 e 186, sulla fissità del *dictum*, che ne esprimerebbe “l'appartenenza al diritto oggettivo, garantendone così la sopravvivenza, anche quando la forma che lo ha generato decada, a regolare il negozio a tale forma legato”, discorso che potrebbe a mio avviso essere pienamente coerente anche in relazione alla *heredis institutio* nel passaggio da testamento comiziale a testamento librare.

50 Mutuo qui le belle espressioni di CORBINO. *Il formalismo negoziale*, cit., p. 15.

51 Sottolineo, a riguardo, la convergenza con alcuni risultati di SERRAO. *Ius e lex*, cit., in particolare pp. 297 e ss. sul complesso rapporto tra *ius* e *lex* nel V secolo a. C. e sul ruolo dei *mores* come fonti del primo.

B. "SOLUTIO PER AES ET LIBRAM"

Il *secundum legem publicam* ricorre altresì nell'ultima clausola del formulario della *solutio per aes et libram* come ricordato da GAIO.

GAI. III, 174: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. hanc tibi libram primam postremamque expendo "secundum" legem publicam.

Il *libram primam postremamque*, come è stato giustamente notato⁵², evoca un tempo nel quale la *solutio per aes et libram* importava l'effettiva pesatura (*hanc tibi libram primam, hanc tibi libram secundam*, ecc.). I *verba solemnia* del formulario della *solutio per aes et libram* tramandati da GAIO danno conto di una stratificazione, pur scolpendo l'effetto giuridico tipico della *solutio* librare, nella parte sicuramente più arcaica del formulario (*a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*).

Per approssimazione, partendo da alcuni punti che potremmo considerare più sicuri, bisogna precisare la portata del *secundum legem publicam*. Parte della dottrina ritiene la *solutio per aes et libram* già esistente prima delle XII Tavole, vuoi in quanto atto contrario per liberarsi dal *nexum* (*nexi liberatio*), vuoi in quanto atto idoneo a liberarsi dalla procedura esecutiva realizzata sulla *persona sui iuris* nell'*agere per manus iniunctionem* predecemvirale⁵³. Da questa angolatura, il richiamo alla *lex publica* come fondante l'effetto giuridico della *solutio* librare sembra ingiustificato⁵⁴. Per alcuni autori esso potrebbe spiegarsi come successiva inclusione nel formulario del richiamo, nell'ottica di una generica *confirmatio* decemvirale della *solutio per aes et libram* in base al precetto relativo al *cum nexum faciet*, come è tramandata specificamente per la *mancipatio* e la *in iure cessio* in *Vat.* 50⁵⁵. Questa ipotesi, però, non troverebbe corrispondenza nel-

52 Cfr. ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983¹⁴, p. 395, n. 1; seguito da D. LIEBS. "Contrarius actus", in *Symptotica Wieacker*, pp. 128 e ss. en 84; O. BEHREND. *Der Zwölftafelprozeß*, Göttingen, 1974, p. 132; H. L. NELSON-U. MANTHE. *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin, 1999, p. 409. In senso contrario R. MONIER. "Le sens vraisemblable de la seconde partie de la formule orale de la *solutio per aes et libram*", in *Studi in onore P. de Francisci*, I, pp. 33 a 35, che intende l'inciso come "dalla prima [...] all'ultima".

53 KASER. *Das römische Privatrecht*, cit., I, p. 172; ALBANESE. *Gli atti negoziali*, cit., p. 66; CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, p. 62.

54 Salvo non ipotizzare un sicuro richiamo, di cui non abbiamo prove testuali, delle XII Tavole alla *solutio per aes et libram* come O. KARLOWA. *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901, II, p. 811.

55 È la tesi di PH. E. HUSCHKE. *Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846; rist. anast. Aalen, 1980, p. 233 e n. 361. Cfr. ora in senso simile ALBANESE. *Gli atti negoziali*, cit., p. 67, n. 143.

l'assenza di un simile richiamo nel formulario della *mancipatio*, quest'ultima sicuramente confermata dalla Legge delle XII Tavole.

A mio avviso, per un tentativo di spiegazione plausibile, bisogna accentuare il fatto che GAIO non sta tramandando il formulario della *nexi liberatio*, ma della *solutio per aes et libram ex iudicati causa*⁵⁶. Tale precisazione ci riporta alla *manus iniectio iudicati* che è ricondotta dalla tradizione proprio alle XII Tavole e che materializzerebbe la prima forma di *manus iniectio* fondata su una *lex publica*, *agere* altrimenti già ritualizzato prima delle XII Tavole (GAI. IV.21: *per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum*)⁵⁷.

Essa si inserisce nelle scansioni procedurali fissate in *Lex XII tab.* III, 1-3: 1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunt.* 2. *post deinde manus iniectio esto. in ius ducito.* 3. *ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito...*

Dopo i trenta *dies iusti*, *qui agebat* affermava solennemente: “quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio” (GAI. IV.21). L'affermazione trova piena corrispondenza nella procedura descritta in *tab.* III,2. Il *quandoc*⁵⁸ non solvisti del formulario pronunciato dall'attore rimanda all'eventualità, persa dal convenuto, di adempiere al *iudicatum* nei trenta *dies iusti*.

Tab. III, 3 richiama l'ulteriore possibilità di evitare *in iure* la *ductio* definitiva a casa del creditore, con un contestuale adempimento del debitore stesso o l'intervento del *vindex*⁵⁹.

Ancora in GAIO è attestata l'estensione della *solutio* librare, operata in via interpretativa e recepita dai *cives*⁶⁰, da atto idoneo a liberare il *nexus* dal vincolo di responsabilità (*si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*) a atto idoneo a liberare il *iudicatus* colpito dalla *manus iniectio* (*si quid ex iudicati causa debeatur*; GAI. III. 173). Ne incontriamo un esempio storicamente attendibile nel 385 a. C. in LIV. VI, 14, 3-5⁶¹, dove è possibile individuare altresì una certa coerenza nella scansione della procedura esecutiva in rapporto a *tab.* III,1-3⁶².

56 *Condemnatus sum*; KNIEP propone un *iudicatus sum*; sul rapporto tra *dammati* e *iudicati* rispetto al *condemnatus sum* dei *verba* della *solutio* cfr. lo stesso GAI. III,175.

57 Sulla risalenza dell'*agere per manus iniunctionem* cfr. M. KASER e K. HACKL. *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 19962, p. 35; G. PUGLIESE. *Il processo civile romano 1. Le legis actiones*, Roma, corso 1961-1962, pp. 303 e 304; C. A. CANNATA. *Profilo istituzionale del processo privato romano 1: Le legis actiones*, Torino, 1980, pp. 41 e ss.; M. TALAMANCA. “Processo civile (dir. romano)”, in *Ed.*, XXXVI, 1987, pp. 4 e ss.

58 Sulla cui arcaicità cfr. Fest. *quando* (LINDSAY p. 310, 34): *In XII quidem cum c littera ultima scribitur, idemque significat.*

59 PUGLIESE. *Il processo civile romano*, cit., I, p. 312, e n. 156.

60 Sul senso da dare al *receptum est* GALLO. *Interpretazione*, cit., p. 49.

61 *Centurionem, nobilem militibus factis, iudicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua*

Tale estensione, dato il silenzio a riguardo di *tab. III*, non può che essere stata il frutto dell'opera dei pontefici. Essi hanno ritenuto che si dovesse estendere l'utilizzabilità dell'atto librare di scioglimento dallo stato di responsabilità derivante da *nexum* (*solutio per aes et libram* – *nexi liberatio*)⁶³ all'ipotesi di esecuzione personale sul debitore in caso di giudicato prevista dalla Legge delle XII Tavole (*solutio per aes et libram ex iudicati causa*) e poi in caso di *damnatio* testamentaria. Di qui, però, nell'adattamento dei *verba solemnia* della formula stilizzata dai pontefici, l'inserimento, oltre che del diverso *status* dell'esecutato (non più *nexus*, ma *condemnatus*), della conformità di una tale estensione alla *lex publica*. Conformità non tanto alla lettera della *lex XII tabularum* quanto al suo spirito (*tab. III, 1: ... triginta dies iusti sunt; III,3: ni iudicatum facit...*). L'estensione degli effetti liberatori tipici scolpiti nel formulario originario dell'atto (*a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*) viene realizzata cogliendo una analogia tra lo stato di vincolo del *nexus* e lo stato di soggezione del *iudicatus sive damnatus*, in aspettativa a divenire vincolo nella *manus iniectio* con l'*addictio*. Una tale *interpretatio* viene fondata su una presunta conformità all(o spirito dell)a Legge delle XII Tavole (*tab. III,2-3*) e alla relativa *legis actio* (*manus iniectio ex iudicati causa*).

L'elemento comune del *secundum legem publicam* nel *testamentum per aes et libram* e nella formula della *solutio per aes et libram* del *iudicatus* è comunque quello del richiamo diretto alla *lex publica*, nel senso della Legge delle XII Tavole, al fine di indicare il fondamento e la conformità dell'atto ad essa, e quindi la giuridicità degli effetti del dichiarato e del compiuto in relazione all'autore della dichiarazione.

accurrit et manum iniecit; vociferatusque de superbia patrum ac crudelitate feneratorum et miseriis plebis, virtutibus eius viri fortunaeque "Tum vero ego –inquit [M. Manlius]– nequiquam hac dextra Capitolium arcemque servaverim, si civem commilitonemque meum tamquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam". *Inde rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit...*

62 *Iudicatum pecuniae* corrisponde a *tab. III,1*; il *duci* alla *ductio in ius* di *tab. III,2*; l'intervento di MANLIO sarebbe avvenuto *in iure* per evitare la *ductio* definitiva nella casa del creditore secondo *tab. III,3*; il *rem creditori [...]* *solvit libraque et aere liberatum emittit* indica l'effettivo pagamento del dovuto accompagnato dall'atto formale (*libra [...]* *et aere*) per la liberazione del debitore, particolare quest'ultimo tanto più significativo in quanto il *solvere* risulta realizzato *palam populo*, segnalando la necessità (anche a fronte di un effettivo pagamento realizzato pubblicamente) di una *solutio per aes et libram* per sortire l'effetto giuridico della liberazione. Sull'importanza della testimonianza in relazione, invece, agli *addicti* cfr. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano, 1981, p. 108, ed in rapporto alla *solutio* pp. 145 e 146.

63 Si potrebbe ipotizzare come formulario dall'arcaica *nexi liberatio*: *quod ego tibi "tot milibus" nexus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*.

IV. LA “INTERPRETATIO” DI “TRINOCIUM”
E LA PLAUSIBILE QUALIFICA DEL “LEGE
NON ESSE USURPATAM MULIEREM”

AULO GELLIO (*Noct. Att.* III,2, 12-13; WILLIS)

Q. quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi, lege non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinodium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim Tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis.

L'interpretazione di *trinodium* (che probabilmente è *verbum legis*)⁶⁴ viene tramandata ancora da Q. MUCIO (*non [...] posse impleri*) e riflette una valutazione della parola nel senso di tre intere notti entro l'anno. Si tratta di una *interpretatio* rigorosa nel circoscrivere l'effetto impeditivo dell'acquisto maritale della *manus*.

La fonte è famosa. In questa sede mi sembrano rilevanti sia quell'iniziale *lege non esse usurpatam mulierem*, sia la motivazione giuridica che ne sta a fondamento (*non enim posse/kalendis*). Entrambi provengono dai XVIII *libri iuris civilis* di Q. MUCIO SCEVOLA: ne sono prova vuoi il *dicere solitum*, vuoi il *praeterea quid Q. Mucius scripserit super ea muliere quae a marito non iure se usurpavisset...* del Sommario dello stesso GELLIO, che doveva aver mutuato la notizia dalle *Antiquitates rerum humanarum* di VARRONE⁶⁵.

La qualifica in termini di *lege* è stata recuperata nella edizione del WILLIS, grazie al confronto con MACR. *Sat.* I,3,9⁶⁶ e all'applicazione fine delle regole della *critica textus*. Essa, se accettata, potrebbe assumere un particolare significato, se vogliamo illuminante, in quanto connessa proprio al precetto decemvirale.

La descrizione del procedimento logico-interpretativo seguito per il *responsum*, che sembra qualcosa che già Q. MUCIO sente come tradizione (di cui è indizio vuoi l'*exemplum* redatto ad arte [*cum kalendis Ianuariis apud virum [...] esse coepisset*], vuoi il *solitum dicere*), tradisce la separazione tra condizione posta dalla Legge delle XII Tavole per evitare l'*in manum convenire* della *mulier*

64 ... *lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinodio abesset atque eo modo cuiusque anni "usum?" interromperet*; GAI. I, I, I; d'altronde, come ha dimostrato l'ALBANESE. "Il *trinodium* del *flamen Dialis*", in *SDH*, I, 35, 1969, pp. 73 a 98, *trinodium* è termine tecnico collegato al *ius sacrum* più antico rispetto al *flamen Dialis*; GELL. *N. A.* IO, 15, 14.

65 Così F. BONA. "Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola", in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* (Atti Firenze 1983), a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1985, p. 222.

66 *Quintum quoque Mucium iureconsultum dicere solitum "legi" lege non esse usurpatam mulierem quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset...*

(*ea quotannis trinoctium abesset*) e l'effetto di interrompere in questo modo la costituzione del potere maritale. Tale norma si misura con un uso sociale invalso a Roma che considera soddisfatto l'allontanamento annuale richiesto per "tre notti" con l'allontanamento dalla casa maritale quattro giorni prima della scadenza dell'anniversario di matrimonio (nell'ipotesi prevista le calende di gennaio), che appunto avrebbero compiuto l'*annua possessio* richiesta per l'acquisto della *manus*. L'*interpretatio* si dimostra rigorosa nel significato da riconoscere al termine legale⁶⁷, in quanto la *mulier* si sarebbe allontanata dal tetto coniugale in realtà per due notti e mezzo, dato che, della terza notte, a rigore, *posteriores sex horae alterius anni essent*. L'argomento è formalmente ineccepibile. Le sue conseguenze sociali e patrimoniali favorevoli ai mariti. Ma quello che qui interessa è il collegamento significativo, che potrebbe risultare ridondante, tra il *non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim Tabulis deberet* e il *lege non esse usurpatam mulierem*. Il considerare la moglie *non usurpata* in base alla legge⁶⁸ dimostra, se ce ne fosse bisogno, la considerazione dell'*interpretatio* operata come precisazione del senso della legge, qualificando unitariamente ciò che è l'effetto combinato del precetto decemvirale e della sua *interpretatio*. In sostanza, si stigmatizza come fondato sulla *lex* quello che in realtà è conseguenza di una orientata *interpretatio* che si dà ad essa, contraria ad una prassi sociale, al fine di favorire l'acquisto della *manus* sulla moglie.

Anche in questo caso i pontefici si trovano a risolvere un problema che investiva un punto cruciale della *familia*, ed in particolare quello dell'inclusione della *uxor* nella *familia* del marito. La tensione in atto tra interesse degli agnati e quello del marito viene sciolta a favore del secondo pur a fronte di un comportamento concludente della moglie indubitabilmente diretto ad interrompere l'effetto costitutivo, vestendo l'*interpretatio* del manto della *interpretatio legis*, al fine probabilmente di rafforzarla sul piano dell'impatto sociale.

La scrittura di Q. MUCIO, se si ritiene plausibile la ricostruzione del WILLIS, non cancellerebbe questo dato, operandone invece uno stretto collegamento (*lege non esse usurpatam mulierem*), mantenendo però l'autonomia dei due momenti (quello della *lex* e quello della *interpretatio*).

67 HORAK. *Rationes decidendi*, cit., I, p. 87, la include nelle *Begründungen durch Anwendung einer Rechtsnorm*.

68 Giustamente si è qui parlato di una *mulier* "pur sempre protagonista"; I. PIRO. "*Usu*" in *manum conveyere*, Napoli, 1994, pp. 134 a 137 (le parole riportate sono a p. 137). Sul passo di AULO GELLIO cfr. ora altresì R. ASTOLFI. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2000, pp. 221 e ss.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I tre esempi sopra visti, che si aggiungono alle *interpretationes* di *verba legis* ed alla creazione artificiosa di nuovi *actus*, riflettono forme consuete nelle quali si esplica l'*interpretatio* pontificale. Un dato mi sembra molto significativo. Questo richiamo costante e insistito alla *lex publica*. Ciò non significa che il collegio non creasse *ius* indipendentemente dalle XII Tavole ed addirittura talvolta *contra XII tabulas tacito consensu*, come nell'*agere sacramento in rem* la ritualizzazione dell'*ex iure manum conserere* (AUL. GELL. XX, 10, 9).

Le XII Tavole erano in ogni caso una realtà difficilmente aggirabile anche dal collegio pontificale. Esse, come è stato autorevolmente affermato, avevano sancito il principio fondamentale per i processi di produzione del diritto, quello della sovranità popolare⁶⁹.

Dall'angolatura di questo intervento, peraltro, legato alle singole tecniche che l'*interpretatio* sembra esprimere nei primi secoli successivi all'emanazione del codice decemvirale, la scelta pontificale di muoversi entro un panorama per così dire legalistico nella forma (... *secundum legem publicam*; *tutela legitima*... *iusserat lex* [...] *crediderunt veteres voluisse legem* [...] *lege non esse usurpatam mulierem*), sebbene antipositivistico nella sostanza, cela a mio avviso la volontà di mantenere il monopolio della *interpretatio*, in un contesto nel quale non sfuggiva il significato giuridico-politico delle XII Tavole. I pontefici sembrano volere (o come dice WIEACKER, "davano ad intendere di") ammantare dell'autorità della *lex* la creazione pontificale, che come tale, pur data l'indubbia *auctoritas* che il collegio doveva godere, eliminava forse ogni dubbio di parzialità sul piano dell'impatto sociale della scelta operata. Sembra quasi che in tal modo i pontefici vogliano cogliere un nesso di giuridicità che non derivi soltanto dalla *auctoritas* del collegio, ma da una sua legittimazione *ex ante* (quella del *iussum populi*) sul piano della forza creatrice della *interpretatio*. La "copertura della legge", in sostanza, poteva facilitare il sentimento o la convinzione di non seguire un parere (arbitrario) del collegio pontificale, che in fondo, data la sua omogeneità cetuale con la classe dominante, poteva essere visto come il custode degli interessi patrizi (e d'altronde proprio contro questo monopolio si determineranno le aperture che noi moderni siamo soliti includere nel movimento di laicizzazione della giurisprudenza).

69 "La posizione, nelle XII Tavole [...] del principio della sovranità popolare, in una col suo riferimento alla *lex* ed alla recezione *moribus*, consente di ricollegare ad esse tutto il successivo sviluppo del diritto romano, sia pubblico che privato": F. GALLO. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, (Corso di diritto romano), Torino, 1997, p. 22.

Non è casuale, a mio avviso, che l'aggancio cercato con la *lex XII tabularum* sia spesso condizionato da ragioni sostanziali in rapporto alla creazione di nuovi atti negoziali o di un uso nuovo di atti già esistenti (*secundum legem publicam* nel *testamentum per aes et libram* e nella *solutio per aes et libram ex iudicati causa*), alla mediazione tra interessi fondamentali in conflitto (*responsum* sul *trinodium* e conflitto tra agnati e marito) e a lacune del *ius postdecemvirale* che necessitavano una soluzione nuova (*tutela libertorum ad patronos*).

Questa visione potrebbe, però, annidare un equivoco, che vale la pena dissipare. Gli *omnes cives* sentono come vincolante o maggiormente condivisa la creazione pontificale, innanzitutto perché alle esigenze che l'avevano stimolata essa risponde spesso adeguatamente nelle cose. Dal punto di vista della tecnica interpretativa, essa si presenta, altresì, spesso, con una operazione "tendenziosa", nella veste della *interpretatio legis*, di esplicazione del significato e del più intimo spirito delle XII Tavole.

I *Tripartita* di SESTO ELIO, che *lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, suggellano allora, probabilmente, un metodo in un *liber*, non lo creano o lo impongono⁷⁰, ricomponendo per i posteri i complessi fili che legavano più di due secoli di *interpretatio* alla *lex XII tabularum*, con un'operazione materiale descritta in termini di *iungere*, attraverso la quale l'*interpretatio* si fissa nel testo scritto materialmente alla legge⁷¹, senza con essa confondersi (al

70 In senso diverso F. D'IPPOLITO. *I giuristi e la città*, Napoli, 1978, pp. 67 a 70, accentua la originaria separazione delle *partes*, conseguenza di "una scienza chiusa ancora nell'armatura sacrale costituita non da un tutto armonico ma dalle divise parti della *lex* della *interpretatio* delle *actiones*", mentre proprio l'opera di SESTO ELIO rinsalda "il legame fra essa (scil. *interpretatio*) e il dato normativo con paziente sforzo di indagine storica, antiquaria, lessicale..." (p. 70), sebbene la precisazione può anche leggersi non in netto contrasto con quanto da me affermato, nel senso di uno sforzo di ritessitura di una trama che trovava importanti e significative conferme nel metodo del collegio pontificale, che necessitava in ogni caso, nella fissazione in un testo scritto, di un profondo riesame delle questioni complesse connesse al rapporto tra testo normativo, *interpretatio* ad esso collegata e *legis actiones*.

71 Da questo punto di vista, sembrerebbe più coerente ad un tale metodo una *iunctio* che operi per singoli precetti (così F. P. CASAVOLA. "Ius Aelianum", in *NND* 1.9, 1963, pp. 376 e 377 [= "Sententia legum" tra mondo antico e moderno", con nota di F. D'IPPOLITO, in *Antiqua* 86, Napoli, 1, pp. 7 e 8]) o almeno per *tabula* (così ad es. SCHULZ. *Geschichte*, cit., p. 42), piuttosto che *partes* autonome successive nel *liber*. Sul punto la dottrina è ancora divisa, sebbene contro la realizzazione nei *Tripartita* di un "Darunterhineinweben" tra singolo precetto decemvirale *interpretatio* e *legis actiones* (sia atti processuali che negoziali) eventualmente connesse, si richiama di solito il *liber actionum* come raccolta autonoma di *actiones* pubblicato da SESTO ELIO (D. 1.2.2.7: *Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum*); cfr. D'IPPOLITO. *I giuristi e la città*, cit., pp. 64 a 70; WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 537, n. 39; per l'autonomia delle due opere, ma in quanto di Elia diversi si schiera A. WATSON. "Ius Aelianum and Tripartita", in *Labeo*, 19, 1973, 26 e ss., in base alla imprecisa qualifica temporale di POMPONIO in relazione al rapporto tra *ius Flavianum* e *ius Aelianum* (*non post multum temporis spatium* D. 1.2.2.7). Rimane comunque significativo che le due operazioni realizzate nei *Tripartita*, secondo

di là della correttezza sempre riscontrabile di tale divisione nelle complesse vicende della tradizione posteliana dei precetti decemvirali; sebbene la nettezza riscontrata ancora in Q. MUCIO, GAIO e ULPIANO dimostra come l'operazione doveva essere nella maggior parte dei casi riuscita). Essa ne trae, dal punto di vista del *ius* prodotto, una qualifica in termini di *interpretatio* che è *legis*, nella modalità anche interna della tecnica, ma che nella sostanza è in realtà *interpretatio* che produce nuovo diritto in termini di sua recezione *moribus*. Essa come *interpretatio legis* è quindi consegnata ai posteri nei *Tripertita*, i *cunabula iuris* del *ius civile*.

POMPONIO, non esprimano un metodo identico (*iungere* per la *interpretatio* e *subtexere* per le *legis actiones*), lasciando aperta la possibilità di una utilizzazione della raccolta di *actiones* eliana tesa ad integrare il *ius Flavianum* per la *pars actionum* dei *Tripertita*, anche in una veste per così dire maggiormente autonoma rispetto al dato normativo, sebbene non credo che l'ordine con il quale erano state raccolte da APPIO CLAUDIO le *actiones* pubblicate poi da GNEO FLAVIO fosse diverso dall'ordine delle XII Tavole ed in ogni caso se anche diverso, ad esso coordinato dallo stesso SESTO ELIO con l'*alias actiones composuit* realizzato nel *ius Aelianum* o con l'"intessitura" delle *actiones* nella trama dei *Tripertita*.

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

*Tendencias del derecho de las obligaciones.
El concepto en el derecho público y el derecho privado*

La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad.

JOHN RAWLS

INTRODUCCIÓN

No existe otro concepto más próximo de la filosofía jurídica, ni vocablo alguno en el mundo del derecho que suscite mayor interés en el investigador, que el de obligación, a cuyo lado inexorablemente deben evocarse el de responsabilidad y el de libertad, extremos estos que proyectan toda reflexión sobre el campo unitario y dual del derecho privado y del derecho público.

El secular concepto de obligación, definido por los contornos que corresponden a cada especie suya según trascienda del orden social o del moral o del jurídico, e identificado según los rasgos trazados por la ley o diseñados por la autonomía privada, se pretende hoy superado, en concordancia con la nueva realidad sociojurídica y económica mundial, anunciada por HERBERT MARCUSE, que interpreta adicionalmente el fenómeno de la globalización de las naciones y de las relaciones jurídicas.

Sin perder de vista el hombre, la persona, como razón de ser fundamental del derecho y del Estado, es preciso redescubrir los alcances de las obligaciones ínsitas en los fines del nuevo Estado que se proclama como Estado social de derecho, y de las novísimas tendencias privatistas que prefieren las interpretaciones equilibradas y humanísticas a las tradicionales de corte estrictamente técnico jurídico.

En la génesis de la obligación encuéntrase un compromiso tendiente a la sobrevivencia mutua que implica renuncia en cuanto ata y limita la propia *libertas*; hállese la expresión de solidaridad de contenido ético que interpreta un destino común; nótese, como lo plasmó NIETZSCHE la concreción de conceptos a los cuales previamente el hombre les ha otorgado un valor y una cualidad.

La fuerza de la obligación deviene no solo de su raigambre objetiva sino de su ancestro moral en el sentido expuesto por MANUEL GARCÍA MORENTE, refiriéndose a la escuela kantiana cuando expresa:

Pues bien, si ahora esto lo traducimos a la formulación que antes explicábamos, del imperativo hipotético y del imperativo categórico, advertiremos en seguida que los actos en donde no hay la pureza moral requerida, los actos en donde la ley ha sido cumplida por temor al castigo o por esperanza de recompensa, son actos en los cuales, en la interioridad del sujeto, el imperativo categórico ha sido hábilmente convertido en hipotético¹.

1 MANUEL GARCÍA MORENTE. *Lecciones preliminares de filosofía*, Bogotá, Ediciones Nacionales, 1984, p. 319.

Este imperativo hipotético es uno de los pilares de la voluntad humana en el ámbito de sus relaciones sociales, relaciones estas que envuelven un ordenamiento jurídico.

Así mismo, GIOVANNI REALE expresa lo siguiente:

La ley moral no puede consistir en mandar esto o aquello, no puede referirse (directamente) a lo que KANT llama la “materia” de la voluntad, porque se refiere a la intención con la que se hace algo. Sucede al revés que con las leyes del Estado, que mandan hacer esto o aquello, pero no pueden obligar a hacerlo con una intención determinada².

Entonces, se establece tal distinción, para que la determinación a que se llega en el derecho obedezca los mandatos del deber ser, constituyéndose en un postulado de aplicación imperativa y con validez universal.

ARTHUR SCHOPENHAUER, en su obra *El mundo como voluntad y representación*, hace referencia expresa a la voluntad como un elemento según el cual se pretende conformar y transformar la naturaleza. La voluntad humana es aquella que permite al hombre negociar, obligarse y superarse; tal superación presupone que el hombre es un ser social o, como diría ARISTÓTELES, *zoon politikon*, y en desarrollo de su voluntad ha tenido que regular sus relaciones con los otros integrantes de su especie; en palabras del mismo SCHOPENHAUER:

La voluntad es la sustancia íntima, el núcleo de cada cosa particular y de todo; aparece en la ciega fuerza natural y se manifiesta en la conducta razonada del hombre³.

En este orden de ideas, una obligación es una manifestación evidente, real y física de la voluntad humana; la obligación comprende el momento en el cual la voluntad deja de ser un acto íntimo del ser y se expresa en una realidad física, a la cual se le atribuyen consecuencias; tales consecuencias, hoy en día, están reguladas por el orden jurídico.

Así, la consecuencia inmanente será que existe un obligado y un derecho habiente o titular del derecho que puede perseguir su cumplimiento incluso mediante la coacción, elemento que tiene el derecho como *ultima ratio*, para perseguir un cumplimiento.

JAKOBS sostiene que “la voluntad vinculante es la voluntad del ayer”⁴; sin embargo, esa voluntad anterior, según la cual estuvo presente una intención de obli-

2 DARIO ANTISERI y GIOVANNI REALE. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. II, Barcelona, Herder, 1991, p. 764.

3 ARTHUR SCHOPENHAUER. *El mundo como voluntad y representación*, Buenos Aires, Porrúa, 1980.

4 GÜNTHER JAKOBS. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

garse, es la que persigue un derecho habiente, mediante el uso del aparato jurídico. Y hace mención expresa a DURKHEIM, quien fue el primero en elaborar los presupuestos institucionales del contrato, y concluyó que este no se basta por sí mismo sino que, por el contrario, necesita de una reglamentación de origen social.

En este orden de ideas se encuentran las teorías contractualistas de HOBBS y de ROUSSEAU, según las cuales el hombre renuncia expresamente a ciertas dimensiones de su libertad para encajarse en un orden legal conocido como Estado, que le permitirá su desarrollo social y su mutua interdependencia; dicho de otra manera, una mutua obligación sometida a un contrato que en sus orígenes fue más social que jurídico.

Posteriormente, Kelsen negó la posición contractualista pero señaló que hay un sometimiento a un ordenamiento, en el cual, en principio, se hallará la norma fundamental.

En síntesis, más que una dimensión subjetiva, la obligación es un concepto objetivo, según el cual el hombre hace una demostración física de su voluntad imponiéndosele un orden jurídico que regulará la manifestación de su voluntad y sus consecuencias.

El marco trazado nos ha de permitir, entonces, formular las presentes consideraciones en dos acápites, a saber: La nueva formulación de las obligaciones en el derecho público y en el derecho privado, pasando por el fenómeno de la constitucionalización del derecho en la nueva forma del Estado (I), y la socialización del derecho de daños en el llamado Estado social de derecho (II).

I. LA REFORMULACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

El advenimiento del Estado social y democrático de derecho ha permitido, en los regímenes democráticos contemporáneos, un replanteamiento de las funciones del Estado y de los particulares. Pero antes de iniciar con el tema del Estado social y democrático de derecho, conviene dar una mirada a las actuales tendencias filosóficas, que en algo han nutrido al ya mencionado modelo de Estado.

GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, autor que criticó las teorías de IMMANUEL KANT, propone la dialéctica como método científico y de construcción del pensamiento. Fallecido HEGEL, sus discípulos se alinean en dos movimientos con orientaciones práctico-políticas disímiles.

El más destacado, KARL MARX, critica el capitalismo y detesta al Estado porque, según dice, gira entorno al poder económico, y todos los conflictos se originan por el pretendido control de los medios de producción. MARX reconoce el trabajo como un derecho del hombre que le permite recuperar su dig-

nidad y propone una nueva forma de organización de Estado, en la que la comunidad tendrá acceso igual a los medios de producción.

Las nuevas constituciones políticas de los Estados recogen algunos de sus postulados; así, la Ley Fundamental de la República de Weimar, que reconoce el trabajo como un derecho del hombre y la propiedad como una función social e intenta organizar los medios de producción económica bajo el control del Estado.

Por reflejo, otras constituciones habrían de interpretar esas nuevas tendencias, y en nuestro caso colombiano fácilmente se identifica su influencia en la reforma constitucional de 1936, en cuyo desarrollo la propiedad se definió como una función social que implica *obligaciones*.

Así mismo, resulta notable destacar que desde la República de Weimar se habló del control institucional por parte del poder judicial (aspecto desarrollado en el *common law* por el juez MARSHALL), convertido en guardián de la Constitución frente a otros poderes, mediante la creación de tribunales constitucionales, garantes de la ley fundamental, de los derechos fundamentales que son también las *obligaciones básicas* e irrenunciables del Estado.

La Escuela de Frankfurt, originada en el Instituto para la Investigación Social, fundada por KARL GRÜNBERG, a principios de 1920, de cuyas filas viene HERBERT MARCUSE, describe y critica nuestra sociedad actual, y la acusa de hacer del hombre un ser unidimensional.

De otro lado, uno de los aportes más importantes es el de JÜRGEN HABERMAS, con su teoría de la acción comunicativa que crea las reglas del discurso; y el de ROBERT ALEXY, quien retoma la concepción de HABERMAS y la utiliza como fundamentación filosófica y jurídica de los derechos fundamentales.

La posmodernidad, de su lado, afirma que nunca se alcanzaron los valores de libertad, fraternidad e igualdad⁵. Sus autores critican el endiosamiento de la razón occidental, con lo cual en nuestro entender reafirman un postulado de universalidad del derecho reconociendo que por encima de la razón y del derecho positivo, las leyes y tratados, solo hay un objetivo: *el hombre*, como ser universal y no unidimensional; el hombre y su dignidad estarán siempre por encima de su razón, porque la razón, así como el derecho, es un medio, y no un fin. Un medio que nos ayuda a construir un postulado real de *dignidad* y, por sobre todo, de realismo socioeconómico.

5 “En la modernidad desaparece la posibilidad de seguir hablando de la historia como sociedad unitaria”: GIANNI VATTIMO. “Posmodernidad, ¿una sociedad transparente?”, en *En torno a la posmodernidad*, Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 9 y ss.

A. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En nuestra época, el clásico Estado de derecho fue superado por un nuevo concepto: *el Estado social y democrático de derecho*⁶.

La generación de la posguerra (en especial de la Segunda Guerra Mundial) construye una posición de replanteamiento de los pilares fundamentales de los Estados. Influidos por los crímenes cometidos por el régimen nazi, se otorga gran importancia al tema de los derechos humanos y se inician las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, como canalización de esas inquietudes que pretenden afirmar de nuevo el poder del derecho por encima del Estado, inclusive por encima del derecho interno (dentro de estos autores encontramos al célebre jurista HANS Kelsen).

Los movimientos filosóficos y sociales siguen los cauces de la Teoría Crítica de la Sociedad y del movimiento de la Postmodernidad. Autores como HORKHEIMER y ADORNO hablan de la dialéctica de la Ilustración⁷; MARCUSE se pregunta: ¿es posible una civilización no represiva?⁸; ERICH FROMM pone en evidencia el miedo a la libertad.

HABERMAS, finalmente, expresa cómo se pasa de la norma liberal burguesa a la norma social:

La norma jurídica liberal que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha interdependencia de todos los sectores de la sociedad no sólo no impide llevar a cabo al Estado social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado. El poder social es hoy *eo ipso* poder político.

Posteriormente, LYOTARD expresará que hay en todo Estado una pluralidad heteromorfa⁹. VATTIMO recoge parte de estas ideas y propone una sociedad transparente¹⁰. Todo este descontento frente a la sociedad, el poder y los gobernantes se recoge en el seno de la comunidad y se canaliza por medio de

6 Este término ha sido extractado de la Constitución española de 1978, pero ante todo recoge un movimiento filosófico sobre un modelo de Estado ideal.

7 “El fascismo es la verdad de la sociedad moderna [...] igual y equitativo se ha internado en el absurdo: tal absurdo es el orden totalitario”, expresaba HORKHEIMER.

8 “En la civilización avanzada prevalece una confortable, tersa, razonable democrática no libertad”, expresaba HERBERT MARCUSE.

9 “Vivimos sumergidos en un pluralismo heteromorfo y las reglas no pueden por menos que ser heterogéneas”: JEAN FRANÇOIS LYOTARD. “La condición posmoderna”, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1986, p. 23.

10 VATTIMO. Ob. cit., p. 9.

movimientos que, como el de Mayo de 1968, presentan un marco de protesta social y deseo de cambio. La Revolución del 68 influye en la crisis del Estado de derecho, para dar lugar al Estado social y democrático de derecho.

En dicho Estado se recogen postulados como el respeto a la igualdad, la protección a las minorías, a los grupos étnicos, a los limitados físicos.

La igualdad también se predica en la discriminación positiva: el Estado social y democrático de derecho al reconocer, *a priori*, el derecho a ser igual, en este caso parte de una desigualdad de aquellos que tienen limitaciones. Estos grupos minoritarios quedan circunscritos dentro del Estado para permitir una adecuada protección reflejada en una igualdad de oportunidades¹¹. El Tribunal Constitucional español expresaba cómo los derechos humanos tienen una doble dimensión: subjetiva y objetiva, y son pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho¹². A su vez, la Corte Constitucional sostiene que el trato diferencial a las minorías es una aplicación del Estado social y democrático¹³ de derecho¹⁴.

Toda la presentación del Estado social y democrático de derecho pretende denotar, como se expresó desde la presentación de este escrito, que existe una realidad como consecuencia directa del advenimiento del Estado social y democrático de derecho, a la cual se ha denominado: 1. La constitucionalización del derecho, y 2. El surgimiento de nuevos sujetos en el derecho internacional.

11 “Con la implantación del Estado social de derecho ha cobrado la idea de igualdad especial significado político. En la conciencia de todos están los riesgos sea de desplazamiento a un segundo plano de la libertad como base de legitimación de la igualdad, sea de atención insuficiente al problema de los límites de la igualdad [...] Lo que plantea el Estado del bienestar o Estado social es el dilema entre activismo y continencia de la Administración. Y dado que a la altura del presente tiempo histórico son indisponibles por mayoría alguna ciertos niveles mínimos de protección social, los conflictos –sea entre medios y objetivos, sea entre fines alternativos– obligan a la concordancia práctica entre los postulados del Estado social y Estado de derecho”: ANTONIO LÓPEZ PIMA. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, p. 22.

12 “Los derechos fundamentales son derechos subjetivos [...] Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde en el Estado social y democrático de derecho”: STC 25 de 1981, f. j. 5.

13 “Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado social de derecho que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva (incs. 2.º y 3.º art. 13 C.P.)”: Corte Constitucional. Sentencia T-23 de 1997.

14 “Dentro del Estado social de derecho los servicios públicos son consustanciales o inherentes a la finalidad social del Estado, la cual impone a éste la asunción de una serie de cometidos de evidente contenido prestacional en beneficio de la comunidad en general, o de sectores o grupos humanos que por su situación de marginalidad, discriminación o sus condiciones económicas, sociales o culturales requieren de la especial atención o apoyo del Estado”: Corte Constitucional. Sentencia T-139 de 1997.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Este fenómeno puede mirarse como la constitucionalización de los derechos fundamentales; desde otra óptica, como la inserción en la Carta Política de las *obligaciones fundamentales correlativas* a cargo del Estado.

Tal realidad ha pretendido, entre otros aspectos puntuales:

- a. La imposición de nuevos límites al Estado, dentro de los cuales juegan un papel preponderante los derechos fundamentales.
- b. La prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.
- c. La posibilidad según la cual los derechos económicos, sociales y culturales sean ejecutables judicialmente.
- d. El imperio absoluto de los derechos fundamentales y, dentro de ese imperio, la subordinación de las relaciones jurídicas públicas y privadas al total respeto de los derechos fundamentales.
- e. La sujeción total de todas las ramas del poder público a la Constitución.
- f. La participación directa de la población en la toma de decisiones y en la elaboración de leyes, es decir, la democracia participativa.

El marco de la constitucionalización del derecho sirve como base para explorar el tema del derecho de las obligaciones desde esta novedosa óptica.

Las constituciones contemporáneas se ocupan a la vez de los derechos fundamentales y de las obligaciones finalísticas del Estado; ejemplo de ello la Constitución Política española y la Constitución Política de Colombia.

En efecto, el artículo 1.º de la Constitución española resalta:

Artículo 1.º. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

De igual manera, el artículo 1.º de nuestra Constitución señala la forma del Estado:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En la Carta Política española se establece la sujeción de los poderes públicos y privados a la Constitución:

Artículo 9.º. 1 Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Aspecto que también encontramos en el artículo 5.º de nuestra Constitución Política:

El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Se destaca en estas normas la renombrada sujeción de los actos públicos y privados a las normas y principios constitucionales.

En este sentido, JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR señala que la Constitución vincula directamente todo acto público o privado¹⁵.

Así, la sujeción del derecho y del Estado a la constitucionalización genera como principal consecuencia la subordinación de actos públicos y privados al imperio de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Sección Tercera del Consejo de Estado en un fallo de tutela por la ocurrencia de una vía de hecho, señaló:

Es en aplicación del artículo 5.º de la Constitución Política que expresa: “Artículo 5.º El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, que se han desarrollado las bases de la protección constitucional en contra de providencias judiciales, pues, en una ponderación, principios como la cosa juzgada deben subordinarse

¹⁵ JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR. *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 73.

ante la *auctoritas* y la *potestas* de los derechos fundamentales pues el *imperio* de los derechos fundamentales, configura la piedra angular del Estado social de derecho¹⁶.

En otra ocasión la misma Sala destacó que la figura del Estado social de derecho tiene una vigencia total frente al poder judicial:

El texto constitucional es claro al determinar la categoría del Estado social de derecho, concepto que supera al Estado de derecho en aras de obtener la equidad y el beneficio de la comunidad.

Con el Estado social de derecho, los valores de la Constitución pasaron a tomar un papel más preponderante en la actividad judicial; es así como el valor constitucional y el principio constitucional se convierten en elementos que constituyen la base con la cual el juez emite su decisión judicial...¹⁷.

Igualmente, la profesora ÁNGELA FIGUERUELO señala:

Las variaciones producidas en las condiciones materiales de vida crean distintas demandas de protección y aspiraciones de libertad que exigen mecanismos actualizados para su satisfacción. Es acertado mantener, pues, que en cada momento el catálogo de derechos fundamentales estará delimitado por la fuente ideológica propia de un sistema jurídico determinado, más el contexto histórico que la rodea¹⁸.

La expresión más clara de este concepto se encaja en la teoría de la *Drittwirkung*¹⁹.

La realidad contemporánea ha permitido que se desarrollen entes para-estatales que despliegan gran cantidad de poder frente a los particulares y pueden llegar a colocar a estos en una relación de indefensión. El origen de esta teoría parte de la doctrina jurídica germana, en especial del Tribunal Constitucional de Alemania Federal, donde tuvo su génesis; por esto el nombre de *Drittwirkung der Grundrechte*. Como lo expresamos anteriormente, los movimientos filosóficos contemporáneos y el Estado social²⁰ y democrático de derecho han permitido que se

16 Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de marzo de 2003, Exp. AC-1081, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

17 Consejo de Estado, Sección Tercera. 22 de marzo de 2001, Exp. AC-0279, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

18 ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA. "Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas", en foro *Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica y Derechos Humanos*, Universidad de Salamanca, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 1996, p. 10.

19 Cfr. al respecto JUAN PABLO HINESTROSA, *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, mayo de 2003.

20 "La cláusula social, añadida a este Estado, no afecta a la estructura sino a los fines, es decir, el Estado asume

pueda considerar a los particulares como una expresión de poder que aunque no sea público tiene repercusiones en el ordenamiento jurídico.

El inicio de esta teoría dentro del campo jurisprudencial se da en el caso LUTH, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en Sentencia del 15 de enero de 1958.

Existen algunas constituciones que contemplan la vinculación inmediata de los particulares frente al deber de respeto de los mencionados derechos en las relaciones negociales y de derecho privado. La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo artículo 9.º numeral 1, hace referencia a este aspecto; así también, la Constitución Política Nacional de Portugal expresa:

Artículo 18.1. Los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas.

A su vez, nuestra Carta Política determina:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjui-

nuevas tareas como, por ejemplo, salud, educación, vivienda, orden público, seguridad...”: FIGUERUELO BURRIEZA. “Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas”, cit., p. 8. “El texto constitucional es claro al determinar la categoría del Estado social de derecho, concepto que supera al Estado de derecho en aras de obtener la equidad y el beneficio de la comunidad. Con el Estado social de derecho, los valores de la Constitución pasaron a tomar un papel más preponderante en la actividad judicial; es así como el valor constitucional y el principio constitucional se convierten en elementos que constituyen la base con la cual el juez emite su decisión judicial; son estas bases las que permiten que el fallo del juez, y en éste caso del juez de tutela, se convierta en una decisión ajustada al derecho y teniendo siempre en cuenta la jerarquía normativa encabezada en la pirámide legal por nuestra Carta Magna que configura el *telos* del juez: la protección del ciudadano. Es por esto que la finalidad del juez y en especial del juez de tutela es la de permitir, cuando los hechos así lo determinen, del disfrute del derecho fundamental que se ha transgredido”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2001, exp. AC-05001-23-31-2000-279-01, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

cio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en Estado de subordinación o indefensión.

En igual sentido, la Constitución de la Nación Argentina expresa:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas *o de particulares*, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio (*cursiva fuera de texto*).

En su jurisprudencia, los tribunales constitucionales²¹ han desarrollado el alcance que tiene la eficacia directa de los derechos fundamentales; así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español reconoce que los actos privados, al igual que los públicos, pueden lesionar derechos fundamentales, imponiéndose una obligación de respeto tanto al Estado como a cualquier ciudadano:

21 Para profundizar en el tema cfr. ALEXEI JULIO ESTRADA. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Este Tribunal ha reconocido que los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato²².

De manera expresa y abordando el tema de la eficacia directa de los derechos fundamentales y del efecto horizontal de tales derechos, la Sección Tercera del Consejo de Estado acoge plenamente la teoría de la *Drittwirkung*:

La Sala expresa que el artículo 58 de la Constitución habla de la función social de la propiedad, los ciudadanos deben ser concientes del elemento social que les obliga en sus relaciones económico contractuales; esta situación determina que aun los particulares están sometidos en sus relaciones negociales al imperio de los derechos fundamentales, por ende, *la Sala acoge el criterio de la Drittwirkung inmediata* a la luz del artículo 5.º de la Carta Magna que enseña:

“Artículo 5.º El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Postulado constitucional que obliga a los particulares a respetar los derechos fundamentales incluso en sus relaciones *inter privatos*²³ (cursiva fuera de texto).

Así mismo, la corporación expresa que las obligaciones de los particulares y del Estado han cambiado por cuanto hoy en día, con el Estado social de derecho, el respeto a los derechos fundamentales se impone de igual manera al Estado y a los ciudadanos en general:

El desarrollo de nuevas teorías dentro del Estado Social de Derecho ha permitido determinar que *los particulares son también responsables de la vulneración de derechos fundamentales, rompiendo con el antiguo paradigma del efecto vertical de los derechos, donde el Estado era el único ente que podía vulnerar los derechos colectivos y fundamentales*²⁴ (cursivas fuera del texto).

22 STC 177 de 1988.

23 Consejo de Estado, Sección Tercera. 6 de diciembre de 2001, exp. AC-699, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

24 Cfr. infra.

En igual sentido, la Corte Constitucional determinó:

Entre los particulares el contenido de un derecho fundamental no siempre se plantea en idénticos términos a los referidos en los casos en los que el Estado es el sujeto que perpetra la lesión. La doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, cuando ello es posible, debe proponerse mostrar cómo y en qué sentido el elemento fundamental de un derecho puede resultar específicamente vulnerado. El derecho al trabajo no tiene frente al Estado el carácter de derecho de aplicación inmediata, ni incorpora en su núcleo esencial el poder individual de obtener un determinado empleo. No obstante, frente a otro particular —grande empresa—, el trabajador independiente que gestiona una microempresa, que constituye su única fuente de sustento, sí puede pretender que la misma no sea destruida a consecuencia de un acto arbitrario y deliberado del primero, que simplemente pretende acallar un legítimo reclamo sobre las condiciones justas que deben presidir las relaciones comerciales que ofrece al público, apelando a una abstención de trato sólo discernible como injusta retaliación. Se observa que el tercero no está en la obligación de proveer un puesto de trabajo. Empero, poner término material a una oportunidad ya existente de trabajo, en las circunstancias expuestas, efectivamente lesiona el derecho de su titular. La pérdida de empleos puede obedecer a variadas causas. No es posible afirmar que, entonces, los agentes a cuyas acciones u omisiones pueda objetivamente asociarse el fenómeno habrán de responder jurídicamente ante quienes se ven privados de las oportunidades laborales que se extinguen²⁵.

Mas esta posición no se predica únicamente en los casos de los tribunales constitucionales, pues en la escuela jurídica del *common law* también se denota el cambio de filosofía jurídica, colocando al Estado y a los particulares en una relación de obligación de respeto y garantía frente a los *civil rights*.

— En el caso *Heart of Atlanta Motel vs. United States*²⁶, bajo el cual el *Motel Heart of Atlanta* se negaba a hospedar a personas de color y con este hecho, violaban los *civil rights*. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos expresó que todas las personas tienen el derecho a la igualdad, incluyendo servicios prestados por particulares, y reconoció que el Estado debe vigilar estas relaciones:

All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion or national origin [Todas las personas tendrán derecho a la igualdad del beneficio de

25 Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997.

26 United States of America, SCJ. *Heart of Atlanta Motel vs. United States*, 1964.

los bienes, servicios, facilidades, privilegios, beneficios y alojamiento en cualquier lugar de alojamiento público sin discriminación o segregación, sin tener en cuenta su raza, color, religión o nacionalidad]²⁷.

– En *Fullilove vs. Klutznick* (1980)²⁸, este tema vuelve a resaltarse cuando un grupo de pequeños empresarios (Minority Business Enterprise, MBE) demanda al Congreso y a grandes empresarios por no permitir su acceso a la contratación pública. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos reconoce la importancia de los *civil rights* en las relaciones comerciales y contractuales, y además que el Legislativo debe en sus reglamentaciones permitir el acceso de todos a la contratación con el Estado:

The subcontracting practices of prime contractors could perpetuate the prevailing impaired access by minority businesses to public contracting opportunities, and that is inequity has an effect on interstate commerce. Thus Congress could take necessary and proper action to remedy this action [...] Our cases dealing with application of title VII of the Civil Rights Acts of 1964 [La práctica de subcontratar por parte de los contratistas principales podría perpetuar su prevalencia frente al acceso a las oportunidades a la contratación pública de los empresarios minoritarios y esto es inequitativo y tiene un efecto en el comercio. Entonces el Congreso puede tomar las acciones necesarias y apropiadas para mejorar la acción [...] en nuestros casos compartiendo la aplicación del título VII del Acta de Derechos Civiles de 1964]²⁹.

Queda pues claro que la histórica clasificación de las obligaciones en de derecho público y privadas se ha visto superada en el Estado social de derecho por constituir a los particulares como obligados, donde antes sólo aparecía el Estado. Hoy dichas obligaciones tienen un efecto vinculante directo hacia los particulares.

Inversamente, también se ha visto modificada la consideración relativa al Estado, pues los tribunales tienden a considerarlo en una relación de igualdad frente a los particulares.

Por ejemplo, en aplicación del artículo 13 que pregona el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha cimentado una posición jurisprudencial según la cual las diferencias entre Estado y particulares y entre obligaciones públicas y privadas cada día son menores; *v. gr.*, analizando el tema del cobro de intereses de mora aplicables al Estado y a los particulares consideró:

²⁷ *Ibid.*, párr. 201.

²⁸ United States of America, SCJ. *Fullilove vs. Klutznick*, 1980.

²⁹ 78 Est. 253.

Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple. Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas. Se declararán inexequibles las expresiones que, en la norma, dan lugar a la injustificada e inequitativa discriminación objeto de examen, y que favorecen la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública³⁰.

Es decir que a juicio de la Corte debe aplicarse el postulado constitucional de la igualdad a las relaciones de los particulares con el Estado o a la inversa, dando lugar a la aparición de una situación de igualdad jurídica frente al juez.

En un sentido similar, la Corte Constitucional determinó que los privilegios públicos cada día son más escasos, siendo requisito imperioso que esa prerrogativa sea útil, necesaria y proporcionada:

A la luz de la Constitución Política actualmente vigente, son claramente insuficientes aquellas explicaciones de los privilegios públicos que tienden a justificarlos, exclusivamente, en la “peculiar personalidad” o en “la personalidad pública” de las autoridades que los ostentan. Tras la concepción de lo “estatal” o de lo “público” que yace en esta fundamentación de las prerrogativas públicas parece ocultarse un concepto absoluto del poder que tiene la virtualidad de justificarse a sí mismo. De este modo, el poder público, por el sólo hecho de serlo, justificaría cualquier instrumento diseñado para ponerlo en ejecución. En opinión de la Corte, esta concepción del poder es inaceptable a la luz del marco axiológico que diseña la Carta Política, como quiera que se opone, de manera frontal, al esquema de distribución de poderes que se desprende del principio de soberanía popular y de la razón que explica y legitima la propia existencia del Estado en un régimen constitucional. La noción de poder público que se deriva del Estatuto Superior se fundamenta en una autoridad que la trasciende, toda vez que sólo existe y se legitima a partir de su vinculación a los fines esenciales que, según la Constitución, el Estado está llamado a cumplir. En consecuencia, para que una prerrogativa

30 Corte Constitucional. Sentencia C-188 de 1999.

pública se encuentre adecuada a la Constitución es necesario que exista para cumplir una finalidad constitucionalmente legítima y que sea útil, necesaria y proporcionada a dicha finalidad³¹.

Bajo tales consideraciones la Corte concluyó que no es válido exonerar al Estado del pago de las costas procesales, cuando éste pierde un litigio:

Adicionalmente se requiere que la norma sea verdaderamente útil, necesaria y proporcionada respecto de la respectiva finalidad. La medida en cuestión es útil para salvaguardar los recursos fiscales pues evita que las entidades públicas deban pagar las expensas en derecho de la parte que las venció en un proceso judicial. No obstante, en cuanto se refiere al estudio de su necesidad, constata la Corte que existe otro tipo de medidas, menos costosas en términos del principio de igualdad y más acordes con las normas constitucionales, para alcanzar similares objetivos. Así por ejemplo, puede acudir a la ya mencionada figura del llamamiento en garantía, de manera tal que el servidor público causante del daño que originó la condena judicial le reintegre al Estado al menos una parte de lo que este debió pagar. El sujeto que ha sufrido una lesión por causa de las autoridades públicas debe asumir integralmente una carga económica que de otra manera no hubiera tenido que soportar, a fin de beneficiar a la comunidad. Lo anterior vulnera abiertamente el principio de distribución equitativa de las cargas públicas y, en consecuencia, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta. Conforme a lo anterior, se concluye que la exención de condena en agencias en derecho a favor de la Nación y las entidades territoriales constituye un tratamiento discriminatorio que viola el principio de igualdad, razón por la cual será declarada inconstitucional³².

En desarrollo de esos postulados jurisprudenciales, el Consejo de Estado también ha determinado que la igualdad de cargas y obligaciones entre los entes públicos y privados es cada día mayor; por ejemplo, al hacer relación con las cargas procesales consideró:

Otras tenían como objetivo otorgar protección procesal al Estado, ampararlo en sus cargas procesales, fabricar una coraza que permitiera a la Nación ejercer privilegios o garantías adicionales dada su especial naturaleza. *Como ya se expresó, en la figura del Estado social, la Nación desciende del pedestal y se coloca al mismo nivel del ciudadano.*

Las cargas procesales tienden a tornarse iguales en una relación jurídico procesal en la cual es parte la Nación. El juez en un proceso, no puede hacer distinciones que atenten contra la igualdad de las partes, tal distinción puede llegar a ser caprichosa y atentar contra el derecho fundamental a la igualdad, derecho que prima en el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5.º de nuestra Carta Magna.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999.

32 Ídem.

La jurisprudencia ha ido en pos de desaparecer cargas y prerrogativas que violan los derechos fundamentales. Esta tendencia se ha tornado en una realidad insoslayable en el contexto jurídico iberoamericano³³ (*cursiva nuestra*).

Concluyó el Consejo de Estado que no debe premiarse la desidia de la Nación en una litis y que las prerrogativas del Estado deben tener un fundamento y necesidad:

Del análisis del caso concreto no se desprende que haya una finalidad legítima, útil y proporcionada para otorgar un trato diferente, por cuanto el establecer la distinción para decretar la perención contribuye a alimentar la desidia en la defensa de los intereses del Estado, protegiendo una actitud que puede tornarse perezosa e ineficaz, actitud que va en contra de la eficiencia administrativa que pregona nuestro ordenamiento y atenta contra los principios de igualdad, eficacia, economía y celeridad propios de la función administrativa en virtud del artículo 209 de la Constitución Política Nacional. A todas luces es evidente que el Estado debe cumplir con las cargas procesales y contribuir a la realización de los citados principios en los procesos judiciales en los cuales intervenga la Nación.

Las partes tienen un deber primordial, cual es contribuir con la debida administración de justicia, ayudar y colaborar a dicha administración, que en el proceso se concreta en la figura del juez y los auxiliares de justicia³⁴.

La tendencia anotada no es única del derecho colombiano, pues el Tribunal Constitucional español también acoge esa tesis:

La exoneración de las cargas procesales a favor del Estado o de organismos públicos estatales requiere, conforme a lo declarado en la STC 64-1988, un precepto legal que expresamente la establezca, y tal previsión expresa no se contiene en el artículo 154 de la LPL en el cual se exige, sin excepción alguna, según deja dicho, el requisito indispensable de acreditar haberse constituido en el Banco de España el depósito de la cantidad objeto de suplicación, sin que sean trasladables al mismo las exenciones que puedan venir establecidas en otros preceptos legales reguladores de supuestos distintos al contemplado en la norma de cuya aplicación se trata, como así entendió la citada STC 64-1988 en relación con los artículos 180 y 181 de la LPL, para negar al propio Estado la exención prevista en este último, y si ello es así resulta claro que la decisión de la jurisdicción laboral de no conceder al organismo demandante, dotado de régimen económico autónomo, la exención de la carga procesal establecida en el artículo 154, por la vía de la aplicación preferente de la exención genérica contemplada en el artículo 8.º

33 Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 11996, aclaración de voto del Consejero JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO.

34 Ídem.

del Real Decreto del 21 de enero de 1925, propuesta por el Abogado del Estado, contiene una interpretación razonable de aquel precepto legal, que debemos estimar conforme con el derecho a la tutela judicial y no susceptible de ser sustituida por la interpretación propuesta por el demandante, pues esta conlleva una alteración indebida de los términos en que se expresa dicho artículo y se revela por ello manifiestamente inadecuada para considerarse interpretación alternativa a la mantenida en la decisión judicial recurrida.

Por otro lado, no es de aceptación el argumento de que la solvencia de los organismos públicos estatales hace innecesaria la previsión legal del depósito, en la medida en que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria a que responde dicha previsión legal, pues tal finalidad no es simplemente la de garantizar la ejecución de la sentencia, sino más propiamente la de asegurar su “inmediata” ejecución, y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena, la cual resulta así de ineludible cumplimiento para los organismos públicos dependientes del Estado a quienes la ley no les reconoce explícitamente su exoneración, organismos que además no son, en el régimen de recursos laborales, susceptibles de equiparación con el Estado, según pone de manifiesto el último párrafo del artículo 181 de la LPL, y esto haría, en último término, jurídicamente improcedente el aplicar a los organismos públicos estatales dotados de régimen económico autónomo las exoneraciones que la ley procesal laboral pueda haberle concedido al Estado³⁵.

2. LOS NUEVOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL: ESTADO Y PERSONAS EN UNA MISMA RELACIÓN DE IGUALDAD Y CON OBLIGACIONES SIMILARES

Este fenómeno no se predica únicamente en el derecho interno, pues el derecho internacional ha permitido que hoy en día los Estados y también las personas sean sujetos de derecho internacional³⁶.

Sobre la subjetividad se ha dicho que es la capacidad del individuo para ser sujeto de derecho y con esto ejercer derechos y obligarse en virtud de ese ejercicio, pero expuesto de tal forma se entrelaza con otro concepto, como sería el de capacidad jurídica.

En el derecho internacional, la subjetividad de los individuos se funda ante todo en el reconocimiento de la persona como un integrante de la especie humana, sin distinción de sexo, raza o religión.

³⁵ STC 99 de 1989.

³⁶ Cfr. al respecto HINESTROSA. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos*, cit.

Así por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las reparaciones a los daños sufridos por el personal de las Naciones Unidas, señala:

... en un sistema jurídico los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos entre sí en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos y obligaciones, pues su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad³⁷.

La extinta Corte Permanente de Justicia, en el caso *Lotus*, determinaba que los Estados son sujetos de derecho internacional:

El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de derecho que vinculan a los Estados proceden, pues, de la voluntad de estos, voluntad manifestada en convenciones o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de derecho y establecidos con el fin de regular la coexistencia de estas comunidades independientes o con el objeto de la prosecución de fines comunes³⁸.

Sin embargo, la posición clásica cambió y hoy en día la persona también es sujeto de derecho internacional, al igual que los Estados y las organizaciones internacionales, teniendo así una legitimación activa y pasiva que permita predicar la integralidad de la capacidad jurídica de la persona frente al derecho internacional. Reconociendo la legitimación activa de la persona está, en el sistema ONU, el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 1.º Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2.º Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.º, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

En el ámbito de las organizaciones regionales, encontramos las mismas acepciones en las convenciones americana y europea de derechos humanos.

37 ICJ. Advisory Opinion, 1949.

38 CPJ, serie A, n.º 10, p. 18.

El otro extremo de la subjetividad lo encontramos en la legitimación pasiva, es decir en la capacidad de recibir sanciones. El artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a la responsabilidad internacional de las personas:

Artículo 25. Responsabilidad penal individual. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto.

Así las cosas encontramos que el derecho internacional ha dotado de personería jurídica internacional y de subjetividad a los particulares; y habiéndose establecido que dicha condición permite obligar y obligarse, no puede menos que verse en esta nueva realidad *una novedad en el campo de la titularidad de las obligaciones y de los derechos correlativos*.

En síntesis, podemos anotar que los fenómenos de la constitucionalización y de la internacionalización del derecho han permitido que hoy en día se hable de un marco general de obligaciones para las entidades públicas y privadas, marco que se ve nutrido por la obligatoriedad de los derechos fundamentales para el Estado y los particulares, y por la aplicación del postulado de igualdad que permite restringir las prerrogativas públicas a un criterio mínimo, según el cual toda prerrogativa debe ser necesaria, útil y proporcionada.

II. LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El tema de la responsabilidad, ya consolidado en el campo del derecho privado y con amplio desarrollo en el derecho público, alcanza nuevos horizontes desde la óptica del daño y de la reparación; el artículo 90 de la Carta Política se convierte en norma guía de la responsabilidad patrimonial del Estado, y, como lo hemos advertido en otros estudios especializados, incorpora nuevos conceptos jurídicos y abarca la responsabilidad pública y la de los funcionarios personalmente considerados, cada uno con su régimen propio.

En punto del daño el tema ofrece nuevas perspectivas, no ya por el origen del acto nocivo o la naturaleza del acto depredador o del perjuicio irrogado. Ahora, la incorporación de nuevas acciones como las de clase y las de grupo, y la incidencia del derecho internacional, reclaman nuevos estudios sobre las formas de reparación.

Tal es el caso relativo a los denominados intereses difusos, que vale la pena precisar conceptualmente y, a la vez que tomar nota sobre ciertas consecuencias jurídicas que les han sido atribuidas:

Se entiende por interés difuso el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido—expandido o compartible—expandible— por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal³⁹.

... frente a los intereses colectivos existen otros intereses que corresponden a una serie de personas indeterminadas (situación ésta que origina precisamente los mayores problemas en torno a la legitimación), entre las cuales no existe ningún vínculo jurídico (caso de los consumidores o usuarios de un mismo producto o servicio)⁴⁰.

Sobre el aspecto de las acciones de grupo, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó:

El concepto de grupo:

Sobre tal aspecto el artículo 88 de la Constitución determina:

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un *número plural de personas*, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos” (cursiva de la Sala).

Es decir que el constituyente *prima facie* definió al grupo como un número plural de personas.

Al abordar el tema del grupo el legislador expresó:

“Debe hacerse énfasis, una vez más, en la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, pues persigue ella el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios *causados a un número plural de personas por las mismas acciones u omisiones*” (cursiva propia).

Es decir que el concepto de grupo supera al concepto de clase y es más amplio, siendo el grupo el género y la clase la especie o, mejor, el grupo es el conjunto y la clase un elemento.

Tal interpretación tiene asidero a partir del simple significado de las palabras, regla hermenéutica establecida desde la Ley 153 de 1887. Partiendo de tal principio, el

39 AGUSTÍN VIGURI PEREA. *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos*, Granada, Comares, 1997, p. 62.

40 Cfr. infra.

concepto de clase es: “1. Orden o número de personas del mismo grado, calidad u oficio. 2. Orden en que, con arreglo a determinadas condiciones o calidades, se consideraran comprendidas diferentes personas o cosas”.

A su vez, grupo es: “Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto material o mentalmente considerado”.

En este sentido, tanto el legislador como el constituyente circunscribieron el grupo a un número plural de personas como referente para su definición dejando de lado cualquier otra característica que lo hiciera más singular⁴¹.

Es destacable la manera como el carácter de grupo supera incluso al elemento clase propio de este tipo de acciones.

Sobre las características de la acción de grupo determinó el Consejo de Estado:

A. *La acción de grupo es una acción indemnizatoria*. Es decir, tiene por objeto la reparación de los perjuicios ocasionados por la vulneración a derechos colectivos o a derechos subjetivos de carácter meramente económico.

En tal sentido el legislador expresaba:

“Debe hacerse énfasis, una vez más, en la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, pues persigue ella el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios a un número plural de personas por las mismas acciones y omisiones”.

Acogiendo este criterio, la H. Corte Constitucional expresó:

“Se reitera que las acciones de clase o grupo constituyen un mecanismo de defensa judicial frecuentemente utilizado por una categoría o clase de personas determinadas, que pretenden lograr una indemnización resarcitoria económicamente, del perjuicio ocasionado por un daño infringido en sus derechos e intereses”.

Por ese motivo, es claro para esta Sala el carácter indemnizatorio que posee la acción de grupo. Entonces se puede afirmar que el legislador no distinguió entre el género del daño y su naturaleza jurídica.

B. *Es una acción que se tramita por un procedimiento especial y preferente*. La Ley 472 de 1998 señala términos muy breves para el trámite del proceso: 10 días para la admisión de la demanda (art. 53), 20 días para practicar pruebas (art. 62), 5 días comunes para

41 Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. AG-024 de enero de 2001, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO, salvamento de voto, de JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

alegar de conclusión (art. 63), 20 días perentorios e improrrogables para dictar sentencia (art. 64) y máximo 20 días para resolver el recurso de apelación (art. 67).

La inobservancia de tales términos hace incurrir al juez en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo (art. 84).

C. Es una acción de carácter principal. Procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para pretender la reparación de los perjuicios sufridos, pues precisamente el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998 señalan que la misma puede instaurarse “sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios” (art. 47).

En otros términos, queda al arbitrio del demandante ejercer en los casos en que ésta procede o bien la acción de grupo o la correspondiente acción ordinaria.

En este sentido el legislador determinó:

“Esta disposición contribuye a realizar el mandato del inciso segundo del artículo 88 de la Carta Política, en cuanto al ejercicio de las acciones de grupo sin perjuicio de la acción individual para la indemnización de perjuicios que posee todo afectado”.

Sobre tal aspecto la H. Corte Constitucional reiteraba:

“Es, igualmente, característica fundamental de las acciones de clase o de grupo su procedencia independiente de la existencia de otra acción, es decir que presenta un carácter principal y su ejercicio no impide instaurar las correspondientes acciones particulares. Lo que sucede es que por economía procesal y en aras de la eficacia de la administración de justicia, la identidad en la pretensión y los hechos, así como la unidad en la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, las peticiones del número plural de personas o del grupo pueden estudiarse y resolverse bajo una misma unidad procesal”.

Por ende, es claro que la acción de grupo, si se cumplen los requisitos sustanciales y procesales, puede incoarse aun si existe otra acción judicial procedente.

D. Sólo están legitimados para interponerla quienes conforman un grupo.

De manera paralela al concepto de grupo encontramos las siguientes características:

Número: de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, la acción deberá interponerse al menos por 20 personas con legitimación en la causa.

Similitud: en este sentido el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, expresa: “Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó

perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”.

El hecho generador del grupo lo constituye el daño: es el daño el elemento que configura el grupo de acuerdo con su similaridad.

En tal sentido el artículo 48 de la Ley 472 de 1998 establece:

“Titulares de las acciones. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un *perjuicio individual* conforme lo establece el artículo 47” (cursiva propia).

Así mismo, el legislador afirma: “Mediante las acciones de grupo, *una o varias personas que han sufrido un daño individual*, derivado de la vulneración de un derecho o interés colectivo, pueden interponer una acción que beneficie al grupo, en lugar de presentar numerosas y múltiples demandas en interés particular” (cursiva propia).

Interpretando estos postulados, la H. Corte Constitucional establece:

“Debe tenerse en cuenta que la acción de clase o de grupo se configura a partir de la preexistencia de un daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, por todos aquellos que se han visto afectados. Por lo tanto, su ejercicio está sometido a unos requisitos sustanciales específicos, en cuanto a la legitimación activa y pasiva de la acción, la determinación de la responsabilidad que se pretende determinar y el objeto que pretende proteger. Frente a lo primero, debe probarse un interés jurídico determinado por quien la instaure.

“En cuanto a la legitimación por pasiva, la acción puede dirigirse en contra de personas naturales y jurídicas, de naturaleza privada o pública, por el daño que ocasionen a ese número plural de personas. *En lo relativo a la determinación de la responsabilidad en la causación del daño, para el ejercicio de esta acción es requisito indispensable que existan condiciones uniformes en el número plural de personas*” (cursiva propia).

Con similar posición, esta corporación manifestó:

“Y en este aspecto resulta indiferente si el grupo existía con anterioridad al daño causado, pues el legislador en manera alguna indicó esta condición para la existencia de la acción. Lo significativo entonces es, de una parte, que tengan condiciones uniformes respecto de los elementos de la responsabilidad; es decir, que se identifique en los miembros del grupo, *similitud en el hecho generador del daño; en el daño mismo, y que frente a éstos se dé el nexo causal, y, de otra parte, que el grupo, dadas las características del daño sufrido, amerite la reparación pronta del perjuicio, a través del proceso preferencial y sumario consagrado por el legislador en esta clase de acciones;* y es al juez al que le corresponde, con un criterio ponderado y razonable, hacer esta valoración, como lo señala el parágrafo del artículo 53 de la Ley 472 de 1998” (cursiva propia).

Este criterio también es compartido en el derecho comparado:

“Whatever the nature of the alleged conspiracy [...] *injury is the sine qua non for stating a cause of action*” (cursiva propia).

Tal interpretación no es un mero capricho del legislador o de los jueces, pues obedece a la realización práctica de la acción de grupo, donde se busca también la protección de los intereses y derechos difusos; el interés o derecho difuso, como la misma palabra lo indica, se atomiza y diluye en múltiples circunstancias, siendo difícil su concreción en un caso específico; por lo tanto, la preexistencia del grupo puede convertirse en una talanquera contra la prosperidad de la acción de grupo, sobre todo en casos en los cuales está de por medio la protección de estos intereses, ya que este concepto atenta contra la naturaleza misma de la acción de grupo en el sentido de limitar la protección a los referidos intereses. Según lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia podemos hablar que el derecho difuso dentro de nuestra concepción apunta a entender que se trata de un grupo de personas que se conforma, asocia o aglutina a raíz de la presión, vulneración o amenaza que recibe de un determinado agente.

No sobra recordar que el elemento común al grupo es el daño, y por esto el hecho de que el grupo sea o no preexistente constituye un aspecto que no configura la procedencia de las acciones de grupo. Por lo tanto, en conclusión, el grupo puede ser o no preexistente, lo que determina la conformación del grupo es el daño que constituye la génesis del grupo, al momento de evaluar la procedencia de esta acción.

Identidad sustancial: desarrollando el postulado de similitud podemos anotar que la acción de grupo necesita que exista identidad entre los actores (identidad otorgada por el daño, al conformar el grupo susceptible de la protección constitucional), y además por la necesidad de identidad en las causas y daños generados.

Sobre este aspecto, el legislador manifestó:

“Debe hacerse énfasis, una vez más, en la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, pues persigue ella el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios causados a un número plural de personas por las mismas acciones u omisiones” (cursiva de la Sala).

Igualmente, la H. Corte Constitucional determinó:

“El hecho de que las acciones de clase o de grupo se encuentren reguladas dentro de una norma constitucional que hace referencia en su mayor parte a la garantía procesal de los derechos e intereses colectivos, como ocurre en el artículo 88 de la Carta, no significa que aquellas sólo puedan intentarse para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización adeudada por los perjuicios causados en derechos e intereses colectivos, pues dichas acciones también podrán formularse con respecto de toda clase de derechos constitucionales fundamentales y subjetivos de origen constitucional o legal

cuando han sido lesionados a un número plural de personas, *con identidad de causa y responsable*, con el fin de reclamar la respectiva reparación de perjuicios ante el juez, en forma pronta y efectiva” (cursiva propia).

Bajo estos preceptos y por el fin supremo de la acción de grupo que persigue básicamente la indemnización a un número plural de personas, se entiende que los causahabientes pueden llegar a ser susceptibles de amparo constitucional otorgado por la acción de grupo siempre y cuando ocurra previamente el deceso de la víctima que genera la transmisión de esos derechos individuales a los referidos causahabientes.

Esta posición también es compartida por el derecho comparado.

Interés comunal: el “grupo” debe representar los intereses de la comunidad, es decir que debe haber una referencia expresa hacia la comunidad, concepto que agrupa a más de un núcleo familiar; por consiguiente, la referida acción debe ser ejercida por la comunidad, y quien acuda en su representación debe demostrar que hay más de un núcleo familiar en calidad de posible víctima y que el daño no recae única y exclusivamente en una sola familia sino que por el contrario es un daño que afecta a la comunidad comprendida en el concepto de grupo.

En relación con lo aquí expresado, el legislador manifestó lo siguiente:

“Con el ejercicio de las acciones colectivas aquellas actividades que producen perjuicios a la comunidad como es el caso de [...] contarán con nuevas vías jurídicas de mayor eficacia para solucionar los conflictos”.

Trascendencia: aspecto bajo el cual el daño infligido debe tener o poseer trascendencia en la comunidad que lo sufrió o recibió.

Sobre este punto, la H. Corte Constitucional hizo las siguientes referencias:

“Ahora bien, el inciso segundo del citado artículo 88 de la Carta prevé otro mecanismo de sustancial importancia dentro del campo de las garantías judiciales de los derechos de las personas, conocido como las *acciones de clase o de grupo*. Estas, igualmente regulables por la ley, no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, pues también comprenden a los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero, exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que *por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios*” (se resalta).

Ahora bien, conforme se ha establecido en la anterior exposición, la trascendencia se debe predicar única y exclusivamente de la comunidad. Es decir que debe ser un daño

importante para la comunidad que lo sufre o recibe, este concepto se debe medir bajo la perspectiva de la comunidad y no de la trascendencia nacional, departamental, gremial, etc. [...] Elementos que pueden ayudar a determinar el grado de trascendencia del daño mas no son excluyentes con la perspectiva de la comunidad.

La razón de ser de tal elemento está apuntando a la satisfacción de derechos que a pesar de ser individuales son preponderantes en una comunidad determinada. Por sólo hacer meras enumeraciones, la falta de un servicio público no es un aspecto que pueda interesar a toda la nación, departamento e incluso un municipio, mas si la comunidad ha sufrido un daño que le impide acceder a la prestación del servicio público la acción de grupo encarna esa trascendencia para la comunidad. En esa misma idea podemos hablar de daños ambientales, a los consumidores, a los accionistas minoritarios (o *minority holders*, como se conocen en las *class actions*), *pero también se incluyen conceptos para quienes no son miembros de un grupo tan especial; los criterios predominantes en la trascendencia son elementos cotidianos, mas para ese grupo cobran especial relevancia, por ejemplo, los atentados terroristas que causen cuantiosos y numerosos daños, y en general daños ocasionados por el Estado y en un acto suyo a un grupo que sea de naturaleza cuantiosa.*

Tal interpretación se desprende también del querer del legislador y del constituyente al establecer las acciones de grupo como un instrumento de economía procesal, donde impera la urgente necesidad de recibir una pronta y adecuada administración de justicia y que se dé la certeza jurídica en el sentido de no propiciar, como en el pasado puede haber ocurrido, decisiones contradictorias entre sí.

No obstante que la ley señala un número mínimo de personas para integrar el grupo, la sola circunstancia de que existan 20 personas lesionadas con un mismo hecho no significa que exista grupo y, por consiguiente, se pueda acudir al procedimiento señalado en la ley para obtener la indemnización de perjuicios, ya que de lo contrario dicha acción sería simple y llanamente una acumulación subjetiva de pretensiones y eso no fue lo que quiso el Constituyente al referirse en forma expresa a este tipo de acciones en el artículo 88, inciso segundo, de la Carta.

Vale destacar que, si bien la ley ha establecido un número mínimo de demandantes para interponer la acción, en general en este tipo de acciones los demandantes son indeterminados, aunque sus miembros pueden ser identificados con un esfuerzo razonable.

Esto es lo que justifica que el auto admisorio de la demanda se publique en un medio masivo de comunicación (art. 53 Ley 472 de 1998), a fin de que los integrantes del grupo puedan ejercer su derecho de exclusión para que no sean cobijados por la sentencia que se profiera y puedan intentar la correspondiente acción individual (arts. 56 y 66 *ibíd.*)⁴².

42 Ídem.

Si bien esta no fue la posición mayoritaria de la Sala, está muy en claro que la acción de grupo es una nueva institución que pretende la indemnización de un grupo de personas con condiciones uniformes; ese grupo lo genera la ocurrencia del daño, sin que sea necesario que el grupo preexista a la ocurrencia del mismo.

La acción de grupo plantea nuevos retos al juez, se encuentra apenas en sus etapas primigenias, y corresponde al juez definir sus contornos pues los elementos tradicionales de las reparaciones pueden quedarse cortos al momento de fallar una acción popular, por encontrarse en juego muchas veces los derechos de la comunidad, de un grupo o los denominados intereses difusos.

Con el advenimiento de ese tipo de acciones, las tendencias y tipologías del derecho de daños clásico se han visto revaluadas, y también la función del juez tiene otro objetivo: *la protección de la comunidad*; este papel del juez dentro del Estado social de derecho cambia su actitud hacia una dimensión activa, en la cual el juez debe tener un papel proactivo en la administración de justicia.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

A. El rango prevalente de las acciones constitucionales.

Las acciones populares y de grupo, como las acciones de tutela y de cumplimiento, tienen especial prevalencia y arraigo en el derecho interno. Estas acciones se desprenden directamente de la normatividad constitucional y han sido estatuidas para la protección de derechos. En efecto, los artículos 86, 87 y 88 de la Carta Magna disponen la creación de las mencionadas acciones.

Ahora bien, la acción de tutela es el mecanismo para la protección de los derechos fundamentales y la acción popular para los colectivos, pero las dos clases de derechos gozan de especial protección a la luz de los artículos 1.º, 5.º y 94 de la Constitución.

El carácter prevalente de estas acciones ha sido otorgado *prima facie* por el constituyente y el legislador. Esta condición queda plenamente demostrada en las actas del proyecto de la Ley 472 de 1998 cuando se anotó:

“El constituyente de 1991 quiso rescatar las acciones populares, ampliar su contenido y posibilidades y darles rango constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos”.

Posición que ha sido reforzada por la H. Corte Constitucional.

Si bien es cierto que las reglas procedimentales de la acción de tutela y las populares se rigen en lo no regulado por el Código de Procedimiento Civil, estas acciones gozan también de formalidades y principios especiales que difieren de cualquier otro proceso judicial.

En efecto, los términos, fases procesales y demás procedimientos difieren de las reglas de un proceso judicial común, ampliando las facultades del juez de primera y segunda instancia. *La impulsión oficiosa del proceso que imponen estas acciones al juez es per se un reconocimiento a la especialidad de estas acciones protectoras de derechos consagradas en nuestro ordenamiento; esta facultad está expresamente estatuida en el artículo 5.º de la Ley 472 de 1998 y en el decreto 2591 de 1991. A su vez, las normas para estas acciones destacan de manera expresa la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, posición que ha sido compartida por esta Sala. Tales facultades se otorgan en razón a la calidad de derechos que se pretenden proteger e incluso se ha admitido que el juez de segunda instancia en la tutela pueda reformar la sentencia impugnada por el demandado haciendo más gravosa su carga y consagrando excepciones a la *reformatio in pejus* consagrada en el artículo 31 de la Carta Magna.*

Claro está que tales facultades tienen límites y los poderes del juez no podrán ser omnímodos. Tal facultad es especial únicamente por la protección a los derechos que están en juego en estas acciones, según lo expresado en esta sentencia⁴³ (se destaca).

Por otro lado, existe una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos que ha replanteado el tema de las reparaciones, pues en el referido ordenamiento se relanza, con renovada vigencia, el deber de la *restitutio in integrum*⁴⁴ o *full compensation*⁴⁵. Este concepto ha sido comprendido como reparación integral y universal que involucra aspectos no solo pecuniarios sino sociales, éticos y morales. ALEXANDRA TORRES explica ese concepto de la siguiente manera:

*La *restitutio in integrum* se ha entendido como la reparación integral y universal que abarca una globalidad de aspectos, no sólo el pecuniario, sino también la reparación social, ética, moral, etc...⁴⁶.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de una causa sometida a su conocimiento, se expresó sobre el tema de la siguiente manera:

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción*

43 Consejo de Estado, Sección Tercera. 15 de marzo de 2001, Exp. AP-059, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

44 LUISA ALEXANDRA TORRES ACOSTA. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 1998.

45 HINESTROSA. Ob. cit.

46 TORRES ACOSTA. Ob. cit., p. 28.

produjo, y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral⁴⁷.

Esta tendencia al estudio de la reparación y de su alcance como fundamento de la responsabilidad, conoció gran impulso en el derecho civil con la celebre tesis de BORIS STARCK y se nutre de nuevo partiendo del derecho penal en su rama criminológica con el concepto de victimología⁴⁸, tendiente a la humanización de la responsabilidad.

Hasta hoy, el estudio de la víctima no se ha planteado desde la perspectiva del daño que le ha sido infligido; ahora los tribunales internacionales de derechos humanos intentan recoger una nueva dimensión según la cual la reparación no se agota con la indemnización pecuniaria; así por ejemplo, THEO VAN BOVEN, en su *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*⁴⁹, hace especial énfasis en el concepto universal de reparación⁵⁰.

El precitado jurista se expresa respecto de la responsabilidad desde la perspectiva de la víctima, en el derecho internacional, así:

La reparación debe responder a las necesidades y los deseos de las víctimas. Será proporcional a la gravedad de las violaciones y los daños resultantes e incluirá la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición⁵¹.

Y en cuanto a la *restitutio in integrum* dentro del marco de los derechos humanos en el derecho internacional, precisa varias formas de reparación:

La restitución tendrá por objeto restablecer, en lo posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de las violaciones de los derechos humanos. Entre otras cosas, se debe restaurar la libertad, la ciudadanía o la residencia, el empleo o los bienes.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Sentencia de reparaciones del 21 de julio de 1989, párr. 26.

48 Cfr. al respecto SERGIO CUARESMA TERAN. "La victimología", en *Estudios básicos de derechos humanos*, t. V, IIDH, San José, 1996.

49 THEO VAN BOVEN. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, ONU, ECOSOC, E/CN.4/Sub.2-1993-8, 2 de julio de 1993.

50 "La reparación por violaciones de los derechos humanos tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones": ibíd., p. 63.

51 Ídem.

La indemnización se proporcionará en relación con los daños resultantes de violaciones de los derechos humanos que puedan evaluarse económicamente, como los siguientes:

- a. Daños físicos o mentales;
- b. Dolor y sufrimiento físico o psicológico;
- c. Pérdida de oportunidades, incluida la posibilidad de realizar estudios;
- d. Pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida;
- e. Gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación;
- f. Daños a los bienes o comercios, incluido el lucro cesante;
- g. Daños a la reputación o la dignidad;
- h. Gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

La rehabilitación incluirá la atención y los servicios jurídicos, médicos, psicológicos y de otra índole, así como medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

La satisfacción y las garantías de no repetición incluirán:

- a. La cesación de las violaciones aún existentes;
- b. La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad;
- c. Un fallo declaratorio en favor de la víctima;
- d. Una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad;
- e. El enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones;
- f. La celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- g. La inclusión de datos exactos sobre las violaciones de los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico;
- h. La prevención de una repetición de las violaciones del modo siguiente:
 - i. Sometiendo a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil;
 - ii. Limitando las competencias de los tribunales militares;
 - iii. Reforzando la independencia del poder judicial;
 - iv. Protegiendo a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos;
 - v. Enseñando a todos los sectores de la sociedad, en particular a las fuerzas militares y de seguridad y a los oficiales encargados de aplicar la ley, a respetar y conocer mejor los derechos humanos⁵².

⁵² Ídem.

Así también PIZA ROCAFORT explicaba ese concepto:

En cuanto a sus modalidades, la obligación de reparar se traduce:

- a. En la restitución de las cosas a su estado anterior (se incluyen aquí tanto las reparaciones *in natura* como las reparaciones en especie). Ejemplos: derogación de la ley discriminatoria, reapertura de un establecimiento cerrado ilegítimamente, readmisión en el servicio público, etc.
- b. En el pago de una indemnización o compensación pecuniarias.
- c. En satisfacciones de orden moral. Ejemplos de ellas en el derecho internacional son las disculpas, excusas, saludos a la bandera en caso de ofensas o ultrajes, etc.; en el derecho interno, la publicación de una retractación por injurias, calumnias o difamación.
- d. En la aplicación de medidas administrativas o disciplinarias tomadas contra funcionarios responsables⁵³.

En síntesis, la reparación implica la garantía de no repetición, la satisfacción y la rehabilitación. Todo en procura de una restitución *in natura*, concepto conexo con la *resitutio in integrum*, que indica la intención de producir la menor alteración posible a la víctima. Esta orientación no significa la adopción del criterio sancionatorio imperante en el sistema del *common law*.

Precisamente la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se expresó en los siguientes términos:

37. Los abogados solicitan, igualmente, el pago por el Gobierno de daños punitivos, como parte de la indemnización, por tratarse en el caso de violaciones extremadamente graves de los derechos humanos.

38. La expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”, es *compensatoria y no sancionatoria*. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, *este principio no es aplicable en el estado actual del derecho internacional*.

39. Por todo lo anterior la Corte considera, entonces, que la justa indemnización, que la sentencia sobre el fondo del 29 de julio de 1988 calificó como “compensatoria”, comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de MANFREDO VELÁSQUEZ⁵⁴ (cursiva fuera de texto).

53 RODOLFO PIZA ROCAFORT. *Responsabilidad del Estado y derechos humanos*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1988, p. 196.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, sentencia de reparaciones,

Respecto de otras formas de reparación la misma Corte precisó jurisprudencialmente lo siguiente:

XI. Otras formas de reparación

[...]

De conformidad con el resolutivo octavo de la sentencia de fondo dictada el 19 de noviembre de 1999, Guatemala debe realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos declaradas en dicho fallo y, en su caso, sancionarlas. La Corte ha afirmado que la obligación de garantía y efectividad de los derechos y libertades previstos en la Convención es autónoma y diferente de la de reparar. Mientras el Estado está obligado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, la víctima o, en su defecto, los familiares de ésta pueden renunciar a las medidas de reparación por el daño causado. En definitiva, el Estado que deja impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y quiénes fueron los agentes del Estado responsables de dichos hechos. “[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”. Además, este Tribunal ha indicado que el Estado “tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

Por consiguiente, la Corte reitera que Guatemala tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, identificar a sus responsables y sancionarlos.

En relación con la solicitud relativa a la exhumación del cadáver de HENRY GIOVANNI CONTRERAS, esta Corte considera que Guatemala debe adoptar las medidas necesarias para trasladar los restos mortales de dicha víctima al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, para satisfacer de esta manera los deseos de la familia de darle una adecuada sepultura, según sus costumbres y creencias religiosas.

En cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo

21 de julio de 1989, párrs. 37 a 39. Igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso GODÍNEZ CRUZ, Sentencia de reparaciones del 21 de julio de 1989, párr. 36.

con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de HENRY GIOVANNI CONTRERAS, FEDERICO CLEMENTE FIGUEROA TÚNCHEZ, JULIO ROBERTO CAAL SANDOVAL, JOVITO JOSUÉ JUÁREZ CIFUENTES y ANSTRAUN AMAN VILLAGRÁN MORALES. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas⁵⁵.

Este criterio jurisprudencial, de rango internacional, ha sido compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Winterwerp (Sentencia del 24 de octubre de 1979), oportunidad en la que se reconoció como forma de reparación a la víctima el derecho a recibir un tratamiento médico psiquiátrico. Lo propio hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad de Trujillo, en cuya oportunidad dijo:

En orden a reparar a la comunidad de Trujillo y a la sociedad colombiana, moral y socialmente afectadas por los sucesos violentos de que se trata, se recomienda al Gobierno diseñar y desarrollar en el menor tiempo posible un amplio programa de gasto e inversión social en la zona, efectuar un reconocimiento público y simbólico a las víctimas de los hechos violentos de que se trata y publicar ampliamente el presente Informe. Una síntesis de los hechos, conclusiones y recomendaciones se divulgará masivamente en los medios de comunicación en el plazo improrrogable de seis meses.

El Gobierno deberá diseñar y desarrollar un programa de retorno o reubicación de los desplazados con ocasión de los hechos violentos de Trujillo, que asegure su integración a la comunidad con programas específicos de empleo y estudio gratuito para los hijos de las víctimas en establecimientos del Estado.

El Gobierno deberá también asumir la atención integral de las personas o familias que fueron desplazadas forzosamente a causa de los sucesos violentos de Trujillo.

Para los efectos del reconocimiento simbólico al que se ha hecho referencia, se concertará con los familiares de las víctimas la construcción, en el municipio de Trujillo, de un monumento en su memoria, con cargo al presupuesto nacional⁵⁶.

Adicionalmente, en el elenco de la nueva tipología de daños, el derecho internacional de los derechos humanos se refiere al denominado daño al proyecto de vida, respecto del cual la misma Corte Interamericana de Derechos Huma-

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VILLAGRÁN MORALES, sentencia de reparaciones, del 26 de mayo de 2001, párrs. 98 y ss., entre otras.

56 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11007, Trujillo, solución amistosa, informe final, Bogotá, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 1995, p. 152.

nos insiste en el tema de la realización personal, de las opciones de vida como expresiones de garantía de libertad:

... el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

[...]

En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*⁵⁷.

Y respecto del denominado daño social se pone en evidencia la violación o daño que afecta al grupo social:

Daño social, o perjuicio social: éste, tal vez, es el más interesante avance de la jurisprudencia de la Corte IDH; este tipo especial de daño se presenta cuando una violación a

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso LOAYZA TAMAYO, sentencia de reparaciones, párrs. 147 y ss.

los derechos humanos produce tal impacto que transgrede la esfera subjetiva del daño a la persona, para convertirse, por la gravedad de la violación, en un daño a la comunidad, agravación producida por la atrocidad del acto cometido y su incidencia directa en la comunidad; por ende, la reparación también debe envolver a la comunidad afectada; el más claro ejemplo se da en el caso *Aleboetoe vs. Surinam*, donde la Corte IDH determinó como forma de reparación social la construcción de una escuela y un puesto de salud a la comunidad afectada⁵⁸.

Igualmente, J. C. HENAO se refiere a la posible participación del derecho internacional en el tema de los derechos humanos, en el derecho interno de las obligaciones emanadas del deber reparador:

Merecen entonces ser tenidos en cuenta los aportes que hace el derecho internacional humanitario cuando estima que la indemnización no sólo es la tradicional pecuniaria, sino la indirecta o imperfecta (por ejemplo: modificación de un acto legislativo o cesación de efectos de una decisión judicial interna)⁵⁹.

No hay duda, pues, acerca de las nuevas expresiones doctrinarias sobre los inveterados conceptos que nutren el derecho de la responsabilidad y de las obligaciones, referidas a las acciones de grupo o de clase, en las cuales el juez está llamado

⁵⁸ HINESTROSA. Ob. cit., p. 115.

⁵⁹ JUAN CARLOS HENAO. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 127. En un sentido similar, HINESTROSA expresaba: “*La tipología de daños en el DIDH puede nutrir de manera abundante las reparaciones e indemnizaciones en el derecho interno*. Daños como el proyecto de vida pueden servir de sustento en aras de lograr lo que en derecho internacional y derecho interno se propone: una *restitutio in integrum* a la víctima. Aparte el concepto de daño social, es un elemento que deben acoger los tribunales internos, sobre todo cuando actualmente se tiene en vigencia acciones colectivas como las acciones populares y las acciones de grupo. El derecho interno debe hacer suya la inquietud del derecho internacional sobre la acción preventiva de las reparaciones e indemnizaciones, por cuanto es obvio y de elemental lógica que es más eficaz prevenir que reparar, y en este sentido puede tener un mayor alcance la dimensión preventiva de las reparaciones; esto obviamente no puede configurar un fallo *extra petita*, pues la reparación es un conjunto en el cual la indemnización es sólo un elemento. Las reparaciones en el mundo actual deben tender a desmonetizarse, pues no todo daño puede ser evaluable en dinero; medidas como la garantía de no repetición, la honra de las víctimas mediante construcciones a la comunidad, la rehabilitación psicológica y física de las víctimas deberían ser conceptos que se manejaran en el derecho interno de los Estados, pues el fin último es permitir que la víctima pueda retornar a la situación anterior a la que sufrió el daño, y en este sentido el dinero puede quedarse corto a la hora de reparar a las víctimas. Pues, como lo afirmaba la madre del menor ROISSON MORA. “Todo el dinero del mundo no me puede devolver a mi ROISSON, él ya se murió y yo todavía estoy aquí, pero más que el dinero, a mí me conforta que el Presidente don ERNESTO SAMPER nos haya hoy presentado excusas, eso es más reconfortante que la plata que me han pagado”. Casos como éste, *obligan a pensar si la reparación a la víctima se agota con el hecho de otorgarle una satisfacción monetaria*”: ob. cit., p. 186.

a jugar un papel decisivo en temas fundamentales como la adopción de medidas cautelares, la decisión de retirar un producto del mercado o la orden de reparar a la comunidad, afectada incluso por un daño de origen ambiental⁶⁰.

La prevención se erige como una nueva dimensión del concepto reparador previo, o impediendo el daño más allá del ya causado o del que se vislumbra. Quizá la reparación en su nueva forma tienda a desmonetizarse en cuanto no todo daño es evaluable en numerario, y se imponen medidas como la garantía de no repetición de los hechos dañinos, o las decisiones de honrar a las víctimas mediante obras en provecho comunitario o el mandato para la rehabilitación psicológica y física de las víctimas, tal como se viene haciendo en el derecho interno y que hoy debe aplicarse por los Estados a las personas calificadas como desplazados por los fenómenos de la violencia.

Así por ejemplo, y de nuevo en relación con el daño ambiental, se entabló una acción popular en contra de la Empresa Nacional de Electricidad (Endesa), en los juzgados de Vinaroz (España), la cual produjo como resultado el compromiso de Endesa para instalar medidores de contaminación, realizar obras de recuperación de flora y fauna, construir y habilitar caminos rurales y balsas contra incendios.

En cuanto a los intereses difusos, en el caso *Yellow Cab Company*⁶¹, las cortes de California dispusieron, como forma de reparación por un cobro exagerado, la rebaja uniforme y continua de las tarifas de taxis.

Respecto de las medidas de retirar un producto del mercado se tiene, por ejemplo, la *class action* entablada en contra de la compañía Bridgestone, en la cual se dispuso retirar del mercado las llantas Firestone, con las que se ensamblaban las camionetas Ford Explorer; tal medida fue de aplicación universal y no sólo para Estados Unidos. Tal vez el caso más celebre y uno de los más funestos es el caso de la Talidomida, producto fabricado por la compañía Distillers; por su ingestión miles de madres embarazadas perdieron sus bebés o sufrieron como consecuencia una grave y anormal malformación del feto⁶². Fue este uno de los casos precursores en estas formas de reparación pues ocurrió hace más de 30 años.

Se ve entonces que hay una tendencia universal para dotar de mayores elementos a las víctimas en sus reparaciones y así propender por un nuevo concepto de daño y responsabilidad bajo el Estado social de derecho.

60 Recordemos el caso del "Exxon Valdez", que derramó más de 240.000 barriles de petróleo en alta mar; en ese caso los daños, que son más que individuales, de la comunidad se estiman en más de 1.500 millones de dólares.

61 433 P.2d 732, Cal.

62 Queen's Bend División, Distillers cause, 30 de julio de 1973.

CONCLUSIONES

De todo este marco de análisis podemos extractar aspectos muy puntuales que ayudarían a entender de mejor manera nuestra exposición.

En este orden de ideas, una obligación es una manifestación evidente, real y física de la voluntad humana; la obligación comprende el momento en el cual la voluntad deja de ser un acto íntimo del ser y se expresa en una realidad física, a la cual se le atribuyen consecuencias; tales consecuencias, hoy en día, están reguladas por el orden jurídico. Más que una dimensión subjetiva, la obligación es un concepto objetivo, según el cual el hombre hace una demostración física de su voluntad imponiéndosele un orden jurídico que regulará la manifestación de su voluntad y sus consecuencias.

En el Estado social de derecho se ha producido el fenómeno de la constitucionalización del derecho, que evidenció la subordinación de las actividades públicas y privadas a la Carta Política, en punto de las obligaciones emanadas de los derechos fundamentales.

Por ello, se ha destacado el tema de la autonomía privada, mas esto también envuelve a un conjunto de conceptos que hoy permiten establecer que la distinción entre obligaciones de derecho público y privado es cada día menor, pues estando en juego los fines immanentes del Estado, como la participación de la comunidad, el imperio de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución, estamos hablando de obligaciones universales, unívocas e indistintas.

A su vez, el derecho internacional ha permitido que se establezcan obligaciones de manera directa a los particulares; tal situación ayuda a reforzar el postulado según el cual existe una sujeción por igual del Estado y los particulares al orden jurídico.

Este concepto es de doble vía pues permite que en las relaciones jurídicas y en general en los estrados judiciales las diferencias entre Estado y particular sean cada vez menores.

Ahora, sobre el tema de la responsabilidad podemos anotar que existe una tendencia a reevaluar el derecho de daños, desde la perspectiva de la víctima, que tiene como objetivo, la humanización de este derecho en aras de considerar a la víctima como sujeto partícipe de su reparación.

La reparación debe apuntar al concepto de la *restitutio in integrum*, y bajo ese marco permitir otras formas de reparación que no sea únicamente la monetaria, pues en el derecho actual se busca desmonetizar los daños y permitir a la víctima un adecuado disfrute de sus derechos y la obtención de una adecuada, justa e íntegra reparación.

En el Estado social de derecho surge la inquietud del papel del juez en acciones como las de clase o grupo, y en general el juez debe tener una mayor

dimensión activa que le permita también proteger los intereses de la comunidad, que muchas veces no se agotan con la indemnización clásica.

Medidas como la recuperación moral y psicológica de la víctima, así como medidas de prevención, ayudan a perseguir este objetivo.

Hay una nueva fase en la responsabilidad y es el papel preventivo, en aras de proporcionar una garantía de no repetición del hecho dañoso que a su vez permita a la comunidad y en general a las víctimas evitar encontrarse de nuevo en la situación nociva.

Muchas son las reflexiones que a diario suscita el tema de las obligaciones, en el orden interno y en el orden internacional, y muy escasas las ocasiones felices como la presente⁶³ para discurrir sobre el que ha sido motivo de vida intelectual para nuestro Rector magnífico, a quien con justicia celebramos sus 40 años de entrega a la causa externadista.

63 Agradecimiento especial a JUAN PABLO HINESTROSA, quien colaboró estrechamente en la investigación de los temas referentes al presente escrito.

PIERANGELO CATALANO

El derecho contra la “deuda”

I. ACREEDORES Y DEUDORES: LA “GLOBALIZACIÓN” CONTRA EL UNIVERSALISMO JURÍDICO

La contradicción principal en el mundo de hoy, “globalizado”, es entre acreedores y deudores¹.

En el siglo xx, los pueblos de los países pobres (del llamado Tercer Mundo) han sido sometidos a una nueva esclavitud²: la “esclavitud” de un acreedor que conduce al deudor a la muerte política (para las capas sociales más débiles, hasta física), en un mercado de capitalistas que no reconocen los tradicionales límites religiosos, morales y jurídicos de la usura.

El estudio de la Biblia (así como de los Padres y de los Doctores de la Iglesia) y del derecho romano ha logrado desenmascarar los mecanismos falsamente “legales” de los préstamos internacionales³.

-
- 1 Cfr. B. A. DUMAS. “Il debito estero dei paesi poveri” en *Aggiornamenti sociali*, año XLIII, septiembre-octubre, 1992, pp. 639 y ss.; S. BERNAL. “Le sfide della globalizzazione alla riflessione sulla vita economica e sociale”, en *Studia Moralia*, 35, 1, junio, 1997, pp. 181 y ss.; G. MIGLIETTA. “Il debito estero dei paesi poveri. Il dibattito etico (1987-1999)”, *Rivista di Teologia Morale*, n.º 121, enero-marzo, 1999, pp. 71 y ss.; J. GOROSQUIETA S. I., “Il debito estero oggi”, en *La Civiltà Cattolica*, año 150, n.º 3575, 5 de junio de 1999, pp. 464 y ss.; A. COLOMER VIADEL (coord.). *La deuda externa. Dimensión jurídica y política*, Actas del VI Coloquio América Latina y Europa, Colección Problemas Internacionales, n.º 26, Madrid, Iepala, 1999; G. SALVINI. “Il debito estero dei paesi poveri”, en *La Civiltà Cattolica*, a. 152, n.º 3626, 21 de julio de 2001, pp. 160 y ss.; P. CATALANO y A. SID AHMED (dirs.). *La dette contre le droit. Une perspective méditerranéenne*, vol. 2, Collection Systèmes Juridiques de la Méditerranée. Études et documents Paris, Isprom-Publisud, 2001; L. SALUTATI. *L'attuale configurazione del sistema economico-finanziario mondiale e il debito internazionale dei paesi in via di sviluppo: causa ed effetto di una economia impostata su base istituzionalmente usuraria*. Pars dissertationis ad doctorandum in Theologia Morali consequendum, Pontificia Universitas Lateranensis, Academia Alfonsiana, Roma, 2001.
 - 2 Cfr. H. ASSMANN. “Dívida externa, a escravidão do século xx”, en la Revista *Humanidades*, Universidade de Brasília, año V, 1988, n.º 17, pp. 68 a 81; P. CATALANO. “Raça cósmica e nova escravidão por dívidas”, en *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, SANDRO SCHIPANI (“Roma e America”, Collana di studi giuridici latinoamericani, 8), Padova, CEDAM, 1995, pp. 1 a 9; “La deuda externa: ¿esclavitud del tercer milenio?”, en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, año XIX, n.ºs 3 y 4, Caracas, Universidad Simón Bolívar, julio-diciembre, 1996, pp. 241 y ss.
 - 3 Cfr. los escritos de ANDRÉ FRANCO MONTORO y de RAFAEL CALDERA (infra, nota 13), y de S. SCHIPANI. “Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori”, en *Apollinaris*, LXV (1992), Pontificiae Universitatis Lateranensis, pp. 627 a 663; ID. “Sul quadro etico e giuridico del debito internazionale. Verso un parere consultivo della Corte dell’Aja”, en *I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie*, año IV, n.º 2, mayo-agosto, 1993, pp. 5 y ss.; ID. “Sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa. Para un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia”, en *Externado. Revista Jurídica*, vol. 7, n.º 2, abril, 1995, Bogotá, pp. 39 y ss. (= en *Derecho*, 49, diciembre, 1995, Pontificia Universidad Católica, Lima, pp. 271 y ss.); ID, “La prospettiva romanistico-civilistica”, en *Iustitia*, julio-septiembre, 2001, pp. 361 a 400; “Principios generales del derecho para un “Código Tipo” de los contratos en América Latina”, en *Boletín* (Asociación venezolana para el estudio y difusión de derecho romano, Universidad de los Andes, Mérida), n.º 4 (1998-1999), pp. 41 y ss.; P. CATALANO. “Em defesa da Roma Americana”, en *Notícia do direito brasileiro*, Universidade de Brasília-Faculdade

La ausencia de un poder jurídico universal (*auctoritas publica universalis*, según la constitución *Gaudium et spes*, n.º 82) hace difícil una efectiva aplicación del derecho. Nosotros los profesores continuaremos acumulando volúmenes de ciencia jurídica, pero tendremos que chocar siempre con la falta de una autoridad pública universal. Lo que existe hoy es un poder de hecho “global”, de ningún modo universal: la plutocracia, que efectivamente obstaculiza la aplicación de los principios morales y jurídicos. Es lo que el pontífice romano PABLO VI en la encíclica de 1967 *Populorum progressio* (n.º 26), con las palabras del pontífice romano Pío XI en la encíclica de 1931 *Quadragesimo anno* (n.º 109), llama “imperialismo internacional del dinero”; y el pontífice romano JUAN PABLO II “estructuras de pecado” (*Sollicitudo rei socialis*, n.ºs 35 a 39; cfr. n.º 19 sobre el “mecanismo” de la deuda internacional).

Debemos esperar que, en el tercer milenio, los hombres sobrepasen las estrechas perspectivas de los Estados nacionales y cesen, no solamente las crueldades sangrientas de las guerras militares, sino también las crueldades hipócritas de las guerras económicas. Las instituciones internacionales deberán oponerse a los abusos de los poderosos (“estatales” o “privados”) y en particular a los mecanismos (mejor: “maquinaciones”, conforme con las palabras del emperador JUSTINIANO) contruidos por los acreedores. SAN AMBROSIO (funcionario imperial, obispo de Milán a partir del año 370) ya había mostrado con fuerza y clari-

de Direito, nova série n.º 2 (2.º semestre de 1996), pp. 161 y ss.; “Religione, morale, diritto nella prospettiva dello ‘ius Romanum’ (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1, 1996, pp. 3 a 14 (= en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, pp. 393 y ss.); ID. “A proposito della Carta di Sant’Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale”, en *Studia Moralia*, 36-1, junio-julio, Roma, 1998, pp. 285 y ss.; ID. “Direitos humanos e dívida externa”, en *Direitos humanos no século XXI*, Parte I, IPRI-Senado Federal, Brasília, 1999, pp. 357 y ss.; ID. “A ‘dívida’ contra o direito”, *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados “Justiça: realidade e utopia”*, Rio de Janeiro, 29 de agosto-2 de septiembre de 1999, II, OAB-Conselho Federal, Brasília, 2000, pp. 1605 y ss.; ID. “Princípios gerais do direito, direito à vida e dívida externa”, *Revista Forense*, vol. 354, pp. 197 y ss.; ID. “Aspectos jurídicos de la deuda externa”, en *Cumbre de la deuda social y la integración latinoamericana*, Grupo Parlamentario Venezolano del Parlamento Latinoamericano, vol. II, Caracas, 2001, pp. 168 a 170; A. VILLAÇA AZEVEDO. “Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento”, *Revista dos Tribunais*, año 84, agosto, 1995, vol. 718, pp. 7 y ss.; B. KUNICKA-MICHALSKA. “Aspectos penales de la deuda externa latinoamericana” en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 3, n.º 9, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, enero-marzo, 1995, pp. 12 y ss.; R. LOPES BECHO. “Dívida externa: problema jurídico”, en *Dívida externa e princípios gerais de direito*, Curso internacional de extensão para juízes federais, AJUFE-Associação dos Juízes Federais do Brasil, Brasília 2002, pp. 9 y ss.; cfr. también la “Bibliografia essenziale”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 14, 2002, pp. 235 y ss.

dad la estrecha conexión entre guerra y usura: “*Ab hoc usuram exige, quem non sit crimen occidere [...] ubi ius belli, ibi etiam ius usurae*”: *De Tobia* 15, 51⁴.

Hoy tenemos que confiar en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Corte Internacional de Justicia, para un reconocimiento de la vigencia de los principios generales del derecho y de los derechos humanos⁵. O mejor, tenemos que esperar la futura *auctoritas publica universalis* para contrastar efectivamente el poder global y la guerra económica de la “usurocracia”⁶.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS ROMANOS PARA LA DEFENSA DE LOS DEUDORES (DE LAS XII TABLAS AL “CODEX IUSTINIANUS”)

La defensa de los deudores es el rol principal de los abogados inspirados por los principios romanos, siguiendo el precepto del emperador romano LEÓN I en la constitución (Constantinopla, año 469) concerniente al rol de los abogados para la defensa de “los que sufren”⁷.

Los tradicionales límites jurídicos a la usura y el principio del *favor debitoris*, vigentes desde el derecho de la antigua República romana hasta la tradición iberoamericana, han sido destacados, nuevamente, por el profesor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ex presidente del Supremo Tribunal Federal del Brasil. Este romanista empezó en el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Mérida, Venezuela, 1987) la reconstrucción de la memoria histórica de los juristas.

Hace dos mil años, en Roma, se reprimía la usura más duramente que el hurto (excepto el caso de hurto “manifiesto”); así se expresó CATÓN el Censor en el proemio de la obra *De re rustica*: “*Maiores nostri sic habuerunt, et ita in legibus*

4 Contra los usureros ibíd., 3.11: “*usura solvit qui victu indiget*”; 14.49; pássim.

5 Cfr. ahora “*Da Roma a Roma*”. *Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale Penale Internazionale*, “Quaderni IILA”, Serie Diritto n.º 1, Istituto Italo-Latino Americano, Roma, 2002; cfr. P. BENVENUTI. *L'accertamento del diritto mediante pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, 1985.

6 El término “usurocracia” fue utilizado por EZRA POUND, el gran poeta norteamericano, también economista: E. POUND. *Lavoro ed usura*, “Prefazione” de P. SAVONA, Milano, Edit. All’Insegna del Pesce d’Oro, 1996; ID. *Radiodiscorsi*, Ravenna, Edit. del Girasole, 1998.

7 *Codex Iustinianus*, 2. 7. 14: “Los abogados, que aclaran los hechos ambigüos de las causas, y que por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos, y en los privados, levantan las causas caídas, y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano no menos que si en batallas y recibiendo heridas salvasen á su patria y á sus ascendientes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren” (GARCÍA DEL CORRAL [trad.]).

posuerunt, furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli; quanto peiorem ciuem existimarent feneratorum quam furem, hinc licet existimare”. Este sentimiento moral y jurídico, que se remonta a las XII Tablas, parece resistir en el corazón de los Romanos de hoy, por muy decaídos que éstos estén: todavía hoy, en Roma, parece que el pueblo tiene mayor repugnancia hacia el usurero que hacia el ladrón.

La prohibición de intereses usurarios está enraizada en el derecho romano desde las XII Tablas (VIII, 18; cfr. TÁCITO. *Ann.*, 6.16.2; CATÓN. *De re rust.*, praef.); y es considerada de derecho común inderogable también en las relaciones internacionales (*lex Sempronia*: TITO LIVIO 35,7). Cfr. en general, *Codex Iustinianus*; para la prohibición del anatocismo, también *Digesta Iustiniani*.

EUGENIO PACELLI (el futuro pontífice romano Pío XII), en la monografía *La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico*, editada en Roma en 1912, recordaba, como ejemplo de ley obligatoria también para los no ciudadanos, el plebiscito Sempronio del 193 a. C., que reprimía los “fraudes de los usureros”.

Debemos recordar el derecho universal establecido por el emperador JUSTINIANO, quien quiso contrarrestar las que él llamaba *machinationes creditorum* (“maquinaciones de los acreedores”), sobre todo de las “personas ilustres”, de los banqueros y de los comerciantes. Me refiero a la constitución del 528 (C. 4.32.26), que dispone en general como límite máximo de los intereses el 6% (4% para las “personas ilustres”; 8% para los banqueros y comerciantes). Una constitución del 529 (C. 4.32.28) refuerza las antiguas leyes que prohíben las *usurae usurarum* (anatocismo). Hoy las *usurae usurarum* constituyen la causa principal de la “deuda externa”.

Deben ser condenadas, incluso penalmente, las prácticas usurarias transnacionales e internacionales.

Sin olvidar que el derecho romano establece para los usureros la pena de la infamia: cfr. *Codex Iustinianus* 2.11.10; 4.32 (“*De usuris*”). Esta doctrina es, al mismo tiempo, religiosa, moral, jurídica: cfr. ALFONSO MARIA DE’ LIGUORI, *Theologia moralis*, libro III, capítulo III, n.º 792; libro VI, capítulo V, n.º 363 (cfr. infra III).

En esta tradición podemos resaltar el artículo 21, 3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica” de 1969) que dispone la represión de la usura como forma de explotación del hombre.

Como abogados debemos recordar la vigencia del principio *ex iniuria non oritur ius*, inspirado en la conciencia jurídica universal. En todos los ordenamientos de derecho civil la situación que emerge de la ilicitud originaria no desaparece con el reconocimiento de la deuda. En el ordenamiento argentino, el artículo 723 del C. C. dispone: “Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemen-

te al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber”. Este texto del gran romanista DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD resulta premonitorio en relación a un nuevo aspecto del problema de la deuda externa (como lo observa el abogado ALFREDO E. ALLENDE, diputado de la República Argentina, en un escrito de 1998).

Contra los grandes peligros sociales de la globalización tenemos que reafirmar la universalidad de los principios jurídicos romanos. Esto implica, en particular, negar rotundamente la separación entre derecho y moral.

III. EL DERECHO ROMANO Y LA TEOLOGÍA MORAL

A. En el Catecismo (n.º 2269, sobre homicidio voluntario y prácticas usurarias)⁸, así como en otros documentos de la Iglesia Católica⁹, se desarrolla un pensamiento teológico-moral y también jurídico, con una línea de continuidad desde los siglos anteriores, cuya síntesis se encuentra en la obra de S. ALFONSO M. DE' LIGUORI¹⁰.

8 “El quinto mandamiento prohíbe hacer algo con intención de provocar *indirectamente* la muerte de una persona. La ley moral prohíbe exponer a alguien sin razón grave a un riesgo mortal, así como negar la asistencia a una persona en peligro. La aceptación por parte de la sociedad de hambres que provocan muertes sin esforzarse por remediarlas es una escandalosa injusticia y una falta grave. Los traficantes cuyas prácticas usurarias y mercantiles provocan el hambre y la muerte de sus hermanos los hombres, cometen indirectamente un homicidio. Este les es imputable (cfr. Am 8, 4-10)”.

9 Presentado dos decenios después de la encíclica *Populorum progressio* (n.ºs 23, 26, 54), se constituye como fundamental el documento de la Pontificia Comisión “Iustitia et Pax”, *Al servicio de la comunidad humana: una consideración ética de la deuda internacional*, del 27 de diciembre de 1986 (acogido en la encíclica *Sollicitudo rei socialis* de JUAN PABLO II del 30 de diciembre de 1987, n.ºs 19 y 24), que tiene por objeto una consideración de la deuda internacional desde la perspectiva ética. Este documento es un insustituible punto de referencia. En él se dicuten las responsabilidades de los países industrializados en relación con los deudores, dado que con frecuencia las tasas de interés aplicadas son elevadas y hacen pesados los reembolsos, agravando la pobreza de los países en vías de desarrollo; se afirma claramente que los acreedores no tienen derechos para el pago de los intereses, para las condiciones y los tiempos de reembolso si los préstamos han sido contratados con tasas usurarias, o cuando han servido para financiar proyectos acordados a precios abusivos gracias a complacencias fraudulentas. Recordamos también algunos documentos más recientes: encíclica *Centesimus annus*, 1.º de mayo de 1991, n.º 35; carta apostólica *Tertio millennio adveniente*, 30 de noviembre de 1994, n.º 51; exhortación apostólica postsinodal *Ecclesia in Africa*, 14 de septiembre de 1995, n.º 120; pontificio consejo “Cor Unum”. *La fame nel mondo. Una sfida per tutti: lo sviluppo solidale*, 4 de octubre de 1996, fiesta de San Francisco de Asís (n.º 42); cfr. L. ORTIZ LOZADA (secretario ejecutivo del Departamento de Pastoral Social del Consejo Episcopal Latinoamericano-CELAM). “La deuda externa en el pensamiento social de la Iglesia Católica”, en COLOMER VIADEL (coord.). *La deuda externa*, cit., pp. 247 y ss., y el volumen *La deuda internacional responsabilidad de todos. IX Curso de formación de doctrina social de la Iglesia (= Corintios XIII. Revista de teología y pastoral de la caridad, 91-92, julio-diciembre, 1999)*; cfr. también R. COPPOLA. “Processo di globalizzazione e indebitamento estero nella posizione della Santa Sede”, en *Ius Ecclesiae. Rivista internazionale di diritto canonico*, 12, 2000, pp. 163 y ss.

10 Cfr. M. CESCHINI. “La dottrina di Sant’Alfonso su usura e interesse”, en *Segno*, año XXII, n.º 172,

La doctrina de S. ALFONSO M. DE’ LIGUORI es al mismo tiempo moral y jurídica. Es un claro resultado del uso que el Doctor de la Iglesia hace de la antigua jurisprudencia romana, en particular con relación a la propiedad y a los contratos¹¹.

En la *Theologia moralis* (liber III, tractatus IV, caput I “Quid Quinto Praecepto prohibeatur: *Non occides*”), SAN ALFONSO inicia así a responder al *Dubium* IV “An aliquando liceat occidere innocentem”: “Resp. Directa intentione et scienter nunquam licet: nisi Deus, omnis vitae Dominus, concedat. Indirecte autem et per accidens aliquando licet, utendo nimirum suo jure, et dando operam rei licitae et necessariae, ac tanti momenti, ut vitae aequivaleat. S. Thomas, et doctores communiter” (n.º 393).

El punto de referencia jurídico (“suo jure”) permite desarrollos precisos, ya sea en cuanto a la relación entre *cives* y *res publica* contra el tirano (“homo est tantum pars moralis rei publicae”: ídem), ya sea en cuanto a la relación entre *fetus* y *mater* (n.º 394). Podemos afirmar, con consciente anacronismo, que el “derecho a la vida” es encuadrado por el doctor de la Iglesia en una visión “anti-individualista” de la moral y del derecho.

Para comprender exactamente el nexo entre estos *dubia* y los debates en el mismo libro III, tractatus V “De Septimo praecepto *Non furtum facies*”, en relación también a la restitución, a los contratos y, en particular, a la usura, es necesario reconstruir la concepción unitaria de la religión, la moral y el derecho que sostiene la obra de SAN ALFONSO MARIA DE’ LIGUORI.

Esta concepción se expresa en el *liber* I, tractatus II “De legibus”, en particular a través de las distinciones conceptuales: *ius naturae* e *ius positivum* (n.º 102); *ius divinum* e *ius humanum*; *ius ecclesiasticum* e *ius civile* (n.º 103); *leges ecclesiasticae* e *leges civiles*; *leges imperiales* o *ius commune* y *leges regiae* o *ius municipale* (n.º 105; cfr. 136-139). SAN ALFONSO tiene el respaldo también de la jurisprudencia romana.

En el libro III de la *Theologia Moralis*, consideramos el “Tractatus Quintus. De Septimo praecepto *Non furtum facies*”.

En el “Preambolus” (“De justitia et jure”), se trata también de las formas de adquisición del *dominium* (n.ºs 493 y ss.), fundándose esencialmente en las *Institutiones* y sobre algunos textos de los *Digesta* de JUSTINIANO.

En el *caput* I (“De furto”), la distinción entre *ius naturale* e *ius gentium* es implícitamente la que resulta de la ejemplificación de HERMOGENIANO (en *D.*

febrero, 1996, Palermo, pp. 81 y ss.; M. FABRI DOS ANJOS. “Sant’Alfonso e l’usura. Una rilettura latinoamericana”, en *Segno*, año XXII, n.º 176, junio, 1996, Palermo, pp. 37 y ss.

11 Cfr. CATALANO. “Religione, morale, diritto nella prospettiva dello *ius Romanum* (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)”, cit.

1.1.5); en particular, en lo que se refiere al *dominium*, que es instituto del *ius gentium* y no del *ius naturale*. “... Certum est eum qui est in extrema necessitate constitutus, posse alienum surripere, quantum sufficit ad se a tali necessitate liberandum. Ita communiter DD. cum D. Thoma. Ratio S. Doctoris, quia in tali casu omnia sunt communia. Jus enim gentium, quo divisio facta fuit bonorum, non potest derogare juri naturali, quod cuique competit sibi providendi, dum extrema necessitate laborat” (n.º 520).

En el *caput* II (“De restitutione”) y en el *caput* III (“De contractibus”), las citas de los *Digesta* y del *Codex Iustiniani* son numerosísimas: cfr. n.ºs 584, 604, 607, 616, 618, 620, 627, 629, 641, 649, 650, 654, 690, 692, 699, 700, 707, 708, 711, 715, 716, 718, 719, 720, 722, 723, 724, 725, 727, 730, 747, 750, 751, 756, 757, 768, 770, 783, 790 etc. Me limitaré a subrayar aquí algunos textos en materia de mutuo y de usuras.

B. El problema de las “personas jurídicas”, en lo que se refiere al mutuo, se resuelve con base en un texto de ULPIANO (D. 12.1.27). Cfr. *Theologia Moralis*, libro III, 756: “Sed hic notandum 1.º. Quod mutuum praestitum ecclesiae, causae piaae aut universitati non potest repeti, nisi probetur in utilitatem illius conversum fuisse, *l. Civitas, ff. de rebus creditis*”.

El problema de si el usurero adquiere o no la propiedad de lo que lucra como intereses se resuelve, negativamente, con base en un texto de PAULO (D. 41.1.31): “*Quaestio 6a. Utrum usurarius acquirat dominium lucri usurarii? Affirmant Lugo; ac Scotus, Sà, Navarrus, etc., apud Salmant. Quia mutuarius, quamvis coacte det (et ideo usurarius teneatur ad restitutionem), dat tamen libere et transfert dominium: sicut transfert qui metu coactus rem vendit. – Sed oppositum tenendum cum S. Thoma, et communi cum Salmant., Concina, Tournaly. Et ratio est, quia contractus usurarius est omni jure nullus; nuda autem traditio rei dominium non transfert, ut habetur in l. Nunquam, ff. de acquirendo rerum dominio*” (n.º 783).

Otro texto de PAULO (D. 46.8.13) es utilizado por SAN ALFONSO para resolver, positivamente, el problema de si el mutuante puede exigir intereses a título de lucro cesante: “Hunc titulum approbat *l. 13, ff. Rem ratam hab.*; et expresse videtur approbasse SS. noster Pontifex Benedictus XIV, dicens: *Neque item negatur, posse multoties pecuniam ab unoquoque suam, per alios diversae prorsus naturae a mutui natura contractus, recte collocari et impendi: sive ad proventus sibi annuos conquirendos, sive etiam (nota) ad licitam mercaturam et negotiationem exercendam, honestaque indidem lucra percipienda*” (n.º 768).

Asimismo, la cuestión de si el mutuante puede pactar el pago de una suma cuando sean inciertos el daño emergente o el lucro cesante, está resuelta por SAN ALFONSO debatiendo sobre D. 9.2.29.3 (ULPIANO), D. 19.1.12 (CELSE) y la Glosa: cfr. n.º 770.

De gran importancia, en vista de las cuestiones de hoy acerca de los principios sintetizados en las expresiones *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* (de las cuales son bien conocidas las consecuencias en materia de deuda internacional), es el desarrollo del pensamiento alfonsino como conclusión de *caput* III, *dubium* II, n.º 720. SAN ALFONSO parte de la *sententia* de quienes se basan también en un conocidísimo texto de los *Digesta Iustiniani* (D. 14.2.7.4 ULPiano) y así, siguiendo a SANTO TOMÁS, concluye con base en SÉNECA (*De beneficiis* 4, 35):

Et probant ex S. Thoma, qui docet promissionem obligare tantum secundum honestatem, non autem secundum jus civile, id est secundum justitiam, ut explicant Salmant. Et insuper probant ex *l. Juris gentium*, § *Sed cum nulla*, ff. de pactis, ubi dicitur quod nuda pactio obligationem non parit. – Et huic adhaeret Pater Concina, sentiens raro esse obligationem ex justitia in simplici promissione. Notandum autem est ut certum quod quaevis promissio, etiam acceptata, non obligat, si postea promissum reddatur impossibile, seu valde nocivum, vel illicitum, vel inutile: et generaliter loquendo, quoties supervenit notabilis mutatio rerum, quae si praevisa fuisset, non fuisset facta promissio; quia semper promissio facta praesumitur sub tali tacita conditione. – Ita communiter Viva et Salmant., Continuator Tournely. Idque expresse docet D. Thomas, ubi loquens de obligatione promissoris, ait: *Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus: uno modo, si promisit id quod manifeste est illicitum. Alio modo, si sunt mutatae conditiones personarum et negotiorum: ut enim Seneca dicit: Ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneant.*

Por lo que se refiere a las penas contra los usureros, es implícita la referencia al derecho romano: “2.º Usurarius publicus sive notorius non debet admitti ad Communionem altaris nec absolvi, donec restituat usuras, nec sepeliri in loco sacro; et qui scienter sepelit, ipso facto est excommunicatus. 3.º. Addit Laymann, ejus testamentum ipso jure irritum esse, nisi ante mortem restituerit. Vide Lessium, Bonacina, Trullench”. – [Item usurarii sunt infames. Salmant.]” (lib. III, cap. III, n.º 792); cfr. libro VII, capítulo V, n.º 363 acerca de la *infamia*. También aquí es sólida la raíz romana: la constitución de DIOCLECIANO y MAXIMIANO del 290 (C. 2.11.20): “Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est”; cfr. el título *De usuris* del *Codex Iustinianus* (4.32).

C. De la *Theologia moralis* del Doctor de la Iglesia SAN ALFONSO M. DE LIGUORI resulta clarísima la estructura de la relación entre moral y derecho: se parte de la superioridad del derecho natural sobre el derecho de gentes, en cuanto al problema de la propiedad; se pasa a través de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, cláusula general de los contratos; se reafirma que los créditos en relación a una colectividad pueden ser pretendidos solamente cuando las sumas hayan sido usadas para la utilidad de la colectividad misma; y se llega a precisar que el usurero no adquiere la propiedad de lo que obtiene con la usura. Todas las

rigurosas argumentaciones de SAN ALFONSO M. DE' LIGUORI que, como ya se sabe, fue también abogado, están basadas en fuentes jurídicas romanas.

En la espera de un código de conducta internacional y del posible reordenamiento normativo-doctrinal de la materia negocial, con referencia esencial al contrato de mutuo (cuya característica es la de tener comúnmente como objeto cosas sujetas a consunción mediante el uso, entre las cuales también el dinero, que “*licet non absumatur nec pereat in se, perit tamen exponenti*”: *Theologia moralis*, lib. III, 754), son de máxima importancia los párrafos de la obra de SAN ALFONSO arriba citados. Aquellos párrafos se refieren a la prohibición de la usura y particularmente del anatocismo; al cese de la obligación que deriva de una promesa en caso de cambio del objeto o de las circunstancias del incumplimiento; a la imposibilidad de repetir la suma prestada a la *universitas* (es decir también a la comunidad estatal, además de la Iglesia y de la causa pía) cuando no se pruebe que se haya convertido en utilidad de la misma; además, considerando la nulidad absoluta del contrato usurero, el Doctor de la Iglesia niega la propiedad del lucro ilegítimo al usurero.

En la teología moral del Santo Doctor existen fórmulas que, sobre la base de la jurisprudencia romana, anticipan las soluciones jurídicas adecuadas al problema del endeudamiento externo, en sus nexos con la vigencia de los principios generales del derecho (*ius cogens*)¹² y con el inalienable derecho a la vida de cada uno de los pueblos y de cada uno de los hombres.

IV. “DEUDA EXTERNA” Y LUCHA POR EL DERECHO: HACIA UN DICTAMEN CONSULTIVO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Desde 1990, la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA) y el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL –Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (ONG-Categoría C-UNESCO)– organizan investigaciones científicas y seminarios sobre el problema de la deuda internacional, con amplia participación de intelectuales europeos y latinoamericanos¹³.

12 Cfr. R. MAGNANI, *Nuove prospettive sui principi generali nel sistema delle fonti del diritto internazionale*, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, 1997.

13 Durante los días 22 a 24 de agosto de 1990 se celebró en Brasilia, bajo los auspicios del Gobierno del Distrito Federal y de la Ciudad de Roma, el VII Seminario “Roma-Brasilia”, sobre los aspectos jurídicos de la deuda externa de los países latinoamericanos, organizado por la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani –ASSLA– y por el Departamento de Derecho de la Universidad de Brasilia. Al finalizar los trabajos, los participantes aprobaron por unanimidad un documento a través del cual se solicita la iniciativa del Distrito Federal de Brasilia y de la Ciudad de Roma, para que las autoridades competentes, nacionales y internacionales, pidan a la Corte Internacional de Justicia de La Haya una opi-

Observadores del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL han participado en las conferencias interparlamentarias Comunidad Europea-América Latina de 1993 (São Paulo) y 1995 (Bruselas).

Ya en 1985, el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea había adoptado, en la 230.^a reunión plenaria (31 de octubre), un parecer para reforzar las relaciones entre la Comunidad y América Latina; el texto consideraba el problema de la deuda desde un punto de vista económico y social. Hacía falta integrar esta perspectiva con la perspectiva jurídica. La XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, organizada en la sede del Parlamento Latinoamericano (São Paulo) del 3 al 7 de mayo 1993, aprobó

nión consultiva sobre el problema de la deuda externa. Cfr. el volumen *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debito internazionale dei paesi latinoamericani*, CNR-ASSLA, Progetto Italia-América Latina, "Ricerche giuridiche e politiche, Materiali", VII.1. Ya en 1987, el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la Università di Roma "Tor Vergata" organizó una conferencia del senador brasileño ANDRÉ FRANCO MONTORO, sobre "Aspectos jurídicos, éticos y sociales de la deuda externa de América Latina": cfr. *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori*, cit., pp. 39 y ss. (trad. italiana en la revista *Coscienza*, 1988, n.º 4, pp. 8 y ss., con el título "Sotto la scure del debito estero"). La tesis de la necesidad de llevar la cuestión de la deuda externa a la Corte de La Haya por medio de una solicitud de opinión consultiva, que debe ser formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha sido asumida como tarea principal por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL. El CEISAL es una organización no gubernamental, reconocida por la UNESCO, con sede en Viena, que agrupa profesores de universidades europeas dedicados a la problemática de América Latina. En 1991, el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL organizó, dentro del marco de la XV Asamblea General (Viena, 17 y 18 de octubre), un foro científico sobre la "Deuda externa de los países latinoamericanos: perfiles jurídicos, económicos y sociales", cuyos trabajos fueron inaugurados por RAFAEL CALDERA, ex Presidente de la República de Venezuela. Cfr. el volumen *La deuda externa de los países latinoamericanos. Perfiles jurídicos, económicos y sociales*, "Ensayos" II, Grupo de Trabajo de Jurisprudencia -CEISAL-, Sassari, 1991; cfr. *Forum Global '92. Medio ambiente y derecho de los pueblos latinoamericanos*, "Ensayos" III, 1-2, vol. 2, Grupo de Trabajo de Jurisprudencia -CEISAL-, Sassari, 1993. Entre los días 3 y 5 de marzo de 1992, el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la Università di Roma "Tor Vergata" organizó, bajo la dirección de SANDRO SCHIPANI, en colaboración con la Pontificia Università Lateranense y la ASSLA, un seminario internacional sobre *Profili giuridici del debito internazionale dell'America Latina*. Cfr. el volumen "Profili giuridici del debito internazionale, con particolare riferimento all'America Latina", Atti del Seminario giuridico internazionale, 5 a 7 de marzo de 1992, Roma, Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, 1993. En la conclusión de este seminario, el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL constituyó una Comisión de Estudio para el análisis de la ilegalidad de la deuda externa de América Latina y el establecimiento de las bases jurídicas para la solicitud, por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas, de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Formaban parte de esta Comisión de Estudio, coordinada por SANDRO SCHIPANI, director del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la II Universidad de Roma "Tor Vergata", los profesores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de la Universidad de Brasilia, ministro del Supremo Tribunal Federal; MIGUEL ÁNGEL ESPECHE GIL, embajador de la República de Argentina; HÉCTOR GROS ESPIELL, de la Universidad de la República Oriental del Uruguay; EDUARDO JIMÉNEZ DE ARCHAGA, de la Universidad de la República Oriental de Uruguay, ex miembro de la Corte Internacional de Justicia; ANDRÉ FRANCO MONTORO, de la Universidad Católica de São Paulo, presidente del Instituto Latinoamericano; JOSÉ MARÍA RUDA, expresidente de la Corte Internacional de Justicia.

por unanimidad una resolución para que se pida una opinión consultiva a la Corte de La Haya (Acta final, 26; 33 g). Ver el cuaderno publicado por el Parlamento Latinoamericano, *La deuda externa. Solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, São Paulo, 1994¹⁴.

La XII Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, organizada en la sede del Parlamento Europeo (en Bruselas) del 19 al 22 de junio 1995, ha reafirmado la resolución anterior considerando el problema de la deuda externa de los países latino-americanos en el marco de las relaciones globales; ver los números 26-28 del Acta final, que reproducimos en la versión oficial española:

26. Acuerda impulsar el establecimiento de un código de conducta en el cual se base la cooperación internacional, y que se proponga aspectos tales como: a. Regular los flujos de capitales financieros de corto y de largo plazo; b. Asegurar que la relación beneficio-coste de las inversiones extranjeras en América Latina sea favorable al país receptor en términos tanto económicos como financieros; c. Evitar las prácticas comerciales y económicas que se basen en supuestas ventajas comparativas de América Latina que constituyen fenómenos a ser superados antes que consolidados, como el caso del bajo costo de la mano de obra que origina el “*dumping* social”, y d. Asegurar que los flujos de cooperación beneficien efectivamente al receptor, fortaleciendo su capacidad de enfrentar cada vez con mayor autonomía los retos del desarrollo y la integración.

27. Reafirma la resolución de la XI Conferencia Interparlamentaria CE-América Latina (Acta Final, apart. 26), relativa a los problemas generados por la deuda externa latinoamericana. Igualmente y basándose en el análisis del origen de ésta, introducido ya por el dictamen aprobado por el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea en 1985 (Doc. CES 931-85 CAL-DM., apart. 7), en el enfoque del Parlamento Latinoamericano y en el análisis jurídico de diversas entidades académicas y científicas, pide a los Estados miembros de los dos parlamentos que tomen las iniciativas oportunas, buscando el apoyo de otros países del mundo, a fin de que la Asamblea General de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de Justicia de La Haya un dictamen consultivo que permita afrontar el problema de la deuda externa conforme a los principios generales del derecho internacional contemporáneo (art. 38.c Estatuto de la Corte.).

El Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL ha organizado iniciativas convergentes. La perspectiva jurídica está integrada por la perspectiva de la teología moral: Seminario “Debito estero, principi generali di diritto, Corte Internazionale di Giustizia”, Roma (Pontificia Universidad Lateranense Sant’Agata dei Goti,

14 Cfr. sobre todo el volumen *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, cit., utilizado por los observadores de CEISAL en la XII Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, Bruselas, 1995.

25 a 27 de mayo de 1995)¹⁵; VI Coloquio América Latina-Europa sobre “Deuda externa. Problemas jurídicos y políticos”, Madrid, 24 y 25 de junio de 1996¹⁶; “Seminario Diritto alla vita e debito estero”, con ocasión del III Centenario del Doctor de la Iglesia SAN ALFONSO MARIA DE’ LIGUORI, Sant’Agata dei Goti, 1.º a 2 de agosto de 1996¹⁷.

Es necesario constatar, como lo ha hecho la Comisión para los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas (Ginebra), a partir de su decisión de abril de 1998 (apoyada también por el representante de la República de Colombia), que numerosos países sacrifican sumas cada vez mayores para pagar la pretendida deuda externa, mientras que tales sumas deberían ser destinadas a la salud, a la educación, a la seguridad, etc.¹⁸.

El problema ha sido abordado por importantes organizaciones nacionales, regionales e internacionales, por personalidades políticas, universitarias y religiosas, por sindicalistas y por defensores de los derechos humanos. Sus discursos y sus acciones han logrado, sin embargo, romper sólo en parte el muro de silencio que el egoísmo de los intereses ilícitos ha elevado con el fin de evitar la protesta legítima y la lucha por el derecho. Un frente, sin barreras religiosas o filosóficas, se está formando en esta lucha; este frente debe actuar y desarrollarse dentro del marco del derecho, a causa de la naturaleza misma del problema.

Este movimiento ha sido estimulado por el Parlamento Latinoamericano¹⁹.

En 1997, el Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro italiano —CNEL— emitió un parecer en el que propone la creación de un “foro mediterráneo de deudores”²⁰. En julio de 1998, expertos participantes en el Proyecto estratégico “Sistemas jurídicos del Mediterráneo” del Consiglio Nazionale delle Ricerche —CNR— se reunieron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma “La Sapienza”, para hacer un balance de las investigaciones sobre los principios generales de derecho y la convergencia del derecho romano y del derecho musul-

15 *Il debito internazionale, Atti del II congresso 25-27 maggio 1995*, D. ANDRÉS GUTIÉRREZ e S. SCHIPANI (a cura di), Roma, collana *Utrumque Ius*-1, Mursia, 1998.

16 Cfr. “Crónica”, en *Tribuna Simón Bolívar*, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, n.º 6, otoño de 1996, pp. 10 y ss.; y las actas en COLOMER VIADEL (coord.). *La deuda externa. Dimensión jurídica y política*, cit.

17 Cfr. el volumen *Diritto alla vita e debito estero*, Atti del Seminario “Diritto alla vita e debito estero” (Sant’Agata dei Goti, agosto de 1996), P. CATALANO (a cura di), Napoli, ESI, 1997; cfr. también O. F. PIAZZA. “Il diritto alla vita e la solidarietà devono essere le dimensioni costitutive di ogni società civile”, en *L’Osservatore Romano*, 23 de agosto 1996; T. BERTONE. “Un amore preferenziale”, en *30 giorni*, año 14, n.º 10, octubre, 1996, pp. 49 y ss.; O. RODRÍGUEZ MARADIAGA. “Ubbidisco a chi li paga”, en *30 giorni*, año 14, n.º 11, noviembre, 1996, pp. 46 y ss.

18 Cfr. CATALANO et SID AHMED (dirs.). *La dette contre le droit*, cit., pp. 399 y ss.

19 *Ibid.*, cit., pp. 335 a 350 y 361 a 365.

20 *Ibid.*, cit., pp. 366 y ss.

mán. En 1999 se llevaron a cabo en Roma algunas reuniones convocadas por el CNEL (Roma) y por el Conseil National Économique et Social –CNES– (Alger); en el curso de tales reuniones fueron examinados ciertos aspectos científicos y de organización del VII Seminario del Comité pour les Etudes Méditerranéennes que se organizó en Argelia, con la colaboración de la Universidad de Annaba y del Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo –ISPROM–, bajo los auspicios del CNES y del CNEL, sobre el tema de la deuda externa²¹.

Mencionamos también la resolución adoptada por el Comité sobre Asuntos Sociales y Económicos en la 99 Conferencia Interparlamentaria mundial (Windhoek, 6 a 11 abril de 1998)²².

Las iniciativas del Parlamento Latinoamericano han sido retomadas por diferentes parlamentos nacionales y el resultado más significativo es el del Parlamento italiano que, en el año del Jubileo, aprobó con el voto unánime del Senado la Ley 209 del 25 de julio de 2000, que en su artículo 7.º dispone: “Reglas internacionales de la deuda externa. El Gobierno, en el ámbito de las instituciones internacionales competentes, propone la puesta en marcha de los procedimientos necesarios para solicitar un dictamen a la Corte Internacional de Justicia, sobre la coherencia entre las reglas internacionales que disciplinan la deuda externa de los países en vía de desarrollo y el cuadro de los principios generales del derecho y de los derechos del hombre y de los pueblos”²³.

Recordemos también las numerosas exhortaciones hechas por el Pontífice romano JUAN PABLO II a propósito de la necesidad de dar un tratamiento equitativo al problema de la deuda externa. En una declaración del 3 de noviembre de 1999, el Papa subrayó la necesidad de abordar este problema en una perspectiva de derecho internacional (cfr. *L'Osservatore Romano*, 4 de noviembre 1999)²⁴.

La “Carta de Sant’Agata dei Goti. Declaración sobre la usura y la deuda externa”, hecha pública en la ciudad de Sant’Agata dei Goti (en el Samnio) el 29 de septiembre de 1997, como conclusión del Año Alfonsino²⁵, constituye el

21 Ídem.

22 Ibid., cit., pp. 396 y ss.

23 Ibid., cit., pp. 403 y ss.; cfr. P. CATALANO. “Princípios gerais do direito, direito vida e dívida externa”, *Revista Forense*, n.º 354, 2001, Rio de Janeiro, pp. 197 y ss.; E. SCISO. “Il problema del debito estero: riflessioni sull’art. 7 della Legge italiana n.º 209-2000”, en *La Comunità Internazionale*, fasc. 3, 2002, pp. 467 a 482.

24 Cfr. COPPOLA. “Processo di globalizzazione”, cit., p. 170.

25 Cfr. “Carta di Sant’Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale”, en *Orientamenti Sociali*, abril-junio, 1999, pp. 63 y ss.; R. COPPOLA. “Dichiarazione di Sant’Agata dei Goti su usura e debito internazionale”, ibid., julio-septiembre, 1999, pp. 71 y ss.; cfr. ID. “Processo di globalizzazione”, cit., pp. 170 y ss.; y supra nota 9.

punto de llegada de los trabajos realizados (pero también punto de esperanza para los trabajos futuros), según dos ejes. Un eje político: superar la separación entre comunidades estatales y comunidad internacional, teniendo como objetivo la Corte Internacional de Justicia. Y un eje científico: superar las separaciones entre economía, derecho, moral, religión.

Presentamos a continuación este texto fundamental, desde el punto de vista jurídico, que la *Unione dei Giuristi Cattolici Italiani* hizo suyo en el año del Jubileo²⁶.

Diócesis de Cerreto Sannita-Telese-Sant’Agata dei Goti
Carta de Sant’Agata dei Goti
Declaración sobre la usura y la deuda externa

La Iglesia de Cerreto Sannita-Telese-Sant’Agata dei Goti, en el tricentenario del natalicio de San Alfonso María de Ligorio, obispo de Santa Ágata dei Goti, ha sentido no sólo como privilegio sino también como deber el recoger la herencia cultural, teológica, jurídica, moral y el luminoso testimonio de su gran pastor, para dar, con responsabilidad y entusiasmo, respuestas concretas a las indicaciones proféticas con las que el Sumo Pontífice prepara a la comunidad humana para atravesar el umbral del tercer milenio.

La deuda externa y la usura, dos de las plagas más difundidas del siglo, nos han llevado a constituir una comisión de juristas y moralistas, con el fin de estudiar a fondo el problema y suscitar hacia éste la mayor atención.

Gracias a la alta y calificada contribución de eminentes personalidades académicas e instituciones de renombre internacional, nuestra Iglesia local, después de haber patrocinado dos seminarios internacionales de estudio, que han preparado el terreno a esta Declaración, alza con humildad y firmeza su propia voz y, con la *Carta de Santa Ágata dei Goti*, se une a los múltiples reclamos que resuenan en todas partes del mundo para que el problema de la “deuda” de los pueblos subdesarrollados pueda ser afrontado y resuelto.

Esta Declaración, redactada con el serio y preciso estudio de un apasionado grupo de trabajo, quiere mantener vivo y presente el pensamiento de SAN ALFONSO, y ser signo real y concreto de plena participación de las instancias manifestadas en el documento pontificio *Tertio millennio adveniente*.

El mal de la usura y la opresión de los débiles, desgraciadamente, no está lejos de nuestra realidad territorial. Esto hace todavía más urgente la labor de sensibilización para

26 Cfr. *L’Unione informa. Bollettino mensile dell’Unione Giuristi Cattolici Italiani*, año v, n.ºs 3 y 4, marzo-abril, 2001, p. 21 (cfr. n.ºs 1 y 2, enero-febrero, 2001, pp. 2 y ss.); cfr. también el artículo escrito por el presidente de la “Unione” G. DALLA TORRE. “Se tra gli stati non si recupera la nozione del diritto”, en *Avvenire*, 17 de julio de 2001.

que sea reconocido, a todo ser humano, el derecho a la vida, al trabajo, al salario justo, a emprender actividades económicas, a mejorar la propia condición social.

La Declaración parte de los principios fundamentales del derecho y de la moral evangélica para sostener, con indefectible firmeza, la ilicitud de cualquier negocio que impida vivir a una de las partes, y para promover el respeto de los derechos básicos del hombre. Para la consecución de este objetivo, y para un compromiso social más eficaz, nuestra Iglesia local, estimulada y confortada por el pensamiento y el ejemplo de su gran obispo y jurista, ha constituido la “Fundación San Alfonso Obispo”.

Como primer acto, a modo de consolidar sus primeros pasos, la Fundación hace pública la Declaración y se encamina por el sendero de la investigación y del testimonio concreto. Al mismo tiempo, llama a toda persona, que esté disponible y sea sensible a los diversos problemas del hombre, a contribuir con su participación y su interés directo para incrementar el número de aquéllos que no sólo señalan la violación de los derechos de todo hombre, sino que se hacen cargo directamente de decisiones concretas para reafirmar su dignidad fundamental.

S. E. MARIO PACIELLO
Obispo

1. La creciente gravedad de los problemas económicos, que se registra hoy, tanto a nivel nacional como internacional, exige de parte de todos una toma de conciencia más decidida y un más sincero ahondamiento operativo. No se pueden postergar más, en efecto, pasos concretos que garanticen los derechos de todos, comenzando por las personas y por los pueblos más débiles y menos favorecidos. Se trata de hacer emerger, para que puedan penetrar en las mentalidades y las culturas, los conceptos fundamentales de justicia sin los cuales es imposible dar auténtica calidad humana y futuro a nuestro mundo.

Entre los desafíos que mayormente apremian, es necesario dar una particular consideración al de la usura (y a los intentos de su legitimación más o menos enmascarados) con relación a la deuda de los países en vías de desarrollo, que en estos últimos años ha asumido proporciones incontrolables.

El documento del 27 de diciembre de 1986 del Pontificio Consejo *Iustitia et pax. Una consideración ética de la deuda internacional*, en el que se tratan las responsabilidades de los países industrializados en relación con los países deudores, se refiere expresamente a “préstamos [...] contratos con tasas usurarias” que privan a los deudores de sus derechos. Sólo en caso contrario, cuando las tasas sean equitativas, “los acreedores tienen derechos reconocidos por los deudores en orden al pago de los intereses, a las condiciones y plazos de reembolso” (*Enchir. Vat.*, 10,790).

La comunidad cristiana, por exigencias de su fidelidad a Cristo y al hombre que la ha guiado siempre y continúa guiándola en la batalla contra la micro-usura, sabe que debe ponerse en primera línea en este mayor esfuerzo. Lo considera como un elemen-

to más bien decisivo para la correcta celebración del próximo Jubileo, según las palabras de JUAN PABLO II: “En el espíritu del Libro del Levítico (25, 8-28), los cristianos deberán hacerse voz de todos los pobres del mundo, proponiendo el Jubileo como un tiempo oportuno para pensar entre otras cosas en una notable reducción, si no en una total condonación, de la deuda internacional, que grava sobre el destino de muchas naciones” (*Tertio millennio adveniente*, n.º 51).

2. Individuar concretamente los pasos que permitan emprender este camino de justicia no es ciertamente fácil y requiere la cooperación de todos aquéllos que tienen real interés por el futuro de la humanidad y de la tierra. La contribución que la comunidad cristiana está convencida de poder aportar radica en su milenaria historia de servicio al hombre, regido por la luz del Evangelio de Cristo, que le ha permitido tomar conciencia siempre más clara de algunas instancias éticas irrenunciables, entre las cuales:

A. *La prioridad del derecho a la vida*, reclama que se vea como “escandalosa injusticia” la tolerancia de condiciones de miseria “que provocan muertes sin esforzarse por remediarlas” y como “homicidio”, indirecto pero imputable, las “prácticas usurarias y mercantiles [que] provocan el hambre y la muerte de sus hermanos los hombres” (*Catecismo de la Iglesia Católica*, n.º 2269);

B. *El destino universal de los bienes de la tierra*, según el designio amoroso y providente de Dios creador, que debe caracterizar todas las formas de propiedad. Ésta, en efecto, “no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario”. Hay, por tanto, que excluir el “liberalismo sin freno”, que considera “el provecho como motivo esencial del progreso económico, la competencia como ley suprema de la economía, la propiedad privada de los medios de producción como un derecho absoluto, sin límites ni obligaciones sociales correspondientes”, y desemboca en el “imperialismo internacional del dinero” (*Populorum progressio*, n.ºs 23 y 26, en referencia a *Quadragesimo anno*, n.º 109);

C. *La fundamental exigencia de equidad*, que no permite asumir la sola ganancia como criterio último, y pide se reconozca que “la regla del libre cambio no puede seguir rigiendo ella sola las relaciones internacionales. Sus ventajas son ciertamente evidentes cuando las partes no se encuentran en condiciones demasiado desiguales de potencia económica: es un estímulo de progreso y recompensa el esfuerzo [...] Pero ya no es lo mismo cuando las condiciones son demasiado desiguales de país a país: los precios que se forman ‘libremente’ en el mercado pueden llevar consigo resultados no equitativos” (*Populorum progressio*, n.º 58);

D. *La necesidad de que toda concreción de derechos y todo proyecto de bien común*, si no quiere reducirse a una legitimación interesada de privilegios de los más fuertes y de los más ricos, debe hacerse partiendo siempre de las instancias de los más débiles y de los más pobres. Una elección tal, en efecto, “es una opción o una forma especial de primacía en el ejercicio de la caridad cristiana, de la cual da testimonio toda la tradición de la Iglesia. Se

refiere a la vida de cada cristiano, en cuanto imitador de la vida de Cristo, pero se aplica igualmente a nuestras responsabilidades sociales y, consiguientemente, a nuestro modo de vivir y a las decisiones que se deben tomar coherentemente sobre la propiedad y el uso de los bienes” (*Sollicitudo rei socialis*, n.º 42).

3. El indispensable esfuerzo de especificación ética por sí solo no basta. Es necesario que las instancias más fundamentales encuentren respuesta también en declaraciones de derecho que, reconocidas y tuteladas –sea a nivel nacional o internacional–, determinen concretamente las relaciones y los proyectos de bien común. De otro modo, sería difícil evitar atropellos e instrumentaciones que niegan la dignidad de las personas y de los pueblos. Sobre todo si se deja las manos libres a individuos y grupos (nacionales e internacionales) prestos a pisotear cualquier derecho en provecho propio. De estas irrenunciables exigencias éticas y jurídicas nace la presente Declaración. En el largo proceso de elaboración, ha sido constante la referencia a SAN ALFONSO MARÍA DE LIGORIO (1696–1787), Doctor de la Iglesia y patrono de los moralistas y de los confesores. Abogado primero y después misionero de los abandonados, en el contexto de su siglo (el XVII) y de su territorio (la Italia meridional), se empeñó en fundir constructivamente las exigencias del derecho con las de la ética. La sabiduría jurídica, sobre todo romana, es puesta por él en diálogo fecundo con la tradición teológico-moral para poder responder a la problemática de justicia de su tiempo. Se deja siempre guiar, empero, por las instancias del Evangelio, que pide que sea asumida como perspectiva privilegiada la “fragilidad” de los últimos y de los pobres, con su carga de sufrimiento y de esperanza.

En la problemática de la propiedad, SAN ALFONSO parte de la superioridad del derecho natural sobre el derecho de gentes y, a través de las especificaciones de las cláusulas generales de los contratos (particularmente de la cláusula *rebus sic stantibus*), reafirma la doctrina tradicional según la cual los créditos, en relación con una colectividad, pueden pretenderse sólo cuando las sumas hayan sido usadas para la utilidad de la misma colectividad, y que la usura no puede nunca devenir legítima propiedad.

De aquí las fuertes afirmaciones con las que cierra el tratamiento de la usura en *Instrucciones y práctica para los confesores* (cap. X, punto IV, n.ºs 163 a 165): “Por último, hablando de las obligaciones de los usureros y de los otros que positiva y gravemente cooperan contra la voluntad de los mutuarios, aquellos están obligados a restituir todas las exacciones usurarias [...] Nótese, por último, que los usureros públicos son infames, y su testamento es nulo”.

4. El “diálogo” entre ética y derecho a la luz de la solidaridad y del valor intrínseco de la persona; la valorización de la contribución que la comunidad cristiana está intentando dar; la urgencia de dar lectura a los diversos problemas desde la perspectiva de aquéllos que más difícilmente logran hacerse reconocer sus propios derechos; son éstas las instancias que han determinado la presente Declaración. Reproponiendo los principios jurídicos fundamentales, busca promover un crecimiento de la conciencia colectiva y estimular los organismos nacionales e internacionales a hacerse cargo constructivamente del problema de la deuda externa y de la usura.

5. Nos inspiramos, pues, en el pensamiento del Doctor de la Iglesia, SAN ALFONSO MARÍA DE LIGORIO, que se funda, en cuanto concierne a la problemática de la propiedad y de los contratos, sobre la antigua jurisprudencia y sobre el *Ius Romanum*. En la coherencia de la tradición jurídica romana y cristiana, que constituye el tronco común del sistema jurídico universal, reafirmamos, frente a los poderes nacionales e internacionales, la vigencia de algunos principios generales del derecho, como parte del *ius cogens*.

Las vicisitudes de la deuda internacional, en los últimos veinte años, y de los contratos de carácter financiero concernientes a países en vías de desarrollo, hacen necesario un nuevo reconocimiento de los siguientes *principios generales del derecho* que son a la vez fuente del derecho internacional, como lo reconoce el artículo 38,¹ c del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1. Buena fe objetiva en la formación, interpretación y ejecución de los contratos

El principio prescribe comportarse según la buena fe objetiva, dar información adecuada y corrección en las tratativas y en la formación del contrato; en la interpretación del mismo y en la determinación de su contenido; en la ejecución; en el hacer valer las propias pretensiones, deviniendo criterio normativo también de evaluación del comportamiento del acreedor, que no debe traducirse en un abuso de derecho (*infra*); ello se trasfunde además en otros principios de carácter particular, y funda e integra el principio *pacta sunt servanda*.

II. Libertad contractual

Este principio prescribe que la formación de la volición contractual sea defendida no sólo formalmente sino también substancialmente contra posibles representaciones erróneas o parciales de la realidad o de sus posibles desarrollos, alteraciones o manipulaciones que induzcan a la conclusión del contrato, abusos del estado de necesidad o de peligro o de necesidad de una de las partes, así como otros abusos de posiciones dominantes, que puedan ser tales bajo diversos perfiles económicos, tecnológicos, de la información, y de la posibilidad de incidir sobre los mismos desarrollos futuros, y que comporten vicios del consentimiento o daños, o la prefiguración de situaciones de control directo o indirecto igualmente lesivas de la libertad misma;

Ello implica la licitud y también la utilidad general de la unión de los contratantes débiles, a fin de evitar o reducir preventivamente la eventualidad de los vicios antes mencionados, y comporta la licitud de conductas que la contrasten;

Ello prescribe que todo lo acordado, también en los elementos accesorios, cláusulas de uso, cláusulas onerosas, etc., no sea contrario a normas imperativas y al orden público político y económico;

Ello se relaciona además con la función social del contrato que implica la obligación de colaboración.

III. *Prohibición de “culpa in contrahendo”*

Este principio veta cualquier lesión, abuso o desviación de la libertad contractual mediante dolo, culpa o inobservancia de la buena fe objetiva.

IV. *Causalidad de los contratos*

El principio prescribe que en todo contrato, en base a las circunstancias contextuales de su conclusión, se persiga un resultado práctico, concretamente realizable, no sólo no contrario a normas imperativas y al orden público político y económico sino sobre todo digno de tutela;

Ello prescribe además la existencia, validez y licitud de la relación fundamental puesta en la base de la obligación contraída *solvendi* o *cavendi causa*.

V. *Equidad*

La equidad debe impregnar la materia de los contratos como tendencia a la equivalencia de la onerosidad del contrato evaluada autónomamente por las partes, a la paridad y libertad formal y sustancial por las cuales sea garantizada y continuada en el curso de la ejecución del contrato mismo;

Ella se especifica también en el reconocimiento de la competencia del juez o árbitro para realizar una evaluación equitativa, sea en función integradora de un acuerdo con lagunas, sea en función correctiva, sea en función de una evaluación de la adjudicación del riesgo y del peligro.

VI. *“Læsis enormis”, excesivo desequilibrio de las prestaciones*

El principio veta de modo específico (tipificado) la desproporción grave entre la prestación de una parte y la de la otra, constituyendo una violación del principio de equidad interna en la reciprocidad de las prestaciones (sinalagma contractual).

VII. *Prohibición de acuerdos usurarios*

Este principio veta de modo específico (tipificado) las cláusulas usurarias como convenciones ilícitas que no implican necesariamente la ilicitud del contrato entero. Ello veta además todo tipo de cláusula que, de modo directo o indirecto, incluso a través de la referencia a índices aparentemente neutrales, consienta la realización de intereses usurarios;

Ello individua un ilícito que, en caso de aprovechamiento de una situación de necesidad, constituye ofensa no sólo contra el patrimonio sino también contra la persona.

VIII. *Diligencia del deudor*

El principio comporta que, usando la diligencia requerida para el cumplimiento de la prestación en relación al carácter específico de la misma y a las circunstancias, el deu-

dor se libera y no responde por el caso fortuito, salvo que haya sido constituido en mora y se trate de un caso fortuito que no hubiera impedido el cumplimiento si éste hubiese sido efectuado tempestivamente, o que el caso fortuito se haya producido a causa de culpa precedente del deudor mismo o que no haya previsto hacer cuanto era posible para reducir sus consecuencias.

IX. “*Rebus sic stantibus*”, *excesiva onerosidad superveniente*

El principio comporta el derecho de obtener el restablecimiento del equilibrio original del contrato cuando éste haya sido alterado de modo esencial, mediante la reconducción a la equidad incluso por obra de un juez o árbitro, o la disolución del mismo por causa del superveniente desequilibrio de las prestaciones en lo interno del sinalagma contractual;

Tal principio se debe considerar aplicable también a las obligaciones pecuniarias frente a la eventual caída del tipo de cambio, presupuesto en la consideración jurídica del dinero mismo, de la estabilidad de su costo y valor, y comporta la necesidad de la adecuación valorativa del principio nominalista (en consideración al si y al cómo se habría contraído si se hubiesen previsto las condiciones sobrevinientes, fuente de graves desigualdades).

X. “*Favor debitoris*”

El principio impregna la materia de los contratos y obligaciones como tendencia a contener o reducir la onerosidad del vínculo que constriñe al deudor, y a tutelar la parte débil de la relación obligacional/contractual en una sociedad caracterizada por graves desequilibrios socio-económicos (ello se encuentra también presente, por ejemplo, en la base del derecho laboral, en la del derecho de protección al consumidor, etc.).

XI. *Prohibición del abuso de derecho*

El principio veta, además, el ejercicio de las pretensiones crediticias en la medida en que se dirijan a la consecución de un enriquecimiento injusto o a otro tipo de aprovechamiento impropio, directo o indirecto, o, en atención a las circunstancias concretas y a las condiciones del deudor, violen principios generales o perjudique derechos fundamentales del hombre o prerrogativas esenciales del Estado, o cuando se evidencie de alguna forma un uso incorrecto de tal ejercicio, que viene a perfeccionar una hipótesis de *dolus generalis seu praesens*.

XII. “*Beneficium competentiae*”

El principio prescribe que, aun en la ejecución por incumplimiento de la obligación y las conductas equivalentes, deben salvaguardarse las exigencias vitales fundamentales del deudor, poniendo un límite a cuanto pueda ser exigido en relación a sus bienes o ingresos; ello excluye el fundamento y la licitud de conductas que directa o indirectamente no respeten el límite antes mencionado y comporten, para la satisfacción del crédito, la reducción del deudor al estado de necesidad.

XIII. *Inviolabilidad de los derechos humanos, en particular del derecho a la vida*

El principio prescribe que todo individuo tiene derecho a un nivel de vida suficiente para garantizar la salud y el bienestar propio y de su familia, particularmente en lo tocante a la alimentación, al vestido, a la vivienda, a la atención médica y los servicios sociales necesarios;

Ello no tiene carácter meramente programático, sino que impone a los Estados, sean industrializados, sean en vías de desarrollo, una obligación de resultado cuyo cumplimiento requiere la adopción de medidas nacionales y de cooperación internacional; Ello puede ser contado entre las obligaciones *erga omnes*;

La violación masiva de este principio, en la que pueden concurrir factores externos que condicionan en forma determinante el cumplimiento por parte de los Estados, constituye un crimen internacional por parte de los Estados titulares de la obligación así como de cuantos hacen imposible a los Estados su cumplimiento.

XIV. *Autodeterminación de los pueblos*

El principio prescribe que todos los pueblos tienen el derecho a determinar libremente su status político y también a perseguir libremente su desarrollo religioso, cultural, social y económico;

Ello implica que, a estos fines, todo pueblo pueda disponer de sus recursos en plena libertad; cualquier limitación a tal libertad, derivada de obligaciones asumidas en el cuadro de la cooperación económica internacional, es lícita sólo si se basa en el principio del beneficio recíproco, y en todo caso ninguna limitación es lícita si priva a un pueblo de los propios medios de subsistencia.

Este principio es seguramente de *ius cogens*; su violación, sea directa, sea ejecutada mediante un uso mal entendido de la cooperación económica internacional, constituye un crimen internacional de parte de los Estado a los que sea imputable.

Sant'Agata dei Goti, 29 de septiembre de 1997

Miembros de la “Comisión de estudios sobre usura y deuda externa”

ASDRÚBAL AGUIAR. Ministro de la Presidencia de la República de Venezuela, ex miembro de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

FRANCESCO BUSNELLI. Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa).

PIERANGELO CATALANO. Università di Roma “La Sapienza”, coordinador del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina –CEISAL–.

RAFFAELE COPPOLA. Università di Bari.

MIGUEL ÁNGEL ESPECHE GIL. Embajador de la República Argentina, miembro del Consejo Consultivo del Parlamento Latinoamericano.

Padre SABATINO MAJORANO. Academia Alphonsiana (Roma).

SERGIO MARCHISIO. Director del Istituto di Studi Giuridici sulla Comunità Internazionale del Consiglio Nazionale delle Ricerche (Roma).

JOSÉ M. PELÁEZ MARÓN. Universidad de Sevilla.

FAUSTO POCAR. Pro-rector de la Università di Milano, miembro y ex presidente del Comité para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

SANDRO SCHIPANI. Director del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la Università di Roma “Tor Vergata”.

ALVARO VILLAÇA AZEVEDO. Director de la Faculdade de Direito de la Universidade de São Paulo.

Han participado también en los trabajos de la Comisión en Sant’Agata dei Goti:

LUIGI LABRUNA. Decano de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università di Napoli “Federico II”, presidente del Comitato Scienze Giuridiche e Politiche del Consiglio Nazionale delle Ricerche (Roma).

PIETRO PERLINGIERI. Università del Sannio, Benevento.

PIERO ROGGI. Università di Firenze, delegado del alcalde de Florencia para el Jubileo del año 2000.

SEBASTIANO TAFARO. Università di Bari.

LEO VALLADARES LANZA. Delegado Nacional de los Derechos Humanos de la República de Honduras.

S E R G I O C H I A R L O N I

Le controversie dei consumatori

Un discorso sulle controversie dei consumatori deve muovere da una distinzione fondamentale.

Da un lato abbiamo le controversie, che si potrebbero chiamare collettive¹ se non fosse per il richiamo fonte di fraintendimenti ad una categoria di controversie del lavoro tipiche dell'epoca corporativa e si potrebbero chiamare "di classe", se non fosse che nel nostro Paese siamo ben lontani dall'esperienza nordamericana che quel nome connota. Alludo qui alle controversie che possono venir instaurate da alcuni c.d. enti esponenziali, nell'interesse dell'universo dei consumatori, quando vengano violati loro interessi c.d. collettivi o diffusi a norma dell'articolo 3 della legge n.° 281 del 1998, o, più specificamente, ai sensi dell'articolo 1469 *sexies* C. C. allo scopo di ottenere un'inibitoria all'utilizzo delle clausole abusive contenute nelle condizioni generali di contratto predisposte dal professionista.

Dall'altro lato abbiamo le controversie individuali del singolo consumatore, che come "soggetto debole" del rapporto reclama anche in questo contesto una tutela particolare, che si sostanzia nell'accesso ad un sistema di soluzione che si connoti per la semplicità, la rapidità e l'economia delle relative procedure, anche in considerazione della circostanza che sovente siamo qui in presenza di una tipologia di controversie di valore economico così scarso da meritare l'attributo di "bagatellari".

I. LE CONTROVERSIE COLLETTIVE

Cominciamo dalle controversie c.d. collettive. Un rilievo preliminare s'impone. Nel nostro Paese stenta ad espandersi, nelle prassi giuridiche quotidiane, una cultura che abbia al suo centro gli interessi dei consumatori e li sappia veramente far valere, di fronte ai contrapposti interessi del profitto a tutti i costi propri del mondo delle imprese. Questa situazione dipende da molti fattori. Basti pensare all'imperfezione del mercato, spesso dominato da monopoli, oligopoli ed intese monopolistiche sotto banco; alla diffusione ancora scarsa nel pubblico delle pur numerose associazioni, in qualche caso appesantite da eccessivo burocratismo; all'insufficienza o quanto meno alla timidezza degli strumenti giuridici apprestati dal legislatore; alle tendenze a volte restrittive delle interpretazioni giuri-

1 Va comunque ricordato che "azioni collettive" sono designate dalla rubrica dell'articolo 13 del decreto legislativo 22 maggio 1999 n. 185, "Attuazione della Direttiva 97-7-CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza", le azioni proposte ai sensi dell'articolo 3 della legge 30 luglio 1998 n. 281 dalle associazioni dei consumatori e degli utenti a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

sprudenziali; alla mancanza di un NADER italiano che sappia mobilitare un consenso di massa in favore dei cittadini in quanto consumatori. Pur dovendosi riconoscere i progressi recentemente compiuti, siamo insomma ben lontani dalla situazione degli Stati Uniti, dove una struttura dell'ordinamento tradizionalmente basata su pesi e contrappesi e una serie d'istituti sinergicamente connessi, come il patto di quota lite, i danni punitivi e la giuria popolare per le cause civili nate da azioni di classe, consentono di tenere a freno gli istinti animali del capitalismo di rapina almeno nei suoi rapporti con l'universo dei consumatori, le cui attività di controllo e di contrasto a livello giurisdizionale costituiscono in quel Paese manifestazioni importanti di democrazia economica.

I primi passi sono stati percorsi più su impulso dell'Unione Europea (l'art. 3.^o lettera T del Trattato di Maastricht e l'art. 3 lettera I del Trattato di Amsterdam pongono tra gli obbiettivi principali dell'Unione la tutela dei diritti dei consumatori) che grazie ad iniziative per così dire autoctone. Questo stato di cose probabilmente spiega una certa resistenza nel diritto vivente e in parte della cultura giuridica ad accogliere, in tutte le loro potenzialità, gli atti legislativi di diritto interno per il recepimento delle direttive comunitarie nella materia. Senza contare che spesso gli atti in discorso sono, come vedremo, assai mal confezionati e pertanto fonte d'innomerevoli dispute interpretative e qualche volta hanno accolto in maniera incompleta e inesatta la direttiva, comportando l'attivazione della procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea² e la conseguente recente condanna ad opera della Corte di Giustizia del Lussemburgo³.

2 Numero 2026 del 1998, in *Corriere giuridico*, 1998, 844. La commissione avanzava quattro contestazioni. In primo luogo lamentava che non tutti i contratti tra consumatori e professionisti venissero tutelati, ma solo quelli aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, lasciando così fuori, ad esempio, i contratti a favore di terzi, come la fideiussione o altre forme di garanzia; In secondo luogo lamentava l'insufficienza della protezione del consumatore per il caso in cui il professionista aggiri la direttiva indicando come legislazione applicabile al contratto quella più sfavorevole di un paese terzo. In terzo luogo lamentava l'imperfetta applicazione dell'articolo 5 della direttiva nell'articolo 1469 *quater*, comma 2.^o C. C., ai cui sensi "nel caso di dubbio prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore", senza tener conto che la *ratio legis* deve essere indirizzata a far cessare l'inserzione della clausole abusive e non di tenerle in vita, sia pure interpretate *contra stipulatorem*. In quarto luogo lamentava la mancata previsione dell'inibitoria per il caso in cui il professionista o la sua associazione, invece di utilizzarle, si limitassero a raccomandare l'utilizzazione di clausole abusive. Nel corso del processo davanti alla Corte Europea l'Italia, con l'articolo 25 della legge 526-1999 (legge comunitaria per il 1999) accettava tre delle quattro contestazioni introducendo le relative modifiche nella disciplina codicistica, ma non interveniva con riguardo alla quarta. Qui la difesa del governo italiano –rigettata dalla Corte– faceva leva sulla circostanza che alcune sentenze estendevano il concetto di "utilizzazione", adottato dall'articolo 1469 *sexies* anche al caso della semplice "raccomandazione". In questo senso, ad esempio, Trib. Torino. 7 giugno 1999; ID. 16 aprile 1999, entrambi in *Foro it.*, 2000, I, pp. 298 e ss., con nota di PALMIERI. "Le clausole abusive e l'inibitoria: verso una riallocazione (ma a quale prezzo?) dei rischi nei contratti di massa".

3 Si tratta della Sentenza 24 gennaio 2002, n. C-372/99, in *Corriere giuridico*, 2002, pp. 299 e ss., con

Il primo intervento di rilievo, in attuazione della direttiva comunitaria n.° 13 del 1993, è consistito nell'articolo 25 della legge 6 febbraio 1996 n.° 52 che ha introdotto nel codice civile una serie di articoli, dal 1469 *bis* al *sexies*, indirizzati a tutelare il consumatore contro i tradizionali abusi perpetrati nei loro confronti dalle imprese, disseminando di clausole vessatorie i contratti per adesione.

È in questo complesso e anche assai farraginoso articolato che si trova una prima disciplina dell'azione collettiva, con attribuzione da parte dell'articolo 1469 *sexies* C. C. della legittimazione ad agire alle camere di commercio e alle associazioni rappresentative dei consumatori, che possono convenire il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto per richiedere l'inibitoria nei confronti di quelle di cui sia accertata la vessatorietà.

La relativa azione può venir proposta sia in via ordinaria sia in via d'urgenza, applicandosi nell'ultimo caso la normativa del procedimento cautelare uniforme.

La successiva legge 14 agosto 1998 n.° 281 generalizzava poi l'azione inibitoria, stabilendo al suo articolo 3 che le associazioni rappresentative a livello nazionale sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, anche qui tanto in via ordinaria che d'urgenza, richiedendo al giudice competente di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti, nonché di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate⁴.

Purtroppo, i problemi interpretativi cui dà luogo l'istituto sono numerosi e di difficile soluzione.

Per quanto riguarda l'inibitoria ordinaria si discute soprattutto sulla qualificazione giuridica e la conseguente efficacia della relativa sentenza e sulla estensione soggettiva da attribuire al giudicato su di essa formatosi.

Con riferimento alla natura giuridica, se consideriamo l'inibitoria in sé e per sé, il mio punto di vista è che si tratti di una sentenza d'accertamento, ma con una connotazione particolare che consente di ulteriormente definirla come una sentenza d'accertamento in futuro. Il giudice accerta che un determinato comportamento è illegittimo e ne inibisce la reiterazione. Ciò significa che se il medesimo comportamento viene ripetuto dal soggetto che se lo è visto inibire, il giudice che sia investito per la "violazione" dell'inibitoria dovrà limitarsi ad accertare l'identità del

nota di CARBONE. "La Corte CE condanna l'Italia: l'art. 1469 *sexies* non tutela il consumatore se la clausola abusiva è raccomandata ma non utilizzata".

4 Il secondo comma dell'articolo 3 prevede che, prima del ricorso al giudice, le associazioni dei consumatori possono attivare la procedura di conciliazione da definire entro sessanta giorni presso le commissioni arbitrali e conciliative previste dalle legge di riforma delle camere di commercio 580-93 per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori.

nuovo comportamento con la trasgressione già accertata, e una volta compiuta quest'operazione sarà vincolato a dichiarare il comportamento illegittimo.

Con riferimento all'estensione soggettiva del giudicato tutte le possibili tesi vengono avanzate in dottrina. Alcuni ritengono che la sentenza faccia stato solo nei rapporti tra le parti, dovendosi applicare l'articolo 2909 C. C., anche se qui ci si trova alla presenza d'interessi collettivi o diffusi e non semplicemente di diritti individuali⁵. Il che significherebbe evidentemente rendere l'inibitoria un'arma spuntata dal punto di vista degli altri soggetti legittimati all'inibitoria, anche quando la relativa sentenza fosse resa dalla corte di cassazione, vista la non vincolatività del precedente nel nostro ordinamento. Altri ritengono invece che il giudicato, in virtù della peculiarità del suo oggetto, si estende a favore o contro tutti i titolari degli interessi coinvolti, vale a dire i colegittimati all'esercizio dell'azione⁶. La tesi preoccupa per la violazione del diritto di difesa cui andrebbe incontro il singolo consumatore o l'associazione estranei al giudizio, che si sia concluso con il rigetto della domanda e l'accertamento della legittimità, ad esempio, di una certa clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto del professionista convenuto. Altri infine, assai più opportunamente, preferiscono pensare, con riferimento ad altre ipotesi di azioni a tutela di interessi collettivi, sulla linea della classica elaborazione di LIEBMAN⁷ per il concorso soggettivo di azioni, ad un'efficacia *secundum eventum litis* (analoga a quella legislativamente prevista in materia d'obbligazioni solidali), nel senso che essa si estenderebbe all'universo delle altre associazioni e in via riflessa ai singoli consumatori anche non iscritti nel caso d'esito favorevole e restringerebbe alle parti del giudizio la sua efficacia in caso contrario.

Per quanto riguarda l'inibitoria c.d. cautelare un primo problema, affrontato in giurisprudenza sin dall'approvazione della legge che ha introdotto nel codice civile la nuova disciplina delle clausole vessatorie seguendo le indicazioni della direttiva comunitaria, ha riguardato l'individuazione dei presupposti. Si trattava di determinare in cosa esattamente dovessero consistere i "giusti motivi d'urgenza" richiesti dal secondo comma dell'articolo 1469 *sexies* C. C. A me, giurista ingenuo, par ovvio che tali motivi si possono già ravvisare quando si tratti di clausole abusive riguardanti i c.d. contratti di massa che interessano una grande quantità di consumatori⁸, essendo evidente in questi casi l'urgenza di riparare

5 C. FERRI. "L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 *sexies* C. C.", *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 936 e ss.

6 TARZIA. "La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie", *Riv. dir. proc.*, 1997, pp. 639 e ss.; F. DANOVI. "L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie", *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 1046 e ss.

7 Cfr. "Azioni concorrenti", nonché "Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto", ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, rispettivamente a pp. 54 e ss. e 64 e ss.

8 Nel senso che sussistono i motivi d'urgenza per la concessione dell'inibitoria cautelare, qualora le

agli effetti distorsivi sulla parità dei soggetti che agiscono sul mercato che la tutela dei consumatori intende perseguire. Ma le applicazioni giurisprudenziali sono andate in altro senso. Per alcuni giudici di merito i presupposti per l'emanazione dell'inibitoria cautelare sono identici a quelli per l'emanazione dei provvedimenti d'urgenza *ex* articolo 700 CPC⁹. In alcuni dei primi provvedimenti si è addirittura richiesto un pregiudizio concreto e irreparabile subito da singoli consumatori¹⁰, confondendosi così tra presupposti per la causa collettiva instaurata dalle associazioni legittimate e presupposti per la causa individuale instaurata dal singolo consumatore, e arrivandosi così a rendere pressoché inutilizzabile l'inibitoria cautelare, dato che i danni derivanti dalla contrattazione abusiva in materia di diritti disponibili sono in linea di principio risarcibili per equivalente. In seguito, riparato l'errore, la giurisprudenza maggioritaria, nel timore dichiarato che l'inibitoria cautelare diventasse indistinguibile nei suoi presupposti dall'inibitoria ordinaria, si è orientata a ritenere che i "giusti motivi d'urgenza" richiesti per la prima esigano che il contratto cui accede la clausola abusiva debba riferirsi a beni primari costituzionalmente protetti¹¹. Anche qui siamo in presenza di un'interpretazione oltremodo restrittiva e discutibile, credo, perché conduce a respingere la domanda di inibitoria cautelare nella maggioranza dei casi in cui viene lamentata la vessatorietà di una clausola contrattuale¹², a meno di non aggirare alquanto ipocritamente l'ostacolo cercando di ampliare il concetto piuttosto evanescente di bene primario.

Al riguardo vale peraltro la pena di osservare che la questione si pone in modo diverso con riferimento all'inibitoria cautelare prevista dalla legge 281 del 1998, che disciplina in generale i diritti fondamentali dei consumatori. Tra questi diritti ne troviamo elencati alcuni che si prestano alla tutela cautelare, anche se intesa nel senso che essa esige che sia orientata a proteggere beni costituzionalmente protetti dei consumatori. Basti pensare alla tutela della salute e, per alcune fattispecie, all'erogazione dei servizi pubblici secondo standard

clausole vessatorie siano impiegata su vasta scala cfr. il precedente isolato di Trib. Roma, 2 agosto 1997, in *Foro. it.*, 1997, I, 3010.

9 Trib. Torino. 14 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, pp. 788 e ss.

10 Trib. Torino. 16 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 794.

11 Tra i primi provvedimenti, cfr. Trib. Torino. 15 novembre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 129 (in sede di reclamo contro il provvedimento citato alla nota 6), che però non si accontenta di individuare questo presupposto, aggiungendovi che deve trattarsi di beni usufruibili solo in regime di monopolio. Cfr. anche Trib. Roma. 23 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 1853, con nota di PLAIA. "Tutela inibitoria cautelare *ex* art. 1469 sexies, oggetto del contratto e bisogni primari del consumatore".

12 Cfr. LIBERTINI. "La tutela d'urgenza contro le clausole vessatorie", in *Contratto e impr.-Europa*, 1997, pp. 25 e ss.

di qualità e di efficienza (con riguardo ai quali ultimi si presenta peraltro un problema di riparto di giurisdizione con il giudice amministrativo).

Un secondo problema riguarda la qualificazione giuridica dell'inibitoria c.d. cautelare. Si tratta di sapere se il provvedimento sia definibile come un provvedimento semplificato esecutivo a cognizione sommaria o debba venir inquadrato tra i provvedimenti cautelari veri e propri. Nel primo caso il rinvio agli articoli 669 *bis* e seguenti del CPC va sottoposto alla clausola di compatibilità e in particolare non saranno applicabili gli articoli 668 *octies* e 669 *novies* CPC che prevedono la declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare se il giudizio di merito non è iniziato entro il termine perentorio fissato dal giudice o, in mancanza, dal secondo comma dell'articolo 669 *octies*. Norme che, invece, dovrebbero essere considerate applicabili nel secondo caso. Preferirei la prima interpretazione, che conferisce autonomia alla c.d. inibitoria cautelare. Tuttavia, essa non mi sembra accoglibile, perché in netto contrasto con la lettera dell'articolo 1469 *sexies* comma 2.º CPC e dell'articolo 3 comma 6.º della legge 281-1998. La verità è che tesi del genere mirano a forzare l'intenzione del legislatore, per aver scelto un meccanismo processuale non perfettamente adeguato per un'efficiente protezione degli interessi in gioco. Sarebbe stato senz'altro più opportuno scegliere un meccanismo analogo ai procedimenti possessori, con una fase sommaria per una tutela veloce e provvisoria degli interessi collettivi, seguita da una (eventuale) fase a cognizione piena indirizzata al giudicato.

Si tratta comunque di un problema che dovrebbe venir superato dalla riforma dei procedimenti cautelari anticipatori in corso di discussione al Parlamento, che conferisce loro autonomia, sul modello francese del *référé*, rispetto al giudizio ordinario a cognizione piena, prevedendo che essi conservino la loro efficacia fino a che essa non sia messa in discussione con l'esercizio dell'azione ordinaria (presumibilmente ad opera del soggetto inciso dal provvedimento anticipatorio per essere stato soccombente nella fase sommaria).

E si tratta per di più di un problema forse già superato nella prassi. Almeno a giudicare dai provvedimenti più recentemente pubblicati, essa sembra adeguarsi all'atteggiamento restrittivo della giurisprudenza in tema d'inibitoria cautelare e passa ora direttamente all'inibitoria ordinaria¹³, per non correre il rischio di vedersi respinta la prima per mancanza di presupposti.

Si tratta di una tendenza che probabilmente si rafforzerà grazie ad un recente provvedimento legislativo.

¹³ Vale forse la pena di ricordare che lo stesso Comitato di Difesa dei Consumatori, che aveva tentato l'inibitoria cautelare contro le clausole di contratti per adesione preparati da alcune case automobilistiche, e se l'era vista respingere in rito, se la vede poi accogliere parzialmente nel merito da Trib. Torino. 16 aprile 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 999.

La legge 39 del 2002 (la c.d. legge comunitaria 2001) ha introdotto una importante novità, che indirizza a ritenere possibile ora ciò che malgrado autorevoli opinioni in contrario non si poteva far prima, vale a dire ascrivere all'inibitoria la natura di sentenza di condanna. Difatti l'articolo 11 della legge, "al fine di completare l'attuazione della direttiva 98-27CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori", stabilisce, introducendo un nuovo articolo 5.^o *bis*, che in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dall'inibitoria (ordinaria e non cautelare) ovvero previsti dal verbale di conciliazione promosso dalla camera di commercio il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio (ma non lo potrà certo fare d'ufficio nel secondo caso), dispone il pagamento di una somma di denaro da 516 a 1.032 euro per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto. Somma da versare allo Stato, che la utilizzerà per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. Vediamo qui attuato per la prima volta un vero e proprio sistema di esecuzione indiretta attraverso l'imposizione di una rilevante misura coercitiva pecuniaria in un intero e importante settore di controversie. C'è da augurarsi che sia questo un primo passo verso la generalizzazione di un meccanismo da parecchi lustri¹⁴ e ancora recentissimamente¹⁵ richiesto dalla dottrina, preoccupata di assicurare l'effettività dei provvedimenti giurisdizionali non suscettibili di esecuzione per surrogazione.

II. IL CASO DELLE CLAUSOLE VESSATORIE IN MATERIA DI COMPETENZA TERRITORIALE

Un buon ponte di passaggio dalla tutela collettiva all'esame dei problemi posti dalle controversie individuali dei consumatori è costituito dall'esame di un caso particolare di clausola vessatoria, che ha dato luogo a notevoli contrasti nella giurisprudenza, a causa della cattiva, o meglio pessima, fattura della relativa disciplina. Contrasti per lo più nati in sede di numerose controversie individuali, mentre una controversia collettiva è stata azionata per ora con successo fin davanti alla Corte d'Appello di Roma¹⁶ da "Cittadinanzattiva" contro Nuova Tirrena e l'Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici.

Alludo alla clausola relativa alla competenza territoriale per le controversie dei consumatori. Il numero 19 dell'articolo 1469 *bis* stabilisce la vessatorietà

14 Cfr., se vuoi, CHIARLONI. *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

15 FERRARA, MAZZAMUTO e VERDE. "Alcune proposte in materia di giustizia civile", in *Foro it.*, 2000, v, pp. 229 e ss.

16 Sentenza 1780-7 maggio 2002.

della clausola, che preveda “come sede competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”. La portata dell’innovazione sarebbe rivoluzionaria. Fino all’entrata in vigore della norma era prassi indiscussa e indiscutibile che le cause c.d. di recupero crediti dei professionisti nei confronti dei consumatori venissero radicate nel luogo del domicilio del professionista grazie al combinato disposto dell’articolo 20 CPC che individua come foro facoltativo nelle cause aventi ad oggetto obbligazioni il luogo in cui esse devono venir eseguite e 1133 C. C. che individua il domicilio del creditore come luogo di esecuzione delle obbligazioni pecuniarie liquide ed esigibili. Così, i decreti ingiuntivi per l’inadempimento di somme dovute per piccole forniture di beni nell’intero territorio nazionale (ad esempio, acquisti rateali di libri) si concentravano presso il giudice nella cui circoscrizione aveva la sede la società creditrice. Il recupero era così razionalizzato e reso più economico dal punto di vista dell’impresa. Sennonché l’esercizio del diritto di difesa del consumatore che intendesse opporsi alla domanda era reso difficile dall’eventuale lontananza del suo luogo di residenza rispetto a quello in cui andava proposta l’opposizione al decreto. L’articolo 1469 *bis*, n.º 19, letto da solo, rende doverosa la conclusione che nel conflitto tra gli opposti interessi del professionista e del consumatore in ordine al giudice competente per territorio a conoscere le relative controversie il legislatore abbia privilegiato il secondo. Ma la faccenda non è così semplice per il caso segnalato. Si complica alla luce dell’articolo 1469 *ter* comma 3.º C. C., ai cui sensi “non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge”. Questo perché una clausola generale di contratto che indichi come foro competente quello del professionista non fa altro che riprodurre, per le cause relative a crediti del professionista, la disposizione dell’articolo 20 CPC appena ricordata.

L’antinomia tra le due norme ha originato un contrasto giurisprudenziale sincronico in cassazione.

Premetto che le controversie tra consumatore e professionista nascono quasi sempre in casi nei quali la clausola vessatoria, prevedendo la competenza territoriale del giudice della sede dell’impresa, concretizza la disposizione dell’articolo 20 CPC vuoi perché questo è il luogo d’esecuzione dell’obbligazione se il consumatore è convenuto ovvero della sua nascita attraverso la stipulazione del contratto, se il consumatore è attore. Ovviamente è solo questo il caso che interessa la prassi. La scelta da parte del professionista di un foro diverso dal luogo di residenza del consumatore e dal luogo della propria sede o domicilio concreta certamente una clausola vessatoria che sfuggirebbe alla morsa tra numero 19 dell’articolo 1469 *bis* e articolo 1469 *ter*, comma 3.º. Ma si tratta di un caso di scuola che non sarà mai dato di costatare nella vita.

Ebbene, secondo un primo provvedimento che ha accolto un regolamento contro una sentenza del Tribunale di Bologna¹⁷, occorrerebbe dare una lettura sostanzialmente abrogante del suddetto numero 19: la clausola generale che riservi la competenza al domicilio o alla sede del professionista non sarebbe vessatoria, perché riproduttiva di una disposizione di legge, appunto l'articolo 20 CPC, quando (come di solito accade) se ne verifichino i presupposti.

Ma una sentenza immediatamente successiva¹⁸, accogliendo un orientamento già emerso in dottrina¹⁹, ritiene che, dovendosi evitare un risultato ermeneutico che renda inutile la disposizione di tutela del consumatore, anche in aderenza all'articolo 1469 *quater* C. C. ai cui sensi in caso di dubbio deve prevalere l'interpretazione a lui favorevole, il n.º 19 vada ricostruito come una disposizione di carattere processuale che ha innovato la disciplina della competenza introducendo un nuovo foro esclusivo (ma derogabile), che rende inapplicabile l'articolo 20 CPC alle cause dei consumatori. Conclusione da condividere e condivisa da una miriade ormai di giudici di merito, tra i quali accanto ai molti di primo grado, specie di pace, si colloca la recentissima sentenza della Corte d'Appello di Roma sopra ricordata. Certo, si tratta di una conclusione che può venir basata su un'interpretazione molto restrittiva, per non dire abrogante, dell'articolo 1469 *ter* terzo comma C. C.: le clausole riproduttive di norme di legge non possono considerarsi vessatorie solo se riguardano previsioni di carattere generale che incidano sull'equilibrio delle parti e non già se si pongano in contrasto con le specifiche disposizioni previste nei numeri da uno a venti dell'articolo 1469 *bis* C. C.²⁰. Non si tratta tuttavia di una conclusione obbligata, in quanto l'inapplicabilità del foro alternativo preveduto dall'articolo 20 CPC al caso indicato dal n.º 19 dell'articolo 1469 C. C. può venir agevolmente spiegata con la specialità dell'ultima disposizione rispetto alla prima, consentendo così libero campo all'applicazione dell'articolo 1469 *ter* in pre-

17 Cass. 24 luglio 2001, n.º 10086, in *Corr. gur.*, 2001, p. 1435.

18 Cass. 28 agosto 2001, n. 11282 in *Corr. gur.* 2002, p. 215, con nota di CONTI. "La cassazione ripensa al ruolo esclusivo del consumatore", e in *Foro it.*, 2001, I, 3588, con nota di PALMIERI. "Foro esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più in giudizio lontano da casa".

19 Cfr., per tutti, DALMOTTO. "Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?", in *Giur. it.*, 1967, IV, pp. 161 e ss., che mette opportunamente in rilievo le aporie e i circoli viziosi cui danno luogo le altre interpretazioni.

20 È questo il punto di vista implicitamente adottato da DALMOTTO. Ob. cit., p. 168, ove dice che "bisogna far operare la regola della successione delle leggi nel tempo, dal momento che tale nuovo foro abroga *ex* articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale, ora per incompatibilità *ora per nuova regolazione della materia* (corsivo mio) la precedente disciplina dettata dal codice di rito e dalle leggi speciali".

senza di disposizioni di legge (anteriori o successive) che siano invece speciali rispetto all'articolo 1469 *bis*.

III. LE CONTROVERSIE INDIVIDUALI, CON PARTICOLARE RIGUARDO AI MODI STRAGIUDIZIALI DI SOLUZIONE

Con riguardo alle controversie individuali dei consumatori il panorama europeo ci offre tre diversi moduli di soluzione, che a volte si incrociano cumulandosi, di un contenzioso che, come ho già accennato, è per lo più di scarso valore economico, cosicché per esso non è possibile continuare ad accontentarsi delle procedure tradizionali, con i suoi formalismi, le sue durate, la necessità di avvalersi per la difesa di specialisti costosi.

Un primo modello, affermatosi in Inghilterra e in Irlanda, tende essenzialmente ad una fortissima semplificazione della procedura (introduzione di moduli per gli atti introduttivi, difesa personale incentivata con l'esclusione del principio della soccombenza –se vuoi l'avvocato te lo devi pagare anche se vinci la causa–, costi irrisori), mantenendo peraltro la figura tradizionale di giudice.

Un secondo modello, affermatosi in Italia, ricorre a nuove figure di giudici onorari cui affidare il contenzioso bagatellare, mantenendo peraltro una procedura piuttosto complicata sul modello del processo ordinario di cognizione, con qualche leggera semplificazione, con la conseguente necessità, di fatto se non di diritto, della rappresentanza tecnica, cui si continua a ricorrere anche se per le cause sotto il milione la difesa personale è sempre consentita e per quelle di valore superiore può essere autorizzata dal giudice.

Un terzo modello, che si va lentamente affermando ovunque, consiste nell'attivazione di sistemi alternativi di risoluzione di queste controversie, in modo particolare attraverso procedure conciliative variamente organizzate, dove un'importanza via via maggiore va assumendo Internet, attraverso l'organizzazione di siti allo scopo dedicati. Anche in questo contesto è molto presente la Comunità Europea con progetti che riguardano soprattutto le controversie transfrontaliere, indirizzati a semplificare la difesa del consumatore.

A. LA CONCILIAZIONE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

Qualche riflessione sull'attività conciliativa del giudice di pace. Un giudice onorario cui sono affidate le cause bagatellari (se pur non soltanto) per amministrare una *justice de proximité*, come direbbero i francesi, o la giustizia del quotidiano, come possiamo dire noi. Soffermiamoci per un momento sul nome.

Viene subito spontaneo il rilievo che, nell'attività di un giudice siffatto, quella conciliativa dovrebbe assumere un rilievo preminente. Per molte ragio-

ni, dove la principale, a mio giudizio, risiede nei costi processuali. La mediazione di specialisti costosi, anche se essa può in teoria venir evitata, sia pure nella maggior parte dei casi con l'autorizzazione del giudice, conduce nei fatti ad un costo complessivo della difesa tecnica che molto spesso rappresenta un multiplo del valore della causa. Quando questo accade siamo di fronte ad un'inaccettabile irrazionalità complessiva del sistema anche se il costo viene sopportato dal soccombente. Senza contare la palese ingiustizia che si viene a determinare nei confronti di quest'ultimo, specialmente quando il mancato pagamento deriva da un'impossibilità di fatto. Dispiace in proposito che nella cultura del processo civile manchi in genere la consapevolezza che sui debitori morosi che non soddisfano i loro debiti perché non possono, la soccombenza nel processo bagatellare comporta l'aggravio di un vero e proprio carico usurario sul debito originario. Va anche aggiunto che molto spesso il vantaggio della vittoria per lo stesso attore sfuma a causa del pagamento da parte sua delle c.d. spese irripetibili.

Quando si parla di conciliazione è peraltro opportuno distinguere. Non tutte le conciliazioni sono uguali. Dobbiamo separare le conciliazioni buone da quelle cattive.

Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte "quello, proprio quello, tutto quello cui ha diritto", se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa insoddisfatta, ovvero le conciliazioni che riescono a trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata (i c.d. *good faith disagreements* della letteratura anglosassone)²¹.

Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale. Pare evidente il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato. Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi (e le cause civili hanno per lo più soldi per oggetto), ovviamente il creditore preferisce ottenerne "pochi, maledetti e subito", piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando. Soccorre anche l'esperienza. Gli studi degli avvocati sono sovente un crogiolo di tran-

21 Per un approfondimento della contrapposizione tra i due tipi di conciliazione cfr. CHIARLONI, "Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 447 e ss.

sazioni o di conciliazioni stragiudiziali e i discorsi che ivi si fanno sono sempre imperniati sulla convenienza economica di accettare una sistemazione al grande ribasso, piuttosto che attendere per anni l'integrale soddisfacimento. Il che spiega l'enorme percentuale di processi che si chiudono con una declaratoria di estinzione, la quale quasi sempre nasconde una transazione sottostante, al cui contenuto molto spesso non è estranea l'intenzione negoziale di evitare il danno da giustizia dilazionata.

Insomma, le conciliazioni, per essere buone, esigono un'amministrazione della giustizia efficiente, in modo che non vi sia una parte indotta a speculare sulle durate processuali per fare accettare al suo avversario una conciliazione cattiva.

Sotto il profilo messo in rilievo, i nostri giudici onorari si trovano per ora in una situazione molto migliore rispetto ai colleghi togati. Supponendo ben fondata la dicotomia che abbiamo appena messo in luce, possiamo tranquillamente pensare che le conciliazioni che vengono concluse davanti al giudice di pace sono oggi, in linea di principio, conciliazioni buone. Prendiamo l'unico indicatore disponibile, la durata media dei processi: l'attuale stato dell'amministrazione della giustizia davanti a lui appare soddisfacente. Vediamo infatti che i tempi di definizione dei processi davanti ai giudici di pace sono tuttora largamente inferiori all'anno (254 giorni nel 1998) in confronto ai quasi quattro necessari davanti al giudice unico di primo grado. Ma il discorso cambia se dalla diagnosi dell'esistente passiamo alla prognosi per il futuro. Le durate medie dei processi davanti al giudice di pace stanno aumentando in rapida progressione (sono passate da 165 giorni nel 1996 ai 254 appena riferiti)²². Ricordiamo che il giudice di pace ha iniziato la sua attività a ruoli vergini: non si può fare a meno di temere che stiamo assistendo ad un fenomeno analogo a quello riscontrato per i giudici del lavoro a partire dal 1973. Anche qui le durate iniziali erano molto contenute in virtù della costituzione di sezioni stralcio per lo smaltimento dell'arretrato. Sennonché nel corso degli anni queste durate sono progressivamente aumentate, man mano che sul ruolo dei giudici addetti alle cause nuove si veniva ricostituendo l'arretrato a causa dell'incapacità di mantenere il passo tra cause definite e cause sopravvenute. Con il risultato che sono bastati vent'anni perché nelle preture e soprattutto nei tribunali del lavoro le durate processuali siano venute ad eguagliare, e in molti casi a superare, le durate dei processi ordinari. Se il fenomeno, come tutto lascia prevedere, si ripeterà per i giudici di pace, ci troveremo simmetricamente di fronte al prevalere delle conciliazioni "cattive" rispetto alle conciliazioni "buone".

²² I dati nazionali relativi al giudice di pace sono ricavati da LONGO. *Giudici di pace nel triennio 1996-1998*, Roma, 2000.

Ammettiamo che le conciliazioni davanti al giudice di pace siano per ora conciliazioni buone. Stando alle osservazioni con cui siamo partiti dovremmo anche aspettarci che esse siano numerose.

I dati empirici sembrano peraltro contraddire l'assunzione teorica.

Cominciamo dalle conciliazioni giudiziali *ex* articolo 185 CPC. I dati nazionali pubblicati denunciano un sensibile decremento sia in termini assoluti che in termini percentuali. Mentre i procedimenti sopravvenuti aumentano da 278.183 a 380.710, le conciliazioni diminuiscono da 13.431 nel 1996 a 10.737 nel 1998 (dal 13.7% delle definizioni al 6.2%). Sarebbe affrettato pensare, tuttavia, ad un venir meno della fiducia degli utenti circa la capacità del giudice di pace di adoperarsi per una soluzione conciliativa della lite. Contemporaneamente, sono quasi raddoppiate —da 68 mila a 122 mila circa— le cause cancellate. Nella stragrande maggioranza dei casi la cancellazione per inattività delle parti nasconde una conciliazione perfezionata al di fuori del processo. Ora è ragionevole ritenere che una quota rilevante di queste conciliazioni avvenga grazie all'intermediazione del giudice di pace, per poi perfezionarsi nella riservatezza dei rapporti tra le parti e i loro difensori. La ragione è semplice. Sulle conciliazioni “ufficializzate” davanti al giudice di pace bisognava pagare l'imposta di registro, che i privati preferiscono evitare, soprattutto nelle cause di minor valore. Ciò che comunque importa avere ben presente è che, quando si viene a trattare delle conciliazioni giudiziali, il dato di quelle “ufficiali” rilevate prima della recente modifica legislativa in materia di costi fiscali è sicuramente molto sottostimato.

B. LA CONCILIAZIONE DAVANTI AGLI SPORTELLI DI CONCILIAZIONE DELLA CAMERA DI COMMERCIO

Per finire, qualche rilievo sulle conciliazioni davanti alla camera di commercio. Muoverò da alcuni dati emergenti da una ricerca condotta dalla CDC di Milano, sotto la direzione scientifica di MICHELE TARUFFO e mia. In proposito occorre mettere in chiaro che la realtà di Milano e, con un distacco comunque notevole, quella di Torino costituisce al momento un *unicum* in confronto alla realtà delle altre camere di commercio. Basti pensare che nel 1998 anno, per il quale possiedo i dati comparativi, Milano ha trattato 143 domande di conciliazione, Torino 53, Genova 4 e mancano i dati relativi a Roma, Napoli, Palermo e Bologna, ritenuti non significativi. L'esperienza milanese è il frutto di una costellazione di circostanze, dove al primo posto si colloca il venire ad esistenza di un “circolo di qualità”, secondo la terminologia che ho a suo tempo adottata nel descrivere analoghe (e rare) esperienze nell'universo della giustizia togata.

Questo significa che, per il momento, si tratta di un'esperienza difficilmente esportabile nelle altre camere di commercio, dove il numero delle conciliazioni è, al confronto, assolutamente irrisorio, anche per la povertà e in qualche caso la sostanziale inesistenza delle relative strutture. Senza negare, come è ovvio, che quello milanese costituisca una sorta di esperimento pilota, suscettibile, con molto tempo e molta pazienza, di venir imitato dalle altre strutture camerali.

L'anno scorso fu eseguito un sondaggio su un campione significativo d'imprese della provincia di Milano. I fatti più interessanti che emergono dal sondaggio sono i seguenti: a) che la conciliazione in generale non è molto nota (solo dal 46.6% degli intervistati); b) che gli istituti conciliativi più conosciuti sono la conciliazione davanti al giudice di pace e la conciliazione del lavoro prima del giudizio (rispettivamente 64.5% e 54.4%), mentre il grado di conoscenza della conciliazione camerale è notevolmente inferiore (37.6% degli intervistati che conoscono la conciliazione, che corrisponde ad appena il 17% del totale, con meno del 2% che l'abbia utilizzato almeno una volta); c) che l'atteggiamento degli intervistati che li conoscono nei confronti degli istituti conciliativi in generale è altamente positivo non solo per le ragioni che sono state dichiarate (rapidità, costi ridotti, riservatezza), ma probabilmente anche in funzione della tipologia delle controversie. Il loro basso valore medio dovrebbe spiegare in parte lo scarso interesse denunciato nei confronti dell'arbitrato e spiega invece la circostanza che la conciliazione sia considerata uno strumento di elezione.

Con riferimento alle strutture conciliative delle camere di commercio una conclusione s'impone immediatamente, di fronte a questi dati. Emerge chiara la necessità di promuovere la conciliazione della camera arbitrale presso le imprese associate con adeguate forme di pubblicità, senza lesinare sui necessari investimenti.

C. CONCILIAZIONE OBBLIGATORIA O CONCILIAZIONE FACOLTATIVA?

Come è noto, esiste un tentativo di conciliazione presso le camere di commercio che è connotato dall'obbligatorietà. Si tratta del tentativo che deve precedere l'instaurazione di una controversia in materia di subfornitura, ai sensi dell'articolo 10.^o della legge 18 giugno 1998 n.^o 192.

Vien da domandarsi se sia utile al fine di aumentare le conciliazioni, oltre a promuoverle con adeguate forme di sostegno "pubblicitario", come appena visto, rendere obbligatorio il tentativo presso per una tipologia di controversie più vasta, che magari comprenda tutte le controversie tra imprese e tra imprese e consumatori.

Certo, sembra che il legislatore faccia molto affidamento sull'estensione delle ipotesi di obbligatorietà del tentativo di conciliazione. A parte le fattispecie già previste in una serie di leggi speciali, oltre a quella sopra rammentata (si tratta della legge 11 maggio 1990 n.° 108 che prevede all'articolo 5 un tentativo obbligatorio di conciliazione quando venga impugnato un licenziamento individuale in regime di stabilità obbligatoria e del decreto legislativo 31 marzo 1998 n.° 80 che, riscrivendo l'articolo 410 CPC, generalizza l'obbligatorio del tentativo di conciliazione presso le commissioni provinciali del lavoro e della massima occupazione per tutte le controversie di lavoro), un progetto di legge di iniziativa parlamentare della passata legislatura, il c.d. progetto FOLENA n.° 4567-C, faceva assumere una duplice veste al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Nasceva allora una doppia raffigurazione dell'obbligatorio: accanto al tentativo *jussu legis* anche un tentativo *jussu judicis*.

L'articolo 10 prevedeva la sottoposizione al tentativo di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda, di una fetta assai ampia delle cause civili, e cioè le cause entro il valore di 50 milioni di lire di risarcimento del danno da incidente stradale, nonché le cause tra professionisti (vale a dire, imprenditori) e professionisti e consumatori.

L'articolo 11 prevedeva che il giudice, terminata l'udienza di trattazione, potesse rimettere la causa davanti ad un conciliatore (oltre che direttamente davanti ad un arbitro o ad un collegio arbitrale, rimessione quest'ultima ammessa anche per il caso di fallimento della conciliazione) sospendendo il processo e fissando un termine ordinatorio non superiore a 90 giorni per l'esaurimento del procedimento di conciliazione.

Per rendere appetibile l'istituto, veniva previsto che in caso di successo del tentativo di conciliazione il relativo verbale fosse dotato di efficacia esecutiva per tutte le forme di esecuzione e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (diventando, per così dire, più potente persino di certe categorie di provvedimenti esecutivi di condanna emanabili dal giudice, come le ordinanze di condanna al pagamento di somme del processo del lavoro e le ordinanze di condanna *ex* articoli 186 *bis* e *quater* CPC del processo ordinario, che non sono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca).

Poiché sembra che le intenzioni dell'attuale Esecutivo e del Parlamento siano orientate nella medesima direzione, dico subito che, a mio giudizio, i compiti di un legislatore saggio, di fronte al mezzo alternativo di risoluzione delle dispute rappresentato dalla conciliazione stragiudiziale, dovrebbero limitarsi a interventi leggeri e, per così dire, di cornice. Si tratta di indirizzare le diverse iniziative in modo che siano regolate garantendo il rispetto di canoni fondamentali, come l'imparzialità dell'organo di conciliazione e la parità delle armi tra le parti. Ba-

sterebbe al riguardo assicurare l'esecutività del verbale di conciliazione soltanto quando quei canoni siano osservati.

Sono invece radicalmente contrario all'ulteriore introduzione di tentativi obbligatori di conciliazione. Essa non serve a conseguire lo scopo che viene dichiaratamente perseguito: ottenere con questo mezzo una drastica riduzione del contenzioso davanti ai giudici.

La storia comparata del processo dovrebbe pur insegnare qualcosa. Il tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al *juge de paix* era previsto per tutte le cause in materia di diritti disponibili dal codice di procedura civile napoleonico. Ma ben presto ci si rese conto che una simile previsione era soltanto fonte di inutili complicazioni e allungamenti delle durate processuali. Iniziò così un'opera di svuotamento del comando legislativo ad opera della giurisprudenza, culminato con la formale abrogazione nel 1906.

Nella stessa direzione va poi la recente esperienza applicativa del tentativo obbligatorio nel processo del lavoro. Dal momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina gli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione, a strutture intatte –secondo un'abitudine tutta italiana di pretendere che le riforme siano fatte a costo zero–, sono stati inondati di un gran numero di istanze di conciliazione, senza possibilità di distinguere tra istanze introdotte per l'esistenza, almeno da una parte, di una reale volontà conciliativa e istanze introdotte esclusivamente per ottemperare al comando legislativo.

L'inevitabile conseguenza è stata un atteggiamento di resa burocratica del personale degli uffici, che tra l'altro non sono neppure in grado di convocare le parti entro il termine di sessanta giorni previsto dalla legge.

Le prime ricerche empiriche confermano questa triste realtà. Dati disastrosi risultano da un'indagine condotta presso l'ufficio provinciale di Torino²³. Nel secondo semestre 1997, in regime di tentativo facoltativo, le domande pervenute furono 1.215 e le conciliazioni effettuate 614; nel secondo semestre del 1998, in regime di tentativo obbligatorio, di fronte a 7.809 domande pervenute le conciliazioni effettuate furono solo 550, addirittura con un calo in cifre assolute, per non parlare della percentuale.

Se è vero che introdurre come condizione di procedibilità della domanda l'esperimento di un tentativo di conciliazione non viola la disposizione costituzionale sul diritto di azione, trattandosi di un caso di giurisdizione condizionata

23 C. PEYRON. *L'impatto della riforma sul diritto vivente*, relazione al "Convegno su pubblico e privato nel processo del lavoro", promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino il 30 aprile 1998, in *Giur. It.*, 1999.

che non rende troppo difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale è dunque altrettanto vero che ci troviamo di fronte ad una scelta molto inopportuna.

L'inopportunità risulta d'altronde chiara anche su altri piani. Come, ad esempio, l'insensato formalismo di talune applicazioni giurisprudenziali. Basti pensare che si è arrivati a ritenere che il tentativo di conciliazione è obbligatorio anche per la proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo, malgrado la migliore dottrina si sia subito premurata di sottolineare che la soluzione negativa s'impone di fronte alla palese assurdità di pretendere l'instaurazione di un contraddittorio davanti all'ufficio conciliativo come condizione per ottenere un provvedimento *inaudita altera parte*; o che si è arrivati a rimettere in primo grado ad opera del giudice di appello nel caso di mancata proposizione dell'istanza di conciliazione (nel caso particolare quella prevista dall'articolo 5 l. 108-90), per non avere il giudice *a quo* preso in considerazione l'eccezione di improcedibilità a suo tempo proposta dalla controparte; o che magari si arriverà, al peggio non c'è mai fine, a pretendere l'instaurazione del tentativo di conciliazione come "condizione di procedibilità" della domanda riconvenzionale.

Peccato, anche perché, come dice il filosofo, la ragione parla a chi la vuole intendere, mentre non sembra che l'odierno legislatore processuale italiano abbia una particolare propensione per quest'intendimento. A meno di un forte impegno di contrasto culturale non possiamo aspettarci una prossima manifestazione di *jus poenitendi*, che risparmi a molti uffici della pubblica amministrazione e magari anche delle camere di commercio, sull'onda della fattispecie tutto sommato innocua (per il loro scarsissimo numero) delle controversie di subfornitura, un'inutile dispendio di attività e vorticosi giri di carte, e a molti giudici la tentazione di cedere al fascino sottile del *summum jus summa injuria*.

GIOVANNI COMANDÉ

*Responsabilità, assicurazione e precauzione:
un dialogo da costruire per il governo dei rischi*

I. PREVENZIONE, PRECAUZIONE E RISCHIO NELLA SOCIETÀ MODERNA

È sempre più frequente sentire parlare¹ di “civiltà del rischio” o di “società del rischio”², in collegamento con l’emergere di innovazioni scientifiche e tecnologiche. Le innovazioni solitamente migliorano la sicurezza e le condizioni di vita. Ma proprio per questo tanto più sicura è una società, tanto più sono considerate “inaccettabili” –socialmente, politicamente ed eticamente– le sacche di incertezza e l’emergere di nuove insicurezze che possono attentare accidentalmente alla salute o alla vita umana³.

L’assunzione dei rischi è chiaramente una caratteristica delle società moderne. Lo è per ciascuno nella propria vita personale e in particolar modo per gli imprenditori così come per la società.

Nessuna società può fare a meno di assumere dei rischi e, soprattutto, di cercare di evitare che la loro realizzazione si trasformi in una catastrofe per i singoli cittadini o addirittura per l’intero Paese. In questa prospettiva l’assicurazione gioca un ruolo essenziale: moltissimi rischi sarebbero troppo onerosi e non potrebbero essere assunti senza tale intervento. Una selezione in funzione della natura e dell’intensità dei rischi e in funzione dei benefici che la presa di rischio comporta si impone, soprattutto, alla luce dell’odierno impetuoso progresso scientifico e tecnologico.

È necessario, però, che ciascuna società stimoli –o imponga– appropriati livelli di prudenza veicolati attraverso codici di buona condotta, disposizioni contrattuali –come quelle previste nei contratti di assicurazione–, minaccia di sanzioni (penali o di risarcimento del danno in responsabilità civile), imposizioni fiscali o divieti imperativi di legge⁴. Prudenza e prevenzione devono spingere verso un intelligente governo dei rischi. Tuttavia, anche quando si adopera ogni “precauzione” la prudenza non elimina ogni rischio, o perché ve ne sono molti che non possono essere evitati o, ancora, perché altri rischi non sono

1 P. LAGADEC. *La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris, Seuil, 1981.

2 U. BECK. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001 (1.^a ed. 1986), e nella traduzione inglese U. BECK. *Risk Society: Towards a New Modernity*, MARK RITTER (trans.), Sage Publications, 1992.

3 S. JASANOFF. *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001; F. D. BUSNELLI. “Il problema della clonazione riproduttiva”, *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 175; ID. *Bioetica e diritto privato: Frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001.

4 Su queste esigenze si veda, per i profili prioritariamente pubblicistici, A. GRAGNANI. “Il principio di precauzione come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, delle generazioni future”, *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, 9, pp. 11 e ss. Ivi anche ampie indicazioni bibliografiche in francese, tedesco, inglese e italiano.

conosciuti al momento in cui si prende una determinata decisione. La scienza, in altri termini, non è sempre in grado di fornirci certezze sufficienti per una scelta razionale ed efficace⁵. Per questo motivo è indispensabile associare alla prevenzione la protezione finanziaria dei rischi che si realizzano.

In questo quadro l'agire umano può essere indirizzato secondo criteri diversi, così come la disciplina giuridica di questo agire.

All'inizio del XXI secolo si confrontano (apparentemente) due approcci diversi nelle ipotesi in cui il rischio sia sostanzialmente una incertezza dovuta alle ridotte conoscenze scientifiche: il principio di precauzione la cui adozione è alla base delle opzioni della Unione Europea, e l'analisi costi-benefici che accompagna il *risk assessment* e sembra dirigere i canoni di scelta nordamericani⁶.

Invero, questi criteri non sono in piena contraddizione, anzi, una lettura attenta del principio di precauzione come recepito in Europa incorpora l'analisi costi-benefici e permette di "andare oltre" per prendere in considerazione parametri che altrimenti rimarrebbero fuori dall'angolo visuale dei decisori⁷.

Nelle parole della Commissione Europea:

Nel caso in cui si ritenga necessario agire, le misure basate sul principio di precauzione dovrebbero essere, tra l'altro:

- 5 Per una lettura che ritiene nel corso del tempo le incertezze siano progressivamente, almeno parzialmente, risolte cfr. C. GOLLIER, B. JULLIEN, N. TREICH. "Scientific progress and irreversibility: an economic interpretation of the 'Precautionary Principle'", *Journal of Public Economics* 75 (2000), pp. 229 e 230. Gli esempi fatti sono quelli delle incertezze circa la trasmissibilità dell'AIDS tramite emotrasfusione o la crisi della c.d. mucca pazza. La nozione di prevenzione fa inerentemente riferimento alla fiducia nella scienza e nella tecnologia: F. EWALD. "The return of the crafty genius: an outline of a philosophy of precaution", in 6 *Conn. Ins. L. J.*, pp. 47 a 58.
- 6 Per una critica serrata del principio di precauzione cfr. C. R. SUNSTEIN. "New perspectives and legal implications: beyond the precautionary principle", in 151 *U. Pa. L. Rev.*, pp. 1003 a 1005: "I emphasize that we have good reason to endorse the goals that motivate many people to endorse the precautionary principle. These goals include the importance of protecting health and the environment even from remote risks, the need to attend to unintended adverse effects of technological change, and the need to ensure that wealthy countries pay their fair share for environmental improvement and risk reduction. But the precautionary principle is a crude way of protecting these goals, which should be pursued directly. I do not attempt to develop any particular replacement for the precautionary principle, but I do argue on behalf of wide viewscreens in the regulation of risks"; F. B. CROSS. "Paradoxical perils of the precautionary principle", in 53 *Wash. & Lee L. Rev.*, 1996, pp. 851 a 859, secondo cui "The precautionary principle can be attacked as an uncertain decision rule". *Contra*, però, D. A. DANA. "A behavioral economic defense of the precautionary principle", in 97 *Nw. U. L. Rev.*, p. 1315. Critiche costruttive invece in M. GEISTFELD. "Reconciling cost-benefit analysis with the principle that safety matters more than money", in 76 *NYUL Rev.* 114.
- 7 Sull'incertezza nei rapporti tra principio di precauzione ed analisi costi-benefici cfr. C. COLLIER. *Optimal prevention of unknown risks: a dynamic approach with learning*, paper. Ivi anche un'analisi del ruolo dell'incremento delle informazioni. Il paper elabora una teoria per la quale tanto più il rischio è incerto quanto più si dovrebbe investire in azioni preventive, e quindi argomenta in favore di una più ampia applicazione del principio di precauzione.

- Proporzionali rispetto al livello prescelto di protezione;
- *Non discriminatorie* nella loro applicazione;
- *Coerenti* con misure analoghe già adottate;
- *Basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri* dell'azione o dell'inazione (compresa, ove ciò sia possibile e adeguato, un'analisi economica costi-benefici);
- Soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici, e
- *In grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche* necessarie per una più completa valutazione del rischio⁸.

Inoltre, non è interamente corretto affermare che il principio di precauzione non abbia (mai) trovato spazio applicativo negli Stati Uniti⁹: tutt'altro¹⁰.

Al contrario, si dovrebbe verificare la possibilità di sviluppare ulteriormente un approccio precauzionale al governo dei rischi in grado di creare sinergie metodologiche e di risultato tra i momenti di autoregolazione (contratto e codici di condotta), di eteroregolazione (*regulation*), di sanzione (penale o amministrativa), di deterrenza e prevenzione (responsabilità civile e controllo sociale).

II. PREVIDENZA, INCERTEZZA E RISCHIO: VERSO UN APPROCCIO PRECAUZIONALE RAGIONEVOLE

A questo punto però è necessario precisare l'utilizzo dei termini *precauzione*, *incertezza* e *rischio*.

Una definizione canonica, quanto tecnico-economica, considera il rischio come la probabilità di accadimento di un evento che, se di rilevanza ambientale, genera la categoria concettuale di rischio ambientale. Questa definizione, già di per sé non esaustiva, deve essere integrata con una misurazione della rilevanza dell'evento (c.d. *magnitudo*) e con la percezione del rischio da parte degli attori sociali chiamati

8 Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM(00)1 final, sul sito [http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/cnc/2000/com2000_0001to1.pdf]. Per una recente ricostruzione dell'evoluzione del principio di precauzione nella Unione Europea e in comparazione con le problematiche del commercio internazionale e la posizione statunitense cfr. T. J. DAEMEN. "The EC's evolvin precautionary principle", in *European Environ Law Review*, 2003, p. 6; J. B. WIENER e M. D. ROGERS. "Comparing precaution in the United States and Europe", *Journal of Risk Research* 5 (4), (2002)6, pp. 317 a 349.

9 D. ELLIOT e G. CHARNLEY. "Risk versus precaution: a false dichotomy", in *Foresight and Precaution*, Proceedings of Esrel 2000, SARS and SRA-Europe Annual Conference, 15-17 maggio 2000, Brookfeld, 2000, 209.

10 Pur senza citare esplicitamente il principio, la sua logica è interiorizzata da diverse normative federali: C. D. STONE. "Is there a precautionary principle?", in 31 *Envtl. L. Rep.* 10790, 10797 (2001); D. FREESTONE e E. HEY. "Origins and development of the precautionary principle", in *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation* 3, D. FREESTONE e E. HEY (eds.), 1996, p. 265.

in causa. Costituiscono infatti fattori di innalzamento del rischio sia la presenza di una frequenza di accadimento elevata, sia la rilevanza del rischio, sia il fatto che i rischi siano percepiti come significativi dagli attori coinvolti (assumono, in termini soggettivi, un'elevata *magnitudo*). Questi profili reagiscono, per così dire, nel contenitore della disciplina giuridica che definisce alcuni di questi parametri attraverso l'attribuzione di responsabilità, di compiti, di divieti.

Per le assicurazioni l'elevata *magnitudo* e la minor frequenza dei rischi, ad esempio, ambientali ha reso difficoltoso sviluppare modalità profittevoli di copertura di tali rischi sul piano nazionale, mentre la progressiva "finanziarizzazione" della copertura assicurativa sui mercati finanziari (cfr. i c.d. Cat-Bonds) tende a diluire il rischio permettendone l'assunzione senza però incidere sul suo governo secondo logiche di precauzione, e a volte neppure secondo logiche di prevenzione. Questo è uno dei punti di potenziale convergenza dello strumento assicurativo e del principio di precauzione, ovvero dell'anima "riparatoria" e dell'anima "preventiva" di un ragionevole governo dei rischi nella società tecnologica.

In questa prospettiva appare centrale un approccio gestionale alla prevenzione (e ad un rigoroso *audit* della stessa) da parte degli assicurati, che consenta agli assicuratori di ridurre la propria esposizione al rischio e di graduare più opportunamente l'entità dei premi. Operazioni queste che passano attraverso il contratto di assicurazione e gli strumenti di governo del rischio che esso può prevedere ma che deve essere inserito in un contesto di analisi precauzionale. Ovviamente si è consapevoli che dei rischi si occupa la prevenzione mentre la precauzione guarda piuttosto alle incertezze alla luce delle conoscenze scientifiche odierne ed invita al dubbio metodico di CARTESIO. Il diverso risultato a cui la logica della responsabilità e della precauzione possono pervenire è evidente: nella prima "l'ignoranza" e l'incertezza equivalgono all'innocenza (*recte*: assenza di responsabilità) mentre nella seconda possono portare alla responsabilità.

La distinzione tra incertezza e rischio può essere sintetizzata indicando per "rischio" l'incertezza oggettivamente probabilizzata: in questo caso si parla tecnicamente di rischi certi o avverati. Al contrario, si parla di rischi potenziali o di incertezza intrinseca quando le probabilità oggettive di verifica del rischio non possono essere delimitate con parametri precisi.

Nel linguaggio comune precauzione indica una maniera di agire prudente; nella logica del principio di precauzione, invece, è una modalità della prudenza che si impone ai decisori, pubblici o privati che siano, quando si confrontano con delle situazioni di incertezza¹¹. Queste nozioni sono tra loro collegate in un ideale percorso diacronico.

11 H. COUSY. *Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances*, manoscritto.

L'intreccio di rischio, prevenzione e precauzione può descriversi con l'attraversamento ideale della società, rispetto al rischio, di tre fasi storiche definite¹² capace di fare emergere la sinergia tra i momenti di prevenzione e di copertura finanziaria dei rischi.

A. DALLA PREVIDENZA ALLA PREVENZIONE

Il liberalismo del XIX secolo ha portato con sé, enfatizzandolo, il concetto di responsabilità individuale. Ciascuno è responsabile delle proprie azioni a meno che non siano imputabili ad altri. Non a caso questo è anche il periodo in cui le regole di responsabilità civile ed il principio "nessuna responsabilità senza colpa" raggiungono la loro piena maturità. Si richiede, quindi, una causalità certa ed immediata per impegnare la responsabilità di terzi¹³. A questa situazione corrisponde la virtù della previdenza, del mettersi in condizioni di fronteggiare gli imprevisti e i mali della vita: la responsabilità è madre della prudenza e le istituzioni devono incoraggiare madre e figlia per il bene della società¹⁴.

B. DALLA PREVENZIONE ALLA PRECAUZIONE

È stata forse la disciplina degli incidenti sul lavoro a segnare per il rischio una direzione di marcia diversa. Con il suo apparire si affianca alla previdenza il principio della solidarietà della società verso le vittime dei rischi e nasce così lo stato sociale. L'accidente sul lavoro smette di essere percepito come una colpa individuale sanzionata dal diritto. Il rischio è ormai imputato all'attività in quanto tale, e quindi prevede interventi di prevenzione pubblici o privati¹⁵. È il caso, per fare ancora un esempio, della circolazione stradale che impone interventi di manutenzione pubblica e sistemi integrati di gestione del risarcimento. Non a caso in questi periodi si sviluppa la ricerca di modalità e tecniche alternative alla responsabilità civile in grado di utilizzare al meglio le molteplici forme dello strumento assicurativo dove solidarietà e sussidi incrociati tendono a ibridarsi¹⁶. La responsabilità personale si rivela insufficiente e si cerca

12 O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC e E. MICHEL-KERJAN. *Traité des nouveaux risques*, Paris, Gallimard, 2002, p. 31.

13 G. PONZANELLI. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il mulino, 1992.

14 EWALD. *The return of the crafty genius*, cit., p. 47, parla del XIX secolo come il secolo della responsabilità, del XX come di quello del paradigma della solidarietà, mentre il XXI mostrerebbe i segni di un altro paradigma che non ha ancora trovato il suo nome.

15 Cfr. G. VINEY. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965.

16 G. COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1999; D. POLETTI. *Danni alla persona negli incidenti da lavoro e da automobile*, Torino, 1996.

una serie di strumenti nuovi, specialmente pubblici: dalle procedure di autorizzazione alle regole codificate, dagli incentivi economici sotto forma di tasse o di permessi negoziabili alle regole di responsabilità civile “(in)vestite” di funzioni pubbliche.

La prevenzione si indirizza naturalmente a *conoscenze scientifiche certe* e a *rischi certi*. Le conoscenze scientifiche hanno trasformato le incertezze in certezze causali non imputabili individualmente al soggetto danneggiato: il danno è una “colpa” dell’attività e non dell’individuo. In altre parole, il carattere certo del rischio e l’affidarsi fiducioso alle conoscenze scientifiche identificano la società della prevenzione che ha dominato fino agli anni ’70 del xx secolo. Infatti, in questo periodo si è incrementata la prevenzione delle malattie con la scienza medica e le vaccinazioni, la prevenzione dei crimini con i sistemi di difesa sociale, la prevenzione dei sinistri con le scienze dedicate alla sicurezza, la prevenzione della povertà e dell’insicurezza sociale attraverso le assicurazioni sociali¹⁷.

C. VERSO UN APPROCCIO PRECAUZIONALE

Il principio di precauzione evoca una diversa attitudine verso i rischi, auspicabilmente senza disintegrare l’equilibrio tra responsabilità e solidarietà che i due periodi precedenti hanno sviluppato. La gravità e l’irreversibilità del danno giustificano l’avvio precoce di un’azione preventiva quando i rischi previsti sono ancora solo potenziali o addirittura ipotetici. L’approccio precauzionale, a differenza dei due periodi precedentemente citati, assiste ad un ritorno dell’incertezza¹⁸ che sposta l’asse dell’attenzione più sul momento preventivo che su quello riparatorio.

– Un approccio precauzionale si distingue dalla mera prevenzione:

a. Per la tempistica: il rischio deve essere affrontato in modo precoce, finché è ancora potenziale e nonostante le conoscenze scientifiche siano insufficienti per i meccanismi classici di prevenzione.

b. Per le modalità di giustificazione delle azioni: non vi è una rottura con la scienza ma non vi si fondano esclusivamente le decisioni che, invece, tengono conto dell’opinione pubblica e di deliberazioni collettive –politiche– assieme alle opinioni degli esperti. Si richiede un rapporto, per così dire, *aperto* con la scienza. Proprio questo è forse il fattore più problematico per il diritto.

¹⁷ EWALD. *The return of the crafty genius*, cit., p. 48.

¹⁸ Nelle parole di Y. LAMBERT-FAIVRE. “L’ethique de la responsabilité”, *RTD civ.*, janv.-mars 1998, pp. 1 a 10: “il principio di precauzione è la saggezza dello scienziato e del tecnologo che misura le proprie conoscenze alla luce della propria ignoranza” (traduzione libera dell’autore).

c. Per il diverso legame tra assicurabilità e accettabilità dei rischi. Questo, normale nell'era precedente, suona come vuoto in un contesto in cui l'idea della riparazione integrale o anche dell'assicurazione integrale appare fuori luogo. La logica, anche assicurativa, si basava sul presupposto che un rischio certo potesse (e dovesse) essere accettato fin tanto che potesse essere distribuito finanziariamente; il che presuppone che il suo eventuale avveramento producesse danni almeno astrattamente riparabili.

d. Per il modo di collegare lo sviluppo delle conoscenze e le misure di precauzione basato su una interattività continua e che non procede di acquisizione definitiva in acquisizione definitiva della scienza.

Tutto ciò fa sì che il principio di precauzione non sia più una semplice tecnica di prevenzione dei rischi, ma possa divenire metodo per il governo degli stessi.

Se il principio di precauzione introduce un ulteriore livello di consapevolezza nel comportamento umano di fronte all'incertezza (scientifica) e al riferimento all'idea di provvidenza e di prevenzione, allora questo non contraddice la logica della responsabilità e della solidarietà nella redistribuzione dei rischi ma richiede un diverso atteggiamento della prudenza. Così facendo il principio di precauzione diventa un principio di responsabilità se conduce ad azioni ragionevoli e proporzionate al danno atteso e alla plausibilità delle informazioni su cui si basa l'azione.

Sul piano della percezione sociale dei pericoli, poi, la logica precauzionale impone di ripensare la libertà di esporre altri al rischio di danni eventuali (anche) quando la loro realizzazione ipotetica è incerta¹⁹; inoltre la logica precauzionale richiede un diverso rapportarsi con la logica della protezione finanziaria (e assicurativa) dai danni.

In questa direzione si deve rifiutare, però, la tentazione apocalittica di una precauzione solamente legata all'astensionismo (tentazione a volte riferita ad HANS JONAS²⁰) in cui un'etica della responsabilità presuppone di prendere in carico solamente condotte che prevedono un danno zero o di investire in ogni caso l'onere della prova su chi presenta il nuovo rischio e di baloccarsi con l'illusione retrospettiva che se non si fossero fatte determinate azioni nulla di male sarebbe successo.

Al contrario, il punto di partenza è la consapevolezza che il principio di precauzione non elimina l'incertezza scientifica ma definisce un *processo per dissolvere progressivamente l'incertezza, gestendola*²¹.

19 J. P. DESIDERI. "La précaution en droit privé", *Dalloz*, 2000, n.° 15, pp. 238 a 242.

20 H. JONAS. *Il principio di responsabilità*, Torino, Einaudi, 1990.

21 Per uno studio economico che cerca di dimostrare la "convenienza" economica di un principio di

Questo processo assegna valori e si preoccupa in maniera precoce di rischi ipotetici di danno grave con l'obiettivo di prevenirli, dando delle direzioni precise all'azione di prevenzione e ricercando misure efficaci e proporzionali. Questa, probabilmente, è la nozione di precauzione che emerge dai testi europei²². In questo quadro il vincolo principale all'azione precauzionale e alla sua essenziale discrezionalità è imposto dal rispetto del principio di proporzionalità dell'azione in cui il metro di valutazione è essenzialmente legato alla gravità potenziale del danno e alla maggiore o minore probabilità che si realizzi secondo la conoscenza disponibile al momento.

Le risposte tradizionali dell'assicurazione all'incertezza, anche nel codice civile italiano, distinguono due forme fondamentali. La prima si appoggia sull'idea del mutuo soccorso, così come sviluppatasi nel XVI secolo; la seconda si appoggia sull'assicurazione di responsabilità o sull'assicurazione contro i danni. In entrambe le ipotesi l'obiettivo prioritario è la distribuzione del rischio (*risk spreading*) piuttosto e prima della sua prevenzione.

Nelle due ipotesi l'assicurazione, per un verso, si manifesta come estremamente individualista (si cerca di proteggere noi stessi o le nostre attività, a prescindere dai rischi per gli "altri assicurati"), per altro verso, ha una natura collettiva di mutualità che si estrinseca particolarmente quando si tratta di proteggere da un medesimo rischio un'unica comunità e che trova salde radici nei principi costituzionali (arts. 2.^o, 3.^o, 32, 41 cost.) e nella logica solidaristica sviluppatasi nel secolo passato. Ciò è ancora più vero quando dai rischi particolari si muova verso rischi su grande scala come, ad esempio, quando coinvolto è l'ambiente, un farmaco difettoso, e in ogni caso in cui la simultaneità e la natura dei danni evocano il concetto di catastrofe per il quale solo la solidarietà mutua può offrire risposte. Il termine catastrofico si riferisce sempre più anche ad un numero crescente di sinistri di massa a carattere diffuso e a volte progressivo, sinistri a volte individuati proprio grazie all'avanzamento delle conoscenze scientifiche, e il contenzioso connesso all'amianto e a numerosi fenomeni di inquinamento come l'effetto serra ne sono un chiaro esempio.

precauzione ragionevole basato su una logica di "azione ed apprendimento" cfr. GOLLIER, JULLIEN e TREICH, *Scientific progress and irreversibility*, cit., pp. 229 e ss.

22 PH. KOURILSKY E G. VINEY. *Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre*, Editions Odile Jacob, 2000; Risoluzione del Consiglio d'Europa sul principio di precauzione, Nizza, 7-9 dicembre 2000; Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM(00)1 final, sul sito [http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/cnc/2000/com2000_0001ito1.pdf].

III. PRECAUZIONE E ASSICURAZIONE: CONVERGENZE E DIVERGENZE PER IL GOVERNO DEI RISCHI E IL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Precauzione e assicurazione intervengono sovente a governare i rischi con approcci diversificati che devono essere integrati. Così, l'assicurazione è stata concettualmente costruita sull'idea che il danno è riparabile e dunque può essere compensato, ma questa si è rivelata un'idea illusoria vista l'irreversibilità di alcuni danni e soprattutto di scelte (non) precauzionali. Questa idea di assicurazione, peraltro, può avere stimolato o può stimolare in futuro l'assunzione di rischi solo laddove questi siano assicurabili, dunque risarcibili, piuttosto che prevenire la loro realizzazione. L'enfasi posta dalla logica assicurativa (e solidaristica) poggia piuttosto sulla *compensation* (la protezione finanziaria e la distribuzione economica del rischio) che sulla prevenzione del danno, mentre l'enfasi precauzionale propende verso la prevenzione. Beninteso, il principio di precauzione parte dal presupposto che non sia né possibile né auspicabile prendere in considerazione tutte le ipotesi di rischio, anche le meno plausibili, come se fossero dei rischi certi, ma perciò stesso non si può non agire per prevenire la loro realizzazione. Un approccio precauzionale al governo dei rischi deve ponderare l'asserita possibilità di un rischio potenziale attraverso la sua plausibilità scientifica.

Il principio di precauzione, nato in campo ambientale e introdotto nel diritto comunitario europeo con l'adozione nel 1992 del Trattato di Maastricht (art.130R, divenuto poi 174 dopo il Trattato di Amsterdam) ha trovato estensione alla protezione della salute pubblica e alla sicurezza alimentare²³. Sempre più frequenti sono le ipotesi in cui le normative comunitarie fanno riferimento al principio di precauzione anche come vincolo ai legislatori in sede di attuazione²⁴. Più in generale, esso trova precipua e specifica applicazione con riferimento soprattutto ai rischi potenziali. Il principio, infatti, racco-

23 Per esempio, nell'ambito del commercio alimentare, articolo 5.^o punto 7 dell'OMC, *Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures*. Disponibile sul sito [www.wto.org].

24 L'articolo 15 della Dichiarazione di Rio precisa che "where there are threats of serious and irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation". Analoghe prese di posizione si trovano anche in leggi nazionali. È il caso della francese *Loi Bamier* (1995) sul rafforzamento della protezione dell'ambiente la quale precisa che "l'assenza di certezza, sulla base delle nostre conoscenze scientifiche, non deve ritardare l'uso di misure che prevengano il rischio di danni grandi ed irreversibili all'ambiente, ad un costo accettabile". Testo tradotto come riportato in GOLLIER, JULLIEN e TREICH, *Scientific progress and irreversibility*, cit., p. 230, nota 2. Cfr. anche EWALD, "The Return of the Crafty Genius"; GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit., pp. 15 e 16.

manda un'azione di prevenzione precoce che non attende che il progresso delle conoscenze scientifiche trasformi il rischio potenziale in un rischio avverato. Si accetta che tale trasformazione non si realizzi sempre e che il progresso scientifico a volte possa aumentare l'incertezza o aggiungere nuove incertezze, piuttosto che diminuire quelle preesistenti.

Al di là delle numerose critiche, specialmente di derivazione nordamericana, le molteplici definizioni²⁵ del principio di precauzione incorporano un'unica idea fondamentale: non attendere per agire che i rischi si concretizzino. Tuttavia, le diverse letture che sono date del principio stesso non coincidono tra loro in ordine al come agire²⁶.

Come anticipato, il principio di precauzione enucleato in ambito Unione Europea non impone un approccio catastrofista che impedirebbe la presa di ogni rischio. Una diversa lettura, infatti, presuppone che il danno temuto sia

25 Si vedano tra le altre: The Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, art. 3(3), 31 *ILM* 849, 854 (1992); The Rio Declaration on Environment and Development, UN Conference on Environment and Development, U. N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992), ristampata in 31 *ILM* 874 (1992); The Ministerial Declaration of the Second World Climate Conference, Nov. 7, 1990, ristampata in 1 *Y. B. Int'l Env't L.* 473 (1990) (ministri e rappresentanti di 137 Paesi concordano di "[to] protect the ozone layer by taking precautionary measures to control [...] emission of substances that deplete it..."); The Second International Conference on the Protection of the North Sea, Ministerial Declaration 1 (1987) (i ministri della CEE e di otto altri Paesi concordano che l'ecosistema del Mare del Nord deve essere protetto attraverso la riduzione dell'inquinamento "even where there is no scientific evidence to prove the causal link between emissions and effects [the principle of precautionary action]"); The Framework Convention on Climate Change, U. N. Doc. A/AC.237/18, Part III/Add. 1 (1992), ristampata in 31 *ILM* 849 ("The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures"); The World Charter for Nature, U. N. GAOR, 37 Session., Supp. n.° 51, U. N. Doc. A/Res/37/7 (1982), ristampata in 22 *ILM* 455 (1983) ("Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed").

26 T. O'RIORDAN e J. CAMERON (a cura di). *Interpreting the precautionary principle*, London, 1994; T. O'RIORDAN e J. CAMERON (a cura di). *Reinterpreting the precautionary principle*, London, 2001; R. B. STEWART. "Environmental Regulatory Decision Making under Uncertainty", in 20 *Research in Law and Economics* 71, 72, TIMOTHY SWANSON (ed.), 2002, distingue le seguenti ipotesi: 1. Nonpreclusion Precautionary Principle. Regulation should not be precluded by the absence of scientific uncertainty about activities that pose a risk of substantial harm. 2. Margin of Safety Precautionary Principle. Regulation should include a margin of safety, limiting activities below the level at which adverse effects have not been found or predicted. 3. Best Available Technology Precautionary Principle. Best available technology requirements should be imposed on activities that pose an uncertain potential to create substantial harm, unless those in favor of those activities can show that they present no appreciable risk. 4. Prohibitory Precautionary Principle. Prohibitions should be imposed on activities that have an uncertain potential to impose substantial harm, unless those in favor of those activities can show that they present no appreciable risk.

serio e irreversibile, ma non solamente irreversibile. Ovviamente, ciò presuppone la possibilità di graduare gli interventi in funzione della serietà e della reversibilità del danno alla luce del principio di precauzione stesso.

È bene precisare che l'irreversibilità assume un peso particolare nella scelta di agire e del *come* agire, giacché "impedisce" la via tradizionale della riparazione del danno condannando ad una perdita pura e semplice.

L'assicurazione si iscrive, in questo quadro, nella logica in cui un individuo, un'impresa o addirittura una società non potrebbero non farsi carico di rischi (non assicurati finanziariamente) che, qualora si realizzassero, costituirebbero un fattore di grave crisi per le vittime. L'assicurazione funge anche da segnale d'allarme che invita alla "precauzione" laddove il mercato indichi tendenze all'astensione dall'assicurazione.

I secoli precedenti sono stati dominati dall'assicurazione e il paradigma legato al principio di precauzione sarà un paradigma di assicurazione, ma con forme e vincoli nuovi. Nel momento in cui dominava la prevenzione il fenomeno assicurativo era legato alle regole di responsabilità (civile per la *causazione* del danno); mentre nel momento in cui dominava la prevenzione e la solidarietà sociale per la sua *distribuzione* l'assicurazione era associata al concetto di rischio (ad esempio professionale negli incidenti sul lavoro). Oggi, nella logica precauzionale l'assicurazione deve essere associata ad una responsabilità *ragionevole* e riflessiva che deve cercare di armonizzare su basi di (in)certezza nuove l'eterna tensione tra prevenzione e riparazione.

Un approccio precauzionale al governo dei rischi si impone oggi, a livello internazionale oltre che nazionale, poiché il *leitmotiv* degli anni settanta "tutto sotto controllo" ha lasciato il posto, purtroppo, al motto "il rischio zero non esiste"²⁷. Anzi, la locuzione "rischio zero" ha iniziato ad esprimere un concetto affatto diverso: non definisce più un'azione in cui non vi sono rischi, ma un rischio a cui non può essere assegnato un valore finanziario e quindi è irreparabile. Questo rischio che non si può accontentare di una "riparazione" o una distribuzione sociale dei costi può richiedere il divieto, la sanzione... Il patto sociale per cui il rischio è accettabile fin tanto che è riparabile (*rectius*: assicurabile) viene meno, o meglio, richiede una lettura rinnovata, precauzionale appunto.

Alla luce del principio di precauzione il problema non è solo quello di predisporre una prevenzione precoce e ragionevole di rischi potenziali e incerti, ma è anche quello di farlo in modo da ricostituire la fiducia delle collettività nella gestione pubblica e privata di rischi collettivi e quindi di eventuali nuove forme di partenariato nel governo dei rischi tra istituzioni pubbliche e private.

27 GODARD, HENRY, LAGADEC e MICHEL-KERJAN. *Traité des nouveaux risques*, cit.

In questa direzione uno dei pilastri principali è appunto l'assicurazione nel suo rapportarsi con l'applicazione concreta del principio di precauzione. È evidente infatti che migliore sarà l'assunzione dei rischi sul piano assicurativo migliore, meno ineguale, sarà la distribuzione dei rischi e dei costi preventivi.

Del resto, nonostante un'applicazione scrupolosa del principio di precauzione, o semplicemente delle normali misure di prevenzione, nella maggioranza delle ipotesi i rischi si realizzano. In questi casi le misure più urgenti si concentrano solitamente sull'aiuto alle vittime. La *compensation* delle vittime diviene fondamentale, ma si impone immediatamente il quesito di quale forma debba assumere la *compensation* stessa (indennizzo o risarcimento) e quali risultati di prevenzione per il futuro debbano derivarne.

È evidente che protezione finanziaria dal danno (*compensation*) e prevenzione dello stesso sono correlati e intrecciati tra loro, così precauzione e assicurazione devono esserlo altrettanto.

Per comprendere meglio le possibili sinergie tra principio di precauzione e assicurazione è utile fare un esempio. Sin dagli anni '60 del secolo passato il settore assicurativo era consapevole dei rischi connessi al fumo, ma non includeva l'essere o non essere fumatore tra i fattori di rischio nella classificazione dei premi²⁸. Oggi questo è, invece, un fattore estremamente rilevante. La diversa utilizzazione del dato, a conoscenza sostanzialmente invariata, dimostra che lo strumento assicurativo contribuisce a distribuire la responsabilità in due modi: sia determinando le perdite coperte sia forzando alcuni assicurati a pagare premi più alti degli altri (con un sostanziale fenomeno di sussidio incrociato) in funzione della diversa percezione sociale del medesimo rischio. Questa duplicità di meccanismi selettivi del rischio ben può essere riflessa nelle scelte precauzionali, specialmente laddove l'applicazione ragionevole del principio di precauzione permette di operare apertamente questa selezione sociale dei rischi anche in condizioni di incertezza e di veicolare in linea con le scelte assiologiche del sistema fenomeni di sussidio incrociato. Del resto, proprio l'utilizzo dello strumento assicurativo è anche percepito come uno strumento precauzionale²⁹ nel senso che fornisce un incentivo finanziario ad evitare attività che non sono ritenute allo stato dannose ma potrebbero rivelarsi tali in futuro³⁰.

28 Cfr. B. J. GLENN. "Risk insurance, and the changing nature of mutual obligation: Tom Baker and Jonathan Simon, (eds.). *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility*", in 28 *Law & Soc. Inquiry*, pp. 295, 301.

29 C. BARTON. "Note: The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine", in 22 *Harv. Envtl. L. Rev.*, pp. 509, 521.

30 J. CAMERON. "The precautionary principle core meaning, constitutional framework and procedures for implementation", in *The precautionary principle conference papers*, Institute of Environmental Studies,

L'evoluzione della scienza e della società porta sempre più il settore assicurativo a trovarsi di fronte a rischi nuovi cui dare una copertura. La necessità di acquisire nei diversi settori emergenti strumenti innovativi di previsione, prevenzione e gestione dei rischi, pertanto, risulta fondamentale.

Questi nuovi strumenti, però, richiedono di essere inseriti in un quadro normativo chiaro che non sempre è offerto dalla disciplina codicistica. Infatti, l'emergere di nuove esigenze che richiedono copertura assicurativa deve essere affrontato con una disciplina contenuta nel codice certo non concepita per disciplinare l'emersione di rischi caratterizzati da una certa globalità e da una considerevole incertezza sul piano delle conoscenze scientifiche.

Anche per queste ragioni, l'assicurazione viene sempre più percepita come un pilastro a cui fare riferimento in un sistema articolato di governo del rischio in un quadro di minore certezza scientifica.

L'approfondimento di tecniche di governo del rischio è stato fino ad oggi più proprio di discipline non giuridiche. In particolare, le discipline economiche ed ingegneristiche hanno sviluppato tecniche di analisi e di gestione del rischio che solo in tempi recenti sono state applicate in via sperimentale assieme alle competenze giuridiche. Ciò è avvenuto soprattutto in ambito di rischio sanitario e di rischio ambientale, ovvero in relazione alla responsabilità civile e/o contrattuale connessa ad attività sanitarie e ad attività potenzialmente dannose per l'ambiente.

Lo sviluppo di strumenti interdisciplinari di governo del rischio in cui esigenze di tutela ed esigenze di logica contrattuale devono trovare un punto di incontro e non di scontro trova un immediato *pendant* nell'analisi dei profili di atipicità, di compatibilità della logica contrattuale assicurativa con la tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva di un approccio precauzionale³¹. Ad esempio: il contratto di assicurazione deve gran parte della sua efficienza, come strumento di gestione dei rischi, alla completezza delle informazioni fornite dal cliente. Questi, d'altra parte, può avere interesse –ad es. per tutelare la

University of New South Wales, Sept. 20–21, 1993, p. 2; J. CAMERON e J. ABOUCHAR. "The status of the precautionary principle in international law", in *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*, DAVID FREESTONE e ELLEN HEY (eds.), 1996.

31 Su questa tendenza, in forte crescita, ad utilizzare lo strumento precauzionale dove, invece, domina il riferimento ai meccanismi di autoregolazione e di mercato cfr. P. CARETTI. *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. XXI e ss.; M. R. FERRARESE. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; U. ALLEGHETTI. *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002. Addirittura, la tutela precauzionale è stata letta come applicazione diretta delle norme costituzionali che riconoscono diritti fondamentali. Cfr. GRAGNANI. *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente –dell'uomo– delle generazioni future*, cit., p. 22.

propria identità personale o la propria libertà di scelta— a non comunicare determinati dati (per lo più sensibili come quelli genetici) che lo riguardano. Lo studio di un approccio precauzionale, non volto alla mera produzione di divieti, può tra l'altro indagare le linee di composizione di questa “tensione dialettica” tra l'esigenza di una *disclosure* quanto più ampia possibile e la tutela dell'autonomia individuale, verificando il ruolo che in tale bilanciamento gioca il principio di buona fede.

Alle “nuove” esigenze non corrispondono semplicemente nuove tipologie di polizze ma la constatazione che il sistema muove sempre più verso una logica di atipicità del contratto di assicurazione. Ciò si rileva sia nelle forme di “accidentalità” in cui è storicamente presente o si ritiene opportuno prevedere forme di compresenza tra assicurazione pubblica e privata e le nuove esigenze che emergono nella società del rischio. Queste “nuove esigenze” presentano punti di convergenza e di sovrapposizione e contribuiscono a delineare un quadro più completo in cui il governo dei rischi può trovare un suo baricentro in un uso “precauzionale” dell'assicurazione che non sia però strumento isolato ed esclusivo. Rimane, però, da verificare la possibilità di utilizzare il principio di precauzione, assieme ad altri, per assicurare un migliore governo dei rischi, anche se, alla luce dell'incertezza scientifica che oggi domina sempre più le scelte giuridicamente rilevanti, lo strumento concettuale migliore appare il principio di precauzione anche per le scelte connesse all'utilizzazione dell'assicurazione.

La logica precauzionale che qui si assume, anche nei suoi rapporti con l'assicurazione, è una logica non rinunciataria ma che persegue un razionale governo dei rischi e il delicato equilibrio tra prevenzione e risarcimento. Tuttavia, si pongono seri interrogativi legati anche ai limiti di assicurabilità per ragioni giuridiche (protezione contro rischi endogeni, a differenza dei rischi esterni; conflitto tra diritti fondamentali) o legate a ragioni di tecnica assicurativa (limiti all'accesso di alcune informazioni come quelle genetiche; natura catastrofica dei danni connessi alla mancanza di precauzione)

Occorre altresì verificare come, e in che misura, sia applicabile un approccio precauzionale che continui a far sì che l'assicurazione permetta a soggetti economici, individui, imprese o Stato, di proteggersi finanziariamente contro le conseguenze di rischi. Occorre, cioè, accertare l'implementabilità di una logica precauzionale capace di evitare che i rischi divengano non più assicurabili per il presentarsi o il concorrere di freni nuovi e tradizionali da parte dell'assicurazione: limiti legati alle asimmetrie informative, limiti legati alle conoscenze scientifiche connesse ai rischi, rischi di selezione avversa.

L'approccio precauzionale che qui si è cercato di iniziare ad approfondire riposa, in molte ipotesi, sul partenariato pubblico privato in grado di approfittare dei vantaggi di entrambi i settori, cercando di evitare i rispettivi limiti, proprio

come è avvenuto nei passati paradigmi di gestione del rischio. Così l'intervento pubblico è quasi indispensabile per farsi carico d'una parte dei costi del risarcimento quando il settore assicurativo diviene o potrebbe divenire insolvente.

Tradizionalmente, poi, l'intervento pubblico si impone:

1. Quando si vogliono proteggere i cittadini contro la propria improntitudine con la messa in opera di ipotesi di assicurazione obbligatoria.

2. Per garantire la protezione degli assicurati attraverso il controllo delle compagnie di assicurazione.

3. Quando si vogliono perseguire risultati in termini di equità che il settore privato non può, in una logica di mercato, sempre perseguire. Per definizione, le discriminazioni tariffarie fanno parte dell'essenza logica del contratto di assicurazione ma ciò può entrare in contraddizione con la tutela dei diritti fondamentali laddove le caratteristiche individuali prese in considerazione porterebbero a violare un diritto fondamentale: le esemplificazioni sono valide per alcune malattie, per i dati genetici, per alcuni rischi di contaminazione da una catastrofe industriale.

Non essendo questa la sede per analizzare la legittimità di un intervento statale ci si deve limitare solamente a verificare l'utilità, l'efficienza, la compatibilità della compresenza pubblico-privato³². Occorre precisare, però, che quanto più il livello di rischio è probabile, ma meno realizzato, tanto più è forte il pericolo che si realizzino comportamenti volti a privilegiare cicli politici piuttosto che a prevenire i danni. È il cosiddetto dilemma del politico: se incrementare le prescrizioni preventive col rischio di essere percepiti come allarmisti o se lasciare agli individui e alle imprese di prevenire i danni con la prospettiva di distribuire fondi pubblici sotto forma indennitaria *ex post* per beneficiare di una riconquistata popolarità³³.

In questo quadro la compresenza del settore pubblico e privato può godere dei benefici di entrambi gli approcci. Va, peraltro, rilevato che la logica che vede un progressivo utilizzo della tutela anticipata precauzionale impone di rivedere il tradizionale ruolo di garanzia dei cittadini da parte dello Stato³⁴ e dunque ancora una volta i rapporti tra precauzione e assicurazione dei rischi in senso lato.

32 Per i rischi e i limiti di un intervento esclusivamente pubblico cfr. G. PRIEST. "The government, the market and the problem of catastrophic risk", *Journal of Risk and Uncertainty*, 12, 1996, pp. 219 a 237.

33 GODARD, HENRY, LAGADEC e MICHEL-KERJAN. *Traité des nouveaux risques*, cit. L'utilità del principio di precauzione in questi casi è segnalata anche da economisti. Cfr. GOLLIER, JULLIEN e TREICH. *Scientific progress and irreversibility*, cit., p. 245.

34 Cfr. CARETTI. *I diritti fondamentali*, cit., pp. 112 e ss.

In sintesi estrema, il principio di precauzione non rappresenta affatto la “morte” dell’assicurazione, ma un suo diverso modo di rapportarsi con l’incertezza nelle nostre società più evolute sul piano scientifico e tecnologico. Quale sia compiutamente questo modo di rapportarsi non è ancora chiaro così come non è chiaro cosa debba intendersi con il termine “ragionevole” riferito all’applicazione del principio di precauzione. Di certo c’è solo che la certezza da cui parte “la società della precauzione” è il detto socratico “so di non sapere” a cui la moderna scienza e la tecnologia hanno solo aggiunto cautelativamente il sintagma “abbastanza”.

ÉD GAR CORTÉS

*El resarcimiento del daño a la persona en el derecho
latinoamericano. Elementos para una discusión,
traídos de dos modelos europeos*

Una reflexión que pretenda dar respuestas al problema del resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano, no puede partir de una página en blanco, no sólo por la necesidad de considerar el contexto económico y social que condiciona cualquier decisión, sino también por la presencia de una tradición que, de manera lenta, se ha ido formando en la materia. En esta tradición, el estudio de la doctrina europea ha representado un elemento cardinal, hoy más que nunca definitivo, para la comprensión y elaboración de un sistema de reparación del daño a la persona, acorde con las necesidades del área.

La primera respuesta está ya dada: cualquier sistema que se pretenda proponer debe partir del respeto de los derechos fundamentales de la persona humana¹, y en esta perspectiva, el principio de dignidad debe servir de guía para la elaboración del modelo². Las demás respuestas deberán salir de ahí, y de un análisis atento de la jurisprudencia y de la doctrina de los países latinoamericanos, confrontadas entre ellas con el fin de encontrar, si los hay, principios y reglas comunes, y confrontadas también con la doctrina y la jurisprudencia europeas, para valerse así de los elementos de una discusión profunda, que a partir del estudio del daño a la salud trata de dar orden al problema más general y apremiante del resarcimiento de los daños a la persona.

El derecho latinoamericano, por supuesto, no ignora la cuestión y su proceso de formación y transformación³; tomar conciencia de la importancia y de la necesi-

1 Aun si se discute sobre el valor de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, promulgada en Niza en diciembre de 2000, ella constituye una señal clara sobre la importancia que se pretende dar a los principios de dignidad, de igualdad y de solidaridad. El texto de la Carta en [<http://www.cartadelosderechos.net>].

2 F. D. BUSNELL. *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Torino, 2001, p. 383.

3 En este sentido son significativos los cambios legislativos que se han dado en los códigos del área: baste citar un ejemplo: el Código Civil peruano de 1984 que consagra el daño a la salud en el artículo 1985 (cfr. infra nota 29). En doctrina, a manera de ejemplo: en Colombia, P. E. ROZO SORDINI. *El daño biológico*, Bogotá, 2002, que presenta la historia de la figura italiana del daño biológico; J. C. HENAO. *El daño*, Bogotá, 1998, pp. 189 y ss., en el que se hace un análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho francés en materia de responsabilidad del Estado, con un amplio tratamiento del tema del daño a la persona; cfr. también el prólogo de F. HINESTROSA, en ese libro; J. TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. IV, Bogotá, 1999, pp. 166 y ss.; en el derecho peruano, C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, 1993; en Chile, el primer artículo sobre la materia presenta el problema con base en la doctrina española: F. ELORRIAGA de BONIS. "Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales", en *Cuadernos Jurídicos*, Concepción, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 1, 1995; en cuanto a jurisprudencia, en Chile se conocen dos sentencias que han hablado del daño corporal como figura autónoma: Corte de Apelaciones de Valparaíso. 6 de octubre de 1992 y 11 de marzo de 1993; en este sentido, J. L. DIEZ SCHWERTER. *Breve panorama del sistema chileno de responsabilidad extracontractual*, 2000, sin publicar; en Argentina, J. BUERES, L. ÁLVAREZ JULIÁ e I. GOLDEMBERG. "El daño a la persona", en *Temas de derecho privado*, Universidad de Buenos Aires, 1993.

dad de dar un orden al tema de los daños a la persona es el primer paso para continuar el recorrido, durante el que será necesario preguntarse hasta dónde América Latina está en capacidad de abrir la puerta a nuevas figuras de daño resarcible. La respuesta, como es obvio, no sólo depende de una instancia jurídica, pero en el caso que una decisión de política legislativa quisiera frenar el curso evolutivo de la jurisprudencia y de la doctrina, es necesario conocer y entender las razones.

I. EL DAÑO A LA SALUD EN ITALIA Y EN FRANCIA: DIFERENTE PLANTEAMIENTO, IDÉNTICO PROPÓSITO

A. SISTEMATIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD: ¿FUERA O DENTRO DEL DERECHO PRIVADO?

El carácter mutable y de continua agitación de la responsabilidad civil es un dato que no requiere de más comprobación que una mirada atenta al trabajo de la jurisprudencia. Este fenómeno, constante, se presenta en todos los sistemas. El jurista latinoamericano que conoce dicha situación encuentra fácil confirmación en la doctrina europea que desde hace ya varios años se ha pronunciado en este sentido⁴, para afirmar que las *nuevas fronteras* de la responsabilidad civil se delimitan por la mutación de sus principios y de sus funciones, y que todos los cambios que la responsabilidad ha sufrido en los últimos años no han completado el círculo⁵, pues, de seguro, serán más los cambios por venir que aquellos que ya se han producido⁶.

No hay duda que el *descubrimiento* del derecho a la salud, como una de las categorías del daño a la persona, ha sido la fuente de inspiración de la más reciente *estación* de la responsabilidad civil, todavía en desarrollo, quizás porque de manera inmediata reflejaba una ineluctable necesidad de tutela de la persona⁷, no obstante que su entrada en escena haya encontrado innumerables dificultades de interpretación y de sistematización.

4 P. TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; R. SCOGNAMIGLIO. "Illecito (diritto vigente)", en *Nss. D. I.*, VIII, Torino, 1962; S. RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*, 1964; F. D. BUSNELLI. "Nuove frontiere della responsabilità civile", en *Jus*, 1976, pp. 41 y ss.; C. SALVI. *La responsabilità civile*, Milano, 1998, pp. 2 y ss. y 257 y ss.; P. GALLO. *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, pp. 3 y ss.

5 F. D. BUSNELLI. "La parabola della responsabilità civile", en *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 157.

6 G. VINEY. "Rapport de synthèse", en *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle*, Resp. civ. ass. 6 bis, 2001, p. 88.

7 L. CADIET. "Les métamorphoses du préjudice", en *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, Poitiers, 15 y 16 de mayo de 1997, Paris, 1997, p. 51, en donde se afirma que

Se puede decir, de forma breve, que en Italia el surgimiento del que se conoce como daño biológico (o daño a la salud) fue más allá de una nueva lectura de las normas codificadas; no hay duda que hubo una ruptura con el pasado y, en consecuencia, el trabajo del jurista consistió en una verdadera tarea de reconstrucción, en cuyo centro aparece un estudio profundo de las fuentes del derecho. Dicho estudio ha desembocado en la lectura de las normas codificadas a la luz de los principios constitucionales⁸, sin desconocer que tal reconstrucción doctrinal, que dio origen al resarcimiento del daño a la salud, no consistió, como pudiera parecer a primera vista, en la resarcibilidad de un daño que no era reconocido, sino en el modo diferente de resarcir ese daño, que antes se medía en función de la capacidad de producir rédito del sujeto lesionado, y que hoy encuentra en el derecho constitucional a la salud su parámetro de referencia⁹. El resarcimiento del daño a la salud en el derecho italiano es una figura no sólo autónoma y prioritaria, respecto de las diferentes categorías de daño, sino que responde también a la exigencia de arribar siempre a soluciones uniformes.

En Francia, la elaboración de un sistema de reparación del *dommage corporel* se lleva a cabo sin rupturas, es decir, dentro de las normas codificadas¹⁰, con su adaptación progresiva a las situaciones que requieren de tutela¹¹; sin embargo, la doctrina advierte un desorden en el tema de la responsabilidad civil, debido en buena medida a la proliferación de perjuicios que produjo el reconocimiento del *dommage corporel* y a la ampliación del resarcimiento, en la misma línea, del daño moral¹². De hecho, en Francia, además del reconocimiento del *dommage corporel* o *physiologique* o *fonctionnel* (comparable al daño biológico en Italia), se reconoce el llamado *préjudice d'agrément*, perjuicio que se entendía antes como la privación de una actividad específica de la víctima, pero que ahora se lo concibe, de manera

haber tomado en consideración el daño a la personalidad física o a la integridad del cuerpo humano constituye el más grande sector de evolución del derecho de la responsabilidad, lo que a su vez constituye una de las más grandes revoluciones del derecho en general.

8 Como también la Corte Costituzionale tuvo ocasión de decirlo en la conocida Sentencia 184 de 1986.

9 BUSNELL. *Il danno biologico*, cit., pp. 174 y 175.

10 A. GAMBARO y R. PARDOLESI. "L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile. Relazione di base", en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1985, pp. 6 y ss., aunque no se refieren en particular al tema de la responsabilidad.

11 VINEY. "Rapport de synthèse", cit., p. 84, afirma que una solución definitiva no se puede encontrar en un sistema único que derogue el derecho común y repare a todas las víctimas de un *dommage corporel*, ya que sería demasiado costosa. No se puede encontrar tampoco, continúa la autora, en un sistema de aseguración individual contra todos los *accidents corporels*, pues esta solución se aleja de la tradición francesa.

12 CADIET. "Les métamorphoses du préjudice", cit., pp. 54 y ss., afirma que este problema se debe al llamado principio de la reparación integral. Sobre este punto, VINEY, "Rapport de synthèse", cit., p. 84.

más general, como la privación de los placeres de una vida normal, al extremo de hacer difícil su distinción del perjuicio *physiologique* o *fonctionnel*, pues al ampliar su alcance el *préjudice d'agrément* se transforma así en un *préjudice de désagrément*, en el sentido de significar las dificultades, los problemas y las contrariedades de la vida cotidiana, concepción que se confunde con las consecuencias que se pueden seguir a la producción de un daño fisiológico o funcional¹³.

Así pues, mientras que la doctrina italiana se sirvió de los principios constitucionales para elaborar el sistema de resarcimiento del daño biológico¹⁴, la doctrina francesa, por su parte, permaneció dentro del derecho privado en un modo tan evidente, que ni siquiera el principio de dignidad de la persona humana, que, se podría pensar, sirve de base a todo el sistema, cumple un papel preciso. Sólo con tres sentencias relativamente recientes, dos del *Conseil Constitutionnel* y una del *Conseil d'État*¹⁵, el principio de la dignidad de la persona humana ha tenido un papel importante en el debate jurídico, pero sin que tenga una gran incidencia en las discusiones en cuanto al tema de daño a la persona¹⁶.

En efecto, el *Conseil Constitutionnel*, llamado a decidir sobre la legitimidad de las leyes francesas de 1994 sobre la bioética (incorporadas al *Code Civil*, arts. 16 y ss.), se pronunció a favor de su constitucionalidad, deduciendo del preámbulo de la Constitución de 1946, que a su vez fue incorporado en la constitución de 1958, un principio de salvaguardia de la dignidad de la persona humana contra toda forma de sometimiento y denigración¹⁷.

13 Todas las lesiones de las funciones vitales del cuerpo se traducen en una privación de los placeres de la vida cotidiana: la privación de la lectura, la pérdida de los sentidos, la imposibilidad de pasear y aun las dificultades de tipo sexual, de tal forma que se podrían confundir con aquéllas que se relacionan con el *préjudice fonctionnel*; cfr. Deuxième Chambre Civil de la Court de Cassation. 19 de marzo de 1997, con nota de P. JOURDAIN, *RTD civil*, III, 1997, 662.

14 Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional, A. GIUSTI. "Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale", en AA. VV. *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, M. BARGAGNA y F. D. BUSNELLI (dirs.), Padova, Cedam, 2001, pp. 189 a 214. Es de señalar que, en Italia, también el tentativo de otorgar un resarcimiento a otros derechos fundamentales encuentra su *ratio interpretativa* en los principios constitucionales; así E. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 426.

15 Sentencias 94-343 y 94-344 del 27 de julio de 1994, DC del Conseil Constitutionnel, y Conseil d'État 13727 del 27 de octubre de 1995.

16 L. FAVOREU. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 2001, pp. 854 a 869; AA. VV. *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA y T. REVET (dirs.), Paris, 1999; V. SAINT-JAMES. *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz, 1997, chrn. 61. Es de notar que el libro de Y. LAMBERT-FAIVRE. *Droit du dommage corporel*, IV ed., Paris, 2000, comienza con un capítulo dedicado a la dignidad de la persona humana, en el que sólo se enuncia tal principio para hablar después, más bien, del derecho a la integridad personal.

17 Una sentencia de algunos meses después (94-359 del 19 de enero del 1995) confirmó el principio. En aquella ocasión el asunto se refería a la vivienda digna.

Por su parte, el *Conseil d'État*, llamado a pronunciarse en el *affaire lancer de nains*¹⁸, llegó a la conclusión que la dignidad de la persona humana es un componente del orden público, y que al no estar sancionado de manera expresa debe deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico.

Las sentencias han tenido una amplia aceptación y algunas voces críticas en doctrina¹⁹, pero de todas formas queda la impresión de que la dignidad de la persona no recibió una definición unívoca, y en consecuencia las dificultades de interpretación son previsibles.

B. UN SISTEMA BIPOLAR EN ITALIA Y UNO MONO-NORMATIVO EN FRANCIA

El sistema italiano trae en su código dos normas diferentes: una para el resarcimiento de los daños patrimoniales (art. 2053 C. C.), y otra para el resarcimiento de los daños no patrimoniales, que autoriza el resarcimiento de estos daños sólo en los casos en que así lo disponga la ley (art. 2059 C. C.)²⁰. Francia, a su turno, cuenta con una sola norma, según la cual todo daño que se cause debe ser reparado (art. 1382 C. C.)²¹. A pesar de la diferencia, cada sistema ha encontrado la forma de dar acomodo a las necesidades de tutela de la persona, y en sus normas ha encontrado, además, su punto de fuerza. Así, la doctrina italiana ha dicho que un sistema con una sola norma para la reparación de los perjuicios (como el francés), que no discrimina los daños patrimoniales de los no patrimoniales, puede determinar una peligrosa hipertrofia de los resarcimientos en direcciones carentes de control, puesto que no sólo faltarían los elementos para sustituir con nuevos presupuestos la función de certeza que en el daño patrimonial cumple la pérdida económica, sino que, sobre todo, se echaría de menos la huella constitucional, idónea para confirmar la necesidad de tutela prioritaria de los intereses inviolables²², pues, precisamente, los límites impuestos por el artículo 2059 del

18 Los clientes de un bar, maniobrando una catapulta especial, medían su propia fuerza lanzando a un enano que hacía de proyectil.

19 Se afirma que se tiende a reconocer a la dignidad un papel central, del que no se sabe cuáles serán las consecuencias contenciosas, sino quizá la consagración de una jerarquía de derechos, indeseable de hecho e imposible de derecho: la inflación de las causas que invoquen la dignidad será, sin duda, evidente, ya que este principio “políticamente correcto” es extensible *ad infinitum*, tanto que puede sobrepasar al principio de igualdad; así, SAINT-JAMES. *Réflexions sur la dignité del l'être humain*, cit., pp. 64 y ss.

20 Artículo 2043: “Cualquier hecho doloso o culposo que cause a otro un daño injusto, obliga a aquel que cometió el hecho a resarcir el daño”. Artículo 2059: “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”.

21 Artículo 1382: “Todo hecho del hombre que causa daño a otros, obliga a aquel por cuya culpa se produjo, a resarcir el daño causado”.

22 NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pp. 285 y ss., y 422.

C. C. hacen posible colmar la laguna por medio de una interpretación coordinada con las normas constitucionales, lo que permite entonces el resarcimiento de la lesión de otros derechos fundamentales²³ diferentes del daño a la salud.

Se dice también en doctrina²⁴ que un modelo con una sola norma crea confusión al reducir *ad unum* dos daños cuyas funciones son distintas, eminentemente compensatoria la del resarcimiento del daño patrimonial y esencialmente satisfactoria la del daño no patrimonial; además, se afirma que un sistema que no hace distinciones conduce a un resarcimiento *global*, haciendo perder o desvanecer cada figura particular de daño. El enfoque italiano, entonces, se confirma como bipolar, y en ello ha encontrado su fortaleza; sin embargo, la presencia de dos normas o de una sola norma de reparación del daño, en principio, no debería representar una dificultad adicional en la elaboración del sistema, sobre todo si se reconoce el carácter jurisprudencial de la cuestión. Como el sistema italiano, el francés, que no ha tenido que superar ninguna limitación de las normas, ha ido construyendo, poco a poco, un modelo coherente y adecuado a las necesidades de la sociedad, sin encontrar ninguna dificultad o tropiezo especial por la presencia de una sola norma general de responsabilidad, problema que, como es obvio, nunca se ha planteado.

El verdadero problema que ha encontrado la doctrina francesa es el que se relaciona con la heterogeneidad de regímenes que conducen a una discriminación jurídica según el *estatuto* de la víctima. En este sentido se habla del *dommage corporel* como de un derecho en migajas, para indicar cómo, siendo una sola la naturaleza del daño corporal, los regímenes de reparación son diferentes si la víctima se beneficia o no de la presencia de un *responsable*, a quien imputar el daño²⁵. En este sentido, son evidentes las diferencias entre el resarcimiento que se obtiene luego de un accidente de tránsito y el que se obtiene luego de un accidente de trabajo (siendo igual el tipo de lesión), y son también diferentes si se trata de un accidente doméstico o de una lesión producida después de una intervención médica; y los ejemplos podrían seguir.

C. LA PRODUCCIÓN DOCTRINARIA VISTA DESDE FUERA DEL DEBATE

Este diferente enfoque o planteamiento del problema se refleja, no sólo en los contenidos de la producción doctrinaria, como es obvio, sino también en el modo en

23 BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., p. 269; NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pp. 426 y ss.

24 BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., p. 91.

25 LAMBERT-FAIVRE. *Droit du dommage corporel*, cit., pp. 41 y ss.

que ella se presenta. En Italia la bibliografía sobre el daño a la salud es bastante nutrida, y representa una parte muy importante de la bibliografía en el tema de la responsabilidad civil²⁶, de manera que el jurista no italiano que quiere acercarse al tema encuentra una sola dificultad: elegir los autores y los textos más representativos. En Francia, por el contrario, la primera impresión para el estudioso extranjero que se adentra en la literatura en materia de daño a la persona puede ser la de pensar que el tema no tiene un interés o una actualidad diferente de aquella que puede tener el estudio de cualquier otro tema de derecho civil. Tal idea, que se desprende del bajo número de monografías y de artículos dedicados al tema en cuestión (si se compara con la gran cantidad de bibliografía italiana), hace surgir el interrogante sobre la verdadera relevancia de esta problemática en Francia.

Sin embargo, al profundizar el estudio del *dommage corporel* se entiende que el tema es de importancia tanto en doctrina como en jurisprudencia, aunque los aportes de la doctrina sean menos abundantes que los italianos. El motivo de esta diferencia puede encontrarse en el modo en que se resolvió el problema en Francia, sin una verdadera ruptura del *statu quo* precedente en el cual el daño a la persona, en términos generales, ya se resarcía con base en las normas codificadas, o mejor, en la norma única y general del artículo 1382 del *Code Civil*, norma con la cual se continúa a reparar, no sólo el *dommage corporel* o *physiologique*, sino también otros derechos inherentes a la esfera de la persona.

El tema del resarcimiento del daño a la persona, en fin, tiene una importancia que va más allá de la pretendida sistematización dentro de los distintos ordenamientos nacionales, como lo confirman los intentos de armonización en ámbito europeo²⁷.

II. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA EN TRES EJEMPLOS SINTOMÁTICOS

A. UNA JURISPRUDENCIA CONSCIENTE, PERO CONFUSA

Resulta útil, en este punto, ver el estado de la cuestión, aunque en forma breve y parcial, sobre las tendencias en relación con el daño a la salud en el ámbito

26 Cfr., G. PONZANELLI y G. COMANDÉ. “Il contributo della dottrina”, en *La valutazione del danno alla salute*, cit., pp. 49 y ss., en donde se afirma que “El número de las obras monográficas, de los ensayos y de las notas a sentencias que, a partir de los años 70, han acompañado el no fácil camino jurisprudencial, no se iguala con el número de escritos dedicados a otros temas del derecho civil en los mismos años”.

27 BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., pp. 373 y ss.; cfr. la parte séptima titulada “Il danno alla salute e la prospettiva europea”; ID. “Il danno alla salute: un’esperienza italiana; un modello per l’Europa?”, en *La valutazione del danno alla salute*, cit., pp. 3 a 18.

latinoamericano, con base en tres ejemplos: uno jurisprudencial, uno doctrinal y uno legislativo.

El ejemplo jurisprudencial es tomado de la experiencia colombiana, donde existe, como en el modelo francés, una sola norma para la reparación del daño (art. 2341 C. C.). Dos sentencias del Consejo de Estado, del 6 de mayo de 1993 (n.º 7428) y del 13 de junio de 1997 (n.º 12499), intentaron poner orden al resarcimiento del daño a la salud que ya había aparecido en sentencias precedentes. La primera sentencia, frente a la pretensión del actor de ser resarcido por los daños fisiológicos sufridos, dice que con base en el principio general del derecho según el cual la indemnización debe dejar “indemne” a la víctima de un daño injusto (se ve aquí la influencia de la doctrina italiana y la introducción del concepto de daño injusto extraño al sistema), es decir, procurar una reparación integral, y con conocimiento pleno del valor de la persona humana, el Consejo da vía libre al reconocimiento y al pago del perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Este daño debe distinguirse claramente del daño material y también de los perjuicios morales subjetivos puesto que, mientras el daño material impone una reparación a una lesión pecuniaria al patrimonio y el daño moral subjetivo busca remediar en parte no sólo la angustia y la depresión derivadas del hecho lesivo, sino también el dolor físico, el daño fisiológico o a la vida de relación busca reparar la pérdida de la posibilidad de realizar otro tipo de actividades vitales que, si bien no producen renta, hacen agradable la existencia.

La segunda sentencia, que vino a complementar la anterior, dijo sobre los perjuicios fisiológicos: 1. Ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca; 2. Pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman, ya de perjuicios morales, ya de perjuicios materiales; pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de realizar una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual; 3. Se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima (?); 4. Para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se producen a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir, la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.

Una sentencia posterior, del 19 de julio de 2000 (n.º 11842), con ánimo de esclarecer la cuestión, la complicó aún más²⁸. En esta decisión, de hecho, se

28 En esta sentencia se habla del *perjuicio de agrado*, traducción literal del francés *préjudice d'agrément*.

dice que la jurisprudencia reconoce un daño extrapatrimonial distinto del daño moral que es llamado daño fisiológico, pero agrega que tal denominación es restrictiva puesto que se refiere solamente a eventos en los cuales la víctima sufre una lesión corporal. A su vez, continúa la sentencia, el concepto de daño a la vida de relación es mucho más amplio y comprende situaciones que se relacionan no sólo con las lesiones corporales. Por esto, concluyen los jueces, se rechaza definitivamente la utilización de la expresión daño fisiológico en favor de la expresión daño a la vida de relación; ésta última, más amplia, puesto que una lesión a la esfera extrapatrimonial, distinta del daño moral, puede surgir de distintos hechos y no sólo como consecuencia de una lesión corporal (por ejemplo, una acusación calumniosa), y así en la reparación se puede comprender la merma no sólo provocada por el daño a la salud, sino también a otros derechos de la personalidad.

Como se ve, el daño fisiológico (a la salud o como se quiera llamar), que poco a poco se iba abriendo paso, como un daño referido de manera exclusiva a los aspectos corporales (fisiológicos, biológicos) de la persona, con su característica fundamental de ser ajenos a cualquier consideración en términos de la capacidad productiva de la persona lesionada, se volvió a mezclar con aspectos que nada tienen que ver con la salud de la persona, situación que complica la recta interpretación del problema al incluir en un solo perjuicio dos figuras o tipos de daño que tienen funciones y objetivos diferentes.

B. UNA DOCTRINA ORIGINAL, ¿UN RESULTADO VÁLIDO?

El ejemplo doctrinal es ofrecido por la experiencia peruana, donde ya antes de la promulgación del Código Civil de 1984, y con mayor empeño después, la doctrina se ha dado a la tarea de elaborar el concepto de daño a la persona, concepto que fue consagrado en el artículo 1985 del Código Civil²⁹. Dentro de este recorrido nació el llamado *daño al proyecto de vida*, quizá la creación más notoria a este respecto, concebida como figura específica dentro del género daño a la persona; género en el que se pretende contener otras figuras como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño sexual y el daño moral³⁰. Se dice, además, que dentro del concepto de daño a la persona se puede presentar un daño psicosomático, que a su vez se puede dividir en daño biológico (y es

29 Artículo 1985: “La indemnización incluye las consecuencias que se derivan del hecho o de la omisión que generó el daño, incluidos el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral...”.

30 El padre de la figura es C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. “El daño al proyecto de vida”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, t. v, pp. 609 y ss.

ésta la primera vez que en el derecho latinoamericano se usa la expresión como propia) o lesión en sí, que debe ser verificada por un médico legal (que puede ser también una lesión psíquica), y daño a la salud, es decir, las consecuencias que la lesión ocasiona al bienestar de la persona³¹.

Existe no obstante, continúa la doctrina citada, un tipo de daño que debe ser resarcido además del daño biológico y del daño a la salud, esto es, el llamado daño al proyecto de vida. El daño al proyecto de vida, se dice, es la consecuencia de un daño psicosomático que causa un colapso de tal naturaleza que frustra la existencia del sujeto y hace que se produzca un vacío existencial; es la pérdida del sentido de la vida, que compromete radicalmente el modo, único y particular, de ser de la persona, daño que debe ser resarcido en equidad. Sin embargo, no es claro el alcance que se pretende dar a la figura, en especial cuando se dice que puede haber personas sin proyecto de vida y en consecuencia sin derecho al resarcimiento *sub specie*³², o también personas que, teniéndolo, aún no lo han puesto en marcha. Pese al interés por crear un sistema equilibrado (aunque se diga que se trata de una teoría aún embrionaria), al final se ofrecen pautas que podrían conducir a soluciones injustas y discriminatorias.

C. LA PRISA DEL LEGISLADOR

El tercer ejemplo está dividido en dos: el nuevo Código Civil brasileño, que entró en vigor en enero de 2003, y el proyecto de Código Civil argentino de 1998, aún en trámites de aprobación.

Antes que nada, es necesario decir que en el sistema brasileño se reconoce constitucionalmente la indemnización por daños materiales, morales y a la propia imagen (inc. v, art. 5.º). En cuanto hace a la reparación del daño, el Código Civil que se acaba de dar introdujo algunos cambios. En efecto, el artículo 186 del nuevo Código, completando el Código de 1916, dice que es responsable de un acto ilícito cualquiera que ocasiona un daño a otro, incluso si ese daño es *exclusivamente moral*. La norma no hace más que repetir el mandato constitucional atrás citado.

Otro cambio se encuentra en el artículo 949 del nuevo Código, que añadió a la norma originaria del Código de 1916 una frase final, según la cual quien

31 Con cita de M. BARGAGNA. *La valutazione del danno alla persona*, Padova, 1986, p. 170.

32 Dice, en efecto, FERNÁNDEZ SESSAREGO ("El daño al proyecto de vida", cit., p. 655) que "Se trataría de personas sin una orientación vocacional que no perciben con claridad sus propios fines [...] [E]l proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. Es evidente que en esas circunstancias fácilmente acreditables por el juez y con mayor razón por expertos, las consecuencias derivadas del daño al proyecto de vida carecen de relevancia o son de poca importancia".

cause un daño a la salud, además de pagar a la víctima los gastos del tratamiento médico y el lucro cesante hasta el final de la convalecencia, debe pagar también la indemnización por cualquier otro perjuicio que la víctima hubiera podido sufrir. Con esta redacción, parece que el legislador hubiera dejado en manos de la jurisprudencia la tarea de determinar la “creación” de nuevas categorías de daño, definiendo anticipadamente el puesto que ocuparán en el sistema, es decir, al lado de los perjuicios materiales o patrimoniales.

Sorprende más bien que se haya mantenido otra norma que suscita perplejidad (art. 950, y art. 1539 del viejo Código), según la cual, si a causa de la lesión la víctima no puede ejercer más su oficio o profesión o disminuye su capacidad laboral, además del daño emergente y el lucro cesante corresponde a la víctima una renta proporcional a la importancia del trabajo para el cual ya no es hábil. Es obvio cómo esta norma puede dar lugar a injusticias si se piensa en dos personas con lesiones similares y con un trabajo diferente.

Por su parte, el proyecto de Código Civil argentino³³, queriendo ser innovador, crea confusión. El Código aún vigente dice (art. 1068) que hay daño cuando se ocasiona a otro un perjuicio apreciable pecuniariamente a sus bienes, a su persona o a sus derechos, y hay también una norma general (art. 1109) según la cual quien ocasiona un daño debe resarcir a la víctima. Se consagra también la obligación de resarcimiento por lesiones a la intimidad (art. 1071 bis), y el deber de reparación del daño moral (art. 1078). Se habla específicamente, además, de la reparación por lesiones físicas, que consiste en el pago de los gastos de curación y de convalecencia, y de toda ganancia no percibida por la víctima hasta el día de la plena recuperación.

El proyecto de Código introduce, en cambio, variaciones notables que van desde el deber de evitar el daño (art. 1585) hasta la atribución subjetiva de la responsabilidad (art. 1602). En materia de reparación, el artículo 1600 habla de los diferentes tipos de daño que deben ser resarcidos: el daño patrimonial, que comprende las categorías tradicionales daño emergente y lucro cesante, y el daño no patrimonial, que define como “la interferencia en el proyecto de vida, que daña la salud física o psíquica o impide el pleno goce de la vida u ocasiona trastornos en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal o en cualquier otro interés legítimo”. Se ve cómo, más allá de una redacción difícil y enrevesada, con los consecuentes problemas de interpretación que se pueden derivar, se incluye la figura del daño al proyecto de vida que, como se ha dicho, se encuentra aún en vías de consolidación. Es decir, se lleva a cabo una consagración apresurada que no ayuda al trabajo sereno de la jurisprudencia.

33 El texto del proyecto se puede consultar en [<http://www.alterini.org>].

III. HACIA LA ELABORACIÓN DE UN MODELO

A. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS

De los tres ejemplos referidos se puede deducir, antes que nada, que el problema del daño a la salud y su incorporación al sistema está presente en el debate jurídico latinoamericano.

Tomar las figuras del daño biológico y del daño fisiológico como modelo, y sacarlas de su ámbito natural, si bien no es otra cosa que un ejercicio de comparación, impone un estudio esencial de ellas, libre de los matices que puede presentar el debate interno en cada uno de los sistemas. Si después se piensa, también como un ejercicio, en una hipotética *transfusión* de tales figuras en un contexto diferente, como el latinoamericano, el ejercicio se vuelve una verdadera y propia valoración de los modelos guía propuestos. En esta perspectiva, la cuestión se presenta así: un sistema como el del daño a la salud (expresión en la que se pueden comprender tanto el daño biológico como el daño fisiológico), si se emplea en una sociedad distinta de aquélla de donde surgió, ¿logra conservar su hilo conductor y producir los mismos efectos que se propuso? O más específicamente: ¿también en una sociedad con evidentes desigualdades sociales el daño a la salud desarrolla el principio de la dignidad de la persona humana, y al mismo tiempo cumple la función de conducir a soluciones uniformes, como se pretende?

Soluciones a estos interrogantes requieren de un estudio más profundo de aquél que se puede hacer en estas líneas, pero si las respuestas fueran afirmativas se podría pensar que el daño a la salud es un instituto que responde a una necesidad real y no creada. En este sentido, es útil la comparación con las nociones del daño a la vida de relación o con el llamado daño de agrado y los alcances que se pretende dar a estas figuras en el derecho latinoamericano: es verdad que cada sociedad puede ampliar, a discreción, los supuestos de daño, hasta traducir en resarcimiento situaciones de la más variada índole, pero en una sociedad en vías de desarrollo como la latinoamericana, comprometida antes que nada a garantizar y satisfacer las necesidades elementales, no se puede proponer, sino a riesgo de conducir a discriminaciones y desigualdades manifiestas, con el consiguiente aumento de las fracturas sociales, el resarcimiento de figuras de daño que encuentran su razón de ser en una genérica “perturbación de la agenda cotidiana” o en una aún más genérica “renuncia a hacer”.

Esta perspectiva de trabajo impone a la doctrina latinoamericana cumplir una tarea esencial antes de darse a la tarea de elaborar un modelo: por una parte, debe verificar el proceso de cambio de la responsabilidad civil³⁴, y por la otra,

34 Las transformaciones de la responsabilidad civil van ligadas a los períodos de transición social. El

debe discutir acerca de la función que se pretende de la responsabilidad en la sociedad³⁵. Puesta en marcha tal tarea, será el momento de adentrarse en la creación de un modelo para el resarcimiento del daño a la persona, partiendo de las nociones de base, y valiéndose de las experiencias maduradas en otros sistemas³⁶.

La primera cuestión se relaciona con la posibilidad de elaborar, a partir de los principios constitucionales articulados con el conjunto de las fuentes del derecho, un sistema de reglas operativas capaces de responder a las exigencias de tutela de la persona³⁷. La experiencia italiana encontró una respuesta afirmativa en este sentido³⁸, lo que facilita el camino para llevar a cabo una tentativa similar, obviando la cuestión sobre la posibilidad de una construcción tal.

No obstante, es necesario tener presente que, pese a lo que fue el proceso de consolidación del daño a la salud en la experiencia italiana, que, como se vio, se valió de la Constitución para el nuevo planteamiento del problema, se puede decir que no existe, en sentido propio, una “vía constitucional” para su desarrollo. El comprender el daño a la salud en el ámbito constitucional no constituyó un descubrimiento, sino más bien una confirmación (elevada a rango constitucional), de la evolución del concepto de daño; concepto que en su adaptación a la sociedad cambiante reveló la necesidad de una tutela plena de la persona, prescindiendo de su capacidad de producir rédito³⁹.

hecho que casi todos los países latinoamericanos se hayan dado textos constitucionales en los últimos quince años (Argentina 1994, Brasil 1988, Bolivia reforma 1994, Chile reforma 2000, Colombia 1991, Ecuador 1998, Perú 1993, Paraguay 1992, Uruguay 1992, Venezuela 1999), con un completo elenco de derechos fundamentales, es un dato bastante significativo para encuadrar el alcance de la transición.

35 Por medio del trabajo de la jurisprudencia, la responsabilidad civil puede asumir diferentes papeles, a veces generales, como constituir un laboratorio para el ordenamiento jurídico con la introducción de conceptos que aún no hacen parte de la nomenclatura oficial, o favorecer ciertos modelos sociales toda vez que ellos son cobijados por la tutela aquiliana; a veces más específicos, como ser mecanismo para el reestablecimiento de la igualdad social y económica entre las partes, o convertirse en un instituto supletorio para resolver problemas de seguridad social, o más bien servir de instrumento de tutela de nuevos derechos. Cfr. C. SALVI. “Responsabilità civile e costituzione”, en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1, Milano, 1985, p. 135; P. CENDON. “Esistere o non esistere”, en AA.VV. *Trattato breve dei nuovi danni*, cit., § 11; M. R. MARELLA. “Valori idiosincratici e risarcimento del danno”, en *Danno e Responsabilità*, 6, 1999, p. 633; S. RODOTÀ. “La responsabilità civile fra presente e futuro. Introduzione”, *Riv. crit. dir. priv.* 4, 1998, pp. 559 a 562; D. POLETTI. “Il danno alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale”, *Riv. crit. dir. priv.* 4, 1998, pp. 731 y ss.; VINEY. “Rapport de synthèse”, cit., pp. 82 y ss.

36 Cfr. D. MESSINETTI. “I principi generali dell’ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico”, *Riv. crit. dir. priv.* 1, 2002, p. 8.

37 SALVI. *Responsabilità civile e costituzione*, cit.; ID. *La responsabilità civile*, cit., pp. 2 y ss.

38 Cfr. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 415 y ss.

39 Resulta útil recordar las palabras de BUSNELLI, en el diálogo con A. PIZZORUSSO, en BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., p. 175, cuando afirma; “El recurso al artículo 32 [de la Constitución italiana] debe ser entendido como un instrumento interpretativo para adecuar el sistema de la responsabilidad civil a los

La segunda cuestión básica se refiere a la patrimonialidad o no del daño derivado de una lesión al derecho a la salud. Entre estas dos posibilidades parecen oscilar las soluciones de la doctrina⁴⁰. En Italia la idea consolidada es la de considerar el daño a la salud como un daño patrimonial y en consecuencia resarcible *ex* artículo 2043 C. C. Para el resarcimiento de la lesión a los otros derechos de la persona se busca evitar el límite impuesto por el artículo 2059 C. C., interpretándolo a la luz del artículo 2.º de la Constitución, el cual conduce a considerar como no patrimoniales este tipo de lesiones⁴¹. En el derecho francés se consideran como patrimoniales, entre los daños derivados de un *dommage corporel*, solo el daño emergente y el lucro cesante; el resto entra en la esfera de los daños no patrimoniales⁴².

Viéndolo bien, se considere patrimonial, como sucede en Italia con el daño biológico, o no patrimonial, como se hace en el derecho francés con el *préjudice fonctionnel d'agrement*, se intuye inmediatamente que el verdadero problema reside en el modo de medir un daño tal, es decir, en encontrar un sistema de valoración susceptible de convertirse en un sistema estándar. La pretensión del sistema italiano de llegar a tal resultado con la sola labor de la jurisprudencia se esfumó con las recientes consagraciones legislativas, sectoriales pero necesarias, para evitar una jurisprudencia *de cantones*⁴³. Las tablas que el derecho español ha sancionado como leyes son objeto de feroces críticas⁴⁴. El derecho francés, al cual se debe la concepción del sistema del *calcul au point*, parece ahora orientado a una solución que prescinda de ese tipo de cálculo, puesto que la doctrina insiste en el hecho que el análisis del monto del resarcimiento debe ser lo más concreto posible, condenando toda tabulación, por impersonal y abstracta⁴⁵.

principios constitucionales, y no como un elemento estructural de un supuesto de hecho construido 'por mitades' entre Código (art. 2043) y Constitución (art. 32)".

40 Entre aquellos que consideran el daño a la salud como un daño no patrimonial, C. CASTRONOVO. *Danno biologico*, Milano, 1998; M. BIANCA. *Diritto civile, v. La responsabilità*, Milano, 1994. Entre quienes consideran el daño a la salud como patrimonial cfr. por todos, con un profundo análisis de las razones, NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pp. 424 y ss.

41 *Ibid.*, cit. p. 417.

42 LAMBERT-FAIVRE. *Droit du dommage corporel*, cit., pp. 161 y ss.; M. LE ROY. *L'évaluation du préjudice corporel*, Paris, 2000, pp. 19 y ss., y 67 y ss.

43 En Italia se consagró legislativamente (art. 5.º Ley 57-2001, art. 13 Dcto. Lgs. n.º 38-2000) la figura del daño biológico, con resultados todavía por determinar; cfr., BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., pp. 357 y ss.; P. G. MONATERI. *Il danno alla persona*, Torino, 2001, *addenda*: "Novità legislative", a cura di M. BONA y U. OLIVA.

44 F. D. BUSNELLI. "Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?", en *La valutazione del danno alla salute*, cit., pp. 3 a 18.

45 Dice LAMBERT-FAIVRE (*Droit du dommage corporel*, cit., p. 167): "Pour les préjudices économiques, le principe de l'évaluation in concreto conduit à un constant quasi comptable des préjudices: la barémisation des préjudices économiques dans l'IPP (incapacité permanente partielle) est un non-sens. Pour le

B. EN BUSCA DE UN PUNTO DE PARTIDA

La discusión permanece abierta, puesto que las respuestas serán el fruto del trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia, una doctrina clara y crítica, que sepa identificar los principios guías del sistema, y una jurisprudencia consciente que interprete correctamente el papel de la responsabilidad civil; y, por qué no, un legislador paciente que no traduzca en normas las figuras que no están aún consolidadas⁴⁶. De cualquier modo, las señales para adelantar las primeras respuestas existen, señales dadas por la doctrina europea que ofrece algunos puntos concretos⁴⁷, de los cuales partir para encontrar respuestas propias.

Sobre el problema de servirse de las normas constitucionales para plantear un modelo de resarcimiento de los daños a la persona, es necesario precisar que algunos de los textos constitucionales latinoamericanos, además del elenco de los derechos fundamentales, consagran la acción llamada de amparo o de tutela⁴⁸, por medio de la cual se puede exigir una protección directa e inmediata en el caso de violación de tales derechos, haciendo así que las normas constitucionales que sancionan los derechos fundamentales sean vinculantes y produzcan efectos inmediatos. Esto para significar que hay en el sistema un fuerte valor constitucional. Sin embargo, no se presenta ni en doctrina ni en jurisprudencia una construcción dogmática de la responsabilidad ligada a los principios constitucionales. Adelantar una propuesta en este sentido podría parecer un artificio para llegar a una solución preconstituida, haciendo vano todo el trabajo de reconstrucción.

No se debe olvidar, además, que la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos, a diferencia de los europeos, se ocupan del tema de las fuentes del derecho, haciendo un llamado expreso a los principios generales como *ultima ratio* para llenar las lagunas del sistema⁴⁹. Por tanto, en la elaboración del modelo,

préjudices non économiques, l'analyse doit être aussi personnalisée que possible, ce qui condamne toute barémisation réglementaire, impersonnelle et abstraite: la pratique de barèmes indicatifs occultes, propres à certains Cours d'appel et quasi imposée aux juges du ressort constitue une approche arbitraire, voire illicite de l'évaluation". En el mismo sentido, M. LE ROY. *L'évaluation du préjudice corporel*.

46 Cfr. supra nota 44.

47 A lo largo de este recorrido, hay otras cuestiones complementarias cuya solución, si bien es indispensable para la plena definición de la figura, corresponden a un segundo momento de la investigación. Tal es el caso, por ejemplo, de los problemas que se presentan con algunos supuestos particulares de daño a la salud como las llamadas lesiones micropermanentes, el daño psíquico, el daño por muerte, la pérdida de una *chance*, para mencionar sólo las más controvertidas en la doctrina y en la jurisprudencia.

48 Como es el caso de Argentina, Chile, Colombia, México, Perú y Venezuela.

49 Cfr. E. CORTÉS. "Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual (el ejemplo de las cláusulas abusivas)", § 6, ponencia presentada en el seminario *Formación y revisión del contrato*, Bogotá, 2001, memorias en curso de publicación.

el recorrido por los principios generales del derecho es un paso obligatorio, que de todas formas puede remitir a las normas constitucionales.

Con respecto al problema de la patrimonialidad o no del daño a la salud, se puede ver que en un sistema con una sola norma de responsabilidad civil, como aquellos que en América Latina siguieron la línea del *Code Civil*, el problema es el contrario de aquel que nos enseña la experiencia italiana: antes que interpretar las normas en modo tal de ampliar la tutela a situaciones que no encuentran espacio en su estrecho margen, se busca contener los daños que una jurisprudencia demasiado liberal podría considerar como meritorios de tutela. La cuestión, paradójicamente, encuentra la misma solución para los dos casos, es decir, con una adecuada definición de la noción de patrimonio y, en particular, con una adecuada definición del concepto de daño, como, de hecho, se hizo en el derecho italiano⁵⁰. Una sola norma para el resarcimiento de todos los tipos de daño podría, en todo caso, ofrecer espacio suficiente a la doctrina y la jurisprudencia para crear el *tertium genus*, daño a la salud o daño a la persona, así como en su momento se creó la categoría de daño moral. Quizá esta idea no sea otra cosa que una forma de evitar el fondo de la cuestión, pero en el proceso de reconstrucción que se pretende hacer esta posibilidad debe ser tomada en consideración⁵¹.

En cualquier caso, el problema de la comprensión de un daño, sea en la categoría de los patrimoniales, sea en la de los no patrimoniales, cuando no hay previsión legal que haga la distinción, se debe resolver al momento de definir la función que cumple cada tipo de daño, eminentemente compensatoria la del resarcimiento del daño patrimonial y esencialmente satisfactoria la del daño moral. En el ámbito latinoamericano, entonces, la discusión sobre la patrimonialidad o no del daño a la salud debe hacerse porque es útil para determinar con qué criterios se debe reparar tal daño.

Una vez reconocido el daño a la salud como categoría prioritaria y autónoma, el problema más complejo que se debe abordar, sin duda, es el de encontrar un criterio adecuado para su liquidación. El uso de tablas, elaboradas con el sistema denominado por puntos, puede constituir un instrumento apto para garantizar uniformidad de tratamiento, y se revela más conveniente que el método equitativo puro que puede no responder a la exigencia de trato paritario⁵². El modo de

50 Cfr. F. D. BUSNELLI. "Illecito civile", en *Enc. giur.*, xv, 1989.

51 En Perú, la creación se hizo legalmente: en efecto, el Código Civil de 1984, como ya se dijo (supra nota 26), junto al lucro cesante y al daño moral incluyó el resarcimiento del daño a la persona, aun si la idea inicial era la de incluir el daño moral dentro de los daños a la persona.

52 BUSNELLI. *Il danno biologico*, cit., p. 107. Para el estudio de esta problemática cfr., G. COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, 1999, en particular, pp. 425 y ss.

construir el sistema debe, en todo caso, hacer que se llegue siempre a soluciones uniformes, con independencia de la causa que produjo la lesión.

Finalmente, un último punto a considerar es el de introducir la problemática del resarcimiento por violación de otros derechos inviolables distintos del de la salud. De hecho, el centrar el problema en la identificación de una forma adecuada para valorar el daño a la salud puede ayudar no sólo a ofrecer una solución al problema de comprender dentro del sistema toda una serie de daños que todavía preocupan a la jurisprudencia y a la doctrina, como el daño sexual, el daño estético, el daño psíquico, entre otros, sino también a dar una respuesta en relación con aquellos daños que se derivan de la lesión a otros derechos fundamentales, como los atentados a la intimidad, al honor, al desarrollo de la personalidad, y otros⁵³. Para los primeros hay un dato, en principio cierto, y es la posibilidad de valorarlos desde el punto de vista médico legal. Para los segundos, es claro que no se pueden incluir dentro del daño patrimonial puesto que no es posible crear una escala de valores que sirva para medir la intensidad de la lesión⁵⁴.

Si se cuenta con un mecanismo idóneo para la valoración del daño a la salud, de modo tal de llegar a la misma reparación, sin importar el origen de la lesión, aquellas situaciones dudosas que de todas formas permiten una apreciación médico legal se podrían llevar a la figura del daño a la salud, teniendo presente que más allá de la reparación de base, que debe ser igual para todos, el juez podría personalizar el resarcimiento atendiendo a las circunstancias del caso; así, el daño moral, como principal (¿y único?) daño no patrimonial, se haría menos rígido y más dúctil, y podría quizá comprender el resarcimiento por la lesión de otros derechos fundamentales⁵⁵.

53 Afirma F. D. BUSNELL. "Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1987, que "[a]l interior de esta categoría de daños que 'no inciden sobre la capacidad de producir rentas', el daño a la salud asume, a su vez, una posición central: en primer lugar por su frecuente ocurrencia; [e]n segundo lugar porque, a diferencia de los daños a la identidad personal, el daño a la salud encuentra en la tutela resarcitoria un remedio principal y no residual; en tercer lugar, porque su resarcimiento cumple una función compensatoria".

54 NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pp. 424 y ss.

55 El problema sería entonces el de encontrar un elemento que haga de red para contener una posible inflación de las causas por daño moral. Esa red en el derecho italiano se la quiere ver en el concepto de gravedad de la ofensa, con apoyo en la tradición europea: cfr., NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pp. 377 y ss.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

La doctrina de los actos propios

Nos dice el eminente jurista español LUIS DíEZ-PICAZO¹, al iniciar su estudio sobre la doctrina de los actos propios, que se ha convertido en una obra clásica, que pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes, pese a ser tan reiteradamente invocada como argumento definitivo en los debates forenses, como la contenida en el aforismo “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”, hasta el punto que puede decirse que su aplicación e inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen inevitablemente, agrega el mismo autor, a la confusión y a la inseguridad. La confusión viene de una falta de clara delimitación, por ser la regla susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. La inseguridad es una consecuencia de la confusión y consiste, en definitiva, en no saber a qué atenerse en cuanto a su alegación, a su cita o a su utilización como razón decisiva de una petición litigiosa o como base de una sentencia.

¿Qué contenido tiene la doctrina de los actos propios? Es, según FUEYO², un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. Quizá la siguiente definición de ENNECCERUS³ nos permitirá comprenderla más fácilmente: “A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbre o la buena fe”.

La regla *venire contra factum proprium non valet* aparece históricamente como un brocardo atribuido a AZZO, quien lo fundamenta en una serie de textos romanos, que se encuentran conformes con él. Sostiene AZZO que resulta admisible volver contra los propios actos, en principio, cuando el primero de ellos —o la primera conducta— fue contrario a una expresa disposición legal. En tanto, resulta inadmisibles intentar volver contra el acto propio cuando el primero de ellos fue legítimo⁴.

Es gracias a una vaga intuición de justicia que puede decirse que venir contra los actos propios significa tratar de alguna manera de destruir el efecto

1 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 13.

2 FERNANDO FUEYO LANERI. *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Jurídica de Chile, 1990, p. 310.

3 LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLF. *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 495.

4 ALEJANDRO BORDA. *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 23.

producido por un acto jurídico que uno ha celebrado y, en particular, intentar o formular alguna acción dirigida a destruir su eficacia.

Sin embargo, esto no explica la naturaleza jurídica de la doctrina de los actos propios.

Dicen algunos que se trata de un principio general de derecho, o sea principios determinados por abstracción de las normas que componen el derecho positivo, siendo ésta la tendencia jurisprudencial predominante en España y la sostenida en las ponencias presentadas por ABELENDA, ROBLEDO y CONSTANTINO en las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil realizadas en Argentina. Otros le imputan la naturaleza de una regla de derecho, entendida en el sentido de un refrán jurídico, esto es, una fórmula concisa que compendia toda una experiencia jurídica, pero que no tiene valor jurídico propio. Otros, por fin, le atribuyen la naturaleza de norma jurídica, que podría ser legal, consuetudinaria o jurisprudencial.

Parece difícil conceder a la doctrina de los actos propios la naturaleza de principio general del derecho. Tanto la corriente positivista, que entiende que los principios generales del derecho son aquellos que informan las soluciones concretas del derecho positivo, sirviéndole de fundamento, como la corriente naturalista, que les concede el carácter de criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares, reconocen que lo verdaderamente importante es destacar que los principios generales constituyen normas jurídicas básicas de la organización social que revelan el sistema en que reposa la sociedad, no admitiendo excepciones.

Tampoco la doctrina de los actos propios encaja dentro del concepto de regla de derecho, entendidas las reglas de derecho como refranes jurídicos, que, sin tener valor jurídico inicial, lo han ido adquiriendo a raíz de su incorporación en el sistema normativo, además de resumir el sentido de una institución o de un complejo de normas que no tienen categoría de principio general, por lo cual admite excepciones.

Finalmente, no es posible considerar la doctrina de los actos propios como una norma jurídica desde que una norma de esta clase, para serlo, requiere que se concrete en preceptos que determinan explícitamente lo que debe ser en conformidad con el derecho. Con la posible excepción del ordenamiento legal peruano, según veremos más adelante, la doctrina en examen no ha sido consagrada por las codificaciones.

Pero, ¿significa esto que debemos abandonar la posibilidad de invocar la fuerza moral de la regla que prohíbe venir contra sus propios actos? Muchos pensamos que no. Consideramos, identificándonos con Díez-Picazo⁵, que el

5 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN. Ob. cit., p. 143.

hecho que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener una victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad, y que, en un caso semejante, la pretensión así defendida no debe prosperar, ni ser acogida, sino que la falta de lealtad con que ha sido formulada debe ser sancionada con la desestimación. Así se comprende que la admisibilidad de la regla *venire contra factum proprium*, que no es sostenible como autónomo principio general del derecho, sea fácilmente viable como desviación necesaria e inmediata de un principio general universalmente admitido: el principio que impone el deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe).

Por ello es que BORDA⁶ dice que la teoría de los actos propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, de tal manera que toda interpretación normativa debe ser acorde con este principio general, debiendo rechazarse todo resultado jurídico que se oponga a él.

En el derecho peruano, este planteamiento está amparado por el artículo 1362 del Código Civil, según el cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, debiendo advertirse que en el caso de la ejecución contractual se trata de una buena fe objetiva, que obliga a actuar con lealtad.

Los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios son, en síntesis, los siguientes:

a. Una primera conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto.

Esta conducta debe estar constituida por un acto o un conjunto de actos ejecutados que revelen indubitablemente una determinada actitud o proceder del sujeto actuante en una relación jurídica con otro sujeto.

Además de relevante y eficaz, la primera conducta debe ser vinculante, en el sentido de ser un comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta una esfera de intereses, lo que puede inducir a la contraparte a confiar en que tal conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica. No interesa, en cambio, que el sujeto piense o no quedar vinculado por su actuar, pues el efecto vinculante de la conducta deriva de su sentido objetivo, sin que la intención juegue un papel relevante.

Existe discrepancia entre la jurisprudencia y la doctrina respecto a la aplicación de la teoría de los actos propios. Para la jurisprudencia se requiere la presencia de una conducta deliberada; la doctrina de los autores sostiene que basta que la conducta sea “objetivamente contradictoria”, sea cual fuere la deliberación de su autor para que esta teoría sea de aplicación (DOBSON).

6 Ob. cit., p. 65.

b. El posterior intento por el mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior.

Se trata de que, no obstante que el sujeto ha tenido una conducta vinculante, que a los ojos de su contraparte marca su posición, pretende conducirse de manera no sólo diferente sino contradictoria con su anterior conducta relevante, traicionando así la confianza que esta conducta había suscitado en su contraparte.

Esta pretensión del sujeto, que en otro contexto pudiera ser perfectamente lícita, resulta inadmisibles por la contradicción con su conducta anterior.

c. La identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas.

Como dice BORDA⁷, el sujeto activo, esto es, la persona que ha observado determinada conducta —con fundamento en una facultad o en un derecho subjetivo— debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. “El sujeto pasivo, es decir, la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo; si se tratare de diferentes sujetos pasivos la pretensión contradictoria podría ser frenada, pero no fundándose en la teoría de los actos propios sino en la excepción de falta de legitimación”.

d. La doctrina de los actos propios es de aplicación subsidiaria.

Se trata de un instituto que debe ser aplicado supletoriamente, ya que, frente a la existencia de un “medio legal específico predispuerto por la ley para resolver un caso determinado, esta doctrina viene desplazada por la solución expresada por la ley. Al ser una aplicación del principio de la buena fe, su utilización debe subordinarse a las reglas previstas expresamente”⁸.

Delimitado así el marco dentro del cual actúa la doctrina de los actos propios, para determinar la manera de su actuación es necesario regresar a la idea fundante, esto es, que dicha doctrina constituye una regla derivada del principio general de la buena fe. Pero, ¿hay un concepto unitario de buena fe?

Sabemos que la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo. En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama buena fe-creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe-lealtad.

Empero, de poco nos ha valido saber cómo el ordenamiento jurídico ha recibido y regulado el elemento de la vida de relación humana que constituye la buena fe para establecer el concepto de ésta. Sigue la duda respecto a qué es

7 Ob. cit., p. 82.

8 JUAN M. DOBSON. *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 283.

realmente el principio de la buena fe: ¿es ausencia de dolo o culpa?, ¿es honradez?, ¿es sinceridad?, ¿es colaboración?, ¿es fidelidad?, ¿es veracidad?, ¿es moralidad? Realmente parece ser todo ello junto; tan es así que, con diversos matices, se presentan tanto en la buena fe objetiva como en la buena fe subjetiva.

No cabe duda que el concepto de buena fe, tal como lo entendemos todos, esto es, como una conducta honrada, permite suavizar los límites de los derechos y obligaciones, que el ordenamiento jurídico frecuentemente señala con mucha precisión, a fin de hacerlos más permeables a la influencia de la moral. Podríamos decir que ilumina de bondad y rectitud la aplicación del derecho.

Sin embargo, pienso que este rol no determina que la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad tengan igual naturaleza. Ambas buscan lo mismo, como también lo hacen las instituciones del respeto a las buenas costumbres y la condena del enriquecimiento indebido y del abuso del derecho, pero por caminos jurídicos distintos, utilizando conceptos diferentes y aplicándose a situaciones disímiles.

La buena fe objetiva es un deber de conducta impuesto al sujeto, que importa que no se perjudiquen intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. La buena fe subjetiva, en cambio, es una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a derecho, lo que determina una absoluta correspondencia entre su creer y actuar, que el derecho trata favorablemente. El obligado por la buena fe objetiva debe actuar con lealtad independientemente de la confianza que su actuar despierte. Quien tiene buena fe subjetiva cree porque su discernimiento lo induce a creer. La buena fe del primero le impone un deber; la buena fe del segundo, en cambio, le concede un derecho.

Dentro de la concepción subjetiva de la buena fe cabe perfectamente la doctrina de los actos propios, pues quien ha tenido una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz debe, por un lado, adecuar su conducta posterior a la observada anteriormente y, por otro lado, crea en la contraparte la confianza de que continuará conduciéndose de la misma manera, salvo que las circunstancias cambien.

Para captar mejor esta idea conviene referirse a dos casos que relata Díez-PICAZO⁹, prácticamente idénticos, planteados en los años 30 a los tribunales alemanes y españoles, que fueron resueltos de manera diferente, no obstante que en aquel entonces ambos países tenían normas legales similares. En síntesis, ambos casos versaban sobre un contrato de arrendamiento de una finca rústica, en el cual se había estipulado una determinada fecha como momento

9 Ob. cit., p. 189.

del pago anual de la merced conductiva. Al vencimiento del primer año, el arrendatario pidió al arrendador que le permitiera demorar el pago de la renta hasta el momento de recolección de la cosecha, tres meses después del día señalado en el contrato como fecha de pago. El arrendador accedió a esta petición y el arrendatario cumplió en el plazo ofrecido. El arrendatario no renovó la petición al vencer el segundo año, pero demoró el pago hasta la recogida de la cosecha y, en este momento, el arrendador cobró la renta sin hacer manifestación alguna. Esta situación se repitió en los años sucesivos. En el último, en cambio, el arrendador ejercitó la acción de desahucio por falta de pago en los días inmediatos al que figuraba señalado en el contrato como día de pago.

El Tribunal Supremo de España resolvió el pleito acogiendo la pretensión del arrendador y decretando la terminación del arrendamiento. El arrendador ejercitaba justamente una facultad que el ordenamiento jurídico le reconocía y, además, se ajustaba a las previsiones establecidas por los litigantes en su contrato. Consideró el Tribunal Supremo que era equivocado el criterio del tribunal de instancia cuando entendía que, por el hecho de presentar la demanda inmediatamente, sin previo aviso o requerimiento al demandado, no le era posible al actor, ni legal ni moralmente, obtener el desahucio pretendido.

El Tribunal del *Reich* alemán desestimó la acción del arrendador y absolvió al arrendatario de la demanda, entendiendo que, si bien era innegable que el arrendador ejercitaba una facultad que el ordenamiento jurídico le atribuía, era cierto también que el ejercicio de un derecho se hace inadmisibile cuando contraviene la buena fe, de tal manera que el demandante, al tolerar una repetida falta de puntualidad del demandado en el pago de su deuda, había originado en éste una fundada confianza de que una nueva falta de puntualidad no daría lugar a la resolución del arrendamiento, confianza que el arrendador debió destruir, advirtiéndole el ejercicio de la acción de resolución para el caso de que la demora se produjera. La omisión de este aviso y de esta advertencia incrementaron la confianza del arrendatario, por lo cual la interposición de la demanda de resolución en el momento mismo del vencimiento del término contractual fijado aparecía claramente como un acto de ejercicio de un derecho en notoria contradicción con la buena fe y, por lo tanto, como inadmisibile.

A juicio del citado autor, la inadmisibilidat de la acción de desahucio en el caso relatado se funda en que constituye el planteamiento de esta acción un *venire contra factum proprium*. El arrendador, al intentar el desahucio en el momento mismo de vencer el plazo de pago de la renta, tras haber soportado sin protesta reiteradas faltas de puntualidad, contradice el sentido que, objetivamente y conforme a la buena fe, cabía atribuir a su conducta y a la confianza

que, también objetivamente, esta conducta suscitó: que una nueva módica falta de puntualidad no sería tenida en cuenta. Por esto, la facultad del arrendador de dar por terminado el arrendamiento, que indubitadamente tenía, debía quedar limitada y la acción de desahucio ser desestimada.

Preocupa a la doctrina extranjera que la teoría de los actos propios no haya sido acogida por los ordenamientos legales, de tal manera que tanto su admisión como su aplicación han quedado libradas a la libre apreciación de los tribunales.

Sin embargo, como en el caso del saneamiento por evicción muchos códigos civiles, incluido el nuestro de 1936, declaran nulo el pacto que busque liberar al enajenante del saneamiento que resulte de un hecho personal suyo, se plantea si no se trata de un reconocimiento legislativo de la doctrina de los actos propios.

Sobre el particular, ESPÍN¹⁰ afirma que la cuestión a que dan lugar las turbaciones provenientes del propio enajenante debe resolverse por aplicación del principio de la buena fe, del cual deriva la regla *venire contra factum proprium*; es que el enajenante que después de haber transmitido el derecho pretende despojar al adquirente incurre en una notoria contradicción con los principios morales que sirven de soporte a las relaciones jurídicas.

Sabemos que nuestro Código Civil de 1984, apartándose del sistema seguido por otros códigos, regula un nuevo sistema de saneamiento, distinto del saneamiento por evicción y por vicios ocultos, que comprende tanto las perturbaciones de hecho como las de derecho efectuadas por el transferente. Todo hecho de éste que cause la pérdida o disminución del derecho del adquirente sobre el bien materia del contrato de transferencia, sea lícito o ilícito, da lugar a una tercera clase de saneamiento impuesto a cargo del transferente, que surge por la sola razón de ser propio de éste el hecho causante de la pérdida o disminución del derecho.

Este saneamiento tiene su origen en la relación contractual que vincula al transferente con el adquirente, de tal manera que, no obstante estar específicamente regulada por el Código Civil, la obligación derivada del mismo tiene también carácter contractual. Según el artículo 1362 del Código Civil, los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Constituye una violación de la buena fe en la ejecución del contrato todo acto del transferente que determine, en una forma u otra, que el cumplimiento del contrato no se logre de la manera que fue la

10 DIEGO ESPÍN CÁNOVAS. "La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, p. 469.

voluntad de las partes al celebrarlo. Puede decirse, usando un lenguaje coloquial, que no está permitido quitar con una mano lo que voluntariamente se dio con la otra.

Se ha visto que la doctrina de los actos propios tiene también su fundamento en el principio de la buena fe. Dado que se trata precisamente de una doctrina que impide a alguien hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta propia, puede sostenerse, con indudable pertinencia, que el saneamiento por hecho propio del transferente es una nueva manifestación, plasmada legislativamente, de la doctrina de los actos propios, pero referida exclusivamente a los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

En efecto, si mediante el contrato de transferencia del bien el transferente se ha obligado a transferir al adquirente el derecho a la propiedad, uso o posesión de dicho bien, contraviene sus propios actos si posteriormente comete perturbaciones de hecho o de derecho que disminuyen el valor del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto. Esta contravención constituye una violación de la obligación que asumió el transferente de ejecutar el contrato según las reglas de la buena fe, desde que, con sus propios actos, está impidiendo que produzca los efectos que ambas partes desearon al celebrarlo.

La fundamentación del saneamiento por hecho propio del transferente en la doctrina de los actos propios justifica que esta doctrina haya cobrado, en este aspecto, aplicación legislativa al ser incorporada a nuestro ordenamiento legal a través de la regulación de dicho saneamiento como una institución que cubre todo el actuar del transferente, en el sentido que no se limita a los casos de evicción, sino que comprende, además, todos sus hechos personales.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

El contrato y sus transformaciones

I. FORMACIÓN DE SU CONCEPTO

El concepto de *contrato* es un concepto jurídico moderno, que aparece, y es reconocible como tal, en la vida jurídica, cuando la humanidad occidental está llegando a la modernidad. El derecho romano no le reconoce como *categoría general*, a lo sumo lo que allí encontramos es, solamente, la consideración de *singulares tipos de contrato*¹. Como dirá el maestro M. KASER, para los romanos, los contratos (siempre en plural) alcanzan un nombre técnico, pero falta por completo una teoría². Con ello, lo que queremos significar, cuando hablamos de la importancia del contrato, en el derecho moderno, como el más importante de los negocios jurídicos y paradigma, por tanto, no sólo del reconocimiento de la autonomía privada, sino también del cumplimiento de una importante función en la vida de relación social, es todavía extraño, en tal sentido, al pensamiento romano. Por eso no les falta razón a los que suelen decir que el contrato era, una realidad más bien sociológica que jurídica, como por otra parte nos confirman las propias fuentes que prefieren hablar de *contrahere obligationem* más que de *contractus* a secas. La función que va a desplegar el contrato en la época moderna, en aquel contexto la cumplía fundamentalmente la *obligatio*³ en sus diversas manifestaciones y modalidades. Aunque también es cierto que el germen de la evolución ulterior del concepto de contrato, o, al menos, una parte muy importante de los materiales con que se va a formar, sobre los que van a trabajar afanosamente los romanistas medievales, se encuentra ya, en parte, contenido en el derecho clásico, en la esfera del *ius honorarium*, mostrándose sobre todo a través de los *bona fidei iudicia*⁴.

Será el derecho común el que da lugar al nacimiento del contrato como categoría jurídica general, mediante un proceso de cientificación que se remonta a los Glosadores trabajando sobre la *stipulatio* y sobre los *pacta*. Durante mucho tiempo la *stipulatio*, el más importante contrato verbal, aparecerá cargado con las formalidades todavía perceptibles en la fuentes, alejándose en tal modo del derecho vivo, hasta que, por influencia del derecho canónico, se acabará por admitir la eficacia jurídica del consentimiento aun expresado de manera informal, a lo que también había llegado anteriormente el derecho bizantino. Todavía es más decisivo el desarrollo que tiene lugar en la doctrina de los *pacta* para la formación del concepto de contrato, pues se parte de una noción que será más tarde utilizada

2 *Römisches Privatrecht*, 5.^a ed., München y Berlin, C. H. BECK, 1966, pp. 31 y 32.

3 Cfr. por todos F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 51 y ss.

4 Cfr. M. KASER. "Oportere und ius civile", en *ZSS*, 83, 1966, pp. 1 a 49.

para definir el contrato mismo, tomada de un texto de ULPiano (D. 1, 24, 1, 1): *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Sin embargo, la función del *pactum* tenía poco que ver con la del contrato como fuente de obligaciones en el derecho romano, pues de suyo no producía acción (*pactum nudum*), teniendo una eficacia jurídica marginal y en contados casos, los que los Glosadores irán ampliando, mediante la construcción de nuevos supuestos de *pactum vestitum*, llegando con el tiempo a superar, mucho antes en la práctica que en la teoría, la distinción apuntada (entre *pacta nuda* y *pacta vestita*) y, en general, todo el sistema de la tipicidad contractual romana; de modo que toda convención o pacto acabará por resultar jurídicamente vinculante. De esta suerte, no sólo el principio, también de origen canónico, *pacta sunt servanda* (CIC, X, 1, 35, 1) va a inspirar en lo sucesivo la formación del concepto de contrato, en cuanto fundamento último del mismo, sino que, desde el punto de vista sistemático, es mucho más importante aún: la inclusión de todos los contratos obligatorios bajo el concepto superior de *pactum*, con lo que la doctrina general del contrato o aun del negocio jurídico encontrará en ello su sede⁵.

Como decimos, en la práctica, el reconocimiento de eficacia jurídica de los pactos, estipulaciones o contratos viene admitido desde finales de la Edad Media, de lo que existen numerosos testimonios en los derechos particulares europeos, aunque no haya estipulación (p. ej., Ley única, tit. 16 del Ordenamiento de Alcalá de 1386); sin embargo, la elaboración dogmática del concepto de contrato como categoría general, a pesar de que cuente con importantes anticipaciones, no se consolida, en el derecho común, hasta el *usus modernus Pandectarum*, a través de la influencia de la Escolástica tardía y del derecho natural racionalista, teniendo lugar casi en vísperas de la codificación⁶.

Los iusnaturalistas, al tomar en cuenta lo que venían diciendo los juristas prácticos en cuanto a que los pactos, promisiones o contratos, de cualquier manera que fueran concertados, alcanzaban eficacia jurídica, llamarán la atención sobre la relación que existe entre ellos y el concepto de *acto*, de tal manera que su eficacia deriva, en definitiva, del reconocimiento de la libertad humana en cuanto se exterioriza en actos de la persona, expresión de aquella libertad. En ello se encontrará también el fundamento del dogma de la “autonomía pri-

5 F. CALASSO. *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, pp. 129 y ss., 169 y ss., etc.; G. WESEBERG y G. WESENER. *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, 6.ª ed., J. J. DE LOS MOZOS (trad.), Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 85 a 87 y 202 y 203; También H. HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 63 y ss.

6 Cfr. todavía lo que dicen I. JORDAN DE ASSO y M. DE MANUEL. *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 5.ª ed., Madrid, 1792, pp. 170 y ss.

vada”. Por otra parte, lo que en HUGO GROTIUS se expresará todavía acudiendo al valor de la *promesa* (*De iure belli ac pacis*, II, 11), posteriormente toma la forma de *declaración de voluntad* que ya acoge el ALR prusiano, y así con ésta o con otras denominaciones (convención, contrato, negocio, acto), se fundamenta en el consentimiento, es decir, en la voluntad humana⁷. Por otra parte, ya no existen diferencias entre *pacta* y *stipulationes* puesto que la *forma* ha perdido su fuerza *ob causante*, de manera que el contrato tiene lugar únicamente mediante el concurso de la oferta y de la aceptación, lo que vale también para el contrato real, aunque sus más típicos efectos no se produzcan hasta la entrega de la cosa. Sin embargo, no viene reconocida propiamente la *promesa* como fundamento de la obligación, sino en contados casos y con grandes diferencias entre los distintos ordenamientos⁸.

II. CONSAGRACIÓN DE SU CONCEPTO EN LOS CÓDIGOS. VALORACIÓN

Así concebido, el contrato es la expresión del *agere licet* de los particulares, fundamento de la propia *societas civilis* que, amparada por la nueva concepción de la soberanía del Estado de los ciudadanos, encontrará plena acogida en el *nuevo régimen* que instauran las constituciones y que desarrollan los códigos, hallando su fundamento en la idea del *consensus civium*, de tal manera que se produce, al final de la evolución que lleva al concepto moderno de contrato, como dijera FRANCESCO CALASSO, un desarrollo paralelo entre los poderes del ordenamiento y los poderes de los particulares⁹, ya que el contrato adquiere eficacia, “fuerza de ley”, suelen decir los códigos, entre los contratantes y sus causahabientes, no sólo *ob cohaerentiam*, como entre los romanos, sino por su propia virtud, como acto querido por la libre voluntad humana. Es, por ello, expresión del reconocimiento de la *libertas civilis*, como suele decirse.

Para explicarlo, los antiguos se apoyaban, como ya hemos dicho, en la *aequitas pacti*. GROTIUS, en el argumento de la evidencia en el desenvolvimiento de la vida social y apelando a la *natura rei* (*De iure belli ac pacis*, II, 1, 4) que presupone el ejercicio de la libertad en la igualdad y que los juristas de la Ilustración entendieron como igualdad ante la ley. En tal contexto, IMMANUEL KANT entiende que en el contrato uno pone a disposición de otro una parte de su liber-

7 HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 66 a 68.

8 WESENBERG y WESENER. *Historia*, cit., p. 202.

9 CALASSO. *Il negozio giuridico*, cit., p. 239.

tad (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 20). Entre tanto discurso iusnaturalista, F. C. VON SAVIGNY transformó la doctrina ilustrada del acto jurídico, como expresión de la libertad humana, en un instrumento técnico, a través de la creación de su famoso concepto de *relación jurídica* (*System*, I, par. 52), sirviendo con ello a los intereses de la sociedad civil, amparada por el ordenamiento jurídico, según lo entendía el pensamiento del primer liberalismo. Más o menos, esto es lo que consagraron por lo general los códigos de la primera y aun de la segunda generación, en todas partes, aunque habría que distinguir muchos matices que ahora no son del caso. Sin embargo, como ha observado exactamente HATTENHAUER:

... los juristas no encontraron fácil solución a los problemas referidos al reconocimiento de la voluntad como fuente de derechos y deberes. Cuando más daban por sentado que la voluntad es una instancia generadora de derechos, mayores eran los problemas que la voluntad planteaba al derecho, y que, pese a todos los esfuerzos científicos, le planteará en el futuro. Para el consuelo de tantos y de tan esclarecidos sistemas y fórmulas, continúa siendo aplazada la decisión sobre la extensión y límites de la obligación nacida de la voluntad. Y tampoco existe una solución exclusivamente lógica para el problema subyacente de la adjudicabilidad de la libertad ejercida. Por tanto, mientras la voluntad mantenga su papel preponderante en el derecho, no se acallarán las continuas disputas de los juristas sobre la teoría del error, el negocio simulado, la reserva y las teorías objetiva y subjetiva sobre la interpretación de la declaración de voluntad. Son el precio (que debe pagarse) por el reconocimiento de la persona con vocación de libertad¹⁰.

Por eso en los códigos, a la hora de establecer una regulación concreta, se van a manifestar tanto los entusiasmos como las cautelas. Bien para admitir, en el primer sentido, la *eficacia real* del contrato, como hace el *Code Civil* y los que siguen su traza, con grave peligro del *crédito territorial*, bien para desconfiar, en el segundo, de la voluntad contractual e imponer el requisito de la *causa*, pues ya no hubiera hecho falta, una vez consumada la evolución del derecho común a que nos hemos referido. Esto por lo que se refiere a los códigos latinos, ya que en el BGB, por razones de *seguridad jurídica*, abandonando la teoría de SAVIGNY, va a predominar en muchos casos la *declaración* de voluntad sobre la voluntad misma, el elemento externo sobre el interno; retornando, por otra parte, en materia de contratos, y de negocio jurídico en general, a un sistema de *tipicidad legal* que recuerda, aunque de lejos, al derecho romano. En cualquier caso, en unos y otros ordenamientos, en cuanto a la dimensión *voluntarista* del contrato

¹⁰ Ibid., p. 67.

que sigue en pie, naturalmente, el sistema se cierra sobre sí mismo: relatividad del contrato; dificultad para construir el contrato a favor de tercero; libertad de pactos, cláusulas y condiciones, sin más límites que los impuestos por las leyes, la moral o el orden público; nadie puede contratar por otro sin tener su representación; concurrencia del consentimiento en la oferta y en la aceptación, que normalmente no puede deducirse de un *tacitus consensus*; libertad de forma, salvo en contados casos en que ésta es exigida *ad solemnitatem*; prevalencia de la voluntad interna sobre la declarada en materia de interpretación, salvo lo antes indicado; etc.

Por lo demás, aunque en la onda iusnaturalista e ilustrada, en la que se inspiran los códigos de la primera generación, este ejercicio de la libertad humana, mediante actos de voluntad que adquieren eficacia jurídica de contratos, presupone la igualdad de todos, e incluso el *Code Civil*, aunque impulsado por un poder político autoritario, el Consulado, no deja de ser el primer Código de un Estado de “ciudadanos iguales ante la ley”. Sin embargo, las apariencias engañan, y si bien ciertamente no cabe negar que supo recoger el *pathos* revolucionario, como se manifiesta en la posición que van a ocupar el individuo y el Estado, como únicos protagonistas de la vida social, sin que exista entre ellos *corpos* intermedios, con lo que la función del contrato adquiere toda su relevancia, aparte de las repercusiones sistemáticas que esto conlleva, en cambio, en cuanto código de derecho civil es bastante conservador, representa una consolidación de la tradición jurídica francesa y un definitivo instrumento de integración nacional al unificar el *droit écrit* y el *droit coutumier*, apareciendo como el paradigma de la relación que indudablemente existe entre soberanía nacional y codificación, a lo que debió su enorme prestigio y también su difusión en Europa y, sobre todo, en América¹¹.

Desde nuestro punto de vista, la codificación, de una manera o de otra, en todos nuestros países, por la fuerza del contrato que representaba la liberación del individuo frente a la antigua sociedad estamental del *ancien régime* y que encontraba su paralelo en la liberación de la propiedad y de los bienes, contribuyó no solamente a la desaparición de los vestigios feudales y señoriales, sino también a hacer posible la movilización y el incremento de la riqueza, dando lugar con ello al surgimiento de una sociedad moderna. Por eso, resulta exagerado e inexacto decir que estas codificaciones estaban en paralelo con una sociedad arcaica y eminentemente rural, cuando desde una perspectiva como la

11 Cfr. A. GUZMÁN BRITO. *La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)*, Santiago, Jurídica de Chile, 2000.

que actualmente podemos tener vemos que, de las dos grandes transformaciones que han tenido lugar durante los dos últimos siglos, la primera se produjo entonces, mientras que la otra gran transformación estamos ahora a punto de culminarla; todo ello, naturalmente, con las anticipaciones y retrasos que, en su conjunto, son propios de todos los procesos históricos.

En cualquier caso, estas realizaciones en el plano jurídico no sólo contribuyeron, de manera negativa, a fomentar el individualismo y la injusticia social, como a veces se ha dicho un poco gratuitamente, aunque haya que reconocer que,

... desde mediados del siglo XIX, se percibió claramente que la desigualdad en el tratamiento de la relación entre prestación y contraprestación, entre trabajo y salario, acabaría por relegar al olvido la doctrina de la autonomía privada. Sin embargo, los juristas se han mantenido firmes hasta hoy en la doctrina de la autonomía privada, invocando con razón la ley fundamental. La praxis jurídica viene demostrando —singularmente la del sedicente “socialismo real”—que no existe en derecho privado instrumento más idóneo que ésta doctrina para asegurar la libertad del ciudadano, aunque los defensores de la teoría socialista del derecho la tengan por abominable¹².

De todos modos, en las modernas sociedades industrializadas, superadas las antiguas crisis, las relaciones laborales se siguen fundamentando en el principio contractualista, a través de los convenios colectivos. Pero, con ser esta cuestión de tanta importancia social, otras muchas, desde el punto de vista de la civilística, se han planteado y se siguen planteando en cuanto transformaciones y adaptaciones de la dogmática del contrato, a las que seguidamente vamos a referirnos.

III. LA APARICIÓN DE LOS CONTRATOS FÁCTICOS Y DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DE SU TRANSFORMACIÓN

Un primer grupo, en este panorama de las llamadas transformaciones del contrato, hay que encontrarlo, partiendo de la multiplicidad de relaciones contractuales, en las que en la vida moderna, incluso sin ser conscientes de ello, estamos inmersos. Es el caso de los contratos de hecho, o *contratos fácticos*, en que se prescinde de la declaración de voluntad, sustituyéndola por un comportamiento típico, que entraña un consentimiento tácito o implícito, como puede ser tomar el autobús para ir a alguna parte. Situaciones como ésta se multiplican en la vida diaria, especialmente a partir de la incesante expansión de la vida urbana,

¹² HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales*, cit., p. 69.

desde los inicios del inquieto siglo XX, y producen todos sus efectos contractuales sin que se manifieste al respecto una voluntad concreta. Se diría que la vida social se desarrolla en buena medida mediante un constante intercambio de prestaciones, cuyo normal desenvolvimiento no viene resuelto solamente por la intervención de una voluntad contractual que ni siquiera se manifiesta, como en este caso, siendo por ello necesario el *auxilium legis*: p. ej., la regulación del transporte, la obligatoriedad del seguro de viajeros, etc. Sin embargo, curiosamente, tuvo que pasar mucho tiempo hasta que se formulara por GÜNTHER HAUPT, en 1941, una teoría del *contrato fáctico*, ya que el *dogma* de la *autonomía privada* se resistía a perder terreno¹³.

Mucho más duro fue para ella la aparición, contemporáneamente, del fenómeno de los llamados *contratos de adhesión*, que bien pronto, a comienzos del siglo XX, se hicieron comunes en la prestación de toda clase de servicios. Pues aquí no se trataba de la expresión de una voluntad tácita o presunta, sino de la imposición por una de las partes, a la otra, de las condiciones del contrato, lo que anulaba por completo su libertad y, en definitiva, el que pudiera formarse una verdadera voluntad contractual, al faltar la situación de igualdad en que ambas partes deben encontrarse. Cuestión que abrió un debate jurídico, referido especialmente a las “condiciones generales del contrato”¹⁴, que actualmente no acaba de cerrarse, aunque en el contexto subyacen también otros problemas que pertenecen de suyo al derecho económico, de más difícil solución¹⁵.

De las dos cuestiones citadas, esta última va contra la línea de flotación del concepto de contrato, pone en tela de juicio su credibilidad como instrumento de las relaciones sociales, pues representa un ataque a la “justicia concreta” que se halla en su fundamento, o más exactamente, a su ineludible *aequitas pacti*. La primera, en cambio, resuelve un problema de *seguridad jurídica* que constituye, por tanto, un presupuesto de cualquier exigencia de justicia en la vida social. Ambas desautorizan, por igual, toda exageración *voluntarista* en la construcción del contrato, vuelven a la idea del “desarrollo paralelo de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares”, que sin negar la primacía de la ley dejan un ámbito de libertad a la autonomía privada. A estas conclusiones había llegado ya la escuela científica francesa: para MARCEL PLANIOL, el contrato y la ley, abandonando la clasificación de las *Instituta*, son las únicas fuentes de la obli-

13 Cfr. K. LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1, 2.ª ed., München y Berlin, C. H. Beck, 1957, pp. 31 a 33.

14 Es de recordar F. DE CASTRO. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, reimp., Madrid, Civitas, 1975.

15 Los fundamentos del derecho económico han cambiado, ya no forma parte de su Derecho fundamental; cfr. W. LEISNER. *Grundrechte und Privatrecht*, München y Berlin, C. H. Beck, 1960, pp. 183 y 184.

gación¹⁶; la vuelta a la *tipicidad legal* en el BGB tiene también ésta lectura¹⁷. Son como anticipaciones, capaces de asumir el futuro; no en vano el derecho, como se ha dicho, es un saber, “una ciencia para el futuro”, una *Zukunftswissenschaft*. No se advertía que, a pesar de todo, en casi todos nuestros códigos existe un precepto, como el artículo 1258 del C. C. español según el cual; “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, que completa muy oportunamente la norma que reconoce el juego de la autonomía privada en el contexto del ordenamiento jurídico (art. 1255 C. C. esp.¹⁸), a lo que anteriormente ya hemos aludido.

I V . LAS CRISIS ECONÓMICAS Y SOCIALES CONTRA LA “AEQUITAS PACTI”

Las crisis económicas y sociales del siglo XX van a poner en duda el exquisito equilibrio que muestran los preceptos que acabamos de citar, en dos órdenes diferentes, de los que pasamos a ocuparnos. El primero de ellos tiene lugar como consecuencia de la valoración de la *alteración de las circunstancias* en las que el contrato se ha celebrado, cuando hace *excesivamente onerosa* una de las prestaciones, al quedar roto el *synalagma* contractual, acudiendo entonces para solucionar el problema a la invocación de la *imprevisibilidad*, lo que es una manera de introducir en el consentimiento un elemento implícito, no expresado, como en la invocación de la famosa cláusula *rebus sic stantibus*, acuñada por los antiguos, o en las *implieds clauses* del *common law*. El problema ya se había planteado en Alemania en pleno pandectismo, y fue nada menos que BERNHARD WINDSCHEID el que elaboró la doctrina del “condicionamiento” (*Voraussetzung*), exteriormente reconocible, como una limitación de la voluntad contractual; sin embargo, no tuvo éxito en la codificación, y el parágrafo 377 del BGB estableció: “excepción hecha de la imposibilidad real, el cumplimiento de un contrato no puede por lo general recusarse alegando alteración de las circunstancias”. Pero cuando el problema de la inflación entró de lleno en la vida jurídica, después de la Primera Guerra Mundial, se planteó el dilema entre el principio *pacta sunt servanda*, que

16 *Traité élémentaire de droit civil*, II, 9.^a ed., Paris, LGDJ, 1923, n. ° 807.

17 J. L. DE LOS MOZOS. “Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, 1970, ahora en *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*, Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 433 y ss.

18 “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”.

se hallaba en el fundamento de todo el sistema contractual, y el acudir a la cláusula *rebus sic stantibus*, que en otros intentos anteriores no había tenido éxito. Fue entonces PAUL OERTMANN quien, acudiendo a un caso planteado por RUDOLF VON JHERING, muchos años antes, de error en la base del negocio, construyó su teoría, por lo demás un tanto confusa, sobre la “base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*), lo que le permitirá preguntar: ¿un deudor puede liberarse pagando con marcos devaluados lo que recibió en marcos oro? La verdad es que la teoría no tuvo mucho éxito, aunque una famosa sentencia del *Reichsgerichtshof* del 28 de noviembre de 1923 decidió que la inflación debían de pagarla conjuntamente el acreedor y el deudor, invocando el principio de la *buena fe*, acogido por el parágrafo 242 del BGB, o sea, no acogiendo una nueva doctrina jurídica, sino apoyándose en la ley. Con esto se inicia lo que fue la breve historia de la “revaluación” (*Aufwertung*), según la cual la fidelidad a lo pactado debía de amoldarse a las exigencias del tráfico jurídico, ya que este mismo argumento pone un freno a su utilización pues, por razones de *seguridad*, lo que va bien para la justicia concreta, de un determinado contrato, puede arruinar el principio *nominalista* en el que se basa el sistema del reconocimiento del *dinero*, como instrumento de cambio. Por eso, ha sido muy distinta la reacción de la doctrina y de la jurisprudencia ante la inflación provocada después de la Segunda Guerra Mundial, aunque el propio KARL LARENZ mantenga todavía el fundamento de la *revisión contractual* en la doctrina de la *bona fides*¹⁹, concepto que, como todo *standard* jurídico, viene influido, y hasta modificado y modulado, por las comunes concepciones sociales en cada momento predominantes. De modo que, lo que en el período de entreguerras estaba dominado por un cierto comunitarismo del que participaban ciertas corrientes políticas, especialmente en Alemania, que iba en detrimento, en definitiva, por lo que a nosotros interesa, de la autonomía negocial, en la época posterior es de signo contrario, favorable a un renacimiento de las ideas liberales²⁰.

Pero es en esta misma época de entreguerras cuando aparece tanto en la teoría como en la práctica la idea de que el derecho de los contratos depende casi exclusivamente de la ley y muy poco de la voluntad contractual, constituyendo el segundo de los órdenes a que antes hemos aludido y que vamos ahora a examinar. Pero antes de nada, frente a los entusiastas que creen que todo puede ser solucionado por medio de la ley, sin cerrar la cuestión anterior, tenemos que recordarles que la misma ley también tiene sus límites por razón de la “naturaleza de las cosas”. La ley no lo puede hacer todo, únicamente puede

19 *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., I, pp. 253 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, pp. 151 y ss.

20 HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 89 y 90.

hacer lo que sea oportuno y razonable, y su función tiene que ser esencialmente mediadora, como en el caso de los desequilibrios contractuales derivados de la inflación, entre la quiebra de la equidad contractual y el respeto a la seguridad jurídica que entraña el principio nominalista, porque el derecho es uno y no se puede modificar arbitrariamente la disciplina del derecho privado, sin tener en cuenta los presupuestos del derecho económico; en cambio, en este mismo campo, los particulares previsores, pueden hacer mucho más que la ley, introduciendo al concertar el contrato las correspondientes “cláusulas de revisión”. Sin embargo, la unidad del derecho no puede entenderse desde metáforas constitucionalistas apresuradas, por muy brillantes que parezcan, como pasó en los confusos años 30, cuando HANS Kelsen hablaba del ordenamiento como una pirámide jurídica, de donde se deriva que el contrato se sitúa en la jerarquía de las normas que le corresponde, definiéndolo como un acto creador de normas privadas que encuentran su fuerza en la norma superior, es decir, en la ley. Aceptado este principio, resultará que la ley puede hacerlo todo en materia contractual, incluso sustituir a la voluntad negocial, y así aparece, bajo pretexto de que había que solucionar una serie de problemas sociales, dando lugar a lo que los alemanes llamaron el *diktiertes Vertrag*, contrato forzoso, o contrato de *contenido forzoso* o *impuesto*, introducido sobre todo con el pretexto de solucionar el problema de la vivienda o del exceso de mano de obra en el mundo rural, aunque se extendió a otros muchos ámbitos. Deformando con ello, en cualquier caso, el esquema institucional de los arrendamientos urbanos, en sus diversas modalidades, y lo mismo sucedió con los arrendamientos rústicos y con los restantes contratos agrarios, como fenómeno más significativo y característico de toda una época que ha durado tres cuartos de siglo y aún no acaba de terminar. Este fenómeno se inserta en un contexto más amplio, característico de esta época, expresión de la *intervención pública en el ámbito de la economía y de la libertad privadas* y que, durante mucho tiempo, constituyó un importante género literario entre los juristas de toda especie²¹. Lo más curioso de todo ello es que se llevara a cabo, en el mejor de los casos, en pleno predominio del normativismo formalista que, teniendo la pretensión de aparecer como heredero de la tradición ilustrada, se presentaba como *neutral* frente a las tensiones

21 A este género pertenecen, entre otros muchos, los trabajos de G. RIPERT. *Le déclin du droit*, Paris, 1949; R. SAVATIER. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2.^a ed., Paris, 1952, etc. Como ha dicho CH. ATIAS, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1, 1985, p. 12: “esta generación posterior a los años 30 es la ‘generación de los complejos’, la que quisiera confesar que ha dejado de ser liberal pero que bate su culpa, creyéndose todavía liberal. Dejándose convencer que el Estado puede suprimir las diferencias sociales, salvaguardando la libertad, y que la legislación puede servir de contrapeso a los deberes sociales”.

ideológicas de la sociedad pluralista, apostando por la eficacia, por la efectividad, como el propio KELSEN no ha dudado en admitir, sin tener en cuenta que estaba comprometiendo el futuro, aunque no podía decir ni hacer otra cosa, porque su sistema, en apariencia formal, en el fondo es voluntarista, como agudamente ha puesto de relieve SERGIO COTTA²². Por lo demás, las reformas legislativas, inspiradas en tales presupuestos, con el pretexto de dar solución a los problemas sociales, inventaron la figura de los *contratos especiales*, al desarrollar una política legislativa de *resultados*, como denunció F. A. HAYEK, prescindiendo de la autonomía contractual y sin poner los *medios* adecuados para que la sociedad civil y la iniciativa privada desarrollaran sus capacidades²³. Lo que ha tenido lugar, incluso, cuando las constituciones proclamaban “la libertad de empresa en el seno de una economía de mercado”. Sea como fuere, lo que es indudable es que esta manera de proceder contribuyó a agravar la crisis, no a salir de ella, como tantas veces se ha denunciado, y sólo después de mucho, con grandes sacrificios en la mayoría de los casos, ha empezado a cambiar el panorama, al menos en los países desarrollados, en los que han saludado, con gran alivio, “la vuelta de los contratos especiales al derecho común”, al igual que el hijo pródigo de la parábola evangélica volvió, arrepentido y contrito, a la casa del padre.

Fue tanto el impacto que produjo, en la conciencia de los juristas, la ingerencia de la ley en el ámbito de la autonomía privada, que algunos, llevando a cabo un diagnóstico riguroso, pero pesimista, como el colega romano NATALINO IRTI, desde una posición también normativista, llegaron a hablar de la *età della decodificazione*, que ha dado origen, según su punto de vista, a un *polisistema*, frente al tradicional *monosistema*, como si sólo por ello tuviéramos que renunciar al legado humanista e ilustrado que la codificación representa y a la unidad del sistema jurídico que en su propio ámbito consagra, ya que la multiplicación de las leyes especiales que hace mucho más difícil, y a veces penosa, la aplicación del derecho (TÁCITO decía *plurima leges corruptissima respublica*) no altera, para nada, aquella unidad, porque las leyes especiales, en el sentido en que aquí las utilizamos, son un fenómeno transitorio y su verdadera vocación consiste en volver al derecho común, como también han afirmado F. D. BUSNELL²⁴ y otros muchos, y como el propio IRTI ha acabado por reconocer, rectificando su anterior punto de vista. No ha faltado tampoco quien, en el contexto antes aludido, teniendo en cuenta el principio de libertad económica y los principios

22 *Diritto, persona e mondo umano*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 275 y ss.

23 *Derecho, legislación y libertad*, I, Buenos Aires y Madrid, 1978, pp. 110 y ss.

24 *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984.

de libertad y de igualdad, como lo hace PIETRO PERLINGIERI, ha llamado la atención sobre un derecho civil constitucional, pero tal punto de vista, si bien sea perfectamente justo y razonable, se acaba quedando en obviedades que no llevan a ninguna parte, aunque sí valga para reconducir algunas actitudes peligrosas y para confirmar lo que ya sabíamos desde la época de las primeras codificaciones²⁵. Finalmente, sin que se hayan apagado del todo estos rumores y mientras surgen otros nuevos, pero en el seno de una sociedad un poco distinta, en la que el número de personas que participan de un cierto bienestar es mucho mayor, o, por lo menos, los modelos sociales de ese bienestar son diferentes, y como, en cualquier caso, la contratación se ha *masificado*, como consecuencia de la expansión de la *sociedad de consumo*, se plantean también nuevas exigencias de justicia social que amenazan por igual a la *lógica* del contrato. Lo que vamos a ver seguidamente.

V. EL CUESTIONAMIENTO DE LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y EL SURGIMIENTO DEL LLAMADO DERECHO DE CONSUMO, ENTRE OTRAS NOVEDADES

Este tiene lugar en un momento en que también se está planteando el cambio de función de los Estados²⁶, y en el que todo el mundo es liberal, no sólo los conservadores y los socialdemócratas, sino también los socialistas, los integristas, las administraciones públicas y hasta las cajas de ahorros (!), etc., tema en el que no podemos entrar, pues nos llevaría demasiado lejos²⁷. El caso es que las demandas sociales han producido otra nueva quiebra en el esquema tradicional de los contratos que, desde el punto de vista técnico, se manifiesta en dos sentidos distintos: ruptura de la idea fundamental de *relatividad* del contrato y posibilidad del

25 Saliendo al paso de la exageración de un constitucionalismo fuera de lugar, por parte de cierta doctrina y jurisprudencia, cfr. K. HESSE. *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Cuadernos de la Sociedad de Estudios jurídicos de Karlsruhe, n° 182, Heidelberg, 1988.

26 En algunos casos, además, como ha sucedido en España, ha cambiado su estructura, probablemente de forma un poco impremeditada, lo que da lugar a consecuencias jurídicas bastante confusas, aunque ha producido otras alegrías que uno no sabe si serán duraderas. Será por eso que están siendo imitadas en otras partes, lo que no deja de causar cierta sorpresa.

27 Tendríamos que entrar en las oscuridades de un nuevo derecho económico que lejos de estar definido no muestra más que tendencias, algunas de las cuales pueden resultar contradictorias por los vaivenes de la economía y de la política. Es el mundo de las privatizaciones de las empresas públicas, de la *desregulación* y de otros fenómenos coaligados relacionados también con la globalización, etc. Hace unos años se prestó en Francia especial atención a esta nueva situación: cfr., sobre todo, *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, Journées René Savatier, Paris, PUF, 1986; y *Droit des contrats; questions, positions, propositions*, Actes du Séminaire, Faculté de Rennes, Paris, 1987.

desistimiento unilateral, en beneficio de los consumidores y usuarios. Por otra parte, el debate sobre las *condiciones generales* parece cerrarse de manera definitiva, al menos en Europa, a favor de una solución relativamente razonable.

En el primer caso, se amplía la *eficacia* del contrato vinculando a personas que inicialmente no aparecían en la relación contractual, para hacer efectiva, en determinados supuestos, una *responsabilidad contractual*. Lo que ha dado, entre nosotros, muy positivos resultados, por ejemplo, en el contrato de obra, sin modificar el Código Civil, a través de una lenta, pero eficaz, tarea jurisprudencial, ampliando la *legitimación pasiva* de los que intervienen en la obra, su promoción, venta, etc.²⁸, y así en otros muchos supuestos. Siendo emblemático de la ruptura de la *relatividad* del contrato el tema de la *responsabilidad del fabricante por productos defectuosos* que ha sido objeto de una regulación legal y de varias directivas comunitarias, pero que no han resuelto del todo el problema, puesto que el *auxilium legis* tiene, como decíamos antes, limitaciones lógicas evidentes²⁹.

En el segundo caso, nos enfrentamos al surgimiento del *derecho del consumo* una nueva cantera normativa que ha aparecido arrolladoramente, en todas partes, como una consecuencia de la masificación de la materia contractual³⁰ y que, en Europa, ha venido impulsada por las actuaciones comunitarias, siendo incorporada a los tratados constitutivos de la Unión Europea y recogida en algunas constituciones, como en la española (art. 51), como un incentivo para el legislador, a lo que coadyuvarán después las ya numerosas directivas comunitarias, dando lugar, en nuestro país, a la aparición de una rica y variada normativa, estatal y autonómica³¹, a partir de 1984. Con todo ello, se trata de asegurar el equilibrio en la relación contractual, en los contratos en que intervienen profesionales y consumidores, puesto que la justicia contractual, se dice, exige proporcionalidad y equilibrio en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de las partes. Lo recuerda la propia Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984 (LGDCU), que considera abusivas “todas aquellas

28 Un buen resumen en J. M. LOBATO GÓMEZ. *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, Madrid, Tecnos, 1994.

29 Una buena aportación al tema: M. C. GÓMEZ LA PLAZA. “La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea: presente y futuro”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 61, 2000, pp. 96 y ss.

30 Cfr. el interesante planteamiento del tema que se hace en la moderna exposición del Derecho de obligaciones de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE et ál. *Curso de derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, Madrid, Colex, 2000, pp. 308 y ss.

31 La normativa autonómica, en este y en otros aspectos del derecho de obligaciones, dados los amplios títulos competenciales de las comunidades autónomas y el genérico de ejecución y desarrollo que les viene atribuido, dificulta el desarrollo estatal del derecho comunitario y, en ocasiones, pone en riesgo la propia unidad de mercado.

estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato” (art. 10.º bis 1). Es también complementaria de esta regulación la Ley de Contratos celebrados fuera de establecimiento comercial de 1991 que incide en lo que la doctrina llama la *temporización* del contrato, mediante el reconocimiento al consumidor de un plazo de *desistimiento* y que aquí podría llamarse de *revocación* (art. 5.º) puesto que el contrato todavía no se ha perfeccionado.

Esta normativa del derecho de consumo, sin embargo, no ha merecido juicios favorables, ni en España³² ni en otras partes³³; adolece, por una parte, de ese estilo *impropio* que es, por desgracia, característico de la normativa comunitaria y, por otro, de utilizar una técnica legislativa cuya eficacia, en la mayor parte de los casos, queda relegada a una “operación de imagen”, pues no ofrece los remedios adecuados para solucionar tantos males como denuncia, a pesar de que involucra a las administraciones públicas (locales o autonómicas) y al concurso de un curioso asociacionismo por aquellas impulsado, tratando de promover, por otra parte, el arbitraje, etc. Pero, haciendo un pequeño ejercicio de tolerancia, tenemos que convenir que, con tan flamante normativa, ha aparecido en el panorama contractual un nuevo *ius specialis* que hay que tratar con el respeto debido, ya que, por el hecho mismo de aparecer, se pone inmediatamente en relación con el *ius commune* de los contratos y con todo el ordenamiento jurídico.

Este es el único camino para que podamos sacar de esa normativa toda la utilidad que puede ofrecer, perdiendo parte del énfasis con que ha salido a la palestra, ya que, para empezar, el principio *pro consumatore* no es, ni mucho

32 Cfr., en general, L. Díez-PICAZO. “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho civil*, 46, 1993, pp. 1705 y ss.

33 Algunas de las reglas del derecho de consumo llegan a herir la sensibilidad jurídica, pues, como ha dicho J. CARBONNIER, el contrato, desde el punto de vista sociológico, sigue siendo “una adhesión, un acto de fe, un acto de confianza”, que es lo que no se puede romper: *Flexible droit*, 5.ª ed., Paris, 1983, p. 259. Para REMY, la moralización del contrato se ha transformado de este modo en consumismo burocrático cuya eficacia, por el momento, queda por demostrar: en *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, cit., pp. 103 y ss. En Alemania, la principal crítica a la protección de los consumidores hace referencia a la insuficiente delimitación de estas reglas con relación a las reglas generales del BGB, lo que es todavía más grave al ser las primeras normas imperativas: H. G. LESER, en *ibid.*, pp. 73 y ss. La solución, se ha dicho, puede ser encontrada para cada tipo de contrato, sobre la base de considerar los intereses objetivos que en el mismo se oponen, independientemente de la pertenencia de las partes a tal o cual grupo. Mientras que, por otro lado, se olvida que la noción de consumidor deviene demasiado imprecisa si se la separa de un determinado tipo de contrato: M. LIEB. “Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen”, en *Archiv für civilistische Praxis*, 178, 1978, pp. 196 y ss., y “Grundfragen einer Schuldrechtsreform”, en *ibid.*, 183, 1983, pp. 327 y ss., etc.

menos, un principio constitucional en sentido propio, como algunos han pretendido enfatizar, jugando, por supuesto, en el mismo plano que el principio sistemático de la *autonomía privada*, como exige la *igualdad* de las partes a la hora de valorar el *equilibrio contractual*, que es de lo que aquí se trata³⁴. A partir de ahí, tiene sentido la relación entre derecho especial y derecho común, pudiendo valorarse adecuadamente las reglas de protección de consumidores y usuarios que, en una síntesis muy global³⁵, tienen incidencia, como puntos más significativos, en los siguientes aspectos:

a. Integración en la *oferta* y, por tanto, en la formación del *contenido* contractual, del contenido de la publicidad, aunque no figure en las cláusulas contractuales.

b. Posibilidad de *desistimiento* (y no de revocación, como suele decirse), sin justificación alguna, dentro de ciertos plazos, para evitar las consecuencias de técnicas agresivas de *marketing*, a lo que se une un ineludible derecho de *información* y el renacimiento del *formalismo*, tanto para inducir a la reflexión como para facilitar aquella.

c. Incentivar el crédito al consumo, vinculando el contrato de crédito y el de adquisición.

d. La predisposición unilateral del contenido contractual, aun firmado por el consumidor, no le obliga al cumplimiento de las que se consideren cláusulas abusivas.

e. Mayor facilidad en el régimen de garantías cuando se trata de devolver un producto o un servicio que no responde a las exigencias de calidad o de utilidad, etc., lo que viene a ser una ampliación de las reglas del saneamiento en el derecho civil tradicional.

f. Finalmente, para hacer más efectiva la protección, en muy diversos supuestos el principio de la *bilateralidad* del contrato se ve desbordado.

Otro punto a considerar, en esta visión panorámica, es el de las *condiciones generales de los contratos*, a que antes ya hemos aludido, pero que hasta hace poco no ha encontrado un marco legislativo adecuado, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia abrieron brecha, de manera decisiva, respecto del automatismo de la *obligatoriedad contractual*. Fue también en Alemania donde el

34 Es claro que el principio *pro consumatore* no es superior al principio sistemático de la *autonomía privada*, ya que este se fundamenta, constitucionalmente hablando, en la *libertad de empresa* en el marco de la economía de mercado (art. 38 C. E.), pero se encuentran en el mismo plano, ya que aquel impulsa la legislación y sólo a través de ella se concreta, mientras que este se ampara en la reserva de ley. Sin embargo, hay un *plus* a favor del segundo que consiste en que la ley debe garantizar su contenido esencial (art. 53.1 C. E.).

35 Sigo, en parte, a MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 314 a 316.

legislador abordó el problema de manera general con la Ley federal de 1976, siendo después el impulso de la normativa comunitaria lo que vino a provocar su formulación legal, especialmente a partir de la Directiva del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. El legislador español aprovechó la necesidad de transponer dicha directiva para promulgar la Ley de Condiciones Generales de los Contratos (LCGC) del 13 de abril de 1998, que se aplica, en general, a todos los contratos, dictando en su desarrollo otras disposiciones complementarias y particulares que ahora no son del caso. En la concepción que ha predominado, según entiende la más reciente doctrina, las condiciones generales del contrato no forman parte, propiamente, de la voluntad contractual, como se venía diciendo, lo que hacía más irritante que se impusieran a la parte que, contractualmente, aparecía como más débil, sino que solamente *integran* la voluntad contractual, en el sentido del artículo 1258 del C. C. español, aunque no por ello tengan carácter accesorio, como entienden algunos, no pudiendo, en cualquier caso, alcanzar eficacia si no han sido expresamente aceptadas (arts. 5.º y 7.º). Este régimen se aplica a todos los contratos en general, no sólo a aquellos en los que intervienen consumidores, con lo que existe, sobre el particular, una concurrencia de ordenamientos, exceptuándose únicamente los contratos de trabajo, los de constitución de sociedad y los de carácter familiar o sucesorio, así como las condiciones generales, cuyo contenido derive de convenios internacionales o de disposiciones legales o administrativas de aplicación obligatoria (art. 4.º). Para la eficacia de las condiciones generales se exige no sólo aceptación, sino también que sean formuladas en términos claros y sencillos, de manera que la ambiguas, oscuras o incomprensibles *no quedan incorporadas al contrato* (arts. 5.º y 7.º). Además, cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares, prevalecerán éstas sobre aquellas (art. 6.º); añadiéndose que *son nulas* cuando contravengan lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.º), pudiendo el adherente instar en tales supuestos la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las condiciones generales (art. 9.º). La diferencia terminológica indicada no parece tener mayor transcendencia ya que, en uno y otro caso, se aplica el mismo régimen (arts. 9.º y 10.º LCGC), únicamente pone de relieve la incapacidad del legislador para expresarse de manera adecuada. Por lo demás, bien que se califique de *ineficacia* o de *nulidad*, normalmente, por el principio del *favor voluntatis*, aquellas no afectarán al contrato mismo, sino tan sólo a las condiciones generales, a no ser que su *falta* afecte a algún elemento esencial o que el propio contrato no pueda subsistir sin las condiciones generales (arts. 9.º y 10.º). Por estas imprecisiones y por algunas disposiciones complementarias,

como el establecimiento de un Registro de Condiciones Generales de Contratación, ha recibido severas críticas por parte de la doctrina³⁶.

Finalmente, ya para terminar, hay que decir que la influencia de los avances tecnológicos sobre el derecho de los contratos es sin duda evidente, sobre todo en la esfera de la *contratación automatizada* y la *contratación electrónica*. En el primero de estos casos, no es difícil aducir semejanzas con ciertos contratos típicos (compraventa, arrendamiento de servicios, transporte, depósito), utilizando el recurso *analógico*, tan peculiar del discurso jurídico, aunque, en muchos casos, la mayor parte de estas situaciones se compaginan mejor con la doctrina del *cuasicontrato* que, por lo que sabemos, no ha sido eliminada de la mayoría de los códigos civiles. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de diciembre de 1997. En el segundo, todo el problema que existe, guarda relación con la adecuada *formación* del consentimiento contractual y con las cautelas establecidas al respecto, mediante la combinación de medios técnicos y jurídicos, y es lo que ha hecho en nuestro ordenamiento el RDL del 17 de septiembre de 1999, transponiendo anticipadamente la Directiva CEE del 13 de diciembre de 1999, dando lugar, como consecuencia de otra nueva directiva europea, del 17 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, a la reciente Ley del 11 de julio de 2002 sobre servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, cuya clave fundamental está en la elaboración y aplicación de los “códigos de conducta”; teniendo en cuenta que en este ámbito, lo mismo que sucede en otros muchos, aunque no hemos tenido ocasión de ocuparnos de ello en esta ocasión, inciden los efectos propios de la *globalización* de la economía y, por tanto, de las relaciones jurídicas, en las que actualmente nos hallamos inmersos, como lo muestra en este caso la reciente Ley Modelo de Comercio Electrónico, aprobada en 1997 por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)³⁷.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Con esto, hemos llegado al final de nuestra reflexión y, efectivamente, vemos que el contrato, desde su consagración en los códigos civiles, ha sufrido muchas y muy notables transformaciones, pero bastantes de ellas son más aparentes que reales, sobre todo por lo que se refiere al equilibrio entre la *autonomía* de la voluntad y sus *limitaciones*, a no ser que pensemos, de manera equivocada,

36 V. GUILARTE GUTIÉRREZ. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación”, en *Anuario de Derecho civil*, 54, 2001, pp. 1105 y ss.

37 Cfr. C. VATTIER. “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Anuario de Derecho civil*, 55, 2002, pp. 67 y ss.

que éstas han sido fruto, exclusivamente, de su evolución moderna. Con ello, nos olvidamos de la teoría del error y de los vicios del consentimiento, en general, eso sin tener en cuenta la exigencia de los restantes requisitos para que el contrato tenga eficacia jurídica. Es sobre esto, precisamente, sobre lo que habría que ponerse a trabajar, olvidándose de las grandes palabras, aunque no de las demandas sociales que las sustentan, pero tratando de traducir tales demandas a términos jurídicos, procurando insertarlas en el sistema, en vez de quedarnos en discurrir por cláusulas generales, convertidas en tópicos por el lenguaje de los políticos y de los *mass media*, para acabar descubriendo nuevos mediterráneos, cuando la mayor parte de las ideas que se barajan ya habían sido expresadas al tratar del consentimiento, de las modalidades del error, de la *aequitas pacti*, o de la teoría de la interpretación. Esta es la tarea que, ahora como siempre, le corresponde a la dogmática, la de salvar la *teoría*, aun a costa de asumir la nueva realidad, pero sin dar la espalda al ineludible fundamento del contrato que hay que seguir encontrando, en todo caso, en el reconocimiento de la autonomía privada. Porque es cierto que si muchas de estas transformaciones ponen de relieve, como tantas veces se ha dicho, la *despersonalización de los cambios*, no por ello tenemos que considerar que aquella concepción del contrato que viene de la tradición jurídica haya perdido todo su valor; lo que pasa es que, ahora, el *novum* se presenta junto al *vetus*, mediante un proceso de aceleración, tan grande, que el resultado que ofrece es un panorama realmente caótico y de lo más inquietante, presentando por doquier numerosas contradicciones y teniendo como resultado una sociedad que vive, mucho más que en las postrimerías del *ancien régime*, anterior a las codificaciones, al amparo de un verdadero *ius incertum*, lo que se extiende, no sólo al ámbito de las obligaciones y contratos, sino también a todo el ámbito jurídico.

Limitándonos al ámbito contractual, lo primero que hay que considerar es este flamante *ius novum*, que tiene su origen en demandas sociales, no siempre bien traducidas al plano jurídico, en las consecuencias que derivan de la globalización de la economía que amenazan constantemente con romper con la coherencia de los diversos sistemas jurídicos, y, por lo que a la Unión Europea se refiere, como consecuencia de la construcción del *mercado único* a través de las actuaciones comunitarias (reglamentos y directivas) que por su casuismo sectorial amenazan seriamente la estructura del sistema contractual y de cualquier sistema jurídico³⁸; a la par que sus logros, por muy efectivos que sean, no

38 Las críticas sobre la manera de proceder de las actuaciones comunitarias están a punto de convertirse también en un nuevo género literario: cfr. por todos, ahora, B. OPPETIT. "L'Eurocratie ou le mythe du législateur supreme", en *Dalloz*, 12, 1990, Chron. 73 y ss.; O. BEAUD. "Ouverture: l'Europe entre droit

son más que sectoriales, en el mejor de los casos, levantando frente a los viejos códigos una verdadera Torre de Babel de muy difícil asimilación, como, a pesar de todos los esfuerzos, muestran el Código Civil holandés³⁹ y la reciente reforma del derecho de obligaciones del BGB⁴⁰. Por eso, no resulta descaminado, en este ámbito del derecho civil, intentar la integración por medio de un Código Único, como ha propuesto el Grupo de trabajo de Pavía⁴¹, para asumir el *novum* mediante un replanteamiento dogmático de todo el sistema y llevando a cabo un esfuerzo, inevitable, de derecho comparado, armonizando las dos tradiciones en juego, la del *civil law* y la del *common law*, formulando unas reglas sencillas y precisas, en forma de código⁴². Lo que siempre será mejor que dejar a cada derecho nacional que lleve a cabo esa tarea, parcialmente, o que no haga nada, o muy poco, manteniendo en el mismo plano normas contradictorias entre sí, puesto que, en ambos casos, en menor o mayor medida, nunca saldremos del campo del *ius incertum*. Lo mismo sucederá en el ámbito de las relaciones transnacionales, si nos quedamos con aquella normativa casuística y con unos pretendidos principios que no pueden funcionar, como tales, si no tenemos también un sistema, o si, como decimos, resulta confuso y contradictorio. En definitiva, para salir de esta situación siempre tendremos que atenernos a un *modus operandi* amparado por la experiencia, ya que todo “orden nuevo” para que no se mantenga en el desorden requiere una nueva ordenación, es decir, un código. Salvando con ello, al dar un paso hacia adelante, aunque no exento de problemas y de dificultades, la continuidad de una tradición que es, por lo demás, común a la cultura jurídica occidental.

Por eso ahora, al final de esta reflexión sobre la dogmática del contrato, tiene sentido citar las palabras de LUDWIG ENNECCERUS, una de las figuras más preclaras del derecho civil, partidario de construir el negocio jurídico de acuerdo con la teoría volitiva, y haciéndolo en el momento más álgido de la disputa con la teoría de la declaración, quién dirá, en 1889, en plena discusión de los trabajos preparatorios del BGB:

commun et droit communautaire”, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 14, 1991, pp. 3 y ss.

39 Que acoge en numerosas materias la normativa comunitaria: cfr. *Nieuw nederlandse burgerlijk Wetboek (Het Vermogensrecht)*, Deventer y Boston, Kluwer, 1990.

40 Cfr. K. J. ALBIEZ DOHRMANN. “Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho civil*, 55, 2002, pp. 1133 y ss.

41 G. GANDOLFI. “Pour un code européen des contrats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, pp. 707 y ss.

42 Academie des Privatistes Européens. *Code européen des contrats* 1, Livre premier, Milano, Giuffrè, 2001.

... si es cierto que las relaciones jurídicas pueden proporcionar bienes al hombre [...] y si los negocios jurídicos son el medio más relevante que tiene el individuo para configurar por sí mismo sus relaciones jurídicas, entonces esta autonomía privada es, indudablemente [...] la finalidad más perfecta, más eminente y que proporciona mayor cobertura, siempre que los resultados del negocio queden determinados directamente por la voluntad del sujeto del mismo...

De lo que a veces nos olvidamos, tendríamos que añadir nosotros, cuando por defender la igualdad nos estamos olvidando de la libertad de cada uno y de la de todos los que integran el conjunto social. “Toda discrepancia fundamental de la idea –añade ENNECCERUS– según la cual la voluntad humana es la que ordena los resultados jurídicos del negocio [...] conlleva una desvalorización del negocio jurídico a favor de más altas conveniencias” –refiriéndose aquí a la seguridad del tráfico–, e “invariablemente se constreñirá la autonomía del individuo en sus relaciones jurídicas. Sin la libertad del artista –concluye– para dar forma a la materia jurídica, el individuo solamente podrá proveer supuestos de los que el derecho, con independencia de su voluntad, extraerá consecuencias jurídicas...”⁴³. Palabras que, a pesar del tiempo que ha transcurrido desde que se pronunciaron, no han perdido en casi nada su vigencia.

43 Citado por HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales*, cit., p. 71.

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS

Venta de una misma cosa a compradores distintos

I. FUNCIÓN TRASLATIVA DE LA COMRAVENTA: PROCESO HISTÓRICO

A. ANTECEDENTES ROMANOS

Roma reguló la compraventa como un contrato creador de obligaciones en que el vendedor asumía la obligación de entregar la cosa vendida garantizando su pacífica posesión sin transferir directamente su dominio, lo que requería la entrega de la cosa en cumplimiento de dicha obligación contractual. Célebres textos de las fuentes romanas nos legaron esta concepción que respondía a la diversa función atribuida al contrato como expresión de la voluntad de las partes y a la transmisión del dominio como forma de publicidad dirigida a la sociedad. Así resulta de la siguiente Constitución de DIOCLECIANO y MAXIMIANO recogida en la compilación justiniana que, en palabras de BONFANTE, es tal vez el texto más célebre de la jurisprudencia romana: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (C. 2.3, 20)¹.

El sistema romano de la compraventa meramente obligatoria asignaba a ésta, además de la voluntad contractual de entregar la cosa vendida, la importante función de servir de *iusta causa traditionis*, pues la transferencia del dominio que la tradición operaba exigía una motivación reconocida socialmente como fin económico-social justo.

Sobre estas bases romanistas surgiría en las escuelas medievales la famosa teoría del título y el modo, en la que la compraventa significaba, respecto a la transmisión dominical de la cosa vendida, la *iusta causa* de la tradición².

El sistema romano informó el derecho histórico de diversos países europeos y en España inspiró el código alfonsino de las Siete Partidas, sobre cuya base se difundió la teoría del título y el modo en nuestra doctrina, como atestigua LUIS DE MOLINA³.

B. CODIFICACIÓN CIVIL FRANCESA

Llegada la hora de la codificación civil europea, el Código francés se apartó del sistema romano al poner de relieve el poder del mero consentimiento para transferir el dominio sin necesidad de la tradición o entrega de la cosa, por lo que el

1 *Corso di diritto romano*, II-21, p. 152.

2 Más ampliamente, ESPÍN CÁNOVAS. *Manual de derecho civil español*, II, 7.^a ed., 1985, pp. 157 y ss.

3 *Los seis libros de la justicia y del derecho*, FRAGA (trad.), tratado II, disputación 2, n.º 3.

contrato de compraventa transmitía la propiedad *solo consensu*. La base filosófica de este sistema era la escuela del derecho natural de GROCIO y PUFENDORF, que inspiró a DOMAT la doctrina de que la venta transmite por sí misma la propiedad y que la tradición es simplemente la entrega de la cosa por el vendedor, doctrina que aparecía como novedosa y progresista, que pasó al Código de Napoleón (art. 1138), seguido por el Código italiano unitario de 1865 y en España por el proyecto de Código Civil de 1851.

La codificación francesa, tan difundida desde su aparición, representó así una alternativa del sistema romanista tradicional del título y el modo, que mantuvo de modo terminante el Código austriaco.

C. PRIMEROS CÓDIGOS CIVILES AMERICANOS: CHILE Y ARGENTINA

La codificación civil en la América española tiene gran relieve por la originalidad de sus códigos más representativos, debidos a las excepcionales figuras de los jurisconsultos ANDRÉS BELLO y DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD. En este estudio nos referimos tan sólo a la posición seguida en los respectivos códigos en relación con este tema y su influencia en otros códigos americanos.

El Código Civil de Chile, obra del jurista ANDRÉS BELLO, fue promulgado por Ley del 14 de diciembre de 1955 para entrar en vigor el 1.º de enero de 1857. Se tuvo en cuenta el derecho romano, directamente o a través de Las Paridas y el Código francés, además de otras fuentes de la época.

Al tratar en el libro segundo “De los bienes, del dominio y del usufructo” se consigna respecto a los bienes privados que “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción” (art. 588), regulando en el título VI del mismo libro la tradición, que se define así: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y, por otra, la capacidad e intención de adquirirlo” (art. 670).

Pero más adelante se regula la entrega de la cosa por quien no era dueño: “Si el *tradens* no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él, o a su nombre, no se adquiere por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre las cosas entregadas. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la adquisición” (art. 682).

Sin embargo, la no transferencia dominical de la cosa cuando el *tradens* no es verdadero dueño no impide la ulterior usucapión del dominio “aunque el tradente no haya tenido ese derecho” (art. 683).

Aparece en estos textos la tradición sin referencia alguna a un negocio causal, configurando la tradición con voluntad propia para la transferencia dominical.

En cuanto a la compraventa, se regula, en el libro tercero, como contrato obligatorio (art. 1793), siendo obligación del vendedor la entrega o tradición de la cosa, según las reglas del título correspondiente (art. 1824).

Las reglas de la tradición son distintas para los muebles y para los inmuebles. Para los primeros se regulan las formas tradicionales, como aprehensión, entrega de llaves del granero (arts. 684 y 685), y para los bienes raíces se exige “la inscripción del título en el Registro del Conservador” (art. 686).

Se regula de modo especial la inscripción de la posesión de la herencia (art. 688).

En Argentina, VÉLEZ SARSFIELD recibió el encargo, por Decreto del 20 de octubre de 1864, de redactar el proyecto de Código Civil, que cumplió con sin par diligencia al redactar por sí mismo los 4.051 artículos de que consta el Código Civil, que, una vez aprobado por el Congreso, pasó a ser la Ley del 29 de septiembre de 1869, vigente el día 1.º de enero de 1871. El influjo de este Código en otros países es importante, siendo adoptado en Paraguay e influyendo en el Código de Uruguay a través de la publicación parcial del proyecto de VÉLEZ, publicación anterior a dicho Código.

En cuanto a las fuentes de inspiración, VÉLEZ, en su mensaje al Congreso, expresa haber tenido en cuenta todos los códigos europeos y americanos y haberse servido especialmente del proyecto de Código Civil español de 1851 de GARCÍA GOYENA, del Código Civil de Chile, y sobre todo del proyecto de Código Civil para Brasil que estaba elaborando FREITAS, del que toma muchos preceptos.

El Código Civil argentino regula separadamente la compraventa y la tradición, con cierta originalidad. Mantiene el concepto tradicional de compraventa obligatoria: “Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero” (art. 1323).

“El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus acesorios...” (art. 1409).

¿Cuándo se transfiere la propiedad de la cosa vendida? En el libro tercero, “De los derechos reales”, en el título 5.º, “Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo”, se dedica el capítulo 4.º a la tradición traslativa del dominio, cuyo primer artículo reza así: “Para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar y el que la reciba ser capaz de adquirir” (art. 2601). Y el artículo siguiente precisa aún más: “La tradición debe ser por título suficiente para adquirir el dominio” (art. 1602).

Las notas de VÉLEZ a estos dos preceptos son bien expresivas. Al artículo 2601: LL, del título 30, Partida 30, citando también a MAYNZ. Al artículo 2602: L. 31, título 1, libro 41 Dig.

El sistema de adquirir la propiedad por enajenación tiene por tanto raíces romanas con la directa influencia de las Partidas. Se aleja del modelo de adquisición *solo consensu* del Código francés.

D. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Los preceptos fundamentales siguen los precedentes romanos a través de Las Partidas. El Código Civil, alejándose del proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, dispone: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes, se adquieren y transmiten [...] por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición” (art. 609 ap. 2). Es la norma fundamental, a completar en relación con los inmuebles con la Ley Hipotecaria respecto a los bienes inscritos, por la protección que otorga la inscripción frente a terceros (art. 34 LH), como expondremos más adelante.

Pasamos a examinar la compraventa de cosa ajena, tema derivado del sistema de adquisición de la propiedad a que nos hemos referido, que sirven de necesario antecedente del supuesto de la venta de una misma cosa a dos adquirentes distintos que exponemos finalmente.

II. LA COMPRAVENTA DE COSA AJENA

A. PRECEDENTES

La cuestión de la validez o nulidad de la compraventa de cosa ajena tiene diverso planteamiento según la función que se atribuya a la compraventa en la transmisión dominical. En el derecho romano tal contrato era válido, ya que el vendedor sólo estaba obligado a entregar la cosa y mantener al comprador en su pacífica posesión, y por otra parte el vendedor podría adquirir después del contrato el dominio de la cosa y, en último extremo, si el verdadero dueño la reivindicaba, quedaba al comprador la garantía de la acción por evicción, con las indemnizaciones correspondientes caso de ser vencido en juicio.

En el Código francés, por el contrario, la venta de cosa ajena es nula y puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, si el comprador ignoraba que la cosa pertenecía a otro (art. 1599). La nulidad era lógica consecuencia del carácter traslativo de la propiedad que este Código atribuye a la venta, pues el comprador no podría reclamar la entrega de la cosa frente a su verdadero dueño, quedándole sólo el derecho a pedir la indemnización del daño que hubiera sufrido.

B. DERECHO ESPAÑOL

El Código Civil español no regula esta cuestión, ocasionando una división doctrinal sobre la validez o nulidad de la venta de cosa ajena. Los primeros comentaristas de nuestro Código se inclinaron por la nulidad (o anulabilidad), como MANRESA y SCAEVOLA, que también sostuvieron otros autores más recientes como CLEMENTE DE DIEGO Y BORRELL. El fundamento de esa tesis es que no se puede transmitir lo que no se tiene.

La doctrina más reciente estima válida la compraventa, como sostienen CASTÁN TOBEÑAS, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, ROCA SASTRE (*Estudios*, I, 376), entre otros. Se funda esta opinión en la posibilidad del vendedor de adquirir la propiedad después del contrato, y en todo caso, el comprador tendría un título hábil para la usucapión y siempre podría, en caso de evicción, reclamar al vendedor la indemnización correspondiente.

La jurisprudencia, por su parte, tras una primera fase partidaria de la nulidad, se inclina actualmente por la validez declarando:

... dado el carácter puramente consensual que, conforme a los claros términos de los artículos 1445 y 1450 del Código Civil, tiene en nuestro derecho positivo el contrato de compraventa, la validez del mismo es forzoso admitirla desde el momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y el precio pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las partes, sin que el hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar en sustitución de aquélla la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento si no pudiese o no quisiese adquirir lo que libremente se comprometió a entregar o, en su caso, la acción de saneamiento, todo lo cual viene a evidenciar la eficacia obligatoria del contrato, hallándose reconocida la licitud de la venta de cosa ajena por la autorizada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sancionada ya esta doctrina por la jurisprudencia de este tribunal⁴.

C. CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

El nuevo Código italiano de 1942, apartándose del anterior de 1865 que siguió el precedente del Código francés prohibiendo la venta de cosa ajena, pone a cargo del vendedor la obligación de “procurar la adquisición” de la propiedad al comprador, quien será propietario desde el mismo momento en que el vendedor adquiera la propiedad de su titular (art. 1478).

4 Sentencia del 5 de julio de 1958, que cita una anterior, del 27 de mayo de 1982, y otras.

Esta norma atribuye a la compraventa traslativa regulada en este Código un carácter meramente obligatorio, imponiendo al vendedor la obligación de adquirir la propiedad que pasa directamente al comprador. Tiene un significado, por tanto, singular frente a la norma general.

Junto a la obligación impuesta *ex lege* al vendedor, se concede al comprador el derecho de resolución del contrato si ignorase al concluirlo que la cosa no era del vendedor y si mientras tanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad (art. 1479 ap. 11).

Se dictan normas complementarias (art. 1479 aps. 2 y 3) y se regula también el supuesto de venta de cosa parcialmente de otro (art. 1480).

D. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1966

Este nuevo cuerpo legal dedica amplia regulación a la venta de cosa ajena, cuyas principales normas se pasa a exponer.

Es nula la venta de bienes ajenos siempre que el vendedor carezca de legitimación para realizarla; pero el vendedor no puede oponer la nulidad al comprador de buena fe, como no puede oponerla al vendedor de buena fe el comprador doloso (art. 892).

La venta de bienes ajenos queda sujeta a la venta de bienes futuros, si las partes los consideran de esta cualidad (art. 893).

Cuando el vendedor adquiera por algún modo la propiedad de la cosa, el contrato se convalidará y dicha propiedad se transferirá al comprador (art. 895).

En caso de buena fe del comprador el vendedor está obligado a convalidar la venta, adquiriendo la propiedad de la cosa o derecho vendido. El comprador puede subordinar el no cumplimiento de la obligación al plazo que fije el tribunal, efecto previsto en el párrafo a del numeral 11 del artículo anterior (art. 897) que se refiere a la petición judicial de la nulidad del contrato formulada por uno de los contratantes contra el otro.

III. LA DOBLE VENTA DE LA MISMA COSA

A. ANTECEDENTES

El derecho romano (C. 15.52.3) reguló el supuesto de doble venta de un predio a diferentes compradores, que en las Partidas (Ley 50.5.5) se generalizó a la doble venta de cualquier cosa.

El tema se reguló en el Código Civil francés, que entre dos adquirentes sucesivos de una misma cosa mueble prefiere y reconoce como propietario a

quien ha sido el primero en la posesión real aunque su título sea de fecha posterior, “con tal que la posesión sea de buena fe” (art. 1141). Respecto a las cosas inmuebles se remite a las disposiciones especiales de la materia.

El proyecto de Código Civil español de 1851, fiel al modelo francés, dispuso: “Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe si fuere mueble; siendo inmueble se estará a lo dispuesto en el artículo 1859”, salvando en ambos casos otros derechos del adquirente de buena fe (art. 982).

En su comentario a dicho proyecto, GARCÍA GOYENA califica esta norma como “una singularidad o excepción” a la regla del artículo precedente que, conforme al Código francés, establecía la transmisión de la propiedad “sin necesidad de la entrega de la cosa” (art. 981), siendo el fundamento de esta excepción “la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas”, así como la dificultad de seguir las y reconocerlas⁵.

B. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: ARTÍCULO 1473

El Código Civil español, apartándose del proyecto de 1851, siguió el precedente de las Partidas que representaba el derecho vigente, con la consiguiente necesidad de la tradición para que el título de adquisición de la cosa tuviese eficacia traslativa del dominio, en los términos reflejados en los artículos 609 y 1095.

No resulta anómalo, conforme a la exigencia de la tradición, que el segundo comprador, que adquiriera la posesión que no adquirió el primero, sea preferido como adquirente de la propiedad, pues la tradición es el requisito exigido por el artículo 609 para que el título transfiera el dominio. Lo que resulta singular en el artículo 1473 es la exigencia de que la posesión sea de buena fe para otorgar la preferencia. Esta exigencia es un límite para evitar que una actuación dolosa entre tradente y segundo adquirente pueda prevalecer contra el primer adquirente que no llegó a tomar posesión de la cosa, pero este límite ciertamente no figura en el artículo 609.

Entre las cuestiones que plantea el artículo 1473, el primer interrogante, a mi juicio, debe ser la explicación de la exigencia de la buena fe. Después veremos el problema de la concurrencia entre dos adquirentes que invocan diversas formas de tradición, tema que más preocupa a la doctrina española. Finalmen-

5 FLORENCIO GARCÍA GOYENO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 3, Madrid, 1852, p. 15.

te hay que referirse, en relación con las cosas inmuebles, al supuesto de que un adquirente haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad Inmueble.

C. SEGUNDO ADQUIRENTE, PRIMERO EN LA POSESIÓN

El artículo 1473 da la preferencia en la propiedad al adquirente que primero haya tomado posesión de la cosa “con buena fe”, si fuere mueble; también pertenece la propiedad de cosa inmueble, cuando no haya inscripción en el Registro, “a quien de buena fe sea primero en la posesión”. La prioridad en la posesión de buena fe es una regla común a las cosas muebles e inmuebles, salvo en cuanto a éstas, si existió inscripción registral.

¿Cuál es el supuesto contemplado en esta regla? A mi juicio, ante todo, el de un primer adquirente de una cosa mueble o inmueble no inscrita que no toma posesión de la cosa y un segundo adquirente que entra en posesión de la misma desconociendo la adquisición anterior. Conforme al artículo 1473, el primero en la posesión adquiere la propiedad, que es el efecto normal del sistema del artículo 609 al exigir la tradición. El primer adquirente tiene las acciones resultantes de su contrato, pero la propiedad pasa al que toma posesión de la cosa.

Ahora bien, si el segundo adquirente toma posesión de la cosa mueble o inmueble no inscrita, conociendo la venta anterior, no adquiere la propiedad al faltarle la buena fe exigida en el artículo 1473. Este efecto negativo requiere una aclaración.

El antecedente de la exigencia de la buena fe procede del proyecto de 1851, que sigue la exigencia de este requisito en el Código francés en el caso de la doble venta de cosa mueble corporal (art. 1141. C. fr.), precepto que según la doctrina no deriva del sistema del Código francés en que la transmisión se opera *solo consensu*, por lo que no se justificaría que pueda adquirir la propiedad el segundo adquirente aunque sea de buena fe. La doctrina francesa considera que esta adquisición no es efecto del segundo título, sino que es una adquisición *a non domino*, por efecto de la regla *en fait de meubles possession vaut titre* del artículo 2279⁶. El artículo 1141 no iría contra el sistema del artículo 1138, pero limitaría su aplicación por efecto del sistema de publicidad mobiliaria.

Esta explicación no es válida en el Código español en que se exige la tradición, y conforme al artículo 609 bastaría ésta para transferir la propiedad, sin exigir la buena fe, es decir el desconocimiento de la primera venta, sin perjuicio de los efectos obligacionales resarcitorios de la primera venta.

6 PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, 1, Paris, 1937, n. 1, pp. 2595 a 2598.

La exigencia al segundo adquirente de que tenga la posesión con buena fe tiene una inspiración distinta y lejana que, a mi juicio, proviene de la vieja doctrina del *ius ad rem*, una de cuyas aplicaciones más elaboradas fue la de la doble venta. Esta doctrina, debida posiblemente a canonistas y feudalistas en el siglo XIII, se aprovechó por los civilistas para proteger al acreedor de cosa cierta a quien no se le entregó la cosa, frente a un segundo adquirente que, conocedor del derecho personal anterior, consigue su entrega.

Los juristas idearon que aunque el que tenía la posesión de la cosa, tenía un *ius in re*, debía de ceder ante el anterior adquirente que sólo tenía un *ius ad rem*. Así lo enseñaba COVARRUBIAS, entre otros juristas españoles⁷.

Esta exigencia de la buena fe en el artículo 1473, imposible de explicar como en la doctrina francesa por el sistema de publicidad mobiliaria de nuestro artículo 464, hay que interpretarla a través de la proyección histórica de la doctrina del *ius ad rem*, que no llegó a desplegar su eficacia positiva como en alguna legislación antigua, resultando simplemente un límite negativo para el sistema de la tradición de nuestro artículo 609. En definitiva, puede considerarse como una protección frente a la mala fe del segundo adquirente, que no llega a adquirir, pese a ser primero en la posesión, como sanción a su conocimiento de una anterior obligación personal. Esta vieja teoría está en la línea de la moralización del tráfico jurídico.

D. EL ENFRENTAMIENTO DE DOS POSEEDORES

La doctrina española plantea principalmente el supuesto de que concurra en los dos adquirentes el carácter de poseedor, uno con posesión real y otro fingida.

La interpretación doctrinal no es unánime frente a este precepto, a la vista del artículo 1462 y siguientes que admiten diversas formas de entrega con eficacia traslativa dominical.

El problema puede surgir en este punto cuando un adquirente haya tomado posesión meramente instrumental al otorgarse la escritura pública conforme al artículo 1462, no resultando nada en contra en dicha escritura, y un segundo adquirente haya tomado posesión real de la cosa. Entre ambas posesiones la doctrina vacila ya que el Código, al admitir varias formas de toma de posesión, no establece preferencia entre ellas, y la jurisprudencia, en una primera fase, oscila según las circunstancias de cada caso buscando la solución más justa.

Predomina el criterio favorable al que toma la posesión real de la cosa, siempre que sea un poseedor de buena fe. Aun dentro de este criterio pueden existir

7 *Variae resolutiones*, libro II, cap. XIX, quinto, en *Opera omnia*, Salamanca, 1577, t. I, p. 659.

diversos fundamentos. Se sostiene que debe premiarse al comprador que a su título privado une la toma de posesión, que actúa conforme al modelo del *bonus paterfamilias* frente al que se limita a concurrir al otorgamiento de la escritura pública⁸.

Estimo que en todo caso el criterio de la mayor diligencia exigiría examinar las circunstancias concurrentes que impidieron o dificultaron al primer comprador entrar en la posesión real de la cosa.

Se alega, en favor de la preferencia del primer comprador por escritura pública aunque el segundo haya tomado la posesión real de la cosa, que siendo la escritura una forma de tradición, según el artículo 1462, el vendedor ya no podría transmitir la propiedad al segundo, al habérsela transferido al primero (MANRESA).

Invocando el sentido literal del precepto, que alude a la persona que “haya tomado posesión” de la cosa, y a su sentido general, que da preferencia a la posesión real sobre el título (instrumental), se inclina CASTÁN TOBEÑAS en favor de la posesión real sobre la entrega fingida, criterio compartido por PUIG BRUTAU, BADENES y otros⁹. Sigue también este criterio GARCÍA CANTERO¹⁰.

Estos criterios interpretativos atienden al sentido literal (se habla de tomar posesión) o al efecto traslativo de la propiedad que según el Código se produce por la tradición, una de cuyas formas es la ficta o instrumental.

Hay, sin embargo, otro criterio que puede tomarse en cuenta, el que resulta de la función de publicidad que trasciende en la figura posesoria, tan debatida en nuestro Código, como se revela en los caracteres exigidos a la misma para operar su típica función legitimadora a través de la usucapión. En efecto, la posesión que conduce a la prescripción ha de ser pública, además de reunir los restantes requisitos del artículo 1941. Enfrentadas en el caso de doble venta una posesión real y otra instrumental, iría contra la función inherente a la posesión la preferencia de la última, carente de publicidad posesoria. Esto no implica invocar la función legitimadora de la posesión de los bienes muebles, como en el derecho francés invoca la doctrina francesa. El segundo comprador, conforme al artículo 1473, es un adquirente con título; la preferencia se fundaría en el carácter público que ha de tener la posesión para usucapir, que en este caso le serviría para la adquisición preferente frente al primer adquirente con tradición meramente instrumental.

8 MORALES MORENO. *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 932.

9 CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho civil español*, t. IV, 9.^a ed., Madrid, 1961, p. 111, donde figura la anterior cita de MANRESA.

10 *Comentarios del Código Civil*, EDESA, XIX, 1980, p. 254.

E. ADQUISICIÓN DE INMUEBLE E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Como vimos, el Código Civil dispone que si la cosa es inmueble “la propiedad pertenecerá al adquirente que primero la haya inscrito en el Registro de la Propiedad” (art. 1473 ap. 2 C. C.). Sólo en defecto de inscripción se concede la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión (art. 1473 ap. 3 principio).

Como se remite el Código Civil a la Ley Hipotecaria para determinar los efectos de la inscripción (art. 608 C. C.), hay que precisar el alcance de la preferencia que da el artículo 1473 a la inscripción y, conforme a la regla más directamente aplicable para el supuesto de doble adquisición de una misma cosa inmueble, inscrita por uno de los adquirentes, hay que estar al artículo 34 de la Ley Hipotecaria que dispone: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro” (art. 34 ap. 1).

En el supuesto de doble venta, aunque el primer adquirente lo fuese por escritura pública, si no inscribe su compra y en cambio la inscribe el segundo comprador, siempre que sea de buena fe, la protección que le otorga esta norma le hace invencible frente al primer adquirente.

No es ocasión de extenderse en los requisitos y normas que completan esta importante disposición. Es de destacar que dicha norma protege, con independencia de que el transmitente sea el verdadero *dominus*, pues si éste dejó de serlo por una anterior enajenación no inscrita aparecerá todavía en el Registro como dueño, y por el principio de fe pública registral se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular (art. 38 LH).

Se tratará, conforme a esta norma, de una adquisición *a non domino*, pero es una adquisición inatacable por el primer adquirente, a quien quedarán los derechos obligacionales que resulten de su contrato.

No entramos a examinar las opiniones que tratan de explicar esta norma como una forma de tradición por la inscripción. Creemos que el artículo 1473 no deroga el vigente sistema de la tradición del artículo 809 del C. C., simplemente lo limita en el caso de inscripción de la segunda adquisición, para dar eficacia al principio de seguridad jurídica basado en la legitimación por la apariencia derivada del Registro público.

F. PREFERENCIA EN FAVOR DEL TÍTULO MÁS ANTIGUO

Finalmente, el artículo 1473 resuelve el caso de falta de inscripción y de posesión de la cosa inmueble: “Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe” (art. 1473 ap. 3 C. C.).

En último término el legislador prefiere la antigüedad del título, siempre que exista la buena fe. El artículo 1473 se refiere a la “propiedad”, pero este último supuesto prevé la falta de posesión en ambos compradores, por lo que conforme al artículo 609 requieren la tradición para adquirir la propiedad. No resuelve esta norma esta dificultad resultante de la falta de tradición. Creemos que el titular más antiguo podrá exigir la entrega al vendedor y en última instancia podrá pedir posesión judicial para que su adquisición se complete con la tradición.

G. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia del 20 de octubre de 1990: decide contra la posesión ficta deducida de la escritura porque de la misma se infiere que en la época del otorgamiento la finca estaba ocupada con posesión real por tercera persona, por lo que se destruye la presunción de tradición instrumental del artículo 1462 del C. C.

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia 1205 del 22 de diciembre de 2000: el artículo 1473 del C. C. regula la doble venta por un sólo vendedor a dos personas distintas, pero no dos ventas, una hecha por quien podía disponer de la finca que se hallaba en su patrimonio y otra por quien no podía disponer de la finca por no haberla adquirido (f. j. 41). Al comprador que adquiere de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir el dominio e inscribe su adquisición, no le afecta la posible inexactitud del contenido del Registro que quedó así configurado por negligencia de los interesados o del Registrador, por lo que se opera la adquisición *a non domino* característica de la protección a la fe pública registral en favor del tercero hipotecario de buena fe (art. 34 LH [f. j. 51]).

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia 375 del 5 de abril de 2001: el origen de las propiedades y el indudable descuido de las transmisiones que llevó a la doble venta con intervalo de cuatro meses, hace que el conflicto quede resuelto como dispone el artículo 1473 aun para el caso de doble inmatriculación, concediendo preferencia adquisitiva a quien primero inscribe, sin que quepa invocar en contra una posesión de hecho que únicamente legitimaría, como esencia que es de la misma según el artículo 348 del C. C., ejercitada por quien legítimamente tiene justificado su dominio en la única forma posible en el tiempo

en que su adquisición tuvo lugar desde el entonces vigente artículo 1514 de la Ley Procesal Civil (f. j. 41).

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia 654 del 19 de julio de 1999: ante asientos contradictorios en el Registro de la Propiedad quedan paralizados los efectos registrales conforme al artículo 313 de la Ley Hipotecaria, pero este artículo no manda su cancelación ni quedan anuladas las inscripciones, quedando de momento paralizadas hasta la resolución del litigio, y la solución al caso de doble inmatriculación es clara conforme al artículo 1473 del C. C. que declara sin paliativos que la propiedad pertenecerá a quien primero la haya inscrito (la finca) en el Registro de la Propiedad (f. j. 51).

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia 563 del 1.º de junio de 2000: ha de prevalecer la primera venta aunque ésta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuera por escritura pública y se inscribiera en el Registro de la Propiedad ya que, según uniforme y reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencia del 31 de enero de 1985 y varias anteriores), la preferencia otorgada en el párrafo segundo del artículo 1473 del C. C. al comprador que inscribe en el Registro descansa en el indispensable requisito de la buena fe, exigencia que no concurrió (f. j. 31).

– Tribunal Supremo, Sala 10. Sentencia 705 del 29 de julio de 1999: como la primera subasta no llegó a formalizarse la toma de posesión no lleva a adquirir el dominio; corresponde la propiedad, conforme al artículo 1473, a los adquirentes en la segunda subasta que inscribieron la escritura en el Registro de la Propiedad (f. j. 41).

A MODO DE REFLEXIÓN

El tema de la doble venta de una misma cosa a dos compradores distintos es un hecho de la vida real que puso de manifiesto un viejo texto recogido por JUSTINIANO y dio lugar a controversia doctrinal y a soluciones de los legisladores, como hemos visto someramente. Termino con una breve reflexión.

El conflicto entre la pretensión de dos compradores de la misma cosa es el resultado, a mi juicio, del choque entre dos fundamentales principios de derecho privado, el de la autonomía de la voluntad individual y el de la seguridad jurídica.

La autonomía despliega su esfera de acción con amplia intensidad en la esfera obligacional y trata de preservar a cada individuo el predominio de su voluntad en el ejercicio de su poder jurídico sobre su patrimonio. La seguridad jurídica busca garantizar la eficacia de los actos jurídicos a quien observe las reglas de protección del tráfico jurídico, que especialmente cuidan de su aplicación al mundo de los bienes y cosas corporales.

La relatividad subjetiva de una relación contractual se enfrenta fácilmente con la realidad externa de los derechos que recan sobre las cosas susceptibles de

posesión, pues éstas por su propia apariencia frente a terceros están legitimando al poseedor *erga omnes*.

El conflicto puede darse entre el *ius possidendi* y el *ius possessionis*, colisión que da pie a las clásicas teorías posesorias, contraposición que queda al margen del tema de la doble venta, al menos de modo directo.

El problema expuesto surge, en cambio, o porque el poder de la voluntad se ejerce doblemente, de buena o de mala fe, o porque la entrega de la cosa vendida puede tener lugar por diferentes medios que entren en colisión de preferencia provocando la aparición de dos poseedores de una misma cosa, pero bajo diversas calidades.

El sistema romano trata de evitar el conflicto con la coincidencia de la entrega de la cosa y voluntad transmisiva dominical. El sistema clásico de la *traditio* evoca la antigua *mancipatio* y busca la seguridad jurídica de la forma ritual de la balanza y el metal. Conforme se espiritualiza la entrega real (llaves del granero, *longa manu*, etc.) puede aparecer el conflicto, que trata de resolver el texto compilado por JUSTINIANO.

El sistema meramente consensual, al integrar el acto de entrega de la cosa en el poder de disposición de la voluntad sobre ella, le priva del aspecto externo posesorio.

El conflicto se perpetúa a través de los siglos y ocurre bajo reglas o sistemas legales diversos. El papel de estas reglas es resolver el conflicto con la fórmula que mejor armonice ambos principios que están en la base de cualquier sistema de derecho privado.

Curiosamente, la preferencia en favor de la posesión real frente a la ficta se da en sistemas diferentes, si bien su fundamento difiere.

En las cosas inmuebles también hay coincidencia en favor de la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque varíen los requisitos que han de concurrir para que dicha inscripción merezca ser protegida.

Sería deseable una aproximación entre los diferentes sistemas, dada la intensidad de relaciones económicas internacionales, para que cuando surja el conflicto se aplique el principio de seguridad del tráfico jurídico internacional.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

El atormentante binomio débito-responsabilidad.

*Algunas consideraciones sobre la (mal)
denominada garantía genérica*

La herencia cultural de los pandectistas alemanes fue la de hacer trabajar a los juristas en función de categorías generales y abstractas: la *provincia* de la responsabilidad civil no escapó a ello. No obstante, el grado de abstracción no llegó a generalizar (y, por consiguiente, a unificar) la responsabilidad civil contractual con la extracontractual, diferenciándose su tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

En materia obligacional, se teorizó acerca del *débito* (*Schuld*¹) y la *responsabilidad* (*Haftung*²), presentándolos como “característica de una concepción de la relación obligatoria, en la cual se separan e individualizan los dos fundamentales elementos constitutivos del deber de cumplir la prestación prometida (y la correlativa expectativa del deudor), y de la consiguiente responsabilidad (bajo el aspecto pasivo) y garantía (bajo el aspecto activo), vinculante a una persona o cosa”³. En esta perspectiva, al ser imposible la prestación por causa imputable al deudor, se sostenía que el originario derecho de crédito “continúa existiendo, sólo con objeto de prestación cambiado”⁴. Ello ha sido fuerte e irónicamente contestado por quien ha sostenido que esta afirmación “no es ni siquiera una metáfora, es mitología: el originario deber de prestación se extingue, naturalmente”⁵. Para este sector de la doctrina existe una sola relación obligatoria, en la cual el débito y la responsabilidad, manteniendo su autonomía, hacen que esta relación sea una unidad funcional, mas no ontológica. Sin embargo, se sostiene que ambos nacen al mismo tiempo⁶.

-
- 1 Se afirma que “*Schuld* en alemán significa no sólo deber, sino también culpa”: Díez-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 61.
 - 2 Asimismo, “*Haftung* no sólo es responsabilidad, sino también garantía”: ídem. Se observa también que “en alemán el término *Haftung* pone en evidencia la idea de tomar; lo que el acreedor puede tomar en cambio de la *res deducta in obligatione*: es lo que se denomina *quantum ea res est*. La obligación, a tal luz, parece ser una relación en la cual la *res* de cuya disponibilidad se trata, es una proyección posicionada (*quantum ea res*) de la *res debita-credita*. Respondencia (o responsabilidad en este sentido) indica no la idea de responder (propia de la responsabilidad por acto ilícito), sino la idea de corresponder, esto es, entre la *res debita-credita* y el *quantum ea res est*”: MAIORCA, s. v. “Responsabilità (Teoria generale)”, en *EdD*, XXXIX, MILANO, GIUFFRÉ, p. 1013.
 - 3 FRAGALL, s. v. “Garanzia”, en *EdD*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 447.
 - 4 WINDSCHEID. *Lehrbuch der Pandekten*, a cura de KIPP, II, Frankfurt, 1906, citado por MENGONI, s. v. “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, en *EdD*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 1073.
 - 5 Ídem.
 - 6 Así, se afirma que “la que continúa siendo idéntica a sí misma es la relación obligatoria entendida como relación fundamental, como estructura compleja, formada por derechos, obligaciones, poderes y sujeciones, cuyo contenido puede modificarse sin que la relación pierda su identidad jurídica. Esta no es una entidad normativa ontológicamente distinta de las singulares posiciones jurídicas que lo constituyen; pero ni siquiera es simplemente su sumatoria: los singulares elementos reciben su determinación de sentido por el hecho de estar ubicados en la estructura unitaria de la relación; si fueran separados dejarían de ser los que eran antes [...] Aun teniendo un objeto diverso de aquel del deber primario de prestación que quedó incumplido, la obligación resarcitoria, en la que se desenvuelve el vín-

Una autorizada doctrina italiana, partiendo de la definición de la obligación como “aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está sometida a un comportamiento patrimonialmente valorizable, con la finalidad de satisfacer un interés, aunque no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, la cual tiene derecho al cumplimiento”⁷, entiende que “la tutela representada por la responsabilidad personal y patrimonial no puede considerarse típica de la relación obligatoria”⁸. En efecto, mientras que la primera consiste en “la obligación del resarcimiento del daño ocasionado al acreedor por causa del incumplimiento”, la responsabilidad patrimonial indica “que la suma de dinero, en la que se concretiza el daño, deberá ser atribuida al acreedor a través de la excusión de los bienes del deudor, o a través de la denominada ejecución forzada (por equivalente)”⁹. Entonces, en este caso, el rol de la responsabilidad, lejos de ser un elemento integrante de la obligación, es el de ser un “instrumento de tutela del interés del acreedor”¹⁰.

Otra crítica que se le formula al binomio débito-responsabilidad es que pueden existir figuras de débito sin responsabilidad y de responsabilidad sin débito¹¹. Comparto plenamente la opinión de quien sostiene que no existen relaciones de puro débito, debido a que las obligaciones naturales (ejemplo socorrido en este supuesto) “no son verdaderas obligaciones”¹², ello puesto que constituyen

culo de responsabilidad coexistente al surgimiento de la obligación, está siempre ordenado a la regulación de la misma situación de intereses” (idem, cursiva fuera de texto). En este mismo sentido, quien afirma que “a la obligación del deudor corresponde la esperanza del acreedor y su posibilidad de exigir la prestación, y esa relación, a su turno, corresponde al funcionamiento normal de la obligación. Pero, cuando el deudor incumple, incurre en responsabilidad y se expone a las acciones del acreedor. Sobreviene, entonces, la fase patológica de la relación jurídica, cuyas prevención y represión constituyen un incentivo a aquel funcionamiento regular, y cuya presencia hace patente la juricidad de la relación”: F. HINESTROSA. “Débito y responsabilidad”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 511. El autor sostiene que entre débito y responsabilidad hay un “*quid* congénito”. Y que “cosa distinta es que la efectividad misma de la responsabilidad no se desencadene sino al darse el incumplimiento”.

7 GIORGIANNI, s. v. “Obbligazione (diritto privato)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, UTET, 1965, p. 591.

8 Ibid., p. 613. En este mismo sentido, cuando se afirma que “la responsabilidad patrimonial no es elemento constitutivo de la obligación y es externa a la estructura de ésta; pero no es ajena a la obligación, estando vinculada por una puntual y relevante relación de instrumentalidad”: ROPPO, s. v. “Responsabilità patrimoniale”, en *EdD*, XXXIX, p. 1043.

9 GIORGIANNI. Ob. cit., p. 612.

10 ROPPO. Ob. cit., p. 1045. En este mismo sentido, quien sostiene que “no existe, en consecuencia, razón alguna para incluir, tanto en el derecho subjetivo como en el deber jurídico, a las entidades que vienen a tutelar y a sancionar, respectivamente, al sujeto que ha sido lesionado y al sujeto que ha incurrido en una situación de violación”. ESCOBAR ROZAS. “El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación: Historia de una confusión”, en *Derecho y Sociedad*, Lima, PUCP, 2000, I, p. 143.

11 ROPPO. Ob. cit., p. 1043.

12 ESCOBAR ROZAS. Ob. cit., pp 144 y 145.

sólo “atribuciones patrimoniales”. En efecto, la *solutio redentio* (regulada en el art. 1275 C. C.¹³), constituye “el síntoma que la ley considera la existencia de la obligación natural como una causa suficiente y lícita de la atribución patrimonial que se ha operado”¹⁴. Tampoco existen relaciones de pura responsabilidad, como es el caso del que hipoteca o prenda para garantizar la obligación de un tercero o de una persona que adquiere un bien hipotecado o prendado por el anterior propietario, por cuanto, al igual que en la fianza, el tercero que hipoteca o prenda a favor de otro, como el fiador, se constituye en obligado frente al acreedor. Igual principio se aplica para la persona que adquiere el bien dado en garantía por el anterior titular¹⁵. En atención a ello, independientemente que discrepe de la opinión que sostiene que el débito y la responsabilidad forman parte de la relación obligatoria, considero que la argumentación que pretende rebartirla, basándose en la existencia del débito sin responsabilidad y de la responsabilidad sin débito (en los casos planteados), es insostenible.

Independizada (cronológica y ontológicamente) la responsabilidad de la obligación, es importante distinguirla del concepto de *garantía*¹⁶. El Código Civil italiano, en su artículo 2740, bajo el título de la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial, del libro VI, de la tutela de los derechos, bajo el rubro responsabilidad patrimonial, establece:

El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

13 El cual establece que “*no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito. Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar*” (cursiva nuestra).

14 GIORGIANNI. Ob. cit., p. 591.

15 Hay que precisar que también en doctrina se aúna a estos supuestos el de la fianza. Sin embargo, con razón, se sostiene que “el fiador es también un deudor, y precisamente por ello es responsable” (DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., p. 80). Esta afirmación se ve corroborada por el artículo 1868 del C. C., que prescribe que “por la fianza, el fiador se *obliga* frente al acreedor...” (cursiva nuestra). Dentro de esta posición, se afirma que “el problema tiene un cariz parecido por lo que se refiere a las garantías reales prestadas por terceras personas. Cuando un tercero constituye una prenda o una hipoteca sobre sus propios bienes, para asegurar una deuda de otro, se ha dicho también que se hace responsable sin ser deudor. Sin embargo, también aquí la conclusión debe ser la contraria. El constituyente de la garantía es en realidad un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía” (DÍEZ-PICAZO. Ob. cit.). En sentido contrario, ESCOBAR ROZAS. Ob. cit., p. 136.

16 Se afirma que “la voz garantía es de origen alemán, del antiguo *waren* o *waeren*, donde *warentare*, que significa defender, fue usado para indicar la obligación del autor (*warens*) en la compraventa: de la cual se derivan las formas italianas medievales *guarentire* y *guarentiglia* y el moderno verbo garantizar (*garantir, garantir, gewähren, warrant*)”: FRAGALI. Ob. cit., p. 447.

Las limitaciones de la responsabilidad sólo se admiten en los casos establecidos por la ley.

Por su parte, el artículo 1911 del C. C. español prescribe:

Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Un sector de la doctrina procesal italiana identifica los conceptos de responsabilidad patrimonial y garantía¹⁷, prefiriendo hablar de “responsabilidad-garantía patrimonial”¹⁸. En este mismo sentido se alinea una doctrina nacional cuando define a la responsabilidad como “un fenómeno de afectación patrimonial destinado a satisfacer intereses ajenos”¹⁹. Otro sector los diferencia, afirmando que, “como la responsabilidad es instrumental a la obligación, la garantía es instrumental a la responsabilidad”²⁰. Por otro lado, se afirma que “la responsabilidad patrimonial expresa el principio de la garantía legal”²¹. Así, la garantía (genérica, que se contrapone a la específica, como la hipoteca o la prenda) consiste en “la posibilidad, que la ley reconoce al acreedor, de realizar algunos actos destinados a aumentar el patrimonio del deudor, o destinados a conservar los bienes del deudor a dicho destino, no obstante éste último haya realizado, o se pueda temer que realice, actos dirigidos a sustraer los mismos bienes de su destino”²². Sin

17 En efecto, se afirma que “la responsabilidad patrimonial [...] es la garantía general que el ordenamiento otorga al acreedor en función del cumplimiento de la obligación”. MONTELEONE. “Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito”, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, Giuffrè, 1979, p. 2286.

18 Así, MONTELEONE. *Diritto processuale civile*, 2.^a ed., CEDAM, 2000, p. 880. El autor sostiene que esta responsabilidad-garantía patrimonial “vale para todos los acreedores frente al mismo deudor, en el sentido que el patrimonio de éste garantiza el cumplimiento no de una sola obligación, sino indistintamente de todas aquellas asumidas por eventualidad por la misma persona hacia cualquiera” (idem), agregando que “la garantía en cuestión no es una mera enunciación teórica, puesto que esta confiere al acreedor numerosos poderes de ingerencia y control hacia el deudor, que tienen la finalidad de mantener y/o incrementar su patrimonio” (ibíd., pp. 880 y 881).

19 FERNÁNDEZ CRUZ. “Responsabilidad civil y derecho de daños”, en *El Jurista*, año I, n.º 4, Lima, 1991, p. 103. El autor sostiene que “cuando dos o más sujetos contraen una relación jurídica obligatoria, están sometiendo —sea voluntariamente o por mandato de la ley— su libertad de actuar, construyendo su voluntad en algún sentido, por cuanto el deudor debe cumplir su “deber” asumido y el acreedor “debe satisfacer” también ciertas cargas que puedan materializar el deber asumido por el deudor. El respaldo patrimonial de esos deberes y esas cargas no es sino el concepto de responsabilidad civil” (p. 84).

20 ROPPO. Ob. cit., p. 1044.

21 BIANCA. *Diritto civile, L'obbligazione*, 4, Milano, Giuffrè, 1993, p. 25. Para este autor, la garantía legal es “el principio según el cual los bienes del deudor representan la garantía del acreedor: en caso de incumplimiento el acreedor puede expropiar los bienes del deudor para obtener coactivamente la prestación debida o el resarcimiento del daño” (idem).

embargo, el *nomen iuris* de garantía, al cual se le ha añadido el adjetivo de genérica, en mi opinión, se revela no correspondiente con el contenido conceptual que se pretende individualizar. En efecto, si la garantía genérica es entendida “como una sujeción potencial a la ejecución de todos los bienes del obligado”²³, ésta se encontraría “bastante lejos del terreno de la garantía”²⁴, ya que la (denominada) garantía genérica sería necesaria para la actuación coactiva del interés del acreedor y la garantía (específica) puede ser útil, mas no indispensable, para dicha actuación²⁵. Garantía, en un sentido propio, es “cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito”²⁶. Por ello, “la afirmación que el patrimonio del deudor constituye la garantía a los acreedores no significa que exista un auténtico derecho de garantía”²⁷.

De ello podemos arribar a la conclusión preliminar que, en materia de relaciones jurídicas patrimoniales, la responsabilidad es (cronológicamente) un *posterius* al débito y (ontológicamente) un instrumento de tutela de la lesión del (distinto) derecho de crédito. El *nomen* (atécnico) de garantía genérica sirve para expresar en una sola fórmula al potencial estado de sujeción del deudor, el cual (en su momento) se revela a través de todos aquellos mecanismos de los cuales puede valerse el acreedor, para que el deudor haga un correcto ejercicio de sus derechos, sin lesionar las situaciones jurídicas de las cuales el acreedor es titular. Autorizada doctrina española describe esta situación de los acreedores como de “poder de los acreedores sobre la gestión patrimonial del deudor”²⁸.

¿Qué mecanismos de tutela tiene el acreedor para proteger su situación jurídica dentro de una obligación? Partiendo de una clasificación propuesta por una acreditada doctrina²⁹, en el ordenamiento jurídico peruano, estos son los siguientes:

22 GIORGIANNI. Ob. cit., p. 612.

23 FRAGALI. Ob. cit., p. 451.

24 Ibíd., p. 453. Este autor entiende como garantía “el crecimiento o refuerzo, para un determinado acreedor, de la posibilidad de ser satisfecho; por consiguiente, el vigor normal de una singular obligación o del poder de agresión que esta obligación atribuye”. Evidentemente, agrega, es externa a la obligación, pp. 453 y 454).

25 Ibíd., p. 453.

26 Díez-PICAZO. Ob. cit., p. 395. El autor agrega que “no puede ser considerada a nuestro juicio como una garantía en sentido propio la responsabilidad patrimonial del deudor o el poder que los acreedores tienen para ejecutar sobre los bienes del deudor su derecho de crédito. La responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade” (pp. 395 y 396).

27 BARCHI VELAOCHAGA. “La importancia de hacer cumplir los contratos. Los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito”, en *Temas de Derecho, Homenaje a José León Barandiarán*, I, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, p. 462.

28 Díez-PICAZO. Ob. cit., p. 729.

29 ROPPO. Ob. cit., pp. 1046 y ss.

a. *Formas de tutela que inciden en la capacidad de ejercicio del deudor*, como es el caso de la declaración de quiebra contemplada por la Ley General del Sistema Concursal, n.º 27809, del 7 de agosto de 2002. Así, el artículo 88.7 establece que “si luego de realizar uno o más pagos se extingue el patrimonio del deudor, quedando acreedores pendientes de ser pagados, el liquidador deberá solicitar, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de treinta días, la declaración judicial de quiebra del deudor, de lo que dará cuenta al comité o al presidente de la junta y a la comisión”. Sin embargo, tal como lo precisa el artículo 100.2, hay que tener en cuenta que el quebrado no deviene en incapaz, por lo que puede ejercer sus derechos civiles, sin más limitaciones que las señaladas en el artículo 100.1³⁰. Asimismo, corresponde al liquidador o a cualquier interesado inscribir la quiebra en el Registro Personal.

b. *Formas de tutela que inciden directamente sobre los bienes del deudor*, como el secuestro conservativo (art. 643 CPC), el cual implica la desposesión del bien de su tenedor y la entrega a un custodio designado por el juez.

c. *Formas de tutela que inciden en actos del deudor e involucran terceros*, como la llamada acción revocatoria, regulada en el artículo 195 y siguientes, que no es más que una pretensión procesal de ineficacia de acto jurídico³¹, y también la impugnación del acreedor a la renuncia a la herencia del deudor (art. 676 C. C.³²).

d. *Formas de tutela consistentes en poderes de iniciativa del acreedor, que sustituyen la inercia del deudor*; tal es el caso de la denominada acción subrogatoria, regulada en el inciso 4.º del artículo 1219 del C. C.³³.

e. *Formas de tutela consistentes en el poder del acreedor de intervenir en procesos en los cuales sea parte el deudor*, lo cual se evidencia en la sustitución procesal en la

30 El cual precisa que “el quebrado, mientras dura ese estado, está impedido de: a. Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas; b. Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o persona jurídicas, en general; c. Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales, y d. Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la ley”.

31 Así, LOHMANN LUCA DE TENA, quien sostiene que, “tal como está concebida en nuestro ordenamiento, la acción de ineficacia es una pretensión de inoponibilidad, ante el acreedor accionante, de los efectos de un cierto acto jurídico”: *El negocio jurídico*, 2.ª ed., Lima, Grijley, 1994, p. 407.

32 Que señala lo siguiente: “si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia. La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo”.

33 El cual establece que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para “ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”.

que, según el artículo 60 del CPC, “una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida”.

f. *Formas de tutela que inciden en la actuación de la relación obligatoria o contractual entre acreedor y deudor*, como la excepción de caducidad del plazo (art. 1427 C. C.³⁴) y la excepción de incumplimiento (art. 1426 C. C.³⁵) en el contrato de prestaciones recíprocas.

g. *Formas de tutela consistentes en la subrogación de la garantía (específica) venida a menos*, como sucede en el supuesto del deterioro del bien dado en prenda (art. 1074 C. C.) en el cual “el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria”, o del deterioro o pérdida del bien dado en hipoteca (art. 1110 C. C.³⁶).

Nótese que el concepto de garantía genérica, que en puridad es un estado potencial de sujeción, no es extraño al Código Civil. Así, en los supuestos de la excepción de caducidad del plazo y de incumplimiento, dichas medidas operarán hasta que se “garantice su cumplimiento”. Ello se ve corroborado en el caso de la pretensión procesal de ineficacia (denominada acción pauliana), en la que se requiere al deudor o al tercero que acredite “la existencia de bienes suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”. En estos casos, no se solicita que el deudor constituya garantías (específicas) a favor del acreedor, sino que acredite su disponibilidad patrimonial sobre la cual (en su momento, vale decir, cuando se presente la lesión —o amenaza de lesión— del derecho de crédito) se genere el estado de sujeción entre acreedor y deudor.

Ahora bien, ¿existe un estado de sujeción (por parte del deudor) o tal situación de poder o de control (por parte del acreedor) antes que la obligación sea exigible? Veamos un ejemplo: Antonio le debe dinero a Shylock: ¿el patrimonio del deudor se encuentra en un estado de sujeción respecto al acreedor?, ¿este puede intervenir en las decisiones con contenido patrimonial del deudor?

34 El cual regula que “si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”.

35 Que prescribe: “en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”.

36 El cual precisa que “si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor”.

La respuesta negativa es la correcta. Sólo cuando la obligación sea exigible o se amenace o se lesione el legítimo interés del acreedor (respecto de la actividad patrimonial del deudor), recién surgirá el estado de sujeción con su contrapartida, que es el poder de control por parte del acreedor. Por ello, cierto sector de la doctrina –como hemos visto– prefiere hablar de potencial estado de sujeción; pero la expresión potencial, por ser tan genérica, puede significar mucho... y también nada. ¿Qué se quiere decir con que al contraer la obligación existe un estado “potencial” de sujeción o sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor? Creo que el dicho “no cruces el puente antes de llegar al río” es pertinente en este caso. En el denominado momento fisiológico de la relación obligatoria, el deudor puede disponer de su patrimonio sin la intervención del acreedor, salvo, repito, que se amenace o se lesione su legítimo interés antes que la obligación sea exigible. Es recién en el momento patológico de la relación obligatoria que se puede hablar de un estado de sujeción o estado de poder o control. Mientras tanto, hablar de estado “potencial” de sujeción, en mi opinión, carece de sentido, por cuanto el principio que prima en el momento fisiológico de la relación obligatoria es el de libre disposición del patrimonio del deudor, evidentemente respetando los derechos subjetivos y los legítimos intereses del acreedor y de los demás, ¡pero eso no nos debe llevar a decir que hay un potencial estado de sujeción frente a ellos!

En otra sede expliqué lo que acontece con la denominada acción pauliana (*rectius*: pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico)³⁷. Ello es aplicable también, por ejemplo, en el caso de la acción subrogatoria. La inercia del deudor lesiona el legítimo interés del acreedor, con respecto al actuar patrimonial jurídicamente relevante del deudor. Por ello, es necesario distinguir dos planos:

1. El de la relación obligacional entre acreedor y deudor (en la cual, aunque se pague de evidente, el acreedor es titular de un derecho subjetivo frente al deudor), y

2. El de la actividad patrimonial del deudor frente a terceros (en la cual el acreedor no tiene derecho alguno, pero sí un legítimo interés en que el derecho del deudor sea ejercido discrecionalmente, vale decir, sin que ello afecte o amenace su relación jurídica con éste).

El estado de sujeción, entonces, surge en cualquiera de estos momentos:

1. Antes que la obligación sea exigible, cuando el actuar patrimonial jurídicamente relevante del deudor lesione o amenace el legítimo interés del acreedor, y

37 ESPINOZA ESPINOZA. “Naturaleza jurídica del legítimo interés: hacia el rescate de su autonomía conceptual”, en *Advocatus*, nueva época, 3.ª entrega, Universidad de Lima, 2000, pp. 43 y 44.

2. Cuando la obligación sea exigible y no se haya cumplido con la misma.

Es recién en estos supuestos cuando nace la situación de poder o de control de la gestión patrimonial del deudor por parte del acreedor. En conclusión, se puede afirmar que la responsabilidad es un instrumento de tutela civil de situaciones jurídicas, dentro de las cuales pueden encontrarse aquellas de crédito.

DIEGO FERNÁNDEZ ARROYO

*Certezas, falsedades y horizontes
del derecho privado europeo**

I. EL DERECHO PRIVADO EUROPEO NO ES NI DEBE SER UNA CONTINUACIÓN DEL VIEJO “IUS COMMUNE”

1. En la última mitad del siglo XX se ha vuelto cada vez más habitual (frecuencia que ha aumentado hasta la exasperación al socaire del movimiento en pos de la elaboración de un Código Civil europeo) la presencia de escritos jurídicos en los cuales se pretende identificar dos realidades claramente desprovistas de analogía: el *ius commune* y el derecho privado europeo (DPE) actual¹. Esto es así, se mire por donde se mire. Una de las cuestiones esenciales que no debería ignorarse cuando se intenta dicha analogía estriba en que el *ius commune* en realidad estaba compuesto por dos elementos: el *ius civile* y el *ius canonicum*, íntimamente ligados entre sí², cuya unidad venía garantizada por lo que se ha denominado con certeza como la “impronta romana”³. Es de suponer que el DPE que se pretende perfilar en nuestros días, no obstante sus influencias mediatas, no presentará esa dualidad elemental ni sufrirá el peso de dicha impronta. Relacionado con lo anterior, cabe mencionar que la particular relación que en determinado momento se establece entre el *ius commune* y el Sacro Imperio Romano-Germánico provocó que, a diferencia de lo que se persigue o se debiera perseguir con el DPE⁴, aquél no tuviera una concreta connotación territorial⁵.

* Este y otros escritos estaban destinados en un principio a formar parte de un extenso volumen monográfico que en su día proyectamos elaborar con el profesor de la Universidad de Granada SIXTO SÁNCHEZ LORENZO. Como ese proyecto no pudo ser acabado en conjunto, realizo esta publicación parcial en el entendimiento de que puede ser de alguna utilidad y, sobre todo, de que puede servir de humilde homenaje a ese enorme jurista que es el profesor FERNANDO HINESTROSA, que tanto y tan bien ha cultivado distintas aristas del derecho privado. Las abreviaturas DPE, CCE, DPC y DIP significan derecho privado europeo, Código Civil europeo, derecho privado comunitario y derecho internacional privado, respectivamente.

1 Nótese, de entrada, que lo que se intenta equiparar es un concepto histórico que, como tal, debe contemplarse en el contexto dentro del cual se ha desarrollado, y otro nuevo cuyo origen, como muy lejos, se remonta a los años 50 bajo la expresión de “derecho común europeo”, comprensiva tanto de aspectos públicos como privados. G. PUGLIESE. “Aspetti del ‘diritto comune europeo’”, en *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milano, 1994, p. 1078, refiriéndose a los trabajos de H. COING. “European common law: historical foundations”, en M. CAPPELLETTI (dir.). *New perspectives for a common law of Europe*, Firenze, 1978, pp. 31 y ss., y G. GORLA. *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. Resultan muy ilustrativos los análisis de M. GEBAUER. *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, 1998, pp. 11 y ss., y R. SCHULZE. *Gemeineuropäisches Privatrechts und Rechtsgeschichte*, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2, Baden-Baden, 1999, pp. 129 y ss.

2 B. OPPETIT. “Droit commun et droit européen”, en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, p. 312, habla textualmente de la “compenetración” entre ambos, que fue lo que dio origen al *ius commune*.

3 PUGLIESE. “Aspetti”, cit., p. 1079.

4 El mismo DPC, incluso, tiene un significativo impacto por todo el territorio europeo, más allá de los límites de la Comunidad Europea, particularmente en los países que conforman el Espacio Económi-

De hecho, según plantea G. PUGLIESE, el adjetivo “europeo” no es para nada predicable al *ius commune* y, en todo caso, de usarse debería referirse al origen y a la naturaleza ya que de ninguna manera podría tener un alcance geográfico, toda vez que “tal derecho no regía al este del Vístula, donde la tradición romana había asumido un carácter bizantino, y mucho menos más allá del Canal de la Mancha, y que en cambio era aplicado (por efecto, es verdad, de la colonización europea) en vastos territorios extra europeos”. Incluso, si se busca una mayor precisión —señala— la misma idea de Europa sólo adquiere relevancia en el ámbito jurídico en el período de entreguerras (basada en movimientos político-culturales de distinto signo, algunos democráticos y otros no), se desarrolla sobre todo después de la segunda, y alcanza su cenit al producirse la primera ampliación de la Comunidad Europea con la incorporación del Reino Unido e Irlanda (además de Dinamarca)⁶.

2. Otro dato que no se pone suficientemente de manifiesto, como si se olvidara, es que el *ius commune* tenía, en líneas generales, carácter supletorio, trayéndose a colación cuando las reglas locales no alcanzaban para solucionar los supuestos planteados⁷. El DPE, en cambio, al margen de determinadas concepciones “institucionales”, puede presentar diferentes fisonomías según el sector implicado y el desarrollo alcanzado. Dentro de ciertos ámbitos tendrá la forma de un producto de gran calidad que se ofrece a los operadores para optimizar las respuestas a los casos de la práctica; en este sentido, estará al alcance de los legisladores, quienes podrán tomar total o parcialmente las soluciones pergeñadas traduciéndolas en normas positivas, de los jueces y árbitros, quienes contarán con unos parámetros fiables para fundar sus decisiones, y de los particulares, quienes, en la medida permitida por las normas aplicables, podrán utilizarlo para regular sus relaciones privadas. En otros círculos y según las circunstancias específicas, adoptará perfiles de derecho positivo, sustantivo en algunos casos, o “internacional privado” en otros⁸. Pero aun sin

co Europeo, en los países del centro y del este de Europa que quieren incorporarse a la Comunidad Europea, y hasta en la propia Suiza. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS. “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, *Gaceta Jurídica*, abril-mayo de 1999, p. 16.

5 PUGLIESE. “Aspetti”, cit., p. 1079.

6 *Ibid.*, pp. 1080 y 1081, 1092 y 1093.

7 H. COING. *Derecho privado europeo*, t. I, Madrid, 1996, p. 39; H. KÖTZ. “A common private law for Europe: perspectives for the reform on european education”, en B. DE WITTE y C. FORDER (dirs.). *The common law of Europe and the future of legal education*, La Haya, London y Boston, 1992, pp. 34 y ss.

8 Como veremos más abajo, la referencia al DIP como parte integrante del DPE desborda el ámbito adjudicado tradicionalmente al derecho privado, es decir, el de las normas sustantivas. Para ser más precisos, debe decirse que el DIP europeo ha alcanzado más desarrollo en todos los demás sectores que conforman su contenido, esto es, los que atañen a las cuestiones procesales y a la cooperación entre autoridades.

confrontarlo con el actual DPE, el dato del carácter supletorio del *ius commune* es acaso lo más importante que debemos rescatar de él. Sólo porque tenía tal carácter podía cumplir la fundamental función que se le asigna: mantener la unidad en la diversidad⁹. Su coexistencia con el *ius proprium* —que se configuraba como un pluralismo jurídico de gran complejidad con diversas reglas aplicables *ratione loci*, *ratione personae* y *ratione materiae*—, junto al hecho de no consistir tanto en un conjunto de normas materiales como en un “modo común de aprehender los problemas”, le permitió al *ius commune* servir de modelo para las reformas de las normas y costumbres locales y de instrumento para la coherencia¹⁰. Valga señalar que este dato inhibe todavía más el recurso al *ius commune* como argumento para la elaboración de un CCE.

3. Podríamos poner de relieve varios aspectos más que hacen demasiado forzada la analogía entre *ius commune* y DPE, pero nos contentaremos con llamar la atención sobre lo inconcebible que resulta que se produzca tamaña discontinuidad histórica como si en las últimas centurias no hubiera sucedido nada. No sólo esto llevaría a la imposible tarea de pasar por alto hechos históricos de inusitado relieve (entre otros, las dos guerras mundiales) sino que supondría, en un ámbito más estrechamente relacionado con este estudio, negar la existencia y la propia influencia de la Ilustración o del positivismo jurídico¹¹. Puede haber semejanzas, institutos o desarrollos semejantes, pero de reconocer esto a asimilar ambos conceptos hay un abismo insuperable.

4. Como si todo lo anterior no fuera suficiente para desmentir esa supuesta identidad o, al menos, continuidad histórica entre ambos conceptos, resulta que el argumento no es ni siquiera necesario. Es decir, además de falso, superfluo. En efecto, si lo que se busca es convencer(se) acerca de la necesidad de contar con un CCE, invocar que la unidad jurídica que se lograría ya existió en el pasado no agrega ni quita fuerza al resto de la justificación. Obviamente, queda descartada, desde la lógica más elemental, cualquier argumentación que consista únicamente en este extremo; lo contrario implicaría asumir que todo orden pasado es intrínsecamente valioso y, por ende, digno de reconstrucción. Lo decisivo de verdad sería la articulación de una argumentación convincente acerca de la factibilidad jurídica y de la conveniencia de tal empresa. Por muy cierta que fuera la continuidad o pervivencia del *ius commune*, la idea del CCE no podría concretarse violando las competencias de la Comunidad, los principios elementales del ordenamiento comunitario, ni la identidad jurídica de los Estados miembros, por

9 OPPETT. *Droit commun*, cit., p. 312.

10 Ídem.

11 J. BASEDOW. “Un droit commun des contrats pour le marché commun”, en *RIDC*, 1998, p. 9.

un lado, ni relevaría de la obligatoriedad de justificar la necesidad política, social y económica del mismo. Si en cambio lo que se plantea es la importancia fundamental de construir un DPE dinámico, basado en una aplicación pragmática del método comparativo y respetuoso de las diferencias culturales, el dato histórico del *ius commune*, habida cuenta de la impresionante modificación del contexto, sólo puede alcanzar una relevancia muy parcial y limitada.

II. LA FALSA OPOSICIÓN ENTRE CODIFICADORES Y CULTIVADORES

5. OLE LANDO¹² ha esbozado una distinción respecto de la armonización o unificación del derecho contractual europeo entre “codificadores” y “cultivadores”. Para LANDO, estos últimos serían los que pretenden que tal derecho crezca “orgánica y lentamente en el pueblo”, bajo la dirección de los académicos y de la gente de negocios, mediante el establecimiento de prácticas y usos uniformes, y a ellos achaca la fascinación por el viejo *ius commune* y por el rol protagónico de las universidades. Esta “escuela” contaría con el decisivo respaldo de la Comunidad Europea que se ha encargado de instaurar un “régimen” abocado a establecer y promover el intercambio de estudiantes de derecho y de libros y revistas jurídicas, instrumentos de los cuales se valdrían los cultivadores para desarrollar su labor puramente academicista, cuyos resultados serían necesariamente perversos¹³, ya que a la diferente formación académica de los profesores debe agregarse que la mayoría de éstos tienen un ego de considerables dimensiones, razones ambas que convertirían en más que relativas cualesquiera conclusiones obtenidas por esta vía. Frente a este dechado de defectos, LANDO erige la “escuela” de los codificadores, de la cual se declara miembro conspicuo y convencido, afirmando que sólo un Código permitirá alcanzar los objetivos —que parecen ser supremos en su planteamiento— de certeza y seguridad jurídicas. Y remata diciendo que cuanto más crecen el comercio y la comunicación en el seno de la Unión Europea, más urgente resulta el Código.

No se necesita ser demasiado avisado para comprender que las características de las dos escuelas identificadas tienen poco que ver con los argumentos generalmente utilizados por los diferentes autores. Un repaso, por somero que este sea, de las posiciones esgrimidas en torno a la elaboración de un DPE y de

12 *Guest Editorial: European Contract Law after the Year, 2000*, CMLR, 1998, pp. 827 y ss.

13 *Ibid.*, p. 828: “Es probable que la confusión venga a reinar si se encomienda a los doctores europeos la tarea de establecer un derecho contractual europeo”. También en O. LANDO, “Why codify the European Law of Contract”, en *ERPL*, 1997, p. 533.

su contenido, muestra bien a las claras que, si bien es cierto que existen quienes abogan por un DPE íntimamente vinculado a la raíz romana, suele tratarse de los mismos que proponen una codificación única capaz de restaurar la unidad perdida con las codificaciones estatales. Es decir que si por cultivadores se entiende a los que miran extasiados y cargados de nostalgia la supuesta “luminosidad” del *ius commune*, resulta que ambas escuelas se confunden, ya que el objetivo máximo de estos “cultivadores academicistas” es —en una amplísima mayoría— la adopción de un marco positivo único para toda Europa, en lo que sería una especie de regreso a las fuentes.

6. Los “cultivadores comparatistas”, en cambio, sin desconocer el legado del pasado, prefieren dedicar sus esfuerzos a la búsqueda de los principios comunes de los diferentes ordenamientos europeos, tal como éstos operan en la actualidad, en una tarea que necesariamente debe ir más allá de los estrechos y deformes márgenes que brinda el DPC¹⁴. Esta actitud se aleja tanto de la propuesta totalizadora del CCE como de la pretensión de circunscribir su ámbito de actuación al interior de los claustros universitarios; ni una cosa ni la otra. La idea fuerza consiste en salir del perímetro de la academia e introducirse en los ámbitos de producción jurídica, pero no mediante un mecanismo rígido y absolutista sino a través de técnicas flexibles, respetuosas de las diferencias y que permitan la optimización del DPC vigente y futuro. Una actitud así concebida, entonces, tiene una enorme preocupación por el desarrollo del derecho positivo, pero descarta la utilización de una metodología agresiva para conseguirlo. En su lugar, prefiere recorrer distintos cauces que buscan converger en un mismo punto: la elaboración de *restatements* abiertos a distintas utilidades institucionales y privadas, la construcción de un derecho internacional privado (DIP) europeo que abarque al mismo tiempo los aspectos procesales, sustanciales y de cooperación entre autoridades, y la búsqueda de unos principios comunes que, en determinadas circunstancias, podrían ser canalizados como *ratio scripta*. Es lo que se ha caracterizado como una aproximación privatista, “desde abajo”, del DPE, en confrontación con la otra, publicista, institucional, “desde arriba”¹⁵.

De otro lado, en la tarea emprendida por los “codificadores” se observan determinadas actitudes que constituirían “indicios razonables de culpabilidad”. En efecto, resulta extremadamente sintomático que en la labor del Grupo de Estudios sobre un CCE se haya eludido cualquier tipo de discusión acerca de las

14 R. DAVID. “Le droit continental, la common law et les perspectives d’un jus commune européen”, en CAPPELLETTI (dir.). *New perspectives*, cit., p. 131.

15 B. SCHÄFER y Z. BANKOWSKI. *Mistaken identities: The integrative force of private law, The harmonisation of european private law*, Oxford, 2000, p. 2.

bases legales que tendría un Código como el que se pretende elaborar, descartándose el interés del problema y mirando con sorna a quienes se ocupan del mismo, mientras que se pone el acento en la urgencia de la tarea. Cabe preguntarse: ¿urgencia por y para qué?¹⁶. Asimismo, si nos centramos en el ámbito paradigmático de la contratación internacional, la codificación europea que se ofrece a menudo presenta ciertos tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita. Y, más allá de la consideración o no del cosmopolitismo como un valor, una visión realista del tratamiento jurídico de los contratos internacionales en la actualidad demuestra hasta dónde llega la inconveniencia de una reglamentación “dura” como la que encarnaría un Código¹⁷.

III. EL DPE POR MEDIO DE “RESTATEMENTS”: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (PDCE)

7. Entre las varias posibilidades que existen para lograr algún grado de aproximación o síntesis entre distintos ordenamientos jurídicos¹⁸, puede caracterizarse a los *restatements* como la recopilación de las soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia o serie de materias. Sin duda, lo primero que viene a la cabeza cuando se utiliza dicha terminología es el resultado de la labor (parte de ella, en realidad) de una conocida institución de Estados Unidos de América, el American Law Institute,

16 CH. VON BAR. “Le Groupe d’études sur un code civil européen”, en *RIDC*, 2001, pp. 127 y ss., utiliza toda una serie de expresiones en este sentido (“sin perder tiempo”, “permitir un avance rápido”, “urgencia”) sin explicar cuál es la razón que hace del Código Civil europeo una necesidad tan perentoria. En algunos momentos parece que de lo que se trata es de aprovechar una situación particularmente propicia, con un Parlamento Europeo jugado por la causa y con unos recursos financieros que deben ser gastados en plazos presupuestarios determinados, como si la consigna fuera “ahora o nunca” o, más castizamente, “aquí te pillo, aquí te mato”.

17 Paradójicamente, en un trabajo que busca mostrar la necesidad de puentes entre el derecho contractual europeo y la *lex mercatoria*, se incluyen toda una serie de “razones” para la codificación del primero, entre las cuales se incluye la existencia de un “*homo judicans* europeo” (la mayoría de los “guardianes de nuestro derecho y de nuestra justicia”) que detenta una ideología y un comportamiento común y que sería el producto de una educación burguesa, en el seno de “buenas familias”; como estudiante de derecho ha sido relativamente virtuoso, ha mantenido fuertes vínculos con el hogar y ha sido a menudo de derechas, ideología y actitud que confirma luego a través de sus decisiones judiciales conservadoras. O. LANDO. “The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*”, en *Private law in the international arena-Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, pp. 394 y ss. No es que el planteamiento no esté cargado de razón; es que su formulación tan descarnada y como argumento para la unificación desde arriba del DPE resulta un poco chocante.

18 A. ROSETT. “Unification, harmonization, restatement, codification, and reform in international commercial law”, en *AJCL*, 1992, pp. 683 y ss.

que reúne a más de 3.300 miembros pertenecientes a todas las profesiones y a todas las disciplinas jurídicas, y que ha elaborado en su larga vida un considerable número de estos textos sobre las más variadas materias. Entre los más recientes, cabe citar, por las controversias que ha suscitado, el *Restatement 3rd on the Foreign Relations Law of the United States*.

En el ámbito europeo la palabra *restatement* ha pasado a ser de uso corriente en la última década, en referencia a los dos esfuerzos paralelos de armonización jurídica en materia contractual, uno restringido al marco de la Comunidad Europea y el otro, de vocación universal, realizado bajo los auspicios del UNIDROIT¹⁹. Probablemente, la “popularización” del término viene de su utilización en la presentación en sociedad de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, por parte de su principal impulsor (y también protagonista del trabajo europeo), el eminente comparatista italiano MICHAEL JOACHIM BONELL²⁰. Son varios los argumentos que justifican la introducción del vocablo. En primer lugar, siendo obvio que no se trata de convenios internacionales (aprobados en una conferencia diplomática y sujetos a ratificación), sendos textos fueron concebidos desde un principio a partir de una idea que encajaba perfectamente en la caracterización que antes hicimos: la idea fuerza es la de buscar en general las soluciones habituales existentes para los aspectos contractuales abarcados, más que plantear la introducción de soluciones nuevas (como es habitual en las leyes modelo)²¹. En segundo lugar, tal como hacen

19 No se trata de los únicos trabajos en este sentido: la Academia Europea de Derecho Privado de Pavía también ha dedicado sus esfuerzos a preparar un texto de reglas europeas sobre contratos (que ha dado lugar a un proyecto preliminar de Código Civil, publicado en inglés por la Universidad de Pavía en 2001), así como la institución *central*, de Münster, ha hecho lo propio respecto de la *lex mercatoria*. Para la cita de otros trabajos, H. BEALE. “The principles of european contract law and harmonisation of the laws of contract”, en *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 22.

20 *An international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Nueva York, 1994; existe una segunda edición de 1997; y ya antes, “A ‘Restatement’ of principles for International Commercial Contracts: An academic exercise or a practical need?”, *Rev. dr. aff. int.*, 1988, pp. 873 y ss.

21 En el caso de los Principios europeos, la matización de esta afirmación se hace necesaria, no sólo por la toma en consideración de otras fuentes, además de las de los sistemas estatales europeos, sino por la adopción de reglas no preexistentes en ninguno de éstos, como se reconoce en O. LANDO y H. BEALE (dirs.). *Principles of european contract law. Part 1: Performance, Non-performance and Remedies*, Deventer, 1995, xx y xxi; M. J. BONELL. “Verso un codice europeo dei contratti?”, en *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181 y ss.; J. BASEDOW. “Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid”, en *ERPL*, 2001, pp. 39 y ss.; R. MICHAELS. “Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipen”, en *RabelsZ*, 1998, pp. 584 y ss. Para C. CASTRONOVO. “Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?”, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1023, es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que, mientras éstos toman los datos que ya existen, aquélla ha estado

los *restatements* norteamericanos, cada una de las reglas es seguida por un comentario explicativo en letra más pequeña y, en el caso de la obra europea, también se incluyen notas con referencias a las fuentes y al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia de los países implicados²². Por último, ambas empresas han tenido un carácter eminentemente privado, entendiendo por tal el que proviene del dato de que quienes han intervenido lo han hecho a título particular y no como representantes estatales, siendo, en su inmensa mayoría, profesores; esto no implica para nada desconocer la ayuda financiera del Servicio Jurídico de la Comisión de la Comunidad Europea a la Comisión LANDO, ni las dudas planteadas por la utilización del foro intergubernamental de Roma para una tarea privada dirigida a los operadores del comercio internacional, “quienes poseen sus propias organizaciones profesionales particularmente bien pertrechadas para ocuparse de su comunidad”²³. Al igual que sucede con sus parientes estadounidenses, el carácter privado, académico, de los Principios les confiere al mismo tiempo gran perfección técnica e inciertas posibilidades de repercusión práctica²⁴.

En esta dirección, no está de más plantearse por qué razones el derecho norteamericano se ha apartado de una codificación, a favor de técnicas de *soft law* como los *restatements*. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces, al igual que los Principios UNIDROIT o los elaborados por la Comisión LANDO, a establecer condiciones de diálogo y crear un “léxico común”, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de

animada desde un principio por “una prospectiva de futuro, no una prospectiva de pretérito”. Cfr también, C. CASTRONOVO. “Savigny, i moderni e la codificazione europea”, pp. 231 y ss.

- 22 Algunos autores han lamentado la falta de estas notas comparativas en los Principios UNIDROIT, señalando que éstas les hubieran conferido mayor autoridad (K. P. BERGER. “Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge”, en *ZfVergR*, 1995, p. 218), además de facilitar su comprensión y permitir la matización de su alcance (K. KESSEDJIAN. “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l’UNIDROIT”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1995, p. 646). Para M. J. BONELL, no obstante, la inclusión de las notas en un trabajo de esta magnitud podía llegar a ser hasta contraproducente, dada la diferente influencia alcanzada por las normas de los distintos países, agregando que en el caso de los Principios europeos, “a pesar de su base jurídica mucho más restringida y homogénea [...] sus notas no siempre aportan un respaldo adecuado para las soluciones adoptadas”: “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: a Comparison”, en *Making Common Law. Essays in Honor of Roy Goode*, Oxford, 1997, p. 94 y n. 10.
- 23 Ambos extremos han sido puestos claramente de manifiesto por KESSEDJIAN. “Un exercice”, cit., pp. 667 y 648 a 650. Por nuestra parte, creemos que ninguno de los dos sirve para menoscabar la utilidad de dichos mecanismos.
- 24 Sin embargo, los Principios UNIDROIT están teniendo un éxito considerable, mucho más allá de lo esperado. Cfr M. J. BONELL (dir.). *The UNIDROIT Principles in Practice*, New York, Ardsley, 2002.

sistematización y a la tendencia a la codificación tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un derecho privado único²⁵.

8. Los PDCE son el producto de un esforzado trabajo llevado a cabo por notables juristas de los Estados comunitarios, quienes desarrollaron una importantísima aplicación del método comparativo en la materia²⁶. La Comisión para el Derecho Contractual Europeo comenzó sus actividades en 1982, bajo la dirección del profesor danés OLE LANDO (de allí que, precisamente, sea más nombrada como Comisión LANDO) y con la participación de uno o dos juristas por cada Estado miembro de la Comunidad Europea. Las sucesivas ampliaciones de la Comunidad provocaron el ingreso de nuevos miembros a la Comisión. La primera parte fue publicada en 1995, conteniendo los principios generales y los principios relativos al cumplimiento, al incumplimiento y a las sanciones contra el incumplimiento²⁷. La segunda parte, terminada en 1996 y hecha pública bastante tiempo después, trata sobre la formación del contrato, el mandato y la representación, la validez, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato. En 1997 se puso en marcha la llamada Tercera Comisión LANDO, con el objeto de tratar otros temas como la prescripción, la compensación, la cesión de crédito, la subrogación, la condición, la ilegalidad y la inmoralidad, las obligaciones solidarias y los modos de extinción de las obligaciones diferentes al cumplimiento.

El texto refundido de las dos primeras partes (con la revisión de la primera) se organiza en 9 capítulos y consta de 131 “artículos”. Los capítulos se dedican a: 1. Reglas generales; 2. Formación; 3. Mandato y representación; 4. Validez; 5. Interpretación; 6. Contenido y efectos; 7. Cumplimiento; 8. Incumplimiento y sanciones en general, y 9. Sanciones particulares para el incumplimiento²⁸. Sin embargo, si se revisa el contenido de las publicaciones jurídicas de los

25 Cfr. las reflexiones sobre este modelo, en relación con el DPE, en R. HYLAND. “The American Restatements and the Uniform Commercial Code”, en *Towards a European Civil Code* 2, La Haya, London y Boston, 1998, pp. 55 y ss. Reconociendo su interés preparatorio, pero rechazando su virtualidad como técnica de unificación del DPE, en razón de su incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P. CH. MÜLLER-GRAFF. “EC Directives as a Means of Private Law Unification”, en *Towards*, cit., pp. 79 y ss. Hace más de 20 años, H. KÖTZ ponía de manifiesto la dificultad de trasladar a Europa el modelo del *restatement* norteamericano, excesivamente casuístico incluso para una mentalidad como la inglesa: “Gemeineuropäisches Zivilrecht”, en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 495 y ss.

26 Actualmente existen proyectos paralelos en materia de daños (C. VON BAR. “Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code. Ein Werkstattbericht”, en *ZEuP*, 2001, pp. 515 y ss.) y en materia procesal (A. SCHWARTZE. “Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation”, en *ERPL*, 2000, p. 144).

27 Cfr. LANDO y BEALE (dirs.). *Principles*, cit.

28 Cfr. *id.* *Law*, Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law, La Haya, 2000. Los

Estados europeos del último lustro, no parece que los Principios hayan calado suficientemente hondo. Existen, sí, infinidad de referencias genéricas —como las que nosotros hacemos en este estudio, obligados por las características que tiene—, pero poco manejo específico de los mismos. Acaso tenga algo que ver en esta difusión “limitada” el hecho de que las publicaciones de las dos primeras partes se hayan demorado un tiempo inexplicablemente largo para el mundo en el que vivimos, además de la también inexplicable insuficiencia de traducciones completas de los textos²⁹.

Desde nuestra perspectiva, en vez de perder el sueño con la transformación de los Principios europeos en parte del tan deseado Código, resultaría una tarea mucho más trascendente y de hondo calado teórico y práctico ayudar a su difusión a fin de que puedan ser discutidos por la doctrina, internalizados por los estudiantes de derecho, aprovechados por los legisladores nacionales o el legislador comunitario y, como bien se plantea desde el inicio del texto, empleados por los particulares para regular sus relaciones contractuales y aplicados, en su caso, por jueces y árbitros³⁰. En un todo coherente con esta idea, no puede sino saludarse que, en una disposición que parece cargada de lógica, se establezca que los Principios son de aplicación cuando las partes de una relación contractual, en ejercicio de su autonomía material, se refieren expresamente a los mismos. Claro que las posibilidades de ponerlos en juego van bastante más allá y, en estos otros supuestos, la efectividad de los “mandatos” de la Comisión LANDO en cada país europeo dependerá de muchos otros factores. En efecto, según las distintas posibilidades que brinda el artículo 1101, los Principios se entienden incluidos en la referencia que las partes hacen a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria* (u otra expresión similar), y resultan aplicables supletoriamente cuan-

principios constituyen, pues, una suerte de parte general del derecho de los contratos, lo que plantea la dificultad inherente de su coordinación con las “partes especiales” o la regulación de los contratos especiales por los sistemas nacionales, como apunta M. J. BONELL. “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, en *ERPL*, 1997, p. 513.

- 29 VON BAR. *Le Groupe*, cit., p. 134, minimiza el dato de la insuficiencia de traducción a otros idiomas, con referencia a las de carácter parcial o inacabadas al alemán, al francés y al italiano; sobre esta última, cfr. C. CASTRONOVO. “I Principi di diritto europeo dei contratti”, Parte I e II, 2000, pp. 249 y ss. A nosotros nos parece, no obstante, que el hecho de que una parte importante de los especialistas dominen la lengua de SHAKESPEARE (sinceramente, no sabemos cuál es el porcentaje real de los que pueden entrar en esa lista y no en la de quienes se manejan con no pocas dificultades en la lengua de STALLONE o SCHWARZENEGGER) no puede en ningún caso llevar a prescindir de traducciones completas (esto es, incluyendo los comentarios y las notas) de los Principios europeos. Y no por los pragmáticos efectos de la falta de difusión a los que se refiere VON BAR, sino por razones mucho más de fondo.

- 30 Nuestra lista no coincide con la incluida en la Introducción de los Principios (1995), p. xvii. Para un resumen de sus utilidades, expuestas más extensamente por el autor en trabajos monográficos, basta consultar A. S. HARTKAMP. “Principles of Contract Law”, en *Towards 2*, cit., pp. 105 y ss.

do las partes no designan las reglas que deben regir el contrato o cuando las reglas aplicables resultan insuficientes. El factor esencial del que dependerá, entonces, la efectividad de aquella referencia o de esta “aplicabilidad” supletoria pasa por la autoridad y calidad que cada *aplicador* le reconozca a los Principios europeos. Dicho de otro modo, la evidente falta de carácter obligatorio de los Principios somete su aplicabilidad –fuera de la mencionada posibilidad de que las partes los mencionen expresamente– a la discrecionalidad del juez o árbitro que intervenga en cada caso concreto³¹.

IV. PDCE (Y PRINCIPIOS UNIDROIT) EN TANTO “LEX MERCATORIA”

9. Ahora bien, debe asumirse que la identificación de los Principios con la *lex mercatoria*, a pesar de colocar la cuestión en un punto para nada cerrado en la doctrina europea, puede que ayude bastante a su puesta en práctica. Se supone que, en la medida en que se consoliden las tendencias visibles en Europa hacia la toma en consideración de la *lex mercatoria* por parte de los *aplicadores*, mayores deberán ser las posibilidades de que los Principios sean utilizados en la solución de las controversias contractuales suscitadas en el ámbito comunitario. Y esto será así porque entre los escollos más palpables para confiar en esa suerte de “derecho” transnacional surgido de y/o para la práctica comercial internacional se vienen señalando desde antaño las dificultades para determinar claramente cuáles son las reglas que lo componen y para aceptar la legitimidad de las fuentes de las que emana³². Consecuentemente, no es nada descabellado afirmar que los Principios europeos, al declararse a sí mismos como parte de ese “sistema” y hacerse una parte visible del mismo (no obstante los problemas de difusión antes mencionados) ayudan a romper el hielo de la desconfianza. En idéntico sentido actúa el prestigio académico de sus redactores sumado al apoyo, si no oficial al menos oficioso, del órgano ejecutivo de la Comunidad Europea. Además, el proceso no es unidireccional sino que, desde

31 BONELL. *Verso un codice*, cit., pp. 180 y 181; MICHAELS. *Privatautonomie*, cit., pp. 616 y ss.

32 Para ser más rigurosos, lo que ha caracterizado al “derecho” transnacional no es su origen en cuanto quién lo elabora (la llamada eufemísticamente “sociedad de comerciantes”, por no utilizar conceptos mucho más claros, evidentes y perfectamente asumidos) sino en cuanto a su carencia de coercibilidad al no existir sanción por un poder público con potestad legiferante. Para los parámetros en que se ha venido desarrollando esta discusión, cfr. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Curso de derecho internacional privado*, 2, Madrid, 1993, pp. 173 y ss., y, sobre todo, F. RIGAUX. “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours general de droit international privé”, en *R. des C.*, 1989-1, pp. 68 y ss.

la otra perspectiva, la de los sistemas de derecho vigentes en los Estados europeos, también se le va haciendo un lugar a la realidad surgida en el ámbito transnacional, como puede verse, por ejemplo, en el artículo 23 del Reglamento (CE) 44-2001 (y antes en su precedente, artículo 17 del Convenio de Bruselas)³³, que permite la elección del juez competente “en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”. Es indudable que, más allá de consideraciones de fondo, tanto de carácter filosófico-jurídico como político, todos estos datos van logrando que las comillas que antes colocamos a “derecho” (transnacional) y a “sistema” se vayan diluyendo, en este contexto, progresivamente³⁴.

Con todo, no debe perderse de vista que en sede judicial la *lex mercatoria* sigue sin gozar de la buena acogida que se le va viendo paulatinamente en el marco del arbitraje. Incluso en este ámbito lo que no plantea ya grandes discusiones es su aplicabilidad cuando las partes voluntariamente la introducen en sus contratos, mientras que la aplicación “espontánea” de la *lex mercatoria* por parte del árbitro —no mediando la voluntad de las partes— de momento parece tener mejor acogida en un sector de la doctrina que en las leyes y jurisprudencias estatales³⁵, bien que se trate de un sector doctrinal prestigioso que además suele coincidir con el reducido colectivo de árbitros³⁶.

33 La decisión TJCE del 16 de marzo de 1999 C-159-97, *Trasporti Castelletti vs. Hugo Trumpy*, sirve para mostrar el alcance de la disposición. En ella el Tribunal declaró válida la cláusula de sometimiento a un tribunal de Londres incluida en inglés y en letra pequeña (aunque legible) en el reverso de varios conocimientos de embarque, en un litigio entre dos empresas italianas que no presentaba ninguna vinculación con el Reino Unido, considerando que se trataba de una forma de sumisión expresa “conforme a los usos”; cfr también TJCE C-106-95, 10 de febrero de 1997, *MSG vs. Les Gravières Rhénanes*.

34 Con esto queremos decir que, más allá del punto de vista particular que cada uno tenga sobre los fundamentos, la legitimidad y la aplicabilidad de la *lex mercatoria* (sobre el particular, entre una bibliografía inabarcable, pueden consultarse K. P. BERGER, *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlin y New York, 1996, pp. 9 y ss., y F. K. JUENGER, “The *lex mercatoria* and private international law”, en *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 171 y ss.), no puede abrigarse duda alguna de que en buena medida la discusión deviene abstracta cuando las reglas que normalmente se identifican como pertenecientes a la *lex mercatoria* son “introducidas” en textos claramente reconocibles y respaldados por organismos internacionales, o cuando las normas positivas reconocen la eficacia de aquéllas, *per se* o a través de la voluntad de las partes.

35 Sin embargo, LANDO. “The Principles”, cit., pp. 402 y ss.

36 Cfr. el alcance de la cuestión en F. K. JUENGER, “The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems”, en *Tul. L. Rev.*, 1999, pp. 1329 y ss.; F. VISCHER, “The Relevance of the Unidroit Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts”, en *Eur. Journ. L. Ref.*, 1999, pp. 206 y ss.; H. GRIGERA NAÓN, “International Commercial Arbitration-The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 66 y ss.

Así, OLE LANDO, después de poner de relieve la cantidad de países que han adoptado leyes de arbitraje sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 —cuyo artículo 28.1 abre la puerta a la aplicación de las reglas de la *lex mercatoria* escogidas por las partes—, invoca sucintamente las normas de los códigos de procedimiento civil de Francia (art. 1496), Holanda (art. 1054) e Italia (art. 834) y de la ley inglesa de arbitraje de 1996 (art. 46.1.b), así como decisiones de los tribunales supremos de Austria y Noruega, para mostrar la expansión de la tendencia a permitir a los árbitros la aplicación de la *lex mercatoria* aunque las partes no la hayan elegido.

Pero en el ámbito estrictamente institucional, público —es decir, el de las jurisdicciones estatales y las normas positivas—, es notorio que ni siquiera el libre acuerdo de las partes contratantes acerca de la aplicación de la *lex mercatoria* resulta eficaz en la generalidad de los casos. Puede gustar o no, pero es difícil discutir que el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales sólo ha querido admitir la elección de una ley estatal³⁷, y que, aun cuando se permita el recurso a la *lex mercatoria* por la vía de la autonomía material (incorporación), su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso³⁸. Las propuestas sobre la adición al artículo 3.1.º del Convenio de Roma de un párrafo autorizando expresamente a las partes a elegir los Principios de UNIDROIT o los Principios europeos³⁹, pese a su bondad, no hace sino reconocer la existencia de aquella limitación.

10. Hechas las breves disquisiciones anteriores, lo que aparece como bastante claro es que, de un lado, allí donde las leyes o la jurisprudencia admitan la aplicación de la *lex mercatoria* por árbitros o jueces, los Principios (tanto los europeos como los de UNIDROIT) gozarán de una observancia privilegiada; y, de otro lado, donde exista mayor resistencia o indiferencia a las reglas transnacionales, las que tendrán más posibilidades de ser aplicadas son las contenidas en los Principios⁴⁰.

37 P. LAGARDE. “Le nouveau droit privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1991, pp. 300 y ss.; cfr., sin embargo, R. J. WEINTRAUB. “Lex mercatoria and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, en *Essays Juenger*, cit., pp. 152 y ss.

38 Ni que decir tiene que también la actuación del árbitro está mediatizada por la acción de las normas imperativas, como bien ha demostrado GRIGERA NAÓN. *International*, cit., pp. 68 y ss.

39 K. BOELE-WOELKI. “Principles and Private International Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts”, en *Unif. L. Rev.*, 1996, pp. 652 y ss.; BONNEL. *Verso un codice*, cit., pp. 190 y ss.; LANDO. “The Principles”, cit., pp. 402 y ss.

40 Cfr. K. P. BERGER. “International Arbitral Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, en *AJCL*, 1998, 133; ID. “The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria”, en *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 169 y ss.; U. DROBNIG. “The Unidroit Principles in the Conflict of Laws”, en *Unif. L. Rev.*, 1998, pp. 385 y ss.

Esta sería, por lo demás, y en especial para el ámbito comunitario, una de las aportaciones esenciales de los Principios redactados por la Comisión Lando en tanto reglas de *soft law*, pero no la única. Su importancia para la labor legislativa estatal y en el campo académico está fuera de toda duda, constituyéndose en un elemento central de la construcción “desde abajo” del DPE⁴¹. Sin embargo, en los mismos Principios se incluye (p. XVII) el objetivo de constituir el núcleo básico del futuro Código Civil europeo, lo cual no deja de ser paradójico⁴². El propio LANDO lo ha señalado infinidad de veces⁴³. De hecho, cuando lanzó por primera vez la idea, en el recordado coloquio de Fiesole de 1976⁴⁴, el objetivo invocado era el de elaborar unos principios, pero confesando que se trataba de un objetivo de mínima frente al de redactar un auténtico Código Comercial uniforme europeo⁴⁵, objetivo éste que si ahora resulta en buena medida quimérico imagínese cómo aparecía hace un cuarto de siglo.

La paradoja radica fundamentalmente en que la pretendida codificación – en el sentido más estricto– de los Principios europeos implicaría la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la continua evolución, flujo y reflujo, de las tendencias de reglamentación en materia contractual, caracterizadas por las tensiones existentes entre lo transnacional y lo positivo, entre lo material y lo conflictual, entre la autonomía de las partes y la imperatividad⁴⁶. Es por eso que nunca se

41 Cfr., entre otros, A. CHAMBOREDON. “The debate on a European Civil Code: For an ‘Open texture’”, en *The harmonisation*, cit., pp. 89 y ss.; A. J. ENGEL. “Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz”, en *Z/Rvgl.*, 1999, p. 131; W. VAN GERVEN. “Casebooks for the Common Law of Europe. Presentation of the project”, en *ERPL*, 1996, pp. 67 y ss.; B. S. MARKESINIS. “Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity”, en *ERPL*, 1997, p. 523.

42 BONELL. *Verso un codice*, cit., p. 171, expresa la perplejidad que esta idea ha suscitado desde el mismo momento de plantearse por vez primera.

43 Así en “Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?”, en *AJCL*, 1992, p. 577; *Why Codify*, cit., p. 534; “The Principles of European Contract Law after Year 2000”, en *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 70; etc.

44 La idea en sí no era nueva. Cfr. K. P. BERGER. “The Principles of European Contract Law and the Concept of the ‘Creeping Codification of Law’”, en *ERPL*, 2001, p. 23, y su cita a G. VAN HECKE. *De Conflictu Legum*, Leyden, 1962, pp. 198 y ss.

45 O. LANDO. “Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code”, en CAPPELLETTI (dir.). *New Perspectives*, cit., pp. 284 y ss. Por su parte, C. CASTRONOVO. “I ‘Principi di diritto europeo dei contratti’ e l’idea di codice”, *Riv. dir. comm.*, 1995, pp. 28 y ss., señala que aunque los Principios no encajen perfectamente en la noción clásica de código, no se les puede negar el carácter de “propuesta normativa fuerte”, idea que le lleva a considerar que tales principios son, en realidad, normas (*I principi*, cit., pp. 249 y ss.). En el mismo sentido, G. GANDOLFI. “Sul progetto di un ‘codice europeo dei contratti’”, en *Diritto privato comunitario*, V. RIZZO (coord.), vol. I, Napoli, 1997, p. 283.

46 K. RIEDL. “The Work of the Lando Commission from an Alternative View-Point”, en *ERPL*, 2000, pp. 79 y ss.

insistirá lo suficiente sobre las virtudes comparativas (nunca mejor dicho) de la canalización de los Principios como *soft law* —admitiendo su trascendente papel en una codificación “gradual y progresiva” del derecho contractual europeo⁴⁷— respecto de su codificación en el sentido más clásico del término⁴⁸. En cambio tal vez no sea preciso volver a visitar, puesto que a nadie se le escapa, el tema del riesgo de petrificación que un código lleva aparejado, ni el de la rigidez que unas reglas concebidas con un espíritu flexible podrían adquirir al quedar incrustadas en un código. Sin embargo, sobre este último punto, permítasenos al menos remitir al lector a los significativos ejemplos concretos que expone M. J. BONELL para poner negro sobre blanco, en relación con esta materia, las conocidas servidumbres que en general conlleva la unificación mediante procedimientos rígidos, que fatalmente conducen a que soluciones de buena calidad se pierdan en el camino de las lógicas transacciones y el no tan lógico pero comprensible apego a las soluciones propias que presiden dichos procedimientos⁴⁹. Por otro lado, no está de más recordar que si los Principios europeos han sido posibles de obtener en un tiempo relativamente tan corto, se ha debido en gran medida a la metodología utilizada⁵⁰. Esto sin contar lo que reconoce el propio líder *thibautiano* VON BAR, respecto de las dificultades del salto de los Principios desde su estado actual a una parte del CCE, por haber sido pensados principalmente para ser empleados por los árbitros⁵¹.

V. RELACIONES ENTRE LOS PDCE Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

II. Dejando de lado esa eventual transformación de los Principios europeos y situándonos en lo que tenemos en este momento, todavía es necesario dedicar unos pocos párrafos a la posición que los mismos ocupan en un espacio donde

47 BERGER. *Formalisierte*, cit., utiliza el término alemán *schleichende*, y *creeping* en la traducción inglesa, para referirse a este tipo de codificación que nosotros adjetivamos con esos términos tan poco novedosos.

48 Así lo entiende, además, uno de los “padres” de los Principios europeos (BEALE. *The Principles*, cit., pp. 28, 39 y 40). Cfr., sin embargo, CASTRONOVO. *Savigny*, cit., pp. 235 y ss.

49 BONELL. *Verso un codice*, cit., pp. 187 y ss.

50 Ibid., p. 189 y n. 53, critica la afirmación hecha en este contexto por C. CASTRONOVO. “Contract and the idea of codification in the principles of European contract law”, en *Festschrift Lando*, cit., p. 122: “ya nadie podrá decir que la idea de codificación es impracticable”. Las profundas divergencias explicadas por BEALE. *The Principles*, cit., pp. 29 y ss., desmienten tajantemente tal afirmación.

51 VON BAR. *Le Groupe*, cit., p. 134. La caracterización de *savignyanos* y *thibautianos*, según se esté en contra o a favor de la elaboración del CCE, es ya, a pesar de las múltiples diferencias de contexto, un lugar común en la doctrina. Cfr., por todos, BERGER. *The Principles*, cit., p. 35.

coexisten tanto con sus primos de UNIDROIT como con las normas materiales de origen convencional contenidas en el Convenio de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. En cuanto a la relación con los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales⁵², lo primero que puede observarse es que desde el título mismo éstos parecen señalar un ámbito material más restringido que el de la obra europea, cuyas reglas resultan aplicables “como reglas generales de derecho contractual en la Comunidad Europea”⁵³. Sin embargo, la definición amplia de los “contratos comerciales” que se hace en el comentario número 2 a continuación del preámbulo de la obra de UNIDROIT mitiga en parte ese distinto alcance material⁵⁴. En particular, dado que los supuestos de aplicación previstos para sendos cuerpos han sido fijados en unos términos bastante similares, dejando un amplio margen de apreciación al juez o árbitro sobre la cuestión, no es descartable la producción de situaciones en las cuales la determinación del régimen legal aplicable al contrato concreto aparezca como especialmente confusa o problemática, lo cual podría causar resultados indeseables (por lo imprevisibles) cuando las soluciones consagradas en ambos no sean coincidentes⁵⁵.

12. Otro elemento destacable, vinculado con el anterior, tiene que ver con el hecho de que, aunque *prima facie* ambos cuerpos sólo deberían resultar aplicables a situaciones internacionales (los Principios UNIDROIT por su definición

52 Casi desde el momento mismo de la publicación de la obra de UNIDROIT y de la primera parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. Así, A. S. HARTKAMP. “The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law”, en *ERPL*, 1994, pp. 341 y ss.; R. ZIMMERMANN. “Konturen eines Europäischen Vertragsrechts”, en *JZ*, 1995, pp. 477 y ss.

53 Art. 1.101.1º. Cfr. CASTRONOVO. *Il diritto europeo*, cit., p. 1021. Para BONELL. “The UNIDROIT Principles”, cit., p. 96, se trata de la divergencia más significativa, que encabeza su lista de “divergencias de política legislativa” (lógicas, dado las diferencias de fondo entre un espacio regional de integración y uno que se pretende universal), por oposición a las “de naturaleza técnica”.

54 KESSEDJIAN. *Un exercise*, cit., p. 667. Pero de cualquier modo, los contratantes aludidos en los Principios UNIDROIT son los “profesionales” y no, por ejemplo, los consumidores. Cfr. BONELL. “The UNIDROIT Principles”, cit., pp. 96, 98 y 99.

55 KESSEDJIAN. *Un exercise*, cit., pp. 668 y ss., se refiere a la “pesadilla de hipótesis” en la cual las partes eligen los Principios UNIDROIT sin excluir expresamente los Principios europeos, a la vez que se refiere a la *lex mercatoria* o a “otra expresión similar”; en esos casos, supone la autora, “un juez o un árbitro podría eventualmente decidir que los Principios europeos son más adaptados a la operación en litigio y que él prefiere aplicar antes éstos que los Principios UNIDROIT”. El ejemplo de solución divergente al que se refiere es el de *hardship* o cambio de circunstancias. No obstante, la falta de coincidencia total entre ambos textos es perfectamente explicable por el diferente ámbito espacial y material de aplicación y por la diferente política legislativa que informa a cada uno de ellos. Así y todo, debe aclararse que de las 119 reglas contenidas en los Principios UNIDROIT, alrededor de 70 tienen una correspondencia con reglas de los Principios europeos. Cfr. M. J. BONELL. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, en *Unif. L. Rev.*, 1996, pp. 235 y ss.; id. “The UNIDROIT Principles”, cit., p. 90.

y los europeos por su vinculación con el hecho comunitario), la fórmula contenida en el artículo 1.101.1.º antes citado de los Principios europeos permite una conclusión distinta, es decir, la aplicabilidad de los mismos a los contratos puramente internos⁵⁶. Dicha conclusión coincidiría, además, con la idea de muchos de los que hoy trabajan para establecer un Código Civil europeo⁵⁷. Finalmente, la denunciada falta de un excesivo esfuerzo para la difusión de los Principios europeos contrasta con el ingente que viene desarrollando el UNIDROIT, entre otras cosas, en lo que tiene que ver con la traducción de aquéllos.

13. Respecto del Convenio de Viena no es ocioso mencionar que está vigente en doce países comunitarios (no rige en el Reino Unido, Irlanda y Portugal), además de en muchos otros Estados europeos⁵⁸. Pero, junto a esto, la habitual confrontación entre el carácter *soft* de los Principios y la rigidez del texto vienés⁵⁹ debe matizarse a la luz del carácter facultativo consagrado en el artículo 6.º del último, que no sólo permite a las partes dejarlo totalmente de lado, sino también “establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”⁶⁰. Desde una perspectiva material, parece claro que el campo de acción de los Principios es mucho más amplio que el del Convenio, limitado a un contrato, si bien importante, muy concreto. Dentro de este específico ámbito de aplicación, empero, sólo una clara expresión de la autonomía de la voluntad de las partes o una esforzada (por lo amplia) interpretación del citado artículo 6.º, podrán evitar el recurso al Convenio cuando se dé alguno de los supuestos previstos en su artículo 1.º⁶¹.

Pero lo que más merece la pena ser resaltado en torno a la coexistencia de los Principios europeos con otros textos materiales relativos a contratos es la necesaria toma en consideración de los parámetros que deben disciplinar las relaciones mutuas, sobre todo a la hora de tomar decisiones de fondo sobre el

56 Así, BONELL. “The UNIDROIT Principles”, cit., p. 96. Negando la aplicación a casos meramente internos, sobre la base del comentario KESSEDJIAN. *Un exercise*, cit., p. 668. Para BEALE. *The Principles*, cit., p. 27, la fórmula del 1.101.1.º tiene “dos funciones reales”: dar aplicabilidad a los Principios en los casos en que la Comunidad Europea es parte y servir de inspiración para elaborar e interpretar Derecho comunitario.

57 VON BAR. *Le Groupe*, cit., pp. 132 y ss.

58 Concretamente, está vigente en los países de la AELC (Islandia, Noruega y Suiza), en todos los países candidatos a ingresar en la Unión Europea con la excepción de Chipre y Turquía, además de en Bosnia, Croacia, Yugoslavia y en un buen número de repúblicas de la antigua URSS, incluyendo a la propia Federación Rusa. Los datos actualizados de los Estados partes de éste y otros convenios de UNCITRAL pueden consultarse en [www.un.org.at/uncitral/].

59 BONELL. *Verso un codice*, cit., pp. 180 y ss.

60 Con la salvedad de la exigencia de forma escrita prevista en la legislación del Estado donde se encuentre el establecimiento de una de las partes, pero únicamente para los Estados que hagan la declaración prevista en el artículo 96.

61 Así lo indica KESSEDJIAN. *Un exercise*, cit., pp. 664 y ss., en relación con los Principios UNIDROIT.

desarrollo de la armonización regional. Puede admitirse que algunas de las soluciones contenidas en el Convenio de Viena, como antes señalamos, han sufrido el impacto de las inevitables transacciones implicadas en este tipo de unificación. Incluso puede hasta aceptarse que en una materia como esta los veintidós años transcurridos desde su aprobación, contrariamente a lo que dice el famoso tango de GARDEL y LE PERA (“veinte años no es nada”), son muchos. Pero no puede dejarse de lado que el Convenio sigue constituyendo una referencia y un puente en las relaciones que implican a contratantes de Estados no comunitarios (y ratificantes del mismo); entre ellos, los países europeos que (todavía) no son miembros de la Unión Europea.

VI. EL PAPEL DEL DIP

14. Salvo que debamos pensar que se trata únicamente de ir abriendo el camino, podría creerse que lo que se ha intentado en el Tratado de Ámsterdam con la redacción ordenada para el artículo 65 CE y para los “instrumentales” artículos. 61 y 67 es consolidar la vía del DIP europeo como alternativa a la implantación de un DPC omnicompreensivo y único. Dicha consolidación se operaría mediante la llamada comunitarización del DIP europeo, según la cual la Comunidad ha asumido competencia para legislar sobre dicha materia y para fijar la política de reglamentación de la misma. Esta primera apreciación, sin embargo, no deja de ser tentativa (¿antojadiza?), extremo que se advierte a poco que se ponga en relación con otros actos e iniciativas de la Comunidad y que se observe cuál es el marco preciso en el que debería ejercitarse dicha competencia⁶².

15. Como es ampliamente conocido, el DIP tiene razón de ser mientras siga existiendo una pluralidad de ordenamientos jurídicos⁶³ y de organizaciones jurisdiccionales, ya que las personas físicas y jurídicas entablan relaciones con relevancia jurídica que atraviesan —y cada vez con más asiduidad— las fronteras que delimitan el ámbito primario de eficacia de esos ordenamientos y organizaciones. Esta constatación, que es válida en cualquier contexto geográfico, global o regional, también se corresponde con la realidad comunitaria, en la

62 Como bien afirma H. CAUDEMET-TALLON. “Quel droit international privé pour l’Union Européenne?”, en *Essays Juenger*, cit., p. 326, “el texto del artículo 65 está lejos de ser un modelo de claridad”. Las realizaciones concretas de los órganos comunitarios en el marco del DIP, por otro lado, suelen despistar hasta al más atento de los observadores.

63 Algunos autores afirman, precisamente, que sería muy saludable reducir el campo de acción de las normas de derecho aplicable mediante la unificación de normas sustantivas, en especial en el ámbito comunitario. Así O. LANDO. “The eternal crisis”, en *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tubinga, 1998, pp. 377 y ss.

cual cincuenta años de unificación y armonización jurídicas no han logrado, ni de lejos, llegar a un punto de homogeneidad que convierta en superfluo el recurso al DIP. Con particular acierto se ha puesto de relieve que, en comparación con la unificación total del DPC, la elaboración de un DIP común para el mismo ámbito “costaría menos esfuerzos y sería, desde un punto de vista funcional, equivalente”⁶⁴. Un DIP que garantice la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio europeo o, en un lenguaje más clásico, la armonía internacional de las soluciones⁶⁵, mediante reglas claras sobre competencia judicial internacional (y otros aspectos del proceso “internacional”), eficacia extraterritorial de las decisiones, actos y documentos⁶⁶, derecho aplicable y cooperación entre autoridades de distintos Estados, estaría en perfectas condiciones de hacer funcionar eficazmente el mercado interior sin sobrepasar los límites competenciales ni vulnerar la identidad jurídica de los Estados miembros. De cualquier modo, dado que el DPC es aplicable –por definición– a las situaciones intracomunitarias con exclusión de las meramente internas, en realidad sus normas funcionan como normas materiales especiales de DIP.

Es verdad que la utilización de normas indirectas podría llevar a la aplicación de reglas diferentes según se planteen las circunstancias de cada caso, habida cuenta de la diversidad material de los distintos ordenamientos y la posibilidad, incluso, de que se aplique el derecho de un tercer Estado (como puede suceder, en materia contractual, dado el alcance “universal” del Convenio de Roma previsto en su artículo 2.º). Y resulta evidente que el derecho comunitario no ha podido eliminar totalmente (ni tiene por qué) las divergencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en materia de derecho privado. Pero precisamente son esos datos los que realzan la importancia del DIP, en cuanto instrumento de máxima utilidad para hacer funcionar de modo coherente los sistemas estatales, minimizando el alcance práctico de tales divergencias.

Para que el DIP pudiera jugar ese papel de modo eficaz en el contexto comunitario europeo puede considerarse que la competencia sectorial o especial

64 R. SCHULZE. “Le droit privé commun européen”, en *RIDC*, 1995, p. 30.

65 Aunque la expresión “armonía internacional de las soluciones” suene clásica, la idea subyacente tiene total vigencia si por ella entendemos la necesidad de hacer funcionar los ordenamientos jurídicos (y, dentro de ellos, los complejos sistemas de DIP) en forma coherente y satisfactoria para los intereses de los operadores del tráfico privado internacional. E. JAYME. *Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne*, R. des C., 251, 1995, pp. 89 y ss.

66 F. VISCHER. “General Course on Private International Law”, en *R. des C.*, 1992-1, p. 234, afirma que “una práctica liberal de reconocimiento de decisiones judiciales y actos legales extranjeros sería la mejor manera de superar los efectos negativos de la divergencia de las soluciones conflictuales nacionales”. Difícilmente se encuentre una frase más apropiada a la realidad jurídica europea.

otorgada a la Comunidad a través del artículo 65 CE era una condición necesaria⁶⁷. Sabemos que el Tratado de Ámsterdam no eliminó el recurso a la vía convencional, dato que no sólo viene avalado por la supervivencia del artículo 293 CE (*ex* 220)⁶⁸ sino también por la aprobación del llamado Convenio de Bruselas II el 26 de mayo de 1998, es decir, casi ocho meses después de la firma de aquél⁶⁹. También conocemos, y así lo hemos explicado, que la competencia (horizontal) comunitaria para elaborar normas de derecho derivado relativas a los distintos sectores del DIP ya existía con anterioridad al Tratado de Ámsterdam en los artículos 100, 100A y 235 TCE (94, 95 y 308, respectivamente, en la nueva numeración). Y ha sido justamente la corta pero caótica convivencia entre ambos mecanismos de producción jurídica lo que sirvió como elemento catalizador para el alumbramiento de la comunitarización del DIP.

No creemos que pueda pensarse que se trata de una suerte de huida hacia adelante, como sucede en aquellas parejas que deciden tener un hijo para solucionar unas relaciones que han llegado a un punto de no retorno. Es evidente que los convenios de DIP entre los Estados comunitarios han tenido no pocos problemas en su funcionamiento, empezando por su propia entrada en vigor (piénsese en los años que tardó en entrar en vigor en todos los Estados miembros la versión de San Sebastián del Convenio de Bruselas o en la experiencia fallida de los protocolos de interpretación del Convenio de Roma), y que di-

67 Quienes no lo creen, en realidad parecen negar la mayor, es decir, que el DIP debe jugar ese papel. Cfr. J. ISRAËL. "Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?", en *Maastricht Journ.*, 7, 2000, pp. 98 y ss.

68 Sin embargo, parece poco creíble que se haya querido mantener una opción entre la vía convencional y la vía comunitaria proporcionada por el título IV, lo que sin embargo se ha deducido de la no eliminación del artículo 220 TCE, extremo que había sido propuesto tanto por la Comisión como por la Presidencia holandesa del Consejo (CH. KOHLER. "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 11 y ss.). Para J. BASEDOW, en cambio, la justificación de dicho mantenimiento viene dada por el hecho de que la mencionada norma no se refiere sólo a cuestiones "civiles" sino que incluye aspectos penales, fiscales y administrativos; por lo tanto, en las materias señaladas en el artículo 65 CE, el artículo 293 CE (antes 220) no puede servir de base jurídica ("European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en *Essays Juenger*, cit., pp. 186 y ss.).

69 Dicho Convenio fue aprobado sobre la base jurídica del artículo K.3 TUE, desprovisto de contenido "civil" precisamente por el Tratado de Ámsterdam (el actual título VI del TUE, comprendiendo los arts. 29 a 42 del mismo, se refiere ahora a la "cooperación policial y judicial en materia penal"). La previsible comunitarización del Convenio abortó sus posibilidades de entrada en vigor; de hecho, el número de ratificaciones no fue muy alentador. A. BORRÁS, autora del informe explicativo del mismo (DOCE C-221 del 16 de julio de 1998), insistió sin embargo en la necesidad de que los Estados completaran el proceso de ratificación ("Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", en *REDI*, 1999, pp. 383 y ss.), lo que pudiera tener una justificación para paliar la autoexclusión (sin *opting in*) de Dinamarca de los textos aprobados en las materias incluidas en el título IV CE.

chos inconvenientes habrían de multiplicarse seguramente después de las inminentes ampliaciones de la Unión Europea⁷⁰. Del mismo modo, la situación creada por la inclusión de normas de DIP en el derecho material comunitario derivado se ha demostrado como tierra fértil para el surgimiento de problemas de variada índole; en particular, el uso de directivas como cauce para esa reglamentación de DIP ha provocado que a las limitaciones técnicas de que adolecen con frecuencia los textos comunitarios deban sumarse las derivadas de su incongruencia con otros textos de DIP vigentes (especialmente con los convenios de DIP de ámbito comunitario), incongruencias basadas, entre otras cosas, en la incompatibilidad literal de los textos, en la falta de efecto horizontal de las directivas, en las divergencias entre las distintas transposiciones, y en las dificultades para hacer funcionar armónicamente las normas convencionales (indirectas y bilaterales) con las normas comunitarias de DIP (unilaterales) y con el sustento material de éstas⁷¹.

16. En cuanto a la elección del cauce normativo, cabe precisar en este punto que la insistencia con que desde diferentes perspectivas se ha llamado la atención acerca de la relativa fragilidad de los resultados obtenidos mediante la armonización de legislaciones (directivas) comparándolos con los de la unificación (reglamentos) ha alcanzado una particular trascendencia en una materia tan cargada de incertidumbre como es el DIP⁷². La multiplicación de inconvenientes como los que acabamos de ver concedería, en general, toda la razón a esa idea. Sin embargo, creemos que sólo se trata de un aspecto de la cuestión y que, por lo tanto, el abandono de la vía de las directivas no lleva indefectiblemente a alcanzar una solución total en cualquier caso⁷³. Planteada en términos generales la problemática relativa a la integración del derecho derivado en el “sistema” de DIP comunitario, y extrayendo algunas conclusiones de los ejemplos aludidos en páginas anteriores, nos parece lícito pensar que el problema de fondo que ha hecho insoportable la convivencia entre los Convenios y el DIP comunitario derivado ha radicado en la actuación de distintos “legisladores”.

La clave parece estar en que los convenios de Roma y Bruselas fueron obras de especialistas; sus soluciones pueden gustar más o menos, pero sería insensa-

70 BASEDOW. *European*, cit., pp. 176 y ss.

71 *Ibid.*, pp. 177 y ss.

72 K. KREUZER. “Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?”, en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, p. 231. En general, H. BATIFFOL. “Remarques sur l’opposition des directives aux règles en droit international privé”, en *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, pp. 27 y ss.

73 La no utilización de la vía de las directivas para elaborar normas de DIP permite además mantenerse al margen de los problemas que giran en torno al efecto horizontal.

to negar su rigor técnico, su efecto “unificador” y la influencia positiva que han desplegado —especialmente el segundo— en la fluidez de los intercambios; las dificultades producidas en su interpretación y aplicación derivan mucho más de su carácter convencional y de la complejidad de los supuestos regulados que de falencias de contenido en los respectivos textos. Las normas de DIP contenidas en directivas y reglamentos⁷⁴ como efecto de la competencia horizontal atribuida a la Comunidad, en cambio, se fueron dictando al socaire de la elaboración del derecho material y, en el mejor de los casos, por expertos en consumo, en seguros, o en *time-sharing*⁷⁵.

17. Ante un panorama como este, la racionalización de la producción normativa aparecía como indispensable. Otra cosa bien distinta es que la forma de llevarse a cabo la comunitarización, así como las soluciones concretas consagradas en los reglamentos aprobados como consecuencia de la misma, puedan considerarse totalmente satisfactorios. La señalada subsistencia de la vía convencional para algunas cuestiones relativas al DIP, de un lado, y el más importante aún mantenimiento de la competencia horizontal del artículo 95 CE, de otro, plantean interrogantes de difícil respuesta. Asimismo, el impacto del otorgamiento de la competencia especial del artículo 65 CE a la Comunidad sobre la competencia *ad intra* y *ad extra* de los Estados miembros en materia de DIP está todavía por medirse fehacientemente.

VII. COMUNITARIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DEL DIP

18. Los órganos comunitarios han dado señales inequívocas de que la comunitarización del DIP ha venido para quedarse (lo que no es inequívoco es el contenido concreto de esas señales). Y no nos referimos exclusivamente a los reglamentos ya aprobados (y entrados en vigor) y a los que están en preparación, sino también a la voluntad manifestada en otros documentos comunitarios, entre los que destaca el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión aprobado el 3 de diciembre de 1998, en el cual se señala cómo deben implementarse las medidas relativas al título IV CE⁷⁶, la mayoría de cuyos pos-

74 Obsérvese que no distinguimos aquí entre los distintas técnicas de derecho comunitario derivado (está claro que la acción de los reglamentos no es meramente armonizadora) ni entre los métodos de DIP empleados, aunque podrían introducirse muchos matices. Lo que nos interesa poner de manifiesto es que, más allá de éstos, la clave de la mayor parte de los problemas parece encontrarse en la figura del “hacedor” de cada norma.

75 El “desenfoque” internacionalista, incluso sin tener en cuenta los textos convencionales, ha puesto claramente de manifiesto este extremo. H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA. “Towards a ‘European’ Private International Law?”, en DE WITTE y FORDER (dirs.). *The common*, cit., p. 283.

76 DOCE C-19, del 23 de enero de 1999.

tulados fueron “entusiastamente respaldados” en el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia)⁷⁷. En particular, allí se caracterizó como objetivo principal el de desarrollar los principios de seguridad jurídica y de acceso a la justicia, los cuales implicarían necesariamente la identificación del juez competente, la clara designación del derecho aplicable, la disponibilidad de un proceso rápido y justo, y el establecimiento de procedimientos de ejecución efectivos. De ahí en adelante, los esfuerzos de los órganos comunitarios demuestran que la decisión parece ser muy firme⁷⁸.

19. Con todo, no debe olvidarse que la competencia comunitaria para el DIP se ciñe a un ámbito bastante concreto: el de la libre circulación de personas; con lo cual puede sostenerse, no sin razón, que en las materias que no muestren una vinculación clara con dicho ámbito la base jurídica para la elaboración de normas de DIP debe seguir buscándose en las reglas que existían antes de Ámsterdam, especialmente en el artículo 95 CE⁷⁹. Claro que la interpretación que se suele hacer de estos términos —es decir, de qué es lo que afecta la libre circulación de personas y de qué debe entenderse por un “espacio de libertad, seguridad y justicia”— es de una flexibilidad poco corriente.

Es en este contexto que afirmamos que el Reglamento de Bruselas II (que reglamenta la competencia y el reconocimiento en algunas materias familiares) viola claramente el principio de proporcionalidad al resultar aplicable a nacionales de terceros países, resultando incongruente que unas normas cuyos límites funcionales se circunscriben a un derecho que sólo se garantiza a los nacionales de los Estados miembros o a los residentes en el territorio de la Comunidad termine aplicándose a quienes no gozan de ese derecho⁸⁰. No hay vuelta de hoja, los dos extremos no encajan entre sí: o el reglamento se ha

77 TH. M. DE BOER. “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en *Essays Juenger*, cit., p. 200.

78 *Ibid.*, p. 201. Existe un importante número de documentos en este sentido que abordan diversas cuestiones “procesales”, entre los que destacan el Libro Verde presentado por la Comisión en marzo de 2000 relativo a la asistencia jurídica en litigios civiles, la Decisión del Consejo del 28 de mayo de 2001 relativa a la creación de una “red judicial europea” (DOCE, 2001, L 174-25), la Propuesta de Directiva del Consejo sobre justicia gratuita (COM [2002]13 final, 2002-0020 CNS) o la preparación de un nuevo Reglamento sobre competencia y reconocimiento, ahora en materia de responsabilidad parental. La idea de alcanzar un “título ejecutivo europeo” también se inscribe en esta línea (cfr. J. P. CORREA DELCASO. *Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux*, RIDC, 2001, pp. 61 y ss.).

79 P. A. DE MIGUEL ASENSIO. “La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, en *REDI*, 1998, pp. 374 y ss.; BASEDOW. *European*, cit., pp. 183 y ss.

80 Sobre el ámbito de aplicación del reglamento, H. GAUDEMET-TALLON. “Le Règlement n° 1347-2000 du Conseil du 29 mai 2000: ‘Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs’”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 386 y ss.; H. SCHACK. “Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa”, en *RebelsZ*, 2001, pp. 620 y ss.

excedido o la libre circulación de personas aprovecha a todos los seres humanos. Visto que es harto difícil creer que las autoridades comunitarias se vayan a decantar por la segunda opción (no hay documentos al respecto y las tendencias de evolución parecen ser más bien restrictivas), la primera es la cierta.

20. El discurso tan centrado en la realidad del DIP comunitario no nos debe hacer perder de vista que en los últimos años estamos asistiendo a una elaboración más o menos espontánea de un DIP europeo en el sentido más amplio que puede dar la invocación de este gentilicio. En ese cuadro se vislumbran, al menos, tres vías de realización: la ampliación del ámbito espacial de aplicación de normas originariamente concebidas para los Estados comunitarios, la elaboración autónoma de normas de DIP en países europeos extra comunitarios y la adopción de una postura común respecto de la labor desarrollada por los órganos de codificación de vocación universal. Cabe consignar, sobre la primera de esas cuestiones, que el camino abierto por el carácter universal del Convenio de Roma y de algunas reglas del Convenio de Bruselas no sólo se ha confirmado sino que se ha ensanchado visiblemente por acción de unas normas de DIP comunitario *stricto sensu* que resultan aplicables a una gran cantidad de situaciones privadas internacionales no conectadas exclusivamente con Estados comunitarios, robando así un considerable margen de aplicabilidad a los sistemas estatales⁸¹.

Acerca de la experiencia de los países europeos no comunitarios, los ejemplos son numerosísimos, aunque tal vez el más notable pase por la ley eslovena de DIP de 1999⁸². El dato alcanza tanto a los países “candidatos” a incorporarse a la Unión Europea como a los que han rechazado repetidamente esa opción (caso de Suiza y Noruega), y no se limita a la elaboración de normas autónomas de DIP sino que se extiende a la incorporación a un texto como el del Convenio de Lugano de 1988, de clara raíz (*cuasi*) comunitaria (particularmente significativo el caso de Polonia).

21. Por último, la adopción de una posición común de los Estados comunitarios en los foros de codificación con vocación universal ya tiene una tradición bastante asentada. Lo que sucede es que la situación competencial imperante desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam hace que lo que antes se

81 Cfr. K. SIEHR, “European Private International Law and Non-European Countries”, en *Essays Juenger*, cit., pp. 289 y ss.

82 Es conocido el caso del legislador español, que se inspiró estrechamente en el Convenio de Bruselas a la hora de redactar las normas de competencia judicial internacional en materia de derecho privado patrimonial incluidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, antes de la incorporación efectiva de España en la Comunidad (1.º de enero de 1986) y de la consecuente adopción de la versión de dicho Convenio correspondiente al ingreso de España y Portugal (el texto es del 26 de mayo de 1989 y la entrada en vigor en España —respecto de Francia y Holanda— se produjo el 1.º de febrero de 1991).

hacía espontáneamente sobre las bases del sentido común (lo que no evitaba legítimas actitudes “insensatas”) ahora ha tomado el cariz de una obligación. Y es un dato conocido que los demás Estados europeos “candidatos” para las futuras ampliaciones de la Unión Europea suelen incorporarse de hecho a ese consenso.

VIII. EL DIP COMUNITARIO FRENTE AL DPC

22. ¿Y qué pasará finalmente con la relación entre el DIP comunitario y el DPC? En la exposición de motivos de la resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, del 6 de noviembre de 2001⁸³, se afirmaba categóricamente que el DIP⁸⁴ “ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado”, y que, por lo tanto, “la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales”. Estas preclaras sentencias se basan en la constatación de que el carácter asistemático de la “combinación de directivas y del DIP [...] cada vez supone más riesgos a los usuarios del derecho”. No se crea que se trata de una simple fraseología sin un respaldo argumental sólido. Bien por el contrario, el ponente K.-H. LEHNE parece haberse empleado a fondo en este sentido, como se desprende de la poética explicación que reproducimos, contenida en el mismo texto:

Los agentes económicos, en el momento en que quieren realizar actividades transfronterizas, se encuentran con un marco similar a un océano inmenso (el DIP) salpicado por algunas (20 ó 30) islas, de distinto tamaño, que son el Derecho comunitario. En el momento en que el usuario del derecho abandona estas aguas seguras se expone a las profundidades de los conflictos pendientes de resolución entre los distintos ordenamientos de derecho privado o a la falta de concordancia entre el derecho europeo con el DIP. Además, en algunos lugares, se corre el riesgo de que el mar abierto desaparezca, ya que el derecho de las directivas, orientado únicamente a unas situaciones de conflicto concretas, daña a largo plazo el equilibrio interno de los ordenamientos nacionales de derecho civil.

23. Todo lo anterior ha de servir para situar en sus justos términos la tensión generada no sólo entre el DIP europeo y el DPC, sino también la existente entre el

83 COM (2001) 398.C-5-0471-2001.2001-2187 (COS).

84 Cabe apuntar que la traducción española del documento habla todo el tiempo de “derecho privado internacional” que designa a una concepción bien distinta de la disciplina, como ya explicara a mediados del siglo pasado Q. ALFONSÍN. *Teoría del derecho privado internacional*, Montevideo, 1982; cfr. F. K. JUENGER. “Private International Law or International Private Law?”, en *The King's College L. Journ.*, 1995, pp. 45 y ss.; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO. *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, 1998, pp. 45 y ss.

proceso de comunitarización y el mantenimiento de tantos sistemas estatales de DIP como Estados miembros tiene la Unión Europea. Las constataciones más notables tienen mucho de evidente: la vigencia de un derecho material comunitario cada vez más comprensivo no elimina de ningún modo la necesidad ni la conveniencia de unas normas comunes de DIP que antes se centraban especialmente en una sanción por vía convencional y que ahora se canalizan, por mor del artículo 65 CE, a través del derecho derivado. Del mismo modo, todas esas normas (convencionales y comunitarias) influyen decisivamente sobre el DIP estatal y, aunque hasta el momento no alcanzan a sustituirlo más que en sectores concretos, parecen tener como objetivo una progresiva *residualización* del mismo⁸⁵. Queda claro que cuanto más avance la armonización material de las legislaciones europeas comunitarias, menos espacio quedará para una disciplina que reconoce uno de sus presupuestos fundamentales en la diversidad legislativa. Pero ni el fin absoluto de dicha diversidad se divisa en el horizonte más pampeano ni está próximo el día en que se elimine la pluralidad jurisdiccional en la Unión Europea. Desde otra perspectiva, la inexorable presencia de un DIP convencional que sigue elaborándose respecto de todos los sectores de la disciplina (abarcando, en el sector del derecho aplicable, normas indirectas y normas materiales) más allá de las fronteras —aunque muy amplias— limitadas de la Unión Europea, y el mantenimiento del carácter soberano de los Estados miembros, garantiza a mediano plazo la supervivencia de la diversidad de sistemas de DIP dentro de Europa⁸⁶. En consecuencia, los legisladores estatales tienen hoy más trabajo y exigencias que nunca en lo que a la reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo se refiere. Sólo que los parámetros tradicionales que han marcado la codificación estatal del DIP (incluyendo a las más recientes en el ámbito europeo) no pueden permanecer ajenos al impacto causado por la comunitarización del DIP europeo⁸⁷.

IX. EL VALOR FUNDAMENTAL DEL DERECHO COMPARADO EN LA CONFIGURACIÓN DEL DPE

24. De todas las funciones atribuidas desde antaño al derecho comparado, una de las más mencionadas es la que tiene que ver con cualquier intento de unificación o armonización jurídicas, ámbitos en los que está llamado a desempeñar

85 Cfr. arts. 2.º Convenio de Roma y 7.º y 8.º Reglamento de Bruselas II.

86 GAUDEMET-TALLON. *Quel droit*, cit., pp. 329 y ss.

87 J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. “La reforma del sistema español de derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, en *REDI*, 2000, pp. 351 y ss.

un papel primordial⁸⁸. En honor a la verdad, se trata de algo tan obvio que casi da pereza decirlo. Es casi imposible imaginar una forma diferente de llevar a cabo la construcción de un derecho “común” para cierto número de países, que no pase por la evaluación y la confrontación de las soluciones previstas en los ordenamientos de cada uno de ellos respecto de las materias de que se trate. Esto no significa que el trabajo consista exactamente en la realización de una síntesis de dichas soluciones, cosa no siempre fácil de lograr. La relevancia real de tomar en consideración cuidadosamente cómo se regula la cuestión tratada en cada uno de los ordenamientos implicados pasa por la necesidad de no adoptar reglas que sean incompatibles o de muy difícil adaptación para éstos en su conjunto. Si se tiene en cuenta esta exigencia, la adopción de soluciones distintas a las preexistentes en la dimensión estatal o de soluciones totalmente nuevas puede terminar aceptándose sin mayores problemas, tanto por las autoridades estatales como por los diversos operadores que actúen en cada país.

La actitud aquí propugnada precisa de un ánimo que tiene algún lejano parentesco con el que en su día alentó, en el campo del DIP, a la Tercera Escuela a intentar superar la poco edificante discusión entre internacionalismo y particularismo. Fue concretamente a mediados del siglo XX cuando, habiéndose producido ya la pérdida del favor intelectual de la doctrina respecto del ideal internacionalista, se produjo un nuevo impulso en la unificación internacional del DIP, cuyo origen tuvo no poca relación con dicha línea de pensamiento⁸⁹. Lo que importa destacar ahora es que los fundamentos de la nueva Escuela se fijaron en el recurso al método comparativo, en la inteligencia de que la constatación de las diferencias que presentan los sistemas estatales de DIP entre sí no debía obstaculizar los esfuerzos por encontrar una coordinación basada en la inducción de caracteres comunes⁹⁰.

25. En el marco de la construcción de un DPE “desde abajo”, sin embargo, el objetivo de la unificación no resulta la razón de ser de la comparación; como máximo, aquél aparece en un horizonte mediato, aunque en general ni siquiera tiene por qué estar entre los elementos tenidos en cuenta al aplicar el método comparativo. Según se ha planteado con acierto, lo que más interesa es lograr detectar los puntos que componen el contenido común a varios ordenamientos —algo así como lo que en términos aritméticos se llama el máximo común deno-

88 Cfr. ya R. DAVID. *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, 1953, pp. 137 y ss.; ID. “The International Unification of Private Law”, en *Int. Enc. of Comp. L.*, cap. 5, 1971; M. ANCEL. *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, 1971, pp. 70 y ss.; K. ZWIEGERT y H. KÖTZ. *An Introduction to Comparative Law*, 3, Oxford, 1998, pp. 23 y ss.

89 Su explicación se encuentra en E. RABEL. “Das Problem der Qualifikation”, en *RabelsZ*, 1931, pp. 241 y ss., y su aplicación en ID. *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, 2, Michigan, 1958.

90 K. ZWIEGERT. “Die dritte Schule im internationalen Privatrecht”, en *Festschrift für Leo Raape*, Hamburgo 1948, pp. 35 y ss.

minador—, lo que exigiría superar la aplicación tradicional del método realizada desde la perspectiva de un Estado concreto, para situarse idealmente fuera de ellos⁹¹. Esta toma de distancia debería mitigar los efectos casi siempre negativos que provoca el acento localista dado a la comparación y, aunque parezca algo teórico, difícil de lograr en la práctica, se puede alcanzar con relativa facilidad. Por ejemplo, conformando un grupo investigador (o, mejor aún, varios grupos investigadores) en el que participen especialistas vinculados a todos los sistemas jurídicos implicados en la comparación.

Claro está que, dentro de lo que es la comparación llevada a cabo con vistas a la unificación normativa, las actividades de cada foro que dedica todos o parte de sus esfuerzos a dicha tarea pueden estar guiadas por cierto etnocentrismo, vinculado algunas veces a la presencia de intereses predominantes y otras a simples cuestiones de protagonismo y liderazgo propias de cada sede. Lo mismo da que se trate de foros constituidos como —o en el marco de— una organización internacional o que operen con un talante más privado y espontáneo. Dicha actitud se traduce en la práctica en la falta de preocupación por la realidad particular de cada uno de los ordenamientos, de la que hablábamos; es decir que la aplicación del método comparativo se restringe a los países que tienen algún nexo con los intereses o los protagonismos mencionados. Ahora bien, en un ámbito como el de la Comunidad Europea (y por extensión de toda Europa), sería absolutamente inadmisibles que el alcance de la comparación se limite de esa manera⁹². No sólo se trata de una cuestión de fondo vinculada con el principio de confianza comunitaria; existe además una cuestión operativa que demuestra que difícilmente se puede hablar de la búsqueda de las divergencias entre las soluciones brindadas por los ordenamientos europeos y la consecuente búsqueda, más allá de esas soluciones⁹³, de las posibles convergencias entre ellos⁹⁴, cuando no todos son teni-

91 SCHULZE. *Le droit privé*, cit., pp. 14 y ss., quien afirma que en esta tarea el recurso a la historia resulta fundamental, a punto tal que “el estudio comparativo y el estudio histórico se condicionan el uno al otro”; con esta actitud el derecho comparado pasa de ser “informador” acerca de un Derecho extranjero a “colaborador” en la definición de un derecho común. Cfr. también A. FLESSNER. “Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung”, en *RabelsZ*, 1992, pp. 252 y ss.

92 Sin embargo, la marcha del Grupo de estudios sobre un Código Civil europeo (fundado por cuatro eminentes profesores, dos alemanes, un danés y un holandés), denota un marcado acento centroeuropeo. De hecho, las sedes de los grupos de trabajo sobre los temas específicos se encuentran en Hamburgo, Osnabrück, Salzburgo, París y (para el *trust*) Edimburgo, a la vez que existe una estrecha coordinación con los grupos Innsbruck-Hamburgo y Tilburg-Maastricht-Viena. Cfr. VON BAR. *Le Groupe*, cit., p. 135. Algo similar cabría esperar de la recientemente constituida Comisión para el Derecho Europeo de la Familia, fundada por seis profesores, de Utrecht, Lovaina, Cardiff, Lyon, Frankfurt (Oder) y Regensburg. Cfr. *RIDC*, 2001, p. 973.

93 B. MARKESINIS. “Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain”, en *RIDC*, 2001, pp. 822 y ss.

dos en cuenta en un pie de igualdad. Por ello, frente a la proliferación de distintos “grupos” o “sedes”, de filiación, tendencias e intereses muy diversas, debe valorarse la necesidad de crear una institución oficial de carácter permanente para el estudio comparado del DPE, una suerte de European Law Institute, que ayude a racionalizar las distintas iniciativas y a garantizar una participación significativa de todos los sistemas jurídicos implicados⁹⁵.

X. EL DERECHO COMPARADO EN EL DERECHO COMUNITARIO

26. En el derecho comunitario originario, sólo encontramos una referencia concreta a la necesidad de utilización del método comparativo por parte del Tribunal de Justicia respecto de una cuestión de derecho privado. Se trata del segundo párrafo del artículo 288 CE (*ex* 215), que basa la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en los “principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”⁹⁶, a pesar de cuya existencia no se ha llegado todavía a elaborar unas reglas concretas sobre la materia sino tan sólo un principio general que exige la demostración de un daño, de una “violación suficientemente caracterizada” por parte del órgano comunitario o nacional de que se trate y de un nexo causal entre ambos⁹⁷. No obstante y aun cuando no lo mencione en forma explícita, el TJCE tiene una puerta abierta para la comparación jurídica en el texto del artículo 220 CE (antes 164) que le obliga a garantizar el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado⁹⁸. De hecho, el Tribunal necesita a menudo recurrir al Derecho compa-

94 Que es a donde tendría que apuntar especialmente el enfoque metodológico. Cfr. SCHULZE. *Le droit privé*, cit., pp. 15 y ss., donde el autor trae a colación otra vez la relación entre la venta y la transferencia de la propiedad, que se mueve entre el consensualismo del Código Civil francés y la abstracción del BGB, los cuales, según él –tal como lo ha demostrado F. FERRARI. “Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip”, en *ZEuP*, 1993, pp. 77 y ss.–, no están tan alejados entre sí cuando uno los pasa por el tamiz de su aplicación práctica.

95 Algunos también señalan el papel que podría jugar una DG de la Comisión dedicada específicamente al DPE. Cfr. R. M. GOODE. *Communication on European Contract Law*, en [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_1.../academics_en.htm].

96 Sobre el alcance de la expresión en este contexto, cfr. W. VAN GERVEN. “Taking Article 215(2) EC Treaty Seriously”, en J. BEATSON y T. TRIDIMAS (dirs.). *New Directions in European Public Law*, Oxford 1998, pp. 40 y ss.

97 K. LENAERTS. “Le droit comparé dans le travail du juge communautaire”, en *RTDE*, 2001, p. 505. En extenso, R. ALONSO GARCÍA. *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Madrid, 1997, pp. 72 y ss.

98 Cfr. el punto 27 de TJCE del 5 de marzo de 1996 C-46-93 y C-48-93 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*), donde, sobre la base de dicho artículo, se hace referencia a “los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros”. LENAERTS. *Le droit comparé*, cit., pp. 492 y ss.

rado para poder solucionar los casos que le tocan resolver y, en tales oportunidades, no sólo se debe enfrentar con los ordenamientos de los Estados miembros, sino también con el de terceros Estados y con aspectos concretos del derecho internacional (como sucede en materia de derechos humanos)⁹⁹. Algunas veces son los Estados miembros o los particulares que intervienen en el litigio los que acuden al derecho comparado para fundar mejor sus pretensiones frente al TJCE¹⁰⁰.

27. En lo que respecta a las libertades de circulación, el mismo análisis de la compatibilidad entre el derecho comunitario y las normas nacionales que presuntamente lo infringen, de por sí, exige un esfuerzo comparativo que pasa en particular por la aplicación del test de proporcionalidad¹⁰¹. Y aun antes de ese estadio, cuando toca pronunciarse sobre el carácter obstaculizador de la medida, el TJCE debe necesariamente comparar el marco normativo vigente en el Estado de origen con el correspondiente en el Estado de destino, siempre sobre el trasfondo de las exigencias de los principios comunitarios¹⁰². Claro que en estos ca-

99 G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS. “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, en *GJ*, 200, 1999, pp. 20 y ss.; LENAERTS. *Le droit*, cit., pp. 487 y ss.; T. KOOPMANS. “Towards a new *ius commune*”, en WITTE y FORDER (dirs.). *The common*, cit., pp. 48 y ss.; íd. “The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions”, en *AJCL*, 1991, p. 493; J. MERTENS DE WILMARS. “Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, en *Journal des Tribunaux*, 1991, pp. 37 y ss.; P. PESCATORE. “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres”, en *RIDC*, 1980, p. 358 (“las raras referencias a este método en las sentencias no son más que [...] la punta visible del iceberg”); M. HILF. “The role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities”, en A. DE MESTRAL et ál. *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, 1986, pp. 549 y ss. (el TJCE es un “laboratorio de derecho comparado”, p. 550); C. N. KAKOURIS. “Use of Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities”, en *Pace Int’l L. Rev.*, 1994, pp. 271 y ss.

100 LENAERTS. *Le droit*, cit., p. 491, citando la sentencia TJCE 30-9-82 108-81 (*Amylum vs. Conseil*), caso en el cual la parte demandante realizó un estudio de derecho comparado sobre la no retroactividad de las normas comunitarias.

101 Es verdad que, en general, la decisión acerca del carácter proporcionado de la medida nacional y de su eventual sustitución por otra medida menos obstaculizadora es dejada por el Tribunal de Justicia a las autoridades judiciales estatales. Sin embargo, son cuantiosas las sentencias en las que el TJCE termina decidiendo la cuestión o dando unos parámetros bastante precisos sobre el particular. En contraposición, en lo que se refiere a la interpretación de los conceptos contenidos en las normas fundamentales sobre libertad de circulación, JACOBS ha puesto de relieve cómo el Tribunal de Justicia no se ha basado en el derecho comparado sino en los objetivos de dichas normas del Tratado, escogiendo la interpretación más ajustada a tales objetivos (“The uses of Comparative Law in the Law of European Communities”, en R. PLENDER [dir.]. *Legal History and Comparative Law. Essays in honour of Albert Kiralfy*, London, 1990, pp. 100 y ss.). Acaso el ejemplo más claro en tal sentido es el de la definición de “medidas de efecto equivalente” a las restricciones cuantitativas previstas en los artículos 28 y 29 TCE (antes 30 y 34), la cual no proviene de ningún análisis comparativo sino de las exigencias propias del mercado único.

102 Del mismo modo, la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo exige a las autoridades nacionales (y, en su caso, al Tribunal) un ejercicio comparatista permanente, desde que la equi-

sos no se trata de comparaciones que desemboquen normalmente en la detección de divergencias o de principios comunes.

28. Hay supuestos, sin embargo, donde la vía del derecho comparado se origina en la necesidad de obtener una definición o una interpretación de un concepto o de una norma que no es dable encontrar en el propio derecho comunitario. Otras veces, la tarea del Tribunal se dirige a buscar la integración de una laguna del ordenamiento, “corrigiendo” de algún modo la lentitud del legislador comunitario¹⁰³. En ambos casos los abogados generales, y en menor medida los jueces, han hecho gala de un notable esfuerzo por rastrear las mismas en las fuentes de los derechos nacionales. No se trata de un asunto fácil. Tanto es así que a veces el resultado de esa indagación termina en el descubrimiento de concepciones muy diferentes, cuando no abiertamente antagónicas¹⁰⁴. En estos casos, el TJCE se ve abocado a decidirse por una de ellas o a crear una que sea propia del ordenamiento comunitario. Así, en la decisión TJCE del 11 de noviembre de 1997 C-251-95 (Puma) el Tribunal tuvo que interpretar el concepto de “riesgo de confusión” que aparecía en la primera directiva de armonización del derecho de marcas. En su búsqueda de la interpretación adecuada, el abogado general se encontró con concepciones nacionales incompatibles; en particular, existía en el derecho alemán una definición más concreta, mientras que en los países del Benelux aparecía el concepto de “riesgo de asociación” que desbordaba al término que se debía interpretar. El Tribunal adoptó como válida para toda la Comunidad la concepción alemana¹⁰⁵. La otra opción, la de crear conceptos autónomos, específicos para las normas comunes, es la que ha prevalecido, por ejemplo, en la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968¹⁰⁶.

La constatación de las divergencias nacionales como resultado de una indagación de derecho comparado también se ha producido en el marco del derecho de familia. Como ejemplo cabe hacer mención de la decisión TJCE del 17 de febre-

valencia en el nivel de protección existente en el país de origen con la prevista en el país de destino del bien o la mercancía es la condición básica para la aplicación de dicho principio. M. GARDEÑES SANTIAGO. *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, pp. 86 y ss., y 223 y ss.

103 E. TORIELLO. *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, p. 111.

104 PESCATORE. *Le recours*, cit., pp. 354 y ss.

105 El ejemplo aparece en RODRÍGUEZ IGLESIAS. *Consideraciones*, cit., p. 23. Allí el presidente del TJCE señala claramente que en presencia de soluciones nacionales incompatibles “es inevitable que el Tribunal se decida por una determinada concepción”. Para una crítica con el derrotero del Tribunal en esta materia, M. LUBY. “Le risque de confusion, un duo dissonant entre la Cour de justice et le juge national”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 487 y ss.

106 PESCATORE. *Le recours*, cit., p. 344.

ro de 1998 C-249-96 en la cual el Tribunal tuvo que decidir acerca de la compatibilidad con el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de retribuciones salariales consagrada en el entonces artículo 119 (ahora 141 CE), de la decisión de un empleador de rechazar la concesión de un beneficio relativo al transporte a una empleada que lo reclamaba para su “cohabitante” (es decir, del mismo sexo), mientras el mismo beneficio era reconocido a los cohabitantes de distinto sexo. El Tribunal consideró que la actitud del empleador no era contraria al derecho comunitario ya que de la observación de los derechos nacionales podía concluirse que en la mayoría de ellos no existía una asimilación entre las uniones homosexuales estables, de un lado, y los matrimonios o las uniones heterosexuales estables, de otro. En este caso, las evidentes divergencias llevaron a la adopción de una postura conservadora (opuesta a la sugerida por el abogado general ELMER, por cierto), que se cuidó de dejar el balón en el campo de los legisladores nacionales que quisieran realizar tal asimilación¹⁰⁷.

XI. ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO COMO PRINCIPIOS DE DPE

29. Como puede percibirse con bastante claridad, los principios generales empleados por el TJCE (proporcionalidad, expectativas legítimas, previsibilidad o seguridad jurídica, legalidad de los actos administrativos, tutela judicial efectiva, igualdad de trato)¹⁰⁸ son principios generales del derecho sin duda extensibles al derecho privado, pero no específicamente inducidos del derecho privado, aun cuando históricamente se hayan desarrollado a partir de la referencia a los mismos en los códigos civiles del siglo XIX. En la hora actual, hasta los principios utilizados para resolver presuntas cuestiones de derecho privado en el ámbito de los derechos reales o personales, tales como la confidencialidad o privacidad, la no discriminación por razón de sexos o las garantías fundamentales en un procedimiento de expropiación¹⁰⁹, se vinculan a derechos fundamentales o constitucionales. En suma, los principios de derecho comunitario vendrían a ser principios equiparables a principios constitucionales como los de libertad, seguridad jurídica, legalidad, etc.

En cambio no existen en el ámbito comunitario principios específicos de derecho privado; la jurisprudencia del TJCE es muy pobre en ese sentido. Los prin-

107 Cfr. LENAERTS. *Le droit*, cit., pp. 514 y ss.

108 Contrastando el alcance de un principio como el del respeto de las legítimas expectativas con el carácter rudimentario de los principios de DPE, H. W. MICKLITZ. “Perspektiven eines europäischen Privatrechts (ius commune praeter legem?)”, en *ZEuP*, 1998, pp. 263 y ss.

109 J. A. USHER. “Principles derived from private law and the European Court of Justice”, en *ERPL*, 1993, pp. 109 y ss.

cipios que alguna doctrina menciona como ejemplos de principios generales comunitarios con especial relevancia para el derecho privado (una lista menciona expresamente a: el de la responsabilidad extracontractual de las instituciones o agentes de la Comunidad, el de información y transparencia en materia de contratos celebrados con consumidores, el de buena fe en los mismos contratos, los relativos a la paridad de trato entre hombres y mujeres en los contratos de trabajo, los que se refieren al “derecho de las personas”, y el “nuevo” principio de la autonomía privada¹¹⁰), o bien no escapan a la afirmación general antes mencionada —como sucede claramente con la referencia a los contratos laborales—, o bien no son producto de la labor pretoriana del Tribunal sino que se trata de criterios plasmados en normas de derecho originario o derivado de las especulaciones de la doctrina. Incluso, cuando en alguna jurisprudencia aislada se encuentran principios o instituciones generales como el enriquecimiento injusto, se comprueba con cierta perplejidad que el tratamiento que les brinda el TJCE los hacen poco reconocibles en los sistemas nacionales, como sucedió en la sentencia TJCE del 14 de enero de 1997 C-192-95 y C-218-95.

A nuestro entender, de lo que se trata es de otra cosa bien distinta, cualquiera sea la sede donde se realiza la comparación: se trata, en efecto, de extraer principios (y, por lo tanto, no —o no necesariamente— normas¹¹¹) presentes, subyacentes en todos los ordenamientos tenidos en cuenta. Precisamente, se requiere salir del estrecho corsé de las normas positivas y ver qué hay debajo de ellas. Además, cuando la búsqueda de los principios comunes del DPE se realiza en sede académica, la misma no tiene por qué actuar dentro de los parámetros que guían la actuación del Tribunal de Justicia y, por lo tanto, limitarse a las reglas, las materias y las competencias comunitarias¹¹². Antes al contrario, la “perspectiva exterior” a los ordenamientos nacionales, a la que antes hacíamos referencia, también debería permitir desprenderse del pesado condicionamiento objetivo que significa el derecho comunitario. Si de esta forma se logran extraer principios comunes, nada obsta a que los mismos puedan actuar como “informadores”, dentro mismo del ámbito científico y como material precioso en las manos del legislador nacional, intergubernamental o comunitario¹¹³. En este sentido, cada detección de un principio común sirve para ir cons-

110 Se trata de la lista esbozada por TORIELLO. *I principi*, cit., pp. 396 y ss.

111 SCHULZE. *Le droit privé*, cit., p. 25, subraya la conocida diferencia entre principio y norma, citando a FEUERBACH, para quien al jurista le corresponde “salir del derecho positivo para entrar en él nuevamente”. Cfr., sin embargo, los matices de M. BELADIEZ ROJO. *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994, pp. 75 y ss.

112 SCHULZE. *Le droit privé*, cit., p. 24.

113 Un mismo principio puede servir de “informador” a varios ordenamientos en forma desigual para

truyendo el DPE sobre bases sólidas, tanto en sus aspectos académicos y docentes como en su eventual traducción positiva¹¹⁴. Del mismo modo, cuando lo que se necesita es colmar una laguna normativa o interpretativa, ya sea en algún derecho nacional o en el propio derecho comunitario, la referencia de un principio común en la materia concreta puede cumplir un papel “integrador”, tanto o más relevante que el informador antes indicado. Claro que las únicas vías de actuación del Derecho comparado en pos de la europeización del derecho no se limitan al marco “paneuropeo” de las actividades académicas o de las decisiones del TJCE. También los Estados a través de sus legisladores o de sus tribunales van contribuyendo, bien que sectorial y parcialmente, a la misma empresa¹¹⁵.

XII. DIMENSIÓN UNIVERSITARIA DEL DPE

30. Se ha señalado con acierto que el sistema jurídico descansa sobre una gran paradoja: la presunción del conocimiento de la ley es válida para todos, todos deben respetar la ley, pero sin embargo ella es el “dominio” de un reducido número de personas, la comunidad de juristas¹¹⁶. A partir de esta simple constatación, la consideración, que pueda tener un docente de una Facultad de derecho de la trascendencia y la eficacia de su propia actividad tiene necesariamente que revalorizarse. El hecho de que la persona que se dedica a aprender el Derecho pueda convertirse en uno de los poquísimos ciudadanos que tiene la posibilidad de conocer de verdad las reglas dentro de cuyo marco esa persona puede desenvolverse debe, sin duda, convertirse en un desafío para todos los que de algún modo colaboran con su educación. Si además se tiene en cuenta que la mayoría de ellos no utilizarán ese privilegio exclusivamente en su provecho sino que lo ejercerán en la defensa o la representación de otros, en la aplicación de esa ley que

cada uno de ellos, por el diferente modo de “concretización” utilizado, sin que ello le haga perder el carácter y las consecuencias que éste debe tener para la jurisprudencia y la doctrina. *Ibid.*, p. 26, siguiendo a J. ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3, München 1974, pp. 75 y ss.

114 Subrayamos lo de “eventual”, ya que el objetivo fundamental, al menos de momento, se centra en las dimensiones de investigación y docencia. El mismo acento se pone en el *Common Core Project* de M. BUSSANI y U. MATTEI. “The Common Core Approach to European Private Law”, en *Columbia Journal of European Law*, 1997 y 1998, p. 342.

115 R. BAKKER. “Europeanization of Law and Lawyers v. National Provincialism in Legal Education”, en B. S. JACKSON y D. MCGOLDRICK (dirs.). *Legal Visions of the New Europe. Essays Celebrating the Centenary of the Faculty of Law University of Liverpool*, London, Dordrecht y Boston, 1993, pp. 336 y ss., donde señala como ejemplo la introducción por la Court of Appeal inglesa, en el caso *Rasu Maritima S. A. vs. Perusahan* ([1978] Q. B. 644), de la doctrina de la *Mareva injunction*, sobre la base de la *saisie conservatoire* francesa y el *dinglicher Arrest* alemán.

116 P. ORIANNE. *Apprendre le droit. Elements pour une pédagogie juridique*, Bruxelles, 1990, pp. 6 y ss.

conocen —como miembros del poder judicial—, incluso que modificarán —como legisladores de cualquier ámbito legislativo— el contenido de esas normas obligatorias, la tarea del docente se convierte en realmente importante¹¹⁷.

Lo dicho nos ayuda a ver que la labor docente tiene una enorme trascendencia en el ámbito de todas las disciplinas jurídico-positivas y, por ende, también de la enseñanza del DPC. Entonces, qué no cabría decir cuando nos situamos en un campo que no se basa en la evidencia ontológica de las normas sino que pretende ir más lejos y más profundo. De entrada, es sabido que el lenguaje jurídico no es precisamente de fácil dominio; integrado por multitud de términos que expresan conceptos a veces muy concretos y otras veces de difícil precisión, relacionados entre sí y separados a menudo por diferencias muy sutiles, su conocimiento es empresa que, por su dificultad, es de ardua consecución. Dichas dificultades se potencian enormemente cuando el campo abarcado está poblado por diferentes culturas, diferentes lenguas y diferentes maneras de pensar el derecho. De ahí la importancia de la propia formación del profesor y del esfuerzo que debe realizar para introducir al alumno en el lenguaje técnico de forma gradual, haciendo que éste comprenda por qué han sido construidos determinados conceptos o categorías jurídicas dentro de cada ordenamiento y por qué han sido dispuestas ciertas soluciones normativas, tanto en los textos legales como en su interpretación por parte de los jueces y tribunales. Sin embargo, llegados hasta allí, nos mantendremos todavía en la superficie o, en el mejor de los casos, habremos profundizado un poco¹¹⁸. Lo esencial, lo decisivo, sería llegar a lo que B. MARKESINIS denomina el “tercer círculo”, el que tiene que ver con las cuestiones políticas, morales, sociales y económicas que subyacen a los conceptos y a las decisiones¹¹⁹. Al profesor compete el deber de desentrañar para el alumno los secretos que el derecho encierra y facilitar las líneas maestras de su manejo¹²⁰.

31. Si para cumplir con lo anterior la pedagogía ocupa un sitio importantísimo, el esquema cambia al relacionar la formación jurídica con la misión

117 Ibid., p. 16, lamentando que haya tan pocas obras de juristas dedicadas a la enseñanza de su disciplina, no obstante la importancia que tiene el proceso de aprendizaje. En el mismo sentido, J. GOULET. “L’enseignement du droit et la pédagogie au banc des accusés”, en *RGD*, 1985, pp. 671 y ss.

118 MARKESINIS. *Unité*, cit., pp. 810 y ss., y 825 y ss.

119 Ídem. Para ello, este autor propone un método mucho más interesante y dinámico que el estudio y comparación de los conceptos en sí mismos, que consiste en el análisis de la aplicación práctica de los mismos en los tribunales de los distintos países y la búsqueda de las causas profundas de cada una de las soluciones; para esto se basa en el planteamiento de un mismo problema a fin de ver cómo se encara y se resuelve en diferentes jurisdicciones.

120 F. MARTÍNEZ PAZ. *La enseñanza del derecho (modelos jurídico-didácticos)*, Córdoba, 1995, p. 44, entendiendo que el discurso del profesor se legitima en tres niveles: una legitimación científico-jurídica, una legitimación ética (que tiene que ver con su propia formación) y una legitimación pedagógica.

de la universidad. En efecto, las premisas del lenguaje y de la importancia del conocimiento de los conceptos jurídicos y de su interpretación jurisprudencial se mueven en un campo acotado de opciones pedagógicas, que llevan a valorar (sobrevalorar, infravalorar) los distintos modelos de enseñanza¹²¹. La otra perspectiva, la de poner la enseñanza del derecho en un nivel de enseñanza del ciudadano inserto en una sociedad dinámica y regida por un derecho que “no es algo dado, estático, sino que es una batalla para la realización de unos valores”, exige necesariamente al docente plantear dicha enseñanza en relación con “el desarrollo del sistema”¹²². Es preciso que el ciudadano estudiante de derecho sea capaz, al final de la etapa básica de educación universitaria, de identificar correctamente cuáles son los valores y principios y descubrir cómo se articulan los mismos en las normas duras y blandas con las que cuenta. Y, lo que es mucho más importante, tendrá que saber perfectamente que esos valores y principios, así como esas normas de diferente textura, pueden ser tanto estatales como comunes.

32. Desde una perspectiva concretamente educativa, la enseñanza del derecho en todos los Estados miembros de la Unión Europea va sufriendo un marcado proceso de europeización. La movilidad de profesores y estudiantes, en un marco de desarrollo de programas que han encontrado un marco básico adecuado en el artículo 149 CE (antiguo art. 126), ha permitido un grado de intercambios inimaginable hace muy pocos años. Específicamente, el Programa de acción para la movilidad de estudiantes, profesores e investigadores de instituciones de enseñanza superior (Erasmus), creado por la Decisión 87-327-CEE del Consejo del 15 de junio de 1987, y ampliado después a los países de la AELC en 1991, ha tenido, junto a la complementación y mejoramiento que han significado otros programas como Lingua, Tempus, Science, Commet, Jean Monnet, Leonardo, Sócrates, etc., una trascendencia tal que no debe dudarse en considerarlo como uno de los grandes logros de la integración europea¹²³.

En el ámbito del derecho esta extraordinaria dinámica de intercambios ha venido a coincidir en el tiempo con el redescubrimiento de la *lex communis*

121 M. CAPPELLETTI. *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università*, Milano, 1974; J. GATTI-MONTAIN. *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, 1987; M. M. FAJTMANN. “L'enseignement du droit aux Etats-Unis est-il un mythe?”, en *Journal des Tribunaux*, 1989, pp. 434 y ss.; J. JUSTE RUIZ. “Un nuevo mundo en la enseñanza del derecho: impresiones de un internacionalista en la Universidad de Berkeley”, en *REDI*, 1977, pp. 402 y ss.; y F. RIGAUX. “L'enseignement et la recherche dans les Facultés de droit”, *Journal des Tribunaux*, 1967, pp. 161 y ss.

122 J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. *El proceso de formación del jurista y del sistema judicial*, Madrid, 1981, pp. 57 y ss.

123 G. R. DE GROOT. “European Legal Education in the 21st Century”, en WITTE y FORDER (dirs.). *The Common*, cit., pp. 13 y ss.

europaea y, desde nuestra perspectiva, con la necesidad de construir un DPE “desde abajo”¹²⁴. Este DPE visto no únicamente desde la perspectiva del derecho comunitario y de los convenios internacionales, sino, especialmente, como la búsqueda de las concordancias y semejanzas que existen entre los principios de los diferentes derechos nacionales, requiere un gran esfuerzo para los actores de la ecuación enseñanza-aprendizaje; exige un replanteamiento de la metodología dominante en la investigación jurídica y un adecuado entrenamiento de los juristas para que puedan manejarse bien en la nueva realidad¹²⁵. La utilidad inmediata que se identifica de esta operación de exploración de los principios del derecho europeo consiste en la ayuda que puede significar para la jurisprudencia “creativa” del Tribunal comunitario y en la interpretación comparativa o armonizadora que puede favorecer la aproximación de los ordenamientos europeos sobre una base genuina.

En un constante proceso de ida y vuelta, la renovación del interés por el derecho europeo ha llevado a la preocupación de muchos por la organización de estudios en la más diversas áreas (no limitado al derecho privado), comunes a todos los Estados del continente¹²⁶. De otro lado, en cada Estado, el número creciente de alumnos provenientes de otros países europeos también ha significado de alguna manera la modificación, al menos del modo de impartir ciertas enseñanzas y de las materias preferentes en los programas de diversas disciplinas¹²⁷. Paralelamente, los órganos comunitarios —en documentos no exentos de voluntarismo y algo de confusión— han mostrado repetidamente su interés por el desarrollo del derecho privado en el ámbito de la Comunidad Europea¹²⁸. Es decir que todo hace pensar que contamos con un campo abona-

124 J. LIMPENS. “Les facteurs propices à l’eclosion et au développement d’un droit commun européen”, en CAPPELLETTI (dir.). *New Perspectives*, cit., pp. 75 y ss.

125 KÖTZ. *A Common*, cit., p. 34. Acerca de la modificación del campo laboral y de las condiciones de acceso al mismo para los jóvenes juristas, cfr. J. BASEDOW. *Juristen für den Binnenmarkt: Die Ausbildungsdiskussion im Lichte einer Arbeitsmarktanalyse*, NJW, 1990, pp. 959 y ss. Cfr., asimismo, FLESSNER. *Rechtsvereinheitlichung*, cit., pp. 250 y ss.

126 Nótese que decimos todos los Estados del continente, ya que el proceso ha superado ampliamente los límites de la Unión Europea. Cfr. las contribuciones reunidas en WITTE y FORDER. *The Common*, cit., en especial: KÖTZ. “A Common”, cit., pp. 31 y ss.; DE GROOT. “European”, cit., pp. 7 y ss.; R. VERSTEGEN. “Pour une formation juridique européenne généralisée”, pp. 53 y ss.; C. FLINTERMAN. “European Legal Education in the Future: Some Concluding Observations”, pp. 113 y ss.; K. LIPSTEIN. “European Legal Education in the Future: Teaching the Common Law of Europe”, pp. 255 y ss.

127 Cfr. los estudios reunidos en “L’enseignement du droit national aux étudiants étrangers”, en RIDC, 1993.

128 Aunque la iniciativa correspondió al Parlamento, el Consejo (cfr. la conclusión 39 del Consejo Europeo de Tampere) y la Comisión (cfr. en particular la Comunicación sobre Derecho contractual europeo, COM [2001] 398 2001-2187 [COS]) se están ocupando también del tema. Tal extremo ha merecido

do para avanzar por el camino trazado, que no es otro que elaborar desde abajo, con iguales dosis de paciencia y tesón, un auténtico DPE. El trabajo aparece como especialmente arduo si centramos la atención en España, donde los estudiantes de derecho terminan sus estudios sin ninguna formación de derecho comparado y, lo que es más sorprendente aún, en no pocas universidades, con escasos o nulos conocimientos de derecho comunitario¹²⁹.

EPÍLOGO: NECESIDAD IMPERIOSA
DE ESTUDIAR Y DIFUNDIR EL DPE SOBRE
UNA BASE DEMOCRÁTICA Y COSMOPOLITA

33. Desde la universidad, desde la Academia, nuestra obligación es convertir la locución DPE en el sinónimo de una disciplina jurídica basada en el mutuo conocimiento de nuestros sistemas jurídicos¹³⁰, en el intercambio de experiencias, en el reforzamiento de los estudios de derecho comparado, en reforzar la formación internacional de alumnos y profesores. La peculiar naturaleza del DPE, con sus variadas formas de manifestarse, traza unas exigencias muy claras respecto de su enseñanza. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que si en general la docencia de derecho comparado no debe centrarse en lo contingente (el derecho positivo) sino en lo sustancial (los principios y las tendencias), más importante será el cumplimiento de esta premisa en un ámbito como el del DPE, cuya traducción positiva, como hemos visto, es sólo parcial. En segundo lugar, la enseñanza del DPE debe preocuparse del mismo modo por los elementos comunes que se van generando o descubriendo que por los datos particulares que brinda la idiosin-

al ponente de la propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, K.-H. LEINE, el siguiente comentario: “ahora parece que las demás instituciones comunitarias también han descubierto el tema”.

- 129 La gravedad de esta última carencia debe mirarse a través del prisma del alcance de los principios de primacía y efecto directo propios del ordenamiento jurídico comunitario, cuyo juego nos hace constatar las limitaciones de una enseñanza limitada al derecho nacional. BAKKER. *Europeanization*, cit., pp. 330 y ss.
- 130 También en esta dirección, entre muchos otros, SCHULZE. *Le droit privé*, cit., p. 31; FLESSNER. *Rechtsvereinheitlichung*, cit., pp. 244 y 249 y ss.; MARKESINIS. *Why a Code*, cit., p. 523; etc. Asimismo deben saludarse los proyectos tendentes a establecer, sobre una sólida investigación y con una finalidad docente, las concomitancias de los principios generales de derecho privado, que puedan considerarse comunes a los distintos sistemas jurídicos nacionales. Así DE GROOT. “European”, cit., pp. 26 y ss.; VAN GERVEN. *Casebooks*, cit., pp. 67 y ss.; en el mismo sentido, BUSSANI y MATTEL. *The Common*, cit., p. 342, quienes subrayan cómo los mismos *casebooks* preparan al estudiante norteamericano para desempeñar la profesión jurídica que escojan en cualquier Estado de la Unión. Más extensamente en L. M. FREEDMAN y G. TEUBNER. “Legal Education and Legal Integration: European hopes and American Experience”, en M. CAPPELLETTI et ál. (dirs.). *Integration Through Law. Methods, Tools and Institutions*, vol. 3, Berlin y New York, 1986, pp. 344 y ss.

crasia de cada ordenamiento; unos deben explicarse en función de los otros, y viceversa¹³¹. El camino hacia un futuro DPE pasa, pues, necesariamente, por la desnacionalización –así entendida– de la ciencia jurídica, haciendo del derecho comparado una disciplina central de las enseñanzas jurídicas en las facultades de Derecho europeas. Con seguridad, el DPE será tarea de posteriores generaciones, pero éstas son las bases que nos corresponde legarles.

La mejor manera de hacer confluir nuestras culturas es la propia comunicación en un plano de igualdad¹³². Lo contrario se convertirá lamentablemente en un acto de imperialismo cultural que sólo conseguirá que las identidades jurídicas nacionales se vuelvan hacia sí mismas. Es sobre esta premisa que debemos actuar. Debe recordarse que en varios países europeos, y en particular en Francia y en España, la enseñanza del derecho se “estatizó” –es decir, se “desromanizó”– ya durante los siglos XVII y XVIII, en una operación que se ha vinculado con los primeros esbozos de la noción de soberanía e identificado como la “primera ruptura” con la tradición del *ius commune*¹³³; la “segunda ruptura” –dentro del mismo discurso– sería la protagonizada por HUGO GROCIO y la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, mediante el abandono del espíritu del iusnaturalismo clásico y su reemplazo por un sistema basado en la filosofía cartesiana¹³⁴. Pues bien, en la hora del comienzo de un nuevo milenio, la empresa consiste en producir una tercera ruptura que vuelva a saltar las fronteras nacionales pero no para volver al pasado sino para construir un derecho más acorde a nuestra realidad y a nuestros valores.

En ese contexto, un programa básico de DPE debería desarrollar, por lo menos, los siguientes temas: 1. Introducción al derecho comparado, con elementos de su metodología y con el panorama de los distintos sistemas jurídicos vigentes en el mundo; 2. Génesis, evolución y situación actual de las familias jurídicas europeas; 3. Tendencias e iniciativas para la configuración de un DPE; 4. Elementos

131 Más precisamente, KÖTZ. *Gemeineuropäischen*, cit., p. 498, aboga por elaborar estudios doctrinales que superen el positivismo nacional, sobre la base de algunos ejemplos ya existentes sobre “derecho europeo de los contratos” o “derecho europeo de daños”, que analicen, desde una perspectiva comparada, las peculiaridades de los sistemas nacionales, tratando de desvelar elementos y principios comunes que puedan servir de referencia para una convergencia. Por su parte, MARKESINIS. *Why a Code*, cit., pp. 523 y ss., apunta en esta dirección el modelo de educación supranacional de Oxford y la elaboración y estudio de *casebooks* de derecho comparado. Bastante diferente es la visión de R. SACCO, para quien en esta materia lo que habría que presentar como esencial en la enseñanza serían los elementos comunes y como contingente los rasgos específicos de los derechos nacionales: “Droit commun de l’Europe et composants du droit”, en CAPPELLETTI [dir.]. *New Perspectives*, cit., p. 107).

132 En este sentido, P. GROSSI. “Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo”, *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 281.

133 O. BEAUD. “L’Europe entre droit commun et droit communautaire”, en *Droits*, 1991, p. 7.

134 Ídem. También en A.-J. ARNAUD. *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, pp. 18 y ss.

tos particulares del DPE patrimonial (contratos, obligaciones extracontractuales, bienes, garantías); 5. Elementos particulares del DPE de la persona (familia, sucesiones); 6. DIP europeo¹³⁵. Claro que la implementación de un programa como este no daría mucho de sí si no es acompañado de una auténtica revolución en los estudios de derecho que “europeíce” toda la troncalidad de la currícula, respecto de la cual aquél no sería más que una introducción. Dentro de tal revolución, el tema mencionado en el punto 1 tendría que tener un desarrollo autónomo, habida cuenta del carácter indispensable, por lo formativo, por lo informativo y por lo práctico (en una sociedad tan “mundializada”) del derecho comparado¹³⁶.

34. Obviamente la superación del provincialismo que creemos necesario propugnar con el fin de alcanzar una situación acorde con el estado de cosas europeo actual, tanto en lo jurídico como en lo extra jurídico, no puede llevar de ninguna manera a caer en otro, de mayor dimensión y más polifacético, pero provincialismo al fin. Aunque la integración regional tenga un inevitable efecto diferenciador respecto de los Estados no integrados y, en general, de las demás regiones del mundo, esa particularización no debe tener un reflejo negativo en la actitud de los universitarios y, mucho menos, en la formación de los juristas¹³⁷. La integración debe suponer una síntesis de las virtudes y no una suma de los defectos. Poco habremos avanzado si en vez de formar *chauvinistas* españoles, italianos, daneses, etc., pasamos a formar *chauvinistas* europeos.

En este sentido nos parece primordial el desarrollo y la potenciación de programas que, sobre la base de los experimentados para los intercambios académicos y científicos intraeuropeos, se han ido poniendo en práctica respecto de América Latina (Columbus, Mutis, Intercampus, Alfa, etc.) y el este de Europa (Tempus), siendo imprescindible asimismo una mayor colaboración en el plano de la educación superior con los vecinos del Magreb y de Oriente Próximo¹³⁸. Estamos totalmente persuadidos de que las partidas presupuestarias dedicadas a este tipo de programas constituyen la inversión de futuro más rentable que se pueda concebir. Afortunadamente, poco a poco va dejando de ser excepcional el hecho de que estudiantes de derecho de grado y de posgrado—del mismo modo que lo venían haciendo desde antaño no pocos profesores—

135 Aunque no tengan, en principio, alcance docente, cfr. las propuestas de BUSSANI y MATTEI. *The Common*, cit., pp. 354 y ss., y de P.-CH. MÜLLER-GRAFF. “Common Private Law in the European Community”, en WITTE y FORDER (dirs.). *The Common*, cit., pp. 242.

136 BAKKER. *Europaenization*, cit., pp. 346 y ss., propugna la incorporación a la currícula, con carácter obligatorio, de sendos cursos de derecho europeo y de derecho comparado, junto a cursos de introducción a distintos sistemas jurídicos y cursos “integrados” de derecho e idioma.

137 FLESSNER. *Rechtsvereinheitlichung*, cit., p. 259.

138 Todo esto encuentra su necesaria (aunque tal vez no suficiente) base jurídica en el artículo 149.3 CE.

desarrollen parte de sus estudios en países diferentes al propio. En la medida en que esta dinámica se desarrolle, permitiendo a un sector importante de la población (privilegiado por cierto) de cada Estado entrar en contacto con otras culturas, podemos estar seguros, sin ningún género de ingenuidad, de que la sociedad multicultural de las próximas décadas tendrá al menos la posibilidad de no dejar los enormes resquicios para el florecimiento de la intolerancia presentes en la actual. Del conocimiento deriva la comprensión, y de ésta la tolerancia y el respeto.

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

A propósito de la naturaleza contractual del arbitraje

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Parece razonable pensar que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de la justicia y de la atribución de competencias a magistrados y jueces, la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos.

Según la tradición, la más antigua organización conocida de las relaciones de Roma con ciudades vecinas y pertenecientes a su mismo ámbito cultural y lingüístico habría sido la federación denominada Liga Latina, que se remonta a época monárquica y que se habría renovado por SPURIO CASIO en la República, el año 493 a. C., mediante el llamado tratado o *Foedus Cassianum*, conforme al testimonio de DIONISIO DE HALICARNASO. Pues bien, en dicho tratado se contienen disposiciones reguladoras de los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades, que se producirían especialmente en el marco de las relaciones comerciales¹, y en esta normativa (*reciperatio*)², al igual que en la correspondiente a la configuración de los tribunales de *recuperatores*³, encargados de conocer los conflictos de ciudadanos romanos con extranjeros, se hace referencia al nombramiento de árbitros.

Es pues probable que el arbitraje, conocido y practicado en el ámbito del comercio internacional, se habría introducido en los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que los árbitros serían a la vez garantes y peritos y actuarían dirimiendo conflictos que se planteaban en el tráfico mercantil⁴.

-
- 1 Cfr. a propósito del término *commercium*, CASTÁN VÁZQUEZ. “La recepción de voces de derecho mercantil en el Diccionario de Autoridades”, en *Estudios-Homenaje a Aurelio Menéndez*, t. 1, Madrid, 1996; recientemente MAROTTA. “Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana”, en *Ostraka*, 5, 1996, 1, pp. 55 y ss. Sobre el tráfico internacional de carácter mercantil cfr. MEYER. *Bona fides y lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994; R. BESNIER. “L'état économique de Rome au temps des rois”, en *RDH*, 1934, pp. 405 a 463; B. PARADISI. “Osservazioni sul rapporto storico tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato”, en *Studi Senesi*, 1945, pp. 242 y ss.
 - 2 Cfr. en el mismo sentido, T. FRANK. *An Economic Survey of Ancienne Rome*, t. 1, “Rome and the Italy of the Republic”, 1927. Cfr. sobre *reciperatio*, WENGER, art. “Reciperatio”, en *PW*, pp. 406 y ss.
 - 3 Cfr. a propósito de los *recuperatores*. BONGERT. “Recherches sur les récupérateurs”, en *Etudes de Droit Romain*, 1, 1952, pp. 99 y ss.; F. HERNÁNDEZ-TEJERO. “Sobre el origen de los *deceemviri stilibus iudicandis*”, *Rev. Fac. Der.*, 8, 1964, Madrid, pp. 415 y ss.; PUGLIESE, s. v. “Recuperatores”, en *NNDI*, 14, 1967, pp. 1076 y ss.
 - 4 Los textos fundamentales relativos al *commercium* son los siguientes: *Tituli ex corpore Ulpiani*, 19.4: “Mancipatio ex corpore habet Inter. cives Romanos et Latinos Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est”; 19.5: “Commercium est emendi vendendi invicem ius”; 20.13: “Mutus surdus, furiosus, itemque prodigus, cui, lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris

El arbitraje habría pues cumplido en los primeros siglos de Roma, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, un importante papel, al igual que sucedía en otras comunidades políticas, no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como origen de la resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes interesadas⁵.

El término latino *arbiter*, que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz fenicia *rbn*, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina⁶.

El mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en siglos posteriores, en los que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria, etc., frente a la lentitud y formalismo del proceso ofi-

exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua repossit; prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest". A la luz de los textos citados, parece que puede afirmarse respecto a la relación entre el *commercium* y la *mancipatio* que los peregrinos procedían de una comunidad que tuviese respecto a Roma el *ius commercii*, podrían realizar negocios mediante la *mancipatio*. Cfr. en este sentido, M. KASER. "Vom Beriff des commercium", en *Studi Arangio-Ruiz*, 2, pp. 131 y ss. A juicio de G. SAUTEL. "Essai sur la notion romaine de commercium á l'époque ancienne", en *Etudes de Droit Romain*, París, pp. 4 y 5, la correlativa referencia hecha por un jurisconsulto de fines de la época clásica como ULPIANO a la *mancipatio*, al decir que es accesible a los peregrinos *quibus commercium datum est*, y a la *emptio-venditio* en relación con el *commercium*, al decir "*commercium est emendi vendendique invicem ius*", supone una evidente contradicción entre ambos textos. En opinión de este autor, lo afirmado en las *Regulae*, 19.5 es fruto de una glosa postclásica incorporada al texto clásico. Otros autores tratan de hallar una explicación a los textos citados, refiriendo la definición ulpianea de *commercium* (*ius emendi vendendique*) a la época arcaica, en la cual las palabras *emere* y *vendere* tendrían el significado más amplio de adquirir y de vender. Cfr. O. POWERS. *Studies in the commercial vocabulary of early latin*, Chicago, 1944, pp. 311 y ss.

- 5 Cfr., en este sentido, en MARTINO. *Arbiter*, Roma, 1986, pp. 120 y ss.; rec. de A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN en *SDHI*, 1987, pp. 447 a 451; Cfr., con carácter general, sobre arbitraje: DE RUGGIERO. "L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani", en *BIDR*, 5, 1892, pp. 49 y ss.; ARANGIO-RUIZ y PUGLIESE CARRATELLI. "Tabulae Herculenses", v, en *La parola del passato*, 10, 1955, pp. 449 y ss.; BROGGINI. *Iudex arbiterve*, Köln-Graz, 1957, pp. 44 y ss.; CRIFÓ. "Arbitrato al diritto romano", en *Enciclopedia del Diritto*, 2, 1958, p. 893; TALAMANCA. *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, 11, nota 26; LEMOSSE. "Réflexion sur la conception romaine de l'arbitrage internationale", en *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für R. Schmidt*, 1966, pp. 341 y ss.; ZIEGLER. *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, pp. 5 y ss.; BUIGUES OLIVER. *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano el arbiter ex compromisso*, Madrid, 1990, p. 18; FAZZALARI. "Fondamenti dell'arbitrato", *rivista dell'arbitrato*, 1, 1995, p. 1; STEIN. "Roman arbitration: an English Perspective", *ILR*, 29, 1.2, 1995, pp. 1995 y ss.; MARRONE. "Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana", en *Roma y América. Diritto Romano Comune*, 1998, pp. 57 a 73; GONZÁLEZ SORIA. *La intervención judicial en el arbitraje*, Madrid, 1980.

- 6 Cfr. MARTINO. *Arbiter*, cit., y rec. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. cit., pp. 447 a 451.

cial, que en contrapartida presenta evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

II. TIPOS DE ARBITRAJE

A grandes rasgos, y con el riesgo que supone toda esquematización de instituciones no contenida en las fuentes romanas, cabría distinguir los siguientes tipos de arbitraje:

1. Arbitraje no formal, que consistiría en un mero pacto, no protegido por el pretor ni por la ley, que no produciría consecuencias jurídicas inmediatas y que se movería en el campo, por otra parte relevante, de la *fides* y de la moral ciudadana⁷.

2. Arbitraje del *ius gentium*: era el correspondiente a la resolución de conflictos surgidos en la interpretación o aplicación de los pactos contraídos entre extranjeros y ciudadanos extranjeros entre sí, no previstos por el *ius civile*, pero sí reconocidos por el *ius pretorium*, a través de la vía de los mecanismos procesales de la *denegatio* y la *exceptio actionis*⁸.

3. Arbitraje legal: así denominado por estar previsto en la legislación de las XII Tablas o en leyes posteriores⁹.

4. Arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*. Tenía en derecho romano un marcado carácter contractual. Consistía en el pacto o compromiso, y de ahí el nombre, de someter la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro, el cual se compromete a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal, en virtud de las cuales los intervinientes podían exigirse el contenido de la estipulación o el cumplimiento de la cláusula penal, para el caso de no colaboración con el árbitro en el desarrollo de su actuación o de no acatamiento de la sentencia o laudo arbitral. Es la regulación de este tipo de arbitraje compromisario-

7 Sobre el disfavor del pretor respecto de los arbitrajes no formales, cfr. MARRONE. *Sobre el arbitraje privado*, cit., p. 58, y sobre su, no obstante, amplia difusión, ZIEGLER. *Das private Schiedsgericht*, cit., pp. 161 y ss., y BUIGUES. *La solución amistosa*, cit., pp. 20 y ss.

8 D. 2.14.7.4; P. S. 2.14.1; C. J. 4.65.27.

9 Conforme al comentario realizado por GAYO, I, 4.17.a., al texto de las XII Tablas, II, 1: "... Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicium postulationem agit iussit. Idem fecit lex Licinniae, si de aliqua se communi dividenda ageretur. Itaque, nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur"; XII Tablas, I, 6.7: *in comitio aut in forum*, en opinión de DE MARTINO, la dicotomía *comitio-foro*, haría referencia a los distintos ámbitos de actuación de los jueces y de los *arbitri*, pues mientras que los *iudices* actuarían en el *comicio*, los árbitros lo haría en el foro. GAI. I, 4.17a. y D. 4.7.12 (MARC. 14. inst). C.I.C. *pro Roscio* 4.11: "... aliud est iudicium aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae...".

rio, contenido básicamente en D. 4.8, “Sobre los casos de responsabilidad asumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia”, el que en mayor medida ha influido en el arbitraje de Derecho moderno, conforme su ordenación legal en la Ley de Arbitraje de 1953, derogada por la Ley de Arbitraje de 1988¹⁰.

III. TERMINOLOGÍA EN MATERIA DE ARBITRAJE

– *Arbitrium merum*: esta expresión se suele identificar con el arbitraje compromisario.

– *Arbitrium boni viri*: hace referencia a la decisión de una persona recta sobre un aspecto específico de una materia contractual, familiar o sucesoria. Así por ejemplo, en D. 18.1.57 se menciona el caso de compra de una casa respecto de la que comprador y vendedor ignoran que ha ardido. Si la casa hubiese ardido en su totalidad o si es mayor la parte quemada que la ardida, entiende el jurista NERACIO que la compraventa no se ha perfeccionado, pero en el caso de que la mitad o menos hubiere ardido, entonces ha de forzarse al vendedor a cumplir la venta, mediante estimación a arbitrio de un hombre recto. En este caso el tercero que decide el precio no es un *arbiter* en sentido estricto, sino un denominado *arbitrator*, de confianza de las partes, que resuelve conforme a criterios de equidad.

Por otra parte, si bien la decisión del *arbitrator* podría recurrirse ante un magistrado si se demuestra mala fe de éste, error manifiesto o grave injusticia, en los supuestos de laudo arbitral del arbitraje compromisario sólo cabe recurso ante el magistrado en los casos de mala *fides* del *arbiter*, a través de la fórmula de la *exceptio doli*. En este sentido en un texto de PAULO, contenido en D. 4.8.32.14 *in fine*, se afirma que el emperador ANTONIO CARACALLA, ante la consulta de un juez en un caso de esta naturaleza, respondió por rescripto que aun cuando no puede apelarse contra la sentencia de un árbitro, cabe en determinados casos oponer a la sentencia arbitral la excepción de dolo malo, por lo que por medio de esta excepción hay una cierta especie de apelación, por la que resulta lícito revocar la sentencia de un árbitro.

– *Arbitrium arbitri*: se corresponde con la expresión *arbitrium merum*, por lo que hace referencia al criterio arbitral sobre la cuestión encomendada a su decisión por las partes. Así por ejemplo, se hace referencia al criterio arbitral en

10 A propósito de la distinción entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*, cfr. en GALLO. “La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio”, en *Studi in onore G. Grosso II*, Torino, 1969; y BURDESE. *Diritto privato romano*, 3.^a ed., Torino, 1987, p. 564.

D. 4.8.44 cuando se afirma que, en un supuesto de controversia sobre los límites de unas fincas, si no se obedeció al árbitro en aquello que hubiese arbitrado en presencia de ambas partes, se incurrirá en pena.

– *Arbitrium iudicis*: se hace referencia con esta expresión a la discrecionalidad del *iudex* designado por el magistrado, para decidir un asunto, dentro del marco de su competencia.

– *Arbitrium o compromissum plenum*: alude al arbitraje válidamente constituido sobre una o varias causas. Así se establece, en D. 4.8.21.6, que se llama compromiso pleno al que está redactado sobre asuntos controvertidos, pues se refiere a todas las controversias pendientes; pero si se discute sobre una sola, aunque se haya hecho un compromiso pleno, subsisten, sin embargo, las acciones nacidas de las demás causas; porque es objeto de compromiso lo que se convino que lo fuera; pero es más seguro, si se quiere hacer un compromiso sobre determinado asunto, que sólo de él se haga mención en el compromiso.

– Del sustantivo *arbiter* derivan asimismo otros números, términos y expresiones jurídicas como: *actiones arbitrariae*, *arbitrium tutelae*, *actiones arbitrariae*, *interdictum per formulam arbitriam*, *arbitrium de restituendo*, *arbitrium honorarium*, etc.

IV. ARBITRAJE NO FORMAL Y ARBITRAJE DE “IUS GENTIUM”. EL PAPEL DE LA “BONA FIDES” Y DE LA EQUIDAD EN EL ARBITRAJE

El disfavor pretorio, legal y jurisprudencial de los primeros siglos del derecho romano, respecto del arbitraje, contrastaría, en opinión de MARRONE, con la probable difusión de su utilización. Llama la atención a este autor que el tutor no diera ninguna tutela a la mera convención por medio de la cual dos partes acordaban, extrajudicialmente, confiar a una persona determinada y de confianza común la decisión de su controversia. No obstante, se trataba de un tipo de convención lícita, que merecía ser tenida en consideración y que, al menos con anterioridad a la creación del proceso formulario, ciertamente se habría difundido entre la gente de negocios y en cuya ejecución cada parte se remitía, no podía ser de otra manera, a la *fides* de la otra¹¹.

Este tipo de arbitraje no formal acaba diluyéndose en el que se conoce de forma convencional como arbitraje de *ius gentium*, que acaba siendo reconoci-

11 MARRONE. “Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana”, en *Roma y América. Diritto Romano Comune*, cit., p. 58.

do, sancionado y protegido en el marco de la jurisdicción pretoria, en un primer momento, para acabar siendo considerado, en determinados supuestos, como una institución del derecho civil.

El marco del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, surgidos en una primera época en el marco del comercio con extranjeros y del convenio internacional, así como de los juicios de buena fe que se conformaron en un momento posterior, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento en la *fides* primitiva o los *mores maiorum*, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los pretores, la labor de la jurisprudencia, las *leges* o el *ius*. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis agravado, en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes.

Los contrapuestos puntos de vista no han logrado, no obstante, a mi juicio, arrumbar los postulados básicos de la teoría tradicional y mayoritaria en la doctrina, conforme a la cual de los *arbitria* nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores, a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides* se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *bonae fidei*. Sería conveniente, sin embargo, deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas propias de la comunidad política romana, como la *fiducia* o la tutela, en las que el *ius*, los *mores maiorum* o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significativo papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial interno o internacional, terrestre o marítimo, como la compraventa, *emptio-venditio* consensual que es el *negotium ex fide bona contractu*, por excelencia, o con carácter general las denominadas *obligationes consensu contractae* en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios *iuris gentium*, sancionados en el seno del tribunal del pretor peregrino. A procurar el desarrollo de algunos de estos puntos de vista, van destinadas las páginas que siguen.

A grandes rasgos, las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales serían las siguientes:

1. Pactos, convenciones, acuerdos, etc. realizados en el marco del mercado interno libres de formalidades, y protegidos por la *fides* primitiva¹².

12 XII Tablas, I.6: "Rem ubi pacunt, orato"; I. 7: "Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Cum perovanto ambo praesentes"; VIII, 2: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto"; cfr. ALBURQUERQUE. "Historia del Pactum antes del Edictum: Pactum como acto de paz en las XII Tablas", en *Estudios-Homenaje al Prof. Álvarez Suárez*, Madrid 1988, pp. 1107 y ss. Se consideran

2. Pactos, convenciones, acuerdos, etc. realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, libres de formalidades, y protegidos por una *fides*, ya evolucionada¹³.

3. *Pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio, en la medida en que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, y que darían lugar en caso de discrepancias entre los intervinientes, al nombramiento de árbitros por los pretores *arbitria bonae fidei*, que darían su parecer, *aestimatio* o *arbitrium*, con arreglo a criterios de *aequitas* y *bona fides*¹⁴.

4. Trasvase de los *pacta-conventa* reconocidos y protegidos por los pretores peregrinos en su edicto, al edicto de los pretores urbanos, y de éste al ámbito del *ius civile* como negocios *iuris gentium* de buena fe, respecto de los cuales se dirimirían las discrepancias que surgieran mediante *iudicia bonae fidei*.

5. Transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *ius gentium* en la categoría de contratos consensuales (*obligationes consensu contractae*).

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por

asimismo referencias al *pactum* en las XII Tablas los contenidos en las menciones D. 2.14.7.14: "... *De furtu pacisci lex permitit*", y AULO GELIO. *Noctes Atticae*, 20.1.46-47: "... *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent*...". Sobre la relevancia de los pactos anexos a las *mancipationes*, a través de la vía del carácter vinculante de las *nuncupationes*, conforme al texto de las XII Tablas: "*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*", cfr. BURDESE. "Patto, convenzione e contratto in diritto romano", en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, v, 1993, esp. pp. 50 y ss. A mi juicio, la afirmación contenida en el texto de las XII Tablas reseñado parece mostrar, en definitiva, que lo importante no es lo que se pesa, sino lo que se dice, lo que supone la relegación del peso del metal y la constatación de que o bien se usaba con anterioridad, o bien las XII Tablas consagraron la introducción del dinero amonedado, lo que se manifiesta por ejemplo en la utilización de la expresión *nuncupata pecunia* en el sentido de dinero amonedado. La manifestación verbal se coloca en primer plano y cobra relevancia respecto al hecho real al que responde el fondo del negocio; cfr. en este sentido, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *El precio como elemento en la emptio-venditio romana*, 3.^aed., Madrid, 1993, pp. 19 y ss. La relevancia concedida al *dictum*, con la consiguiente obligación de respetar y cumplir lo acordado en el ámbito del formalismo caracterizador de los primitivos negocios típicos y orales, como la *mancipatio* y el *nexum*, tendría su equivalencia en el papel reconocido a una noción al propio tiempo metajurídica, ética y social como es la *fides* en el marco de las relaciones de tráfico internacional, básicamente comercial en el que intervenirían los extranjeros. En el sentido expresado, afirma CASTRESANA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, p. 63, que el "*uti lingua nuncupassit, ita ius esto civi*" se transforma ahora, en las convenciones del tráfico internacional, para los contratos libres de formas en el "*uti convenerit fide praestata, ita ius esto*".

13 MANENTI. "Contributo critico alla teoria generale dei patta", en *Studi Senesi*, VI.1, 1890, pp. 75 y ss., VIII, 1891, pp. 3 y ss.; G. DIOSDI. "Pacta nuda seruabo?", en *BIDR*, 1971, pp. 89 y ss.; MANENTI. "Pacta conventa", en *Studi Senesi*, 1915, pp. 203 a 225.

14 FERRINI. "Sulla teoria generale dei patta", 1892, in *Opere*, III, Milano, 1929, pp. 248 y ss. Sobre la función histórica del *pactum*, cfr. FUENTESECA. "Visión procesal de la historia del contrato en derecho romano clásico", en *Estudios Homenaje a A. d'Ors*, Pamplona, 1987, pp. 487 a 500.

parte de los pretores de los acuerdos, pactos o convenciones propias del *ius gentium*, en atención a una serie de factores entre los cuales cabría mencionar los siguientes:

a. No están sancionados por el *ius civile*, y, en consecuencia, no resultan protegidos por las *legis actiones*.

b. Los no ciudadanos romanos pueden acceder a los negocios propios del *ius civile*, como la *mancipatio* o la *stipulatio* y demás negocios formales, que constituyen el núcleo de la actividad negocial de contratación en los primeros siglos.

c. El formalismo característico de los primitivos negocios típicos y orales, supone un lastre para las necesidades del tráfico comercial, que requiere por su propia naturaleza estar informado por los principios de agilidad, celeridad, libertad de formalidades, lealtad y buena fe en el trato, etc., lo que produce, como consecuencia, una contraposición entre libertad de negociación propia del *ius gentium*, equiparable en buena medida a la actual libertad de contratación, y la tipicidad contractual romana.

d. La inexistencia de fórmulas procesales que protejan la observancia y cumplimiento de las prácticas negociales o convenciones realizadas en el marco del *ius gentium*.

Sobre el significado y origen del *commercium* (*cum merx*: con mercancías, negociación con mercancías) no hay suficiente acuerdo entre los romanistas. La tesis tradicional mantenida, entre otros autores, por HUVELIN, de que el *commercium* provocó la aparición del *ius gentium*, siendo la primera manifestación de éste, en el sentido de derecho del mercado establecido en tratados internacionales (entre ciudades), ha sido discutida, entre otros, por SAUTEL, para el cual los tratados comerciales, salvo el caso de los celebrados con Cartago, no llevaban cláusulas comerciales. Sin embargo, a nuestro juicio, la tesis de HUVELIN no resulta tan fácilmente rechazable como Sautel pretende, dado que la configuración de tribunales de *recuperationes*, y la antigua idea romana de la *reciperatio*, son argumentos de mucho peso a favor de la probable existencia de una regulación de las reclamaciones surgidas en las relaciones con los peregrinos, y en especial comerciales.

Asimismo, la aparición de la moneda acuñada supone un evidente influjo en el mercado, al facilitar el desarrollo creciente del intercambio económico entre los pueblos; sin embargo, si bien en diversas fuentes literarias y epigráficas se hace referencia a la celebración de mercados regulares, cuyo origen parece muy antiguo, es corriente la afirmación de que es sólo a partir de la segunda guerra púnica cuando el pueblo romano entró en relaciones comerciales con las comunidades políticas del vecino Mediterráneo¹⁵.

15 Con la aparición de la moneda acuñada comienza en Roma la historia de la moneda propiamente dicha,

Puede decirse, en definitiva, que la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos¹⁶, así como con otras comunidades políticas¹⁷, probablemente fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la *iurisdictio* del pretor peregrino¹⁸ (dado que el edicto pretorio vino a establecer el código de un nuevo ordenamiento jurídico basado en la economía monetaria del *ius gentium*¹⁹).

Los pactos o convenciones propios del *ius gentium*, producirían entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, basado en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico²⁰ y por tanto no jurídica. Su reconocimiento, probablemente primero en los edictos de los pretores peregrinos y con posterioridad en los edictos de los pretores urbanos, habría supuesto la sanción de su juridicidad y la correspondiente protección procesal a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, siempre que no se opusiesen en disposiciones legales, causaren daño a particulares o supusiesen una actuación dolosa o fraudulenta²¹.

El reconocimiento y protección de los pactos (*nuda pactio*) se establece en la cláusula genérica “*de pactis*” contenida en el Edicto Pretorio, conforme a la cual no se considera a los pactos como fuentes de producción de obligaciones, exigibles mediante acciones, sino como modos de extinción de obligaciones a través de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*.

de la *pecunia numerata* (*quae numeratur*), con respecto a la cual los romanos, tenacísimos conservadores de sus usos, por lo menos en sus primeros tiempos, conservaron la palabra *pecunia* para designarla, por haber sido precisamente el ganado (*pecus*) el primer denominador común de los cambios. Que el origen de *pecunia* viene de *pecus* está fuera de toda duda, pero sobre la posibilidad de que la derivación sea indirecta cfr. THORMANN. *Der doppelte Ursprung de Mancipatio*, München, 1943, pp. 103 y ss.

16 TITO LIVIO. *Ab urbe condita*, VIII, 14. 10: “Ceteris Latinis populis conubia comerciaque et concilia Inter. se ademerunt”.

17 Cfr. sobre este punto F. DE MARTINO. *Storia della costituzione romana*, vol. II, Napoli, 1964, pp. 64 y 65.

18 Cfr. sobre este tema, F. SERRAO. *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.

19 Esta idea ha sido reiteradamente puesta de relieve por LOMBARDI en sus estudios sobre el tema: *Ricerche in tema de ius gentium*, Roma, 1947; “Diritto umano e ius gentium”, en *SDHI*, 16, 1950, pp. 252 y ss.; s. v. “Ius gentium”, en *NNDI*, IX, pp. 381 y 382.

20 Acerca de la asunción de las costumbres (*consuetudo*, *mos*) por los edictos de los pretores, cfr. G. LOMBARDI. “Sul titolo quae sit longa consuetudo (852[53]) nel codice giustiniano”, en *SDHI*, 17, 1952, 31; GALLO. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993.

21 CIC. *De off.* III, 29, 92: “Pacta et promissa semperne servanda sint. Quae nec vi nec dolo malo et praetores solent facta sint”. D. 2.14.7.7 (ULP., libro cuarto ad edictum): “Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principium, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo”. En opinión de CASAVOLA la fórmula edictal *pacta conventa servabo* se habría establecido como instrumento de control del orden público respecto a la libertad negocial, al efecto de que no se violasen legales, no se actuase dolosa o fraudulentamente y no se causase daño a particulares.

Tales pactos privados de forma, en los que encajan prácticas comerciales no sancionadas por el *ius civile*, son protegidos en el edicto pretorio a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actiones* y mediante la concesión de *arbitria honoraria* para aquellos supuestos de discrepancia en la interpretación o aplicación entre los intervinientes en el pacto.

La libertad en la formalización de los pactos nos sitúa en la problemática del consensualismo en la época republicana, aspecto sobre el cual, como ha señalado BURDESE²², existe un amplio debate, en el sentido de una total apertura o reconocimiento desde las XII Tablas al edicto pretorio, a la libertad o autonomía contractual, incluso más allá de una eficacia meramente obligatoria, ha sido recientemente reconsiderada por SCHIAVONE, SANTORO, MELILLO y FILIPPO GALLO.

La significación específica del *pactum* como convención o *pactum*, afirma BURDESE, se ve clara en el binomio analítico *pactum conventum* (o *pacta conventa*) en el que los dos participios sustantivos aparecen en las fuentes unidos por las conjunciones *et* o *que*, y que aparece también en la frase del edicto pretorio *pacta conventa [...] servabo* (ULP. 2.14.7.7), bajo la rúbrica de *pactis (conventis o conventibus)*²³.

Hasta que se produce el reconocimiento y protección en el edicto pretorio de los pactos convenidos, estos se enmarcaban sólo en el ámbito de la *fides*, conforme a la cual se exigía el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad a la palabra dada. La sanción pretoria de los pactos supuso la aplicación a los mismos de los criterios de la *bona fides* y la *aequitas* propias del *ius praetorium*²⁴. La historia del *pactum* es por tanto anterior a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habría producido en el marco del comercio, de la libertad de formas y de la consensualidad. La protección por el pretor de los pactos supondría, por tanto, un reforzamiento de la autonomía privada y de la libertad negocial²⁵, en

22 BURDESE. *Sulle nozione*, cit., p. 44; Observa, asimismo, este autor que los términos *pacere* y *pactio* son propios de las XII Tablas y de la época republicana, lo que no sucede con el término *conventio* poco utilizado en la República. Una síntesis de las opiniones doctrinales sobre el binomio *pactum-conventum* puede consultarse en ALBURQUERQUE. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano*, Córdoba, 1995, pp. 37 y ss.

23 Cfr. en BURDESE. *Sulla nozione*, cit., pp. 43 y ss., y la bibliografía allí citada. En contra, CANCELLI. “Iudicia legitima, arbitria honorariae advocatio di pro Quinto Roscio corroedo 5.15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, en *Atti del convegno La giustizia tra i popoli nell’opera nel pensiero di Cicerone*, Roma 1993, pp. 143 y ss.; cfr., asimismo, GUTIÉRREZ GARCÍA. “La palabra pacto en las fuentes literarias”, en *Estudios Homenaje a B. Reimundo*, II, Burgos, 2000, I, pp. 433 a 440.

24 A la ponderación de la *aequitas* en los pactos se hace referencia en C. J. 2.3.12 (de 230 d. C.).

25 Respecto a la amplitud de contenido de los pactos, STURM. “Il pactum e le sue molteplici applicazioni, in *Contractus et pactum*. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana”, en *Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della lettera fiorentina*, Napoli e Roma, 1990, pp. 158 y ss.

la medida en que los pactos que constituían su principal expresión no fuesen contrarios al ordenamiento jurídico. La protección pretoria originaria de los pretores se habría desarrollado, en consecuencia, al margen del *ius civile*²⁶. La protección de la consensualidad de los pactos habría constituido el camino para la posterior asunción de esta idea en el *ius civile*, si bien de los *pacta conventa* recogidos en el edicto²⁷ sólo cuatro pasaron a la categoría de contratos con su nombre específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae*, como negocios *iuris gentium*²⁸.

Especial mención requiere la tesis de MAGDELAIN acerca de los pactos y el consensualismo, debido a su originalidad y a la profusa crítica doctrinal provocada por su formulación²⁹. Considera MAGDELAIN que en el marco de una amplísima libertad o autonomía contractual en la República, el *edictum de pactis* pretorio otorgaría no sólo excepciones, sino también acciones para exigir el cumplimiento de determinados pactos. Para este autor, sólo a partir del momento en el que los juicios de buena fe derivados de los pactos correspondientes fueron asumidos por el *ius civile*, en los últimos siglos de la República, los pactos no integrados—salvo los *adiecta*, exigibles por medio de la acción correspondiente al contrato al que se agregan— producirían tan sólo el efecto de la excepción de cosa juzgada. Para este autor, en definitiva, la cláusula edictal referida en D. 2.14.7.7 constituye el anuncio y el antecedente de los futuros contratos de buena fe y juicios de buena fe contractuales³⁰.

La teoría de MAGDELAIN resulta aceptable, a mi juicio, especialmente en la medida que pone el acento en la importancia de la consensualidad en el marco

26 ALBANESE. “Pactum e iudicatum in testi retorici”, en *Brevi studi di diritto romano*, Palermo, 1992, pp. 9 y ss.; ARICO ANSELMO. *Partes iuris*, Palermo, 1987, pp. 6 y ss.; STURM. “Wie sind Auctor ad Herennium 2.13.20 und Cicero, De inventione 2.22.68 zu aeuten”, en *Vorträge 28. deutsch. Rechtshistorikertag*, Nijmegen 1992, 47 y ss.; KASER. “Das Urteil als Rechtsquelle in römischen Recht”, ahora en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien, Köln y Graz, 1986, pp. 43 y ss.; VÉGH. “Ex pacto ius”, en *ZSS*, 110, 1993, pp. 266 y ss.

27 Acerca de la probable exigibilidad desde QUINTO MUCIO de las obligaciones derivadas de los pactos, cfr. CASTRESANA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit. En opinión de BURDESE. “Ius, consuetudine, pactum ius e res”, en *SDHI*, 1995, pp. 707 y ss., no resulta aceptable, en época ulpianiana, la correlación entre la *actio praescriptis verbis* y la cláusula pretoria de *pactis*.

28 Para GALLO. *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano*, 1, Torino, 1992, esp. pp. 60 y ss., de CIC. *pro Caec.* 18.51 cabría deducir la existencia de *formulae* (*iudicii formula*) para los *pacta conventa*.

29 MAGDELAIN. *Le consensualisme dans l'Edit du pretor*, Paris 1958; ID. *Les actions civiles*, Paris 1954; ID. “Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire”, en *TIJ*, 59, 1991, pp. 239 y ss.; una apretada síntesis de la revisión crítica realizada por la doctrina de la teoría de MAGDELAIN puede verse en ALBURQUERQUE. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano*, cit., pp. 43 y ss.

30 Cfr. sobre este último aspecto la crítica de TALAMANCA. “La storia dell'edictum de pactis”, en *Labeo*, 6, 1960, pp. 278 y ss.; ID. “Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani”, en *Droit Romain et sa réception en Europe*, Varsovia, 1978, pp. 195 a 266.

de los pactos y negocios del *ius gentium*, así como en el papel jugado por el *ius praetorium* en su reconocimiento y posterior asunción por el *ius civile*.

Por otra parte, a la amplísima extensión de la cláusula *ex fide bona* se refiere QUINTO MUCIO a fines de la República, cuando afirma en CIC., *de officiis* 3.17 que tienen gran fuerza los juicios arbitrales (*ius arbitris*) a los que se añade la cláusula *ex fide bona*. En opinión de SCHIAVONE, la cita de MUCIO no es reconducible a los *libri iuris civilis* o al *liber singularis oron*. Sabemos que antes de su gran obra jurídica, QUINTO MUCIO había trabajado sobre la noción de buena fe, en el edicto del procónsul de Asia (94 a. C.), en una época en la que QUINTO era ya un prestigioso jurista, y en la que CICERÓN considera su actuación como gobernante como un modelo organizativo provincial. Para SCHIAVONE la *bona fides* en QUINTO se configura como un paradigma ideal, y si para los *veteres*, en particular, para QUINTO MUCIO, la *bona fides* era un principio material que regía en el campo de las relaciones contractuales, respecto de los que se hablaba de una *interpretatio bonae fidei*, para la nueva jurisprudencia la *bona fides* es un elemento de determinadas fórmulas procesales, es decir, de los *bonae fidei iudicia*, que en atención a la cláusula *ex fide bona* dan al juez poderes que les faltan en otros juicios³¹.

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el ordenamiento jurídico no llega a producirse en derecho romano, pero sí tiene lugar, como ya hemos señalado, una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual. Así, JAVOLENO habla de la buena fe en lo convenido³². TRIFONINO, de la buena fe en los contratos³³; PAULO nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe³⁴, y en una constitución de los emperadores DIOCLECIANO y MAXIMINIANO del 290 se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos³⁵.

La *bona fides* explica, al decir de BONFANTE, que Roma haya sido tan fecunda en la creación jurídica. Así, por ejemplo, la formulación de las diversas teorías de los actos de emulación en el medievo, el uso normal de los derechos de IHERING, la necesidad social de BONFANTE, o el actual abuso del derecho (formalmente introducido en España por sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de

31 SCHIAVONE. *Giurista e nobili nella Roma Repubblicana*, Roma e Bari, 1992.

32 D. 19.2.21 (JAVOLENUS, lib. XI, *Epistolarum*): "... bona fides exigit, ut, quod convenit..."

33 D. 16.3.31. pr. (TRYPHONINUS, lib. IX, *Disputationum*): "... bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat..."

34 D. 17.1.59.1 (PAULUS, lib. *Responsorum*): "... quum in omni contractu bonam fidem praestare debeat".

35 C. J. 4.10.4 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Liciniae, 290): "bonam fidem in contractibus considerari aequum est".

1944, de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS, y de ahí ha pasado al artículo 7.º.1 del C. C., conforme a la reforma del título preliminar de 1974, han sido realizadas tomando como base (incluso terminológica) inmisión (*inmisio*); actos de emulación (*aemulatio*); mal uso o abuso de un derecho (*mala nostro iure uti non debemus*); buena fe, utilidad pública y equidad como criterios correctores de derechos (*bona fides, utilitas publica y aequitas*); intención de perjudicar (*animus nocendi*); excepciones o remedios frente a la actividad contraria a la buena fe o dolosa (*exceptio doli*) textos de la compilación justinianeas³⁶. La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y contribuyen como decisivo instrumento de integración³⁷. La buena fe, como observa Díez-Pícazo, implica el comportamiento leal en la formación y en el desarrollo de las relaciones jurídicas, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones³⁸, y podemos hablar de buena fe, señala José María Miquel, como parte de los supuestos de hecho de las normas y de buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar de algún modo las existentes³⁹.

Podríamos decir, en consecuencia, que ya en el derecho romano la progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, *fraus*, *dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante⁴⁰.

La *bona fides* romana propia del *ius gentium*, que nace como modelo, arquetipo de conducta social, categoría de la moral social y exigencia personal de ética jurídica, acaba constituyéndose en el derecho actual como un concepto jurídico indeterminado y principio general informador de todo el ordenamiento jurídico, por lo que la actividad del pretor romano, por diversos caminos, se convierte en definitiva en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe.

36 BONFANTE. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1956, pp. 57 y ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba, 1999, pp. 9 a 12.

37 GONZÁLEZ PÉREZ. *El principio general de la buena fe*, 3.ª ed., Madrid, 2000, p. 22.

38 Díez-Pícazo. Prólogo a WIEACKER. *El principio general de buena fe*, cit., pp. 9 a 23.

39 J. M. MIQUEL. “La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIX, p. 11, y MIQUEL y DE ÁNGEL. “Comentarios al artículo 7.º del Código Civil”, en *Comentarios al CCE*, R. BERCOVITZ, Díez-Pícazo, Paz-Ares y Salvador (dirs.), I, 1991.

40 WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, J. L. CARRO (trad.), L. Díez-Pícazo (prólogo), Madrid, 1982, pp. 40 y ss.; 49 y ss.; 81 y ss.

La *fides bona* habría constituido el elemento esencial de los *pacta conventa* realizados en el marco de la contratación con extranjeros, y el más frecuente de estos *pacta* tendría la forma de *pactum vendendi emendi*, un pacto en el que uno vendía y otro compraba. Este pacto tendría como punto de cohesión la *conventio o convenire de pretio*, es decir, el acuerdo sobre el precio, el dar a cambio de un precio, *venum dare*, de donde se derivaría la palabra *vendere*, entrega de cosas a cambio de un precio. El *venum dare* se completaría con el *emere*, en la forma *emptus*, que significaría aprehender mediante contraprestación. Estos pactos se realizarían originariamente entre extranjeros o entre romanos y extranjeros y serían con posterioridad protegidos en el marco del edicto de los pretores peregrinos⁴¹.

Cuando el pretor, escribe CANNATA, acoge en el edicto estos negocios del tráfico internacional —surgidos de la *conventio* y basados en el *fidempraestari* recíproco— reconduce el reconocimiento jurídico de los mismos al ámbito de su tutela jurisdiccional y, con ello, a la esfera del proceso y del *oportere* procesal... Estamos, por tanto, ante un *oportere* no *ex lege (iure civile)*, sino *ex fide*⁴².

En el edicto del pretor peregrino se sancionarían los *pacta conventa*, realizados con base en la *bona fides* y, singularmente, el *pactum vendendi emendi*, entre un comprador y un vendedor. Tales pactos darían lugar a una *exceptio* o, en su caso, *denegatio actionis*, así como a la posibilidad, en caso de discrepancia, de que el pretor sancionare un *arbitrium*, que consistiría en una exigencia de cumplimiento de todo lo que pudiera derivarse de la buena fe en el nacimiento, desarrollo, interpretación y ejecución del pacto, y que sería conocido por uno o varios árbitros nombrados por el pretor, probablemente a propuesta de los intervinientes en el pacto, que podrían exigirse recíprocamente todas las consecuencias de dicha *bona fides*.

Cuando en un momento posterior se funden los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino y se reciben en el *ius civile* instituciones del *ius gentium*, a través de la vía del edicto de los pretores peregrinos, los *arbitria* propios de los *pacta emendi vendendi* se transformarían en *iudicia bonae fidei*, en acciones de buena fe, mediante las cuales las partes podrían exigirse recíprocamente todo aquello que habían convenido y todo lo que, sin haberlo expresamente acordado, pudiese derivarse de la *bona fides* exigible a los negocios.

41 Cfr. LOMBARDI. “Diritto romano e ius gentium”, en *SDHI*, 1950, pp. 254 y ss., sobre pactos de compraventa propios del *ius gentium*, protegidos en el marco de la jurisdicción del pretor peregrino; GALLO. *Sobre el papel innovador de los pretores y la consideración del ius pretorium u honorarium*, para Quinto Mucio; cfr. GIUFFRÉ. *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su ius civile - ius honorarium*, Napoli, 1993; G. PAPA. “L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto”, en *SDHI*, 1998, pp. 634 y ss.

42 CANNATA. “Sulla divinio obligationem nel diritto romano repubblicano e classico”, en *IURA*, 21, 1970, pp. 63 y ss.

La labor pretoria llegó a ser de tal importancia que pudo afirmarse en un texto del *Digesto* (D. 1.1.7.1): “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adivandi vel supplendi vel consigendi iuris civilis gratia...*”⁴³; conforme al *ius strictum* o *ius legitimum* no cabría una interpretación que fuera más allá de lo específicamente establecido en la ley o expresamente acordado por las partes. La introducción de la *aequitas* y la *bona fides*⁴⁴ por la jurisdicción pretoria supuso la introducción de criterios de ponderación, integración, supletorios, creadores, de atenuación del excesivo rigor o analogía en la interpretación y aplicación de la ley y los negocios, en atención a circunstancias tanto objetivas como subjetivas⁴⁵. Como afirma GALLO, el período de aplicación del derecho formulario coincide con la preeminencia en la realización del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a las enunciaciones de las normas generales y abstractas, respecto de las cuales el pretor no consentía, con la *denegatio actionis* o la *exceptio*, la aplicación del derecho en vigor, o bien indicaba, en su lugar, para la aplicación, un *ius* diverso del establecido, cuando el primero no respondía en el caso concreto al criterio del *bonum*, comprensivo también del *aequum*.

El período del procedimiento formulario habría sido, en definitiva, el de la preeminencia del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a la enunciación de las normas generales y abstractas⁴⁶.

A la constante tensión que ha existido en todas las etapas históricas, en relación con la interpretación y aplicación de la ley, se refiere WIEACKER, cuando afirma en su conocido estudio sobre la buena fe que si se suprimiese la tensión entre el *ius strictum* y el judicial *ius aequum* existente en todas las grandes culturas jurídicas (*ius civile* y el derecho pretorio, *common law* y *equity*) se llegaría a una terrible simplificación de la equidad tan débil como totalitaria que caracterizó al derecho bizantino y también a un pasado no muy lejano⁴⁷.

43 D. 1.1.7.1 (PAPINIANUS, lib. segundo *Definitionum*).

44 PRINGSHEIM. *Aequitas und bona fides*, Gesammelte Abhandlungen, 1, Heidelberg, 1961, p. 165. Con carácter general la *aequitas* parece afectar circunstancias básicamente objetivas, y la *bona fides* a la conducta o comportamiento de los intervinientes.

45 D. 50.17.192 (MARCELLUS, lib. *Vicentino nono digestorum*): “sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus es quam tutius”; D. 50.17.56. (GAIUS, lib. *Tertio de legatis ad edictum urbicum*): “Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt”.

46 D. 2.14.1. pr. (ULPIANUS, lib. IV *Ad Edictum*): “... Huius Edicti aequitas naturalis est...”; D. 13.4.4.1 (ULPIANUS, libro XXVII *Ad Edictum*) “... In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est...”; C. J. 2.13.12 (de 230): “Pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat...”.

47 Cfr. en GALLO. “Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium”, en *SDHI*, 1996, pp. 39 u 40; ID., “L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto”, en *Corso di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 67 y ss.

Pues bien, en el marco de los *pacta conventa*, enmarcadas en la órbita del *ius gentium* y reconocidos y protegidos en el edicto del pretor peregrino, las discrepancias en la interpretación o aplicación del pacto, darían lugar, como ya ha sido señalado con anterioridad, al nombramiento de un *arbiter* por parte del pretor, quizás a propuesta de los intervinientes, que darían su opinión, *arbitrium*, con un margen amplio de discrecionalidad con arreglo a criterios de equidad y buena fe⁴⁸.

En D. 19.1.38.1 se hace referencia a un pacto en el que un vendedor se ve obligado a sustentar durante un cierto tiempo al esclavo vendido y exige del comprador una indemnización para los gastos que éste le ha causado. La indemnización se fijará a través de un *arbitrium*, que haría necesaria la decisión tomada al respecto por un *arbiter*⁴⁹.

Pues bien, el origen de este *arbitrium* se atribuye al jurista SEXTUS AELIUS PAETUS CATUS, cónsul en el 198 a. C., que hizo un comentario a las XII Tablas, y a DRUSO, cónsul en el 144 a. C. Es decir que estos dos juristas, SEXTUS AELIUS y DRUSUS, opinarían que en el caso de un problema de compraventa, relativo a una indemnización de gastos de la cosa, en poder del vendedor hasta el momento de la entrega, por causa del comprador, la cuestión debe resolverse a través de la vía de un *arbitrium*. Si mantenemos la postura que aquí podríamos estar ante un arbitraje privado encargado por el magistrado, habría que aceptar que en el siglo II a. C. existía la posibilidad de resolver un problema derivado de una compraventa, no a través de un *iudicium*, sino de un *arbitrium*, lo que supondría una mayor flexibilidad y una especial valoración de la conducta existente. Quizás podría también pensarse que en el texto se estaría haciendo mención a un pacto *emendi vendendi*, en el que el árbitro cumpliría una función estimatoria, valorativa, y que el *arbitrium bonae fidei* constituiría un antecedente de las acciones de buena fe de contrato de compraventa⁵⁰.

Acerca del carácter unipersonal o colegiado del número de árbitros se hace referencia en un texto del *Digesto* en el que se establece que, aunque cabe que sea por el número de árbitros, suele y conviene que sea impar, a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo: D. 4.8.17.

48 WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 96.

49 D. 19.1.38.1 (CELSE, lib. octavo *Digestorum*): “Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipio traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari. Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia”.

50 Cfr. en relación con el origen del concepto del contrato en relación con el *consensus*, BURDESE. “Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone”, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano I*, Milano 1988 pp. 18 y ss.; ID. “Recenti prospettive in tema di contratti”, en *Labeo*, 38, 1992, pp. 215 y ss.; LABRUNA. “Plautio, Manilio, Catone: premesse allo studio dell’emptio consensuale”, en *Labeo*, 14, 1968, pp. 24 y ss.

La problemática que se plantease en el marco de los *pacta conventa* de buena fe y del *ius gentium*, se resolvería a través de la vía del arbitraje privado y, una vez que estos pactos han sido sancionados y protegidos en el edicto del pretor peregrino, éste intervendría en el nombramiento del árbitro, el cual decidirá mediante un *arbitrium* o *aestimatio*. La tesis de que las nociones de la buena fe y del *aequum et bonum* ha penetrado a través de los arbitrajes privados en la jurisdicción pretoria, y de ahí se habría producido la derivación en *iudicia bonae fidei* ha sido básicamente sustentada por BROGGINI⁵¹ y se ha convertido en mayoritaria en la doctrina⁵². Por el contrario, para otros autores⁵³ los *iudicia bonae fidei* no responden a una creación pretoria, sino que han sido siempre civiles, al estar fundamentados en el *ius*, la *fides* contractual o los *mores maiorum*, y su creación no ha sido obra de los pretores, sino más bien labor de la jurisprudencia⁵⁴.

A mi juicio, en el origen de los *iudicia bonae fidei* estaría la jurisdicción del pretor peregrino, que habría acogido y protegido en su edicto *pacta conventa*, basados en la *bona fides* y en la *aequitas*, y propios del tráfico comercial internacional. Los conflictos en la interpretación o aplicación de estos pactos habrían dado lugar a *arbitria bonae fidei*, en los que el árbitro exigiría a las partes todo lo derivado de la *bona fides* negocial —*quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*—, lo que supondría una *aestimatio* del daño, del gasto, etc., y en consecuencia la necesidad de tener en cuenta todos aquellos aspectos que supusiesen una derivación de la *bona fides*, como compensaciones, pago de intereses, falta de diligencia, prohibición de ir contra los propios actos —*venire contra factum proprium*—, etc. Dicha valoración propia de los *arbitria bonae fidei* habría sido asumida primero como criterio valorativo de los *arbitria* en el edicto del pretor urbano, y posteriormente en los *iudicia bonae fidei* en que se transformaron tales *arbitria*.

51 BROGGINI. *Index arbiterve*, cit.

52 Cfr. una amplia exposición de la controversia doctrinal en KASER y HACKL. *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., München, 1996, pp. 153 y ss. Partidarios del origen pretorio de los *iudicia bonae fidei* se muestran, entre otros autores, con diversos matices, LOMBARDI. *Dalla fides a la bona fides*, Milano, 1961; WIEACKER. Zum Ursprung der bonae fidei iudicia, en ZSS, 80, 1963, pp. 1 y ss.; FUENTESECA. *Visión procesal de la historia del contrato en derecho clásico*, cit., pp. 487 a 508; WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, cit., pp. 78 a 81; CASTRESANA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit., pp. 56 a 72.

53 Para A. D'ORS. *Derecho privado romano*, cit. Las acciones *bonae fidei* fueron siempre civiles. En el mismo sentido, PARICIO. "Sobre el origen y naturaleza de los bonae fidei iudicii", en *Estudios en Homenaje a Benito Reimundo*, II, pp. 189 a 197, afirma que el magistrado se limitó a recibir en el Edicto unas acciones que ya eran *ius*, basadas en la *fides* y en la costumbre. Sobre el papel de la jurisprudencia en las acciones de buena fe en el edicto pretorio, cfr. CREMADES. "El officium", en *Derecho privado romano*, León, 1988, pp. 125 y ss.

54 Cfr. al respecto FUENTESECA. *Visión procesal*, cit., pp. 508 a 516.

Uno de los más paradigmáticos *pacta conventum*, el *pactum vendendi emendi*, se habría integrado, en consecuencia, primero en la esfera del edicto del pretor urbano, y con posterioridad habría formado parte, junto con otros pactos o convenciones *iuris gentium*, a la categoría de *obligationes consensu contractae*, cuya sanción se produciría a través de los *iudicia bonae fidei*. No todos los pactos *iuris gentium* se transformaron en contratos con *nomem contractus* y *actio specifica*, *nomem actionis*, lo que supuso que los pactos no transformados en tipos integrados en categorías contractuales específicas, continuaron siendo protegidos a través de las vías de la *exceptio pacti conventi* y de la *denegatio actionis*⁵⁵.

En las *actiones bonae fidei*, como señala WIEACKER, y ya en conclusión, nacidas probablemente como una creación pretoria en la época preclásica e integradas en el *ius civile* en la época clásica, la peculiaridad no residía en el *imperium* del pretor, sino en el margen de discrecionalidad que la indeterminación de la orden de condena —*quidquid dare facere oportet ex fide bona*— concedía al juez⁵⁶. En semejante sentido, y en palabras de BURDESE, resulta innegable el reconocimiento, entre los siglos III y I a. C., de la tutela procesal, probablemente en la jurisdicción del pretor peregrino antes que en la del pretor urbano, trámite concesión de *arbitria honoraria*, como parece calificarlos CICERÓN (*pro Roscio Com.* 5. 15), de figuras causales de meras convenciones obligatorias que llegaron a constituir la categoría gayana de las *obligationes consensu contractae*, que van típicamente individualizándose y concretándose en la praxis negocial y judicial, con la ayuda de la elaboración jurisprudencial⁵⁷.

V. ARBITRAJE LEGAL

La más antigua mención del término *arbiter* se contiene en las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicium arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de herencia se designará un árbitro. La actuación del árbitro en este caso obedecería a la división. En la *lex Licinia* del 210 a. C., la designación del *arbiter* se producirá en todos los casos de divi-

55 Cfr., en relación con la formación de la idea de contrato, el influjo de la elaboración de conceptos y de una teoría para la enseñanza, en J. L. DE LOS MOZOS, en *Seminarios Complutenses*, 1994, pp. 103 y ss. En relación con las ideas de *consensus* y *conventio* en los contratos, cfr. TALAMANCA. “La tipicità dei contratti romani tra conventio e stipulatio fino a Labeone”, en *Contractus e pactum*, cit., pp. 56 y ss.; ID. “Conventio e stipulatio”, en *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, *Atti del convegno di diritto romano*, Siena, 14-15 aprile 1989, Napoli, 1991, pp. 163 y ss.; GALLO. *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, pp. 106 y ss.

56 WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 52.

57 BURDESE. *Patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., pp. 43 y 44.

sión de una copropiedad en los que no hubiese, como podría suceder en la división de herencia, acuerdo entre los condominios. A estos supuestos de división de herencia o cosa común se hace referencia en las *Institutiones* de GAYO. Supuestos de arbitraje legal serían, asimismo, aquellos casos a los que se hace referencia en CICERÓN *pro Roscio* 4.11, en los que se afirma que en el caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro.

Pero además del arbitraje legal caracterizado por el hecho de que está previsto por la ley, y se concede al árbitro una amplia discrecionalidad en su decisión, si bien, a mi juicio, no podría decidir al margen de la legalidad vigente, la institución del arbitraje tiene un campo de actuación más natural como técnica de resolución de conflictos, basada en la autonomía de la voluntad de las partes, y que recibiría la denominación de arbitraje compromisario el cual, al igual que se había caracterizado el arbitraje del *ius gentium*, se conformó como un arbitraje de equidad.

Conforme al arbitraje de equidad, el árbitro decidía originariamente conforme a su leal saber y entender, si bien con posterioridad se establece que debe tener en cuenta criterios de conducta o comportamientos propios de caso concreto. Se produce, asimismo, un progresivo acercamiento entre el arbitraje legal, el de *ius gentium* y el compromisario, en materia de actuaciones y garantías, en relación con el proceso ordinario⁵⁸.

VI. ARBITRAJE COMPROMISARIO

Consiste, como ya ha sido señalado, en un acuerdo, entre dos o más personas entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro. Los términos del acuerdo compromiso tenían la naturaleza de pacto, *nudem pactum*, que habría tenido en principio la protección propia de cualquier pacto no contrario a la ley. A través de la vía de la *stipulatio* común o de la *stipulatio poenae* se produce un reforzamiento en el cumplimiento de los términos del pacto compromisario o de arbitraje. El incumplimiento de la *stipulatio* daría lugar a la exigibilidad del contenido de ésta, por medio del ejercicio de la *actio ex stipulatu*.

58 Cfr. BROGGINI. *Index Arbiterve*, cit.; TALAMANCA. "L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano", en *Labeo*, 1974, pp. 83 a 104; MARTINO. *Arbiter*, cit.; MERCHAN. "El arbitraje", en *Estudios histórico-jurídicos*, Sevilla, 1995.

Técnicamente, el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje se llama *compromissum*⁵⁹. Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el pretor desde finales del siglo II a. C. mediante un *edictum de receptis*, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, si puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo. A su vez la exigibilidad del pacto de compromiso deriva del *edictum pactis* que prevé el cumplimiento de los mismos a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*. A su vez, el convenio de compromiso solía reforzarse mediante una estipulación penal, conforme a la cual la no aceptación de la decisión arbitral o la no colaboración con las indicaciones del árbitro relativas al desarrollo del procedimiento, supone el pago de la pena pecuniaria correspondiente.

El reconocimiento jurídico del pacto compromisario de arbitraje no se produce, no obstante, de forma directa, quizás en evitación de la competencia que suponía para el procedimiento ordinario oficial el hecho de que las controversias pudiesen resolverse a través de la intermediación de un tercero que actuaría como árbitro al margen del poder establecido, si bien el carácter arbitral, en buena medida, del proceso formulario, en el que las partes eligen o intervienen de manera decisiva en la designación del juez, habría producido como consecuencia una menor necesidad de la institución arbitral, en relación con la sentida en la época del proceso de las *legis actiones* y la *cognitio* extraordinaria.

De manera indirecta el reconocimiento del pacto compromisario se habría producido a través de la vía de la *stipulatio poenae*, que se considera de creación jurisprudencial, y del *edictum de receptis*, de creación pretoria, mediante el cual el pretor ejercita un poder coercitivo frente al árbitro que se niega a dictar sentencia, por medio de la imposición de una multa o de la toma en prenda de un objeto de su pertenencia. La *poena compromissi* en nuestro derecho histórico ha sido estudiada por LINARES, quien ha destacado asimismo la prevalente naturaleza contractual del convenio de compromiso romano⁶⁰.

Además de las *stipulationes*, se puede dotar de eficacia práctica el *compromissum*, depositando el objeto de la controversia en manos del propio árbitro, conforme

59 Cfr. TALAMANCA. *Ricerche in tema di compromissum*, Milano 1958; PARICIO. “Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso”, en *RIDA*, 1984, pp. 283 y ss.; LINARES. “Compromissum y receptum arbitrii. Derecho de obligaciones”, en *Homenaje al Prof. Murga*, Madrid, 1994; ID. “La poena compromissi en nuestro derecho histórico”, en *SCDR*, 6, 1994, pp. 83 y ss.; BUHIGUES. *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit.; LA PIRA. “Compromissum e litis contestatio formulae”, en *Studi in onore di S. Riccobono*, II, Palermo, 1936; D’ORS. *La experiencia histórica del arbitraje jurídico*, Cuadernos informativos de Derecho Histórico, 15-16, Barcelona, 1993; A. VALIÑO. *Del arbitraje en Els Furs de Valencia y sus similitudes con la regulación romana*, Valencia, 2002.

60 LINARES. *Notas sobre la poena compromissi en nuestro derecho histórico*, cit., pp. 89 a 92.

han señalado diversos autores. El supuesto está previsto en D. 4.8.11.2. La posibilidad de un *compromissum sine poena* es considerada admisible por BUHIGUES⁶¹.

Si bien lo normal sería el acuerdo de las partes relativo a la elección de árbitro cabría, al igual que sucede en el derecho actual, una formalización judicial del arbitraje, bien a petición de las partes o bien ante la imposibilidad de acuerdo de las mismas sobre la designación de árbitros.

Las estipulaciones que se añaden al pacto de compromiso tienen un carácter accesorio respecto de éste, de modo que si el pacto resulta ineficaz, bien sea por falta de capacidad de las partes o del árbitro, la estipulación deviene ineficaz.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes, al igual que se establece en la vigente Ley de Arbitraje de 1988, que supuso una superación del objeto previsto en la Ley de Arbitraje Privado de 1953, que limitaba su ámbito de aplicación a los asuntos de derecho privado. Excepcionalmente, no pueden ser objeto de arbitraje, conforme se establece en D. 4.8.6 y 7: los delitos cuya condena supone infamia, lo asuntos sobre los que exista una acción pública, por ejemplo un asesinato, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares.

Los asuntos más comunes que las partes someten a arbitraje son, conforme a las noticias de las fuentes, los relativos a propiedad, tutela, posesión, elecciones, préstamos, linderos entre fincas, etc.

Como señala LABEÓN, D. 8.3, pr. 1, el pretor no puede obligar a nadie a asumir la función de árbitro, porque ello es libre e independiente; sin embargo, si alguien acepta desempeñar el arbitraje, el asunto queda sometido a su cuidado y solicitud, y debe dictar sentencia.

A partir de la época clásica se produce una progresiva reglamentación del arbitraje, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario, y entre los que cabe destacar las siguientes:

1. La ley prohíbe que quien es juez asuma el arbitraje de un negocio, respecto del que está conociendo como juez (D. 4.8.9.2).

2. Excepcionalmente, cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia (D. 4.8.12). Asimismo se establece que si el árbitro jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le dé tiempo para sentenciar (D. 4.8.13.4). si el compromiso se hizo sin señalar plazo para dictar sentencia, es absolutamente necesario que el árbitro fije un plazo con el consentimiento de las partes (D. 4.8.14).

3. Se establece una serie de causas conforme a las cuales el árbitro puede excusarse de cumplir su función: si hubiese sido difamado por los litigantes, si

61 BUHIGUES. Ob. cit., pp. 211 y ss.

hubiese enemistad grave entre él y los litigantes, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, etc. (D. 4.8.15)⁶².

4. Se recomienda que el número de árbitros sea impar, dado que aunque disientas, será más fácil obtener una mayoría. Si son dos los árbitros elegidos, y no se ponen de acuerdo, el pretor los obligará a elegir un tercero determinado, cuya autoridad se acate (D.4.8.17,6-7).

5. El árbitro puede corregir los errores en que incurra antes de dictar sentencia, pero no después de haberla dictado (D. 4.8.20).

6. En los casos previstos, el árbitro puede prorrogar el plazo para dictar sentencia de palabra, por mensajero o por carta (D.4.8.27).

7. La sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que en el compromiso se haya establecido expresamente que la sentencia sería válida aunque uno o dos de los compromisarios estuvieran ausentes (D. 4.8.27.5). Si alguno de los compromisarios presentes impide que el árbitro dicte sentencia, incurre en la pena prevista (D. 4.8.27.7).

8. Si alguno de los que hubiere sometido un asunto a compromiso lo plantease ante el juez, podrá hacerlo, pero incurrirá en la pena prevista en la estipulación (D. 4.8.30).

9. Cuando un árbitro resulta ser enemigo de uno de los litigantes y es interpelado con prueba para que no dicte sentencia, si no obstante hubiese persistido en dictar sentencia, el emperador ANTONIO CARACALLA estableció *pro rescripto* que, si bien no resulta lícito apelar la decisión de un árbitro, sí cabe, por parte de la persona lesionada por la actuación arbitral, oponer la excepción de dolo malo frente a la reclamación de la pena (D. 4.8.32.15).

10. La resolución del árbitro debe limitarse al objeto de la controversia prevista en el compromiso: a ningún árbitro le es lícito, se establece en D. 4.8.32.16, ir más allá de lo previsto en el convenio de compromiso. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde éste alcance.

11. El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo puede ciertamente hacerlo, pero no puede anticiparlo contra la voluntad de los litigantes (D. 4.8.33).

12. El árbitro, apremiado por el pretor, puede dictar sentencia en día inhábil, en cuyo caso no cabe excepción frente a la decisión arbitral (D. 4.8.36).

13. El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo (D. 4.8.45).

62 Cfr. PARICIO. "Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso", cit., pp. 283 y ss.

14. Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros (D. 4.8.46).

15. No cabe el arbitraje sobre un asunto propio (D. 4.9.51).

16. El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada, ni tiene por sí carácter ejecutivo, salvo en un periodo de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de JUSTINIANO, C. J. 2.55.3, y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa. Señala VALIÑO que el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral es derogado por el propio JUSTINIANO, en la Novela 82.11, que parece eliminar implícitamente las acciones que serían para dotar de eficacia al juramento, como consecuencia del peligro generalizado de perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo, lo que supone la vuelta al régimen clásico conforme al cual los compromitentes deben atender la sentencia arbitral o quedar, por el contrario, expuestos al pago de la pena derivada de la estipulación⁶³.

17. A partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas. La institución correspondiente recibe el nombre de “episcopalis audientia”⁶⁴.

63 VALIÑO. *Del arbitraje en Els Furs de Valencia y sus similitudes con la regulación romana*, cit.

64 Cfr. ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS. *Episcopalis Audientia. Lecciones de derecho romano*, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (coord.), Iustel, 2002.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Reflexiones en torno a la “autonomía de la voluntad”

I. CENTRALIDAD DEL TEMA

Como apunta FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, la “autonomía privada”, “con o sin el título de negocio jurídico, es uno de los grandes tópicos del derecho, ineludible en cualquier ordenamiento jurídico”¹. Ella es el núcleo generador de las relaciones jurídicas. De ahí la importancia del tema y el interés que demuestran los grandes maestros del derecho contemporáneo por deslindar, lo más pulcramente posible, el concepto y los alcances de este principio del derecho que denominamos, en nuestro caso, “autonomía de la voluntad”. Se trata, en suma, de un problema central del derecho. Referirse a la “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad” supone, necesariamente, indagar por los vínculos existenciales, que son notorios, entre lo que para el ser humano representa la “libertad ontológica” y lo que significa, en relación con ésta, la “voluntad”. Asumir el problema de la “autonomía de la voluntad” obliga, en primer término, a precisar si realmente se puede predicar “autonomía” de la voluntad o aquel atributo se reserva para la persona en cuanto ser libre.

Al tratar el tema de la denominada “autonomía de la voluntad” la doctrina asocia necesariamente las noción de “libertad” con la de “voluntad”, aunque no desarrolla el asunto atinente a la relación entre ambas. Ello nos revela que éste es uno de los temas menos estudiados a nivel de la dogmática jurídica. En efecto, no se suele incidir en el análisis de cada uno de dichos conceptos ni se ha profundizado suficientemente en su esencial relación que es la que explica, con hondura, los alcances y el sustento de la llamada “autonomía de la voluntad”.

Para desentrañar tan delicado asunto —que por lo demás está estrechamente ligado al acto jurídico— es necesario aproximarnos, con la mayor claridad que sea dable y desde nuestra perspectiva, a las nociones de “libertad” y de “voluntad”. Con este fin recurriremos al pensamiento inspirador de filósofos que se han ocupado de la materia, como es el caso, entre otros, de JEAN PAUL SARTRE, XAVIER ZUBIRI, MAX SCHELER, MARTIN HEIDEGGER y KARL JASPERS. Sólo a través de este acercamiento previo e indispensable estaremos en condiciones de intentar precisar, dentro de las limitaciones propias de esta temática, cuál podría ser el supuesto de la denominada “autonomía de la voluntad”.

Es ineludible y de la máxima utilidad en el asunto que abordamos en estas páginas recoger y analizar, aunque sea de manera breve, las versiones de reconocidos autores contemporáneos que se han referido a la “autonomía de la

1 *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 6.

voluntad”, como es el caso de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO y de LUIS DíEZ-PICAZO y GULLÓN².

Es de advertir que el intento que emprendemos se justifica, a pesar de las dificultades que de suyo ofrece el tema, en la medida que en ciertos sectores de la doctrina jurídica el asunto que planteamos no aparece con la claridad que sería de desear. Por ello, todo esfuerzo que tienda a revisar periódicamente lo que concierne a la cuestión nos brinda la oportunidad de repensar lo pensado por otros con coherencia. A partir de este repensamiento, de la consiguiente confrontación de pareceres, es posible echar alguna luz sobre un asunto que, a veces, se nos confunde en un impreciso claroscuro. Volver de cuando en vez sobre el tema, afrontando el riesgo que ello implica, no es un esfuerzo vano ni un innecesario desgaste de energía intelectual.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PENSAMIENTO DE FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

A. EL SENTIDO ETIMOLÓGICO DE “AUTONOMÍA PRIVADA” Y DE “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

Al iniciar su análisis sobre la “autonomía privada”, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO nos advierte que este término ha venido siendo criticado desde tiempos de SAVIGNY. El uso de la frase, en el sentido de auto-determinación de la persona individual, no corresponde a su sentido etimológico que proviene de *nomos*, es decir, ley, y *autos*, o sea, propio, mismo. La censura a tal expresión no sólo es de orden etimológico sino que “ordinariamente se le reserva para designar la potestad normativa de las corporaciones y demás cuerpos intermedios”. La crítica se acrecienta, al decir de nuestro autor, frente al sentido amplio que se le otorga a la “autonomía privada”, tal como se referirá en los subsiguientes párrafos. No obstante, sostiene, a pesar de ello se le sigue empleando “porque ha parecido ser su utilidad de más peso que tales consideraciones” para “evocar el significado general de la cuestión central del derecho privado: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona”³.

2 En el ensayo de nuestra autoría “El supuesto de la autonomía de la voluntad”, en *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Bogotá y Lima, Temis y Palestra, 2000, se trata más extensamente el tema y se analiza el pensamiento de autores italianos como RESCIGNO y GALGANO a la vez que se incide en el planteamiento del Código Civil argentino, así como en la posición de autores como LLAMBIÁS, BORDA, BREBBIA, BUERES, CIFUENTES y RIVERA.

3 DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, cit., p. 12.

B. CONCEPTO DE “AUTONOMÍA PRIVADA”

DE CASTRO Y BRAVO considera que la “autonomía privada”, en un sentido muy general, es el “poder de autodeterminación de la persona”. Agrega, para reafirmar su pensamiento, que el sentido inmediato del término se amplía “hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal”⁴. Como se aprecia, el amplio campo del “poder de autodeterminación” de la persona, a que se refiere el jurista español en sentido general, comprende no sólo la denominada “autonomía de la voluntad” sino que involucra, también, a la libertad. Es decir, desde esta perspectiva se confunden los extremos de la libertad, que es autodeterminación, con la denominada “autonomía de la voluntad”.

El jurista hispano, para aludir en un sentido amplio, inmediato y general a lo que jurídicamente significa el concepto de “autonomía privada”, emplea de manera indistinta las expresiones “poder de autodeterminación” y de “autarquía personal”. Es evidente que, como él mismo lo refiere, al mencionar las expresiones antes glosadas, “se piensa entonces en la esfera de la libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen”⁵. Las fronteras no están, por consiguiente, suficientemente amojonadas, las lindes entre ambas nociones son imprecisas, al parecer ellas se superponen.

De lo expuesto en precedencia podríamos concluir que para DE CASTRO Y BRAVO, aunque no lo exprese de manera directa y clara, la llamada “autonomía privada” se sustenta en la “esfera de la libertad de la persona”. Es decir que para el autor el “poder de autodeterminación” o la “autarquía personal” son expresiones que se fundamentan en la libertad personal. Si nos atenemos a lo anteriormente glosado, la libertad es, pues, el sustento o fundamento de la autonomía privada o autonomía de la voluntad, así como también —según sus propias palabras— del ejercicio de “facultades y derechos, y para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen”. En conclusión, podemos sostener que DE CASTRO Y BRAVO, al involucrar la noción de “autonomía privada” dentro del amplio concepto de libertad, encuentra en el ámbito de ésta última, aunque no lo haga explícito, el fundamento o sustento del principio bajo comentario. La ausencia de un definido deslinde entre ambas nociones así lo haría suponer.

Al ofrecernos una definición de la “autonomía privada”, DE CASTRO Y BRAVO, precisando la noción, considera que ésta resulta ser “aquel poder complejo

4 Utilizamos indistintamente, como sinónimas, las expresiones “autonomía privada” y “autonomía de la voluntad”

5 DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, cit., p. 11.

reconocido a la persona para el ejercicio de su facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”. Reitera, así, lo que comentamos en prece-
dencia, o sea, que el “poder complejo” en que consiste la autonomía de la volun-
tad se da en el “ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos”. De este modo, no sólo reconoce que la libertad es el fundamento de aquel “poder complejo” en que consiste la “autonomía privada”, sino que también, de paso, estima que la libertad es inherente al ser humano (“le pertenece como sujeto de derechos”) así como que es el fundamento último del ejercicio de sus facultades que, a su vez, se sustentan en el “poder complejo” en referencia.

C. AUTONOMÍA PRIVADA E INTERVENCIÓN DEL ESTADO

DE CASTRO Y BRAVO estima que resulta engañoso el que se diga, sin más, que la autonomía en el derecho privado consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, “en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado”⁶. Está en lo cierto el autor si tenemos en cuenta que el ser humano es bidimensional, es decir que no es sólo estructuralmente un ser individual sino que, simultáneamente, es un ser coexistencial o social. El ser humano ha sido creado para convivir con sus congéneres, por lo que podemos afirmar, sin titubeos, que “es social o no es”. No se puede concebir al individuo fuera del contexto social, aislado, incomunicado. Desde que aparece en el mundo lo hace en el seno de una familia. El ser humano hace su vida, necesaria-
mente, con los “otros”. Por ello, “lo social” no es algo exterior a su “ser” sino que se halla en su propia estructura, es inherente a su propia naturaleza.

Como conclusión de lo expuesto en el párrafo anterior, en cuanto a la di-
mensión social de la persona, ello obliga, como lo señala el citado autor, a la intervención del Estado, en tanto éste es la sociedad jurídicamente organizada, para regular a través de normas valiosamente concebidas el discurrir comuni-
tario. De ahí que el derecho sea, como frecuentemente lo reiteramos, una exi-
gencia existencial en cuanto el ser humano, por ser social, no podría coexistir con otros seres humanos si no existiesen normas reguladoras de su conducta. El derecho se halla en su estructura de ser social, por lo que carece de sustento referirse a él como una mera “superestructura” de lo económico.

6 Ibid., p. 12.

D. AUTONOMÍA PRIVADA: LIBERTAD Y VOLUNTAD

Vinculado con lo expuesto en el párrafo anterior, no se puede ocultar que en la denominada “autonomía de la voluntad” se pretende algo más que la pura expresión de la libertad. Se pide, según DE CASTRO Y BRAVO, que el acto o declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, es decir, “que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse”. Para ello, insiste el autor, se requiere la intervención del aparato coactivo del Estado para que se exija “el cumplimiento de lo debido o el pago de una indemnización”⁷. Es este el punto en el cual DE CASTRO Y BRAVO intenta matizar la diferencia entre libertad y “autonomía de la voluntad”. Ello se hace patente cuando expresa que la libertad en que consiste dicha autonomía, para que “tenga valor jurídico específico”, ha de ser “vinculante”

DE CASTRO Y BRAVO distingue en la “autonomía privada”, considerada en su más amplio sentido, el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, de un lado y, del otro, como el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. En el primer caso estamos frente a la autonomía privada en sentido estricto y, en el segundo, ante el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos⁸.

III. LA CONCEPCIÓN DE DíEZ-PICAZO Y GULLÓN

A. CONCEPTO DE “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN objetan la designación de “autonomía de la voluntad” al indicar que con esta expresión no deja de incurrirse en algún equívoco. Ello en virtud de que no es la voluntad sino la persona la que goza de autonomía en cuanto tal. Es decir que el sujeto de la autonomía no es la voluntad sino la persona como realidad unitaria⁹. Volveremos a tratar este interesante como imprescindible asunto en los párrafos IV y siguientes de este trabajo.

En la huella trazada por DE CASTRO Y BRAVO, pero dando un salto de calidad en el tema, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, al hacer un penetrante análisis de la “autonomía privada”, consideran que este principio significa “tanto como

⁷ Ídem.

⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁹ LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 375.

autorregulación o autorreglamentación, y ésta el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”. Este concepto genérico, expresan, “adquiere una significación específica cuando se refiere a la persona y se llama ‘autonomía privada’”.

Los mencionados autores, sobre la base del concepto genérico antes enunciado, nos ofrecen tres versiones o definiciones de lo que es la autonomía privada. Para ellos —en lo que concordamos— la autonomía privada resulta ser una consecuencia del concepto de persona y consiste en “un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses”. Podría también definirse, agregan, como un “poder de gobierno de la propia esfera jurídica”; y como la esfera jurídica de la persona está formada por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como “el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”¹⁰.

B. AUTONOMÍA PRIVADA: LIBERTAD Y VOLUNTAD

Según lo expuesto por los autores cuya concepción sobre la autonomía de la voluntad hemos glosado, ésta es una consecuencia de la calidad misma de persona. Esta comprobación es del todo acertada. El poder que significa dicha autonomía no puede ser negado a la persona por el ordenamiento jurídico. Este tiene, indefectiblemente, que reconocerlo en tanto se trata de un poder inherente a la condición o naturaleza misma del ser humano.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, al ocuparse de la autonomía privada, se refieren, como no podía ser de otra manera, a la relación existente entre la libertad y la voluntad. La “autonomía privada”, afirman, no es lo mismo que la libertad individual. Reconocer la existencia de la libertad, dicen, significa permitir “hacer”, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía, en cambio, es “reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia”. Existe autonomía cuando el individuo “no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en la esfera jurídica”. La libertad encierra un “poder hacer (ámbito de lo lícito), pero sin que el derecho reconozca por ello valor jurídico a tales actos”. En la autonomía, por consiguiente, hay, además de un “poder hacer”, un “poder de gobierno sobre la esfera jurídica”. Es decir, concluyen, “el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo”¹¹.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

El planteamiento de Díez-PICAZO y GULLÓN en cuanto al deslinde entre las nociones de libertad y de autonomía privada es correcto, en la medida que la autonomía privada significa la presencia actuante de la libertad. La autonomía de la voluntad es, según su pensamiento, un genérico “poder hacer” que se convierte en un específico “poder de gobierno sobre la esfera jurídica”. En este campo la libertad, que ya es acto, requiere de ciertos matices inherentes a lo jurídico. En síntesis, se trata de la presencia de la libertad en el campo de las relaciones jurídicas¹².

De lo expuesto se deduce, sin mayor dificultad y aunque los autores no lo hagan explícito, que el mencionado “poder de gobierno sobre la esfera jurídica” se fundamenta, es decir, tiene como supuesto, el genérico “poder hacer” que, según los propios autores, es la libertad.

La voluntad, en cuanto “querer”, es “un requisito indudable del acto de autonomía que ha de ser siempre libre y voluntario”. Pero, como señalan acto seguido, para ejercitar la autonomía —que es establecimiento de una reglamentación para los propios intereses— hace falta algo más que dicho querer. El ejercicio de la autonomía exige la función de la voluntad de querer pero, además, “la función de las demás potencias del individuo”. Es decir, si bien la voluntad es un “querer”, para su concreción o fenomenalización se requiere del compromiso de todo aquello que de la envoltura psicosomática sea menester para tal efecto. Es acertada la afirmación de Díez-PICAZO y GULLÓN, ya que cuando el ser humano actúa lo hace como una unidad psicosomática que se sustenta en la libertad que es su núcleo existencial¹³.

C. ALCANCE Y SENTIDOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Los autores antes citados descartan que la autonomía sea fuente de normas jurídicas destinadas a integrar el orden jurídico que las reconoce. Queda entendido que cuando en este caso se alude a normas jurídicas, si es que entendemos que éstas cumplen la función de “mandato con eficacia social organizadora o con

12 Desde nuestro personal punto de vista, todas las relaciones humanas son “relaciones jurídicas” desde que de cualquiera de ellas se puede predicar justicia o injusticia. Por lo demás, en el caso de ausencia de norma específica dichas relaciones deben ser aprehendidas desde la óptica de los principios generales del derecho. Finalmente, es de aplicación el axioma jurídico que dice que todo lo que no está prohibido está permitido, salvo que atente contra el orden público o las buenas costumbres. De ahí que saludar a un amigo en la calle, además de justo, no está prohibido por norma legal alguna ni va contra las buenas costumbres o el orden público. Estamos en presencia de la libertad jurídica en todo su esplendor y vigencia.

13 Díez-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de derecho*, cit., p. 375.

significado social primario”. Es decir que, en palabras de Díez-PICAZO y GULLÓN “el poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho”.

En cambio, la autonomía sí es para dichos autores —en opinión que compartimos— fuente generadora o reglamentadora de relaciones jurídicas. Es decir, como ellos mismos lo precisan, la autonomía se manifiesta como poder de creación, modificación o extinción de dichas relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones privadas creadas, modificadas o extinguidas. De ahí que el poder individual se presente en un doble sentido, ya sea como poder de constitución de relaciones jurídicas o como un poder de reglamentación del contenido de tales relaciones jurídicas¹⁴.

Para los autores cuya concepción venimos glosando, el significado institucional de la autonomía privada es doble. De una parte, se constituye como una realidad básica y fundamental dentro del orden jurídico. Es por ello que, en este aspecto, puede hacerse referencia a un significado institucional de la autonomía de la voluntad. De otra parte, la autonomía privada desempeña un destacado rol en la mecánica de aplicación del derecho, de donde se puede aludir a un “significado técnico o del sentido que dentro de la técnica jurídica posee”. Desde la perspectiva institucional antes señalada, la autonomía privada es un principio general del derecho, “porque es una de las ideas fundamentales que inspira la organización de todo nuestro derecho privado”¹⁵.

El pensamiento de Díez-PICAZO y GULLÓN se manifiesta con la máxima hondura cuando sostienen que el principio de autonomía privada es un principio de derecho porque “el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente”. Es decir que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad es inderogable por el ordenamiento jurídico. La ley, ciertamente, no puede cambiar la naturaleza del ser humano ni distorsionarla ni negarla. La ley regula una realidad preexistente a ella, tal como ella es. La ley, como pensamiento regulador (descriptivo-prescriptivo) obligatorio de conductas valiosas, se adecua al objeto por él mentado. El pensamiento es formal: su consistencia real o existencial-axiológica se la otorga su contenido. Su contenido, tal cual es en la realidad.

En verdad, tal como lo manifiestan los autores bajo comentario, la persona es un “ser de fines”. Es decir que el hombre es un ser libre que para realizarse como tal requiere cumplir con un proyecto de vida. Este proyecto, que se sustenta en la calidad de ser libre y temporal del hombre, sólo puede realizarse a

¹⁴ *Ibíd.*, p. 376.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 377.

través de la vivencia de valores, que son los que determinan los fines que la persona se propone realizar en el curso de su existencia. Los fines que el ser humano prefiere para guiar y orientar su vida tienen un sustento axiológico, es decir, son fines valiosos o disvaliosos.

Por todo lo expuesto, la supresión de la autonomía privada como principio general del derecho, tal como lo manifiestan los juristas hispanos cuyo pensamiento glosamos y comentamos, “llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad”¹⁶.

En lo que respecta al sentido técnico, que deriva del institucional, el principio general de autonomía privada o autonomía de la voluntad deberá ser aplicado en ausencia de ley o a falta de costumbre. Como consecuencia de lo dicho, las personas podrán crear libremente relaciones de cualquier tipo o clase así como establecer también el régimen al cual ellas habrán de sujetarse cuando no exista ley o costumbre que lo impidan.

Finalmente, y en dicho orden de ideas, los autores antes citados ponen de relieve que el principio general de la autonomía privada debe funcionar como criterio inspirador de toda labor interpretativa. Desarrollando su pensamiento apuntan que ello quiere decir que “todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general. Las que representan una excepción al principio de autonomía –normas prohibitivas, normas limitadoras– deberán interpretarse de manera restrictiva”¹⁷.

D. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En lo que concierne a los límites de la autonomía privada, su percepción no ofrece dificultad pues es fácil comprobar que no es un principio absoluto. Como señalan nuestros autores, otorgar un carácter absoluto a la autonomía de la voluntad significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio personal. De ahí que, según su expresión, el problema de la autonomía privada sea un problema de límites.

La naturaleza del hombre y el respeto a la persona exigen, como se apunta, “el reconocimiento de la autonomía, pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada”. De ahí que la cuestión radique en el señalamiento de los límites, “de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada, con la consiguiente perturbación

¹⁶ Ibid., p. 378.

¹⁷ Ídem.

del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía”. Como concluyen Díez-Picazo y Gullón, se trata de una cuestión de “equilibrio dependiente de la prudencia de la política gobernante”¹⁸.

En nuestro concepto dicen bien los autores bajo comentario cuando afirman que es “la naturaleza del hombre” y el respeto a la persona lo que exige el reconocimiento jurídico-normativo de la autonomía de la voluntad. En efecto, en tanto ser individual y libre, el ser humano tiene el consiguiente poder de expresar sus decisiones libres para el efecto de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Pero, en tanto simultáneamente consiste en un ser coexistencial, el ejercicio de la libertad, expresado en la manifestación de voluntad, tiene el límite del interés o libertad de los “otros” seres humanos que con él conviven en comunidad.

De conformidad con el ordenamiento jurídico hispano, los autores antes citados señalan tres límites a la autonomía de la voluntad. Ellos son la ley, la moral y el orden público. Pero, a continuación subrayan a este respecto que lo primero que se observa es “la falta de fijeza absoluta de los límites de la autonomía”. Ellos son líneas fluctuantes porque “tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de derecho privado son variables que están en función de la coordenadas históricas vigentes”. De este hecho derivan que es relevante el papel del juez como intérprete de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época. Los supuestos tan abiertos de estas normas, comentan, son el origen de inseguridad jurídica, con lo que los institutos jurídicos corren el riesgo de “funcionalizarse según los criterios del juez”¹⁹.

En cuanto a la relación entre “libertad” y “autonomía de la voluntad” consideramos lúcidas las expresiones de Díez-Picazo y Gullón cuando, a diferencia de otros autores, precisan que no es lo mismo “autonomía privada” y “libertad”. La libertad significa reconocer a la persona una esfera de actuación, un “poder hacer” en términos generales. La autonomía de la voluntad supone reconocerle al individuo “soberanía para gobernar la propia esfera jurídica”. Aunque los autores no lo explicitan, se deduce de estas expresiones que la libertad es un genérico “poder hacer”, mientras que la autonomía de la voluntad, además de sustentarse en la libertad en cuanto es un aspecto de dicho “poder hacer”, requiere del derecho para determinar la eficacia, el poder vinculante y la calidad preceptiva de aquel “hacer” o acto en que se manifiesta la libertad. La “autonomía de la voluntad” sería, así, la libertad referida al ámbito del “poder de gobierno de la propia esfera jurídica”.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 378 y 379.

¹⁹ *Ibid.*, p. 379.

Pero, además de lo anteriormente expresado en precedencia los mencionados autores, con clarividencia que nos entusiasma y que demuestra una estrecha aproximación al conocimiento de la estructura del ser humano, más allá de las comunes abstracciones que se suelen formular sobre él, nos dicen que el ejercicio de la autonomía de la voluntad no requiere tan sólo del “querer”, en que consiste la voluntad, sino “de las demás potencias del individuo”²⁰. Es totalmente acertada la observación de los autores bajo comentario, a la cual nos hemos referido en su lugar. Cabe reiterar que el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en la libertad, por lo que actúa como tal, como una unidad, empleando todas sus energías o potencias puestas al servicio de su ser que es libertad. Es por ello que resulta ajustado a la experiencia el dicho de Díez-PICAZO y GULLÓN en el sentido que el ser humano, para ejercer la llamada “autonomía de su voluntad”, requiere de “todas sus potencias”. Es decir que el ser humano para realizar su libertad, para exteriorizarla en actos, se vale de su cuerpo o soma, de su intelecto y de sus sentimientos. O sea que no es suficiente ni única la voluntad para llevar a cabo un acto jurídico cualquiera.

Otros autores, tal vez la mayoría, no son tan claros ni explícitos como Díez-PICAZO y GULLÓN y más bien dejan la materia en un impreciso claroscuro o tienden a confundir, mezclar o equiparar “autonomía de la voluntad” con “libertad”.

IV. ¿AUTONOMÍA DE LA “VOLUNTAD” O AUTONOMÍA DE LA “PERSONA”?

Una aproximación a la cuestión relativa a determinar el supuesto o presupuesto de la llamada “autonomía de la voluntad” nos obliga, al igual que lo hacen Díez-PICAZO y GULLÓN, a dejar constancia que con la expresión “autonomía de la voluntad” se incurre en un equívoco. En efecto, no es que la “voluntad” sea autónoma sino que es la persona, en sí misma, quien está dotada de “autonomía” en cuanto su ser es *ser libertad*. La voluntad es dependiente de una decisión libre. Ella se constituye en uno de los instrumentos propios de la naturaleza unitaria y psicosomática del ser humano del cual se vale la libertad, que es su núcleo existencial, para convertir su potencial decisión o elección u opción en actos, en manifestaciones fenoménicas, en conductas humanas intersubjetivas.

20 Hemos sostenido que para profundizar en lo jurídico se requiere conocer, lo mejor posible, al ente que es el creador, protagonista y sujeto del derecho. Sólo se puede explicar el sentido del derecho a partir de la consideración que éste es una exigencia existencial del ser humano. De otro lado, para proteger a cualquier ente es necesario conocer su naturaleza. Con mayor razón al ser humano, de suyo rico, complejo e impredecible.

La voluntad, como el psiquismo en general, no es *per se* autónoma sino que asume un rol instrumental al servicio de las decisiones libres de la persona. No es un fin, sino tan sólo un medio. Y, como está dicho, no es sólo la voluntad sino toda la envoltura psicosomática la que está comprometida en la realización de las decisiones libres de la persona. La libertad es el ser mismo del hombre, lo que lo diferencia de los demás seres del mundo en que vivimos y nos movemos. No se le puede, por tanto, ni equiparar ni confundir ni mezclar con la voluntad instrumental.

La “autonomía”, en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona en cuanto ser libre. Le es inherente. La autonomía o la autarquía están en el ámbito de la libertad. El ser humano es autónomo o autárquico porque su ser es *ser libertad*. Pero, si bien esto es así, no seremos nosotros ni será esta la oportunidad en que dejemos de utilizar la equívoca expresión de “autonomía de la voluntad”, aunque del texto de este trabajo fluya su particular calidad. La “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad” es una expresión acuñada en el tiempo, consagrada por su uso constante y que quiere significar, como está dicho, un “poder para gobernarse a sí mismo en la esfera jurídica”. Por consiguiente, debemos esperar que la idea madure, que exista un cierto mínimo consenso entre los autores para, luego de sistematizar la materia, evitar el equívoco puesto de manifiesto.

V. LIBERTAD Y VOLUNTAD, ¿SON EQUIPARABLES?

Reafirmamos que, desde nuestro punto de vista, tienen razón Díez-PICAZO y GULLÓN cuando diferencian lo que es la “libertad” de aquello en que consiste la “voluntad”.

Los autores hispanos antes mentados distinguen, como está dicho, la voluntad, que es un “querer”, que se ubica en el ámbito del psiquismo dentro de la envoltura psicosomática, de la libertad. La libertad, como se ha señalado, es potencial poder de decisión, de elección, de opción. La voluntad, como el intelecto, los sentimientos y el soma o cuerpo, son instrumentos para realizar dichas decisiones, para convertir la potencia en acto, para hacer expresa la libertad en el mundo. Una realidad es la decisión, considerada en sí misma, y otra su concreción a través del acto en el mundo fenoménico.

La libertad es el sustento o fundamento de la voluntad. La autonomía que goza la persona en la esfera de las relaciones jurídicas encuentra en ella su fuente generadora. La llamada “autonomía de la voluntad” es una realidad básica y fundamental de lo jurídico, un principio de derecho. El acto, producto de una decisión libre y actuado por la voluntad y las demás potencias o energías

de la persona, se exterioriza en el mundo. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se centrará jurídicamente en la validez, en el poder vinculante y en la calidad preceptiva de los actos que se sustentan, en última instancia, en la libertad.

VI. LA LIBERTAD COMO SER DEL HOMBRE

Para justificar lo que se viene sosteniendo en cuanto a la diferencia entre “libertad” y “voluntad”, así como para determinar sus relaciones, es necesario reflexionar sobre lo que significan ambos términos.

En anteriores oportunidades nos hemos referido a la libertad para fundamentar diversos institutos jurídicos. Es el caso, por ejemplo, del “proyecto de vida”²¹ o de la “capacidad de goce”²², entre otros. En la huella de los más autorizados y representativos filósofos del siglo XX, hemos tratado de aproximarnos a lo que ella significa en tanto *ser* del hombre. Una libertad que es indefinible, que no la podemos colocar ante nosotros, como un objeto cualquiera, para mirarla, analizarla y describirla. La libertad se percibe a través de sus actos, se le encuentra en el hontanar de nuestras más recónditas y trascendentales vivencias. Como anota MANUEL RÍO, la libertad se aprehende en el momento supremo de la elección: “En esa reflexión sobre sus actos, por la cual el espíritu toma conciencia de sí mismo, se aprehende libre, reconociéndose así en la vivencia con la cual, exclusivamente, se identifica”²³.

A la libertad se le intuye, se le vive, se le siente, pero es indemostrable²⁴. Para conocer la libertad, dentro de estos alcances, hay que vivirla, hay que tener una personal experiencia de ella. Se le sensibiliza desde “adentro”, de raíz.

La dificultad para aprehender la libertad, en cuanto ser del hombre, explica el que muchos seres humanos pasen por la vida sin tener conciencia de su ontológica calidad de seres libres. La dificultad se acentúa porque sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello sólo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquellas en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano. Como anota MARCEL, la libertad sólo se le aprehende

21 CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO. “Daño al proyecto de vida”, en *Derecho PUC*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1996; ID. “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año IV, n.º VI, Buenos Aires, La Ley, 2002.

22 ID. “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción?”, en *Jurisprudencia Argentina*, n.º 6185, Buenos Aires, 15 de marzo de 2000.

23 MANUEL RÍO. *La libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 320.

24 KARL JASPERS. *La fe filosófica*, Buenos Aires, Losada, 1969, p. 4.

en contadas ocasiones en la vida, sólo cuando “está en juego algo de real importancia”²⁵. El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. Se trata de la angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión²⁶.

Vale la pena, aunque sea someramente, recoger algunas expresiones de connotados pensadores contemporáneos en torno a la libertad. En el siglo pasado encontramos la palabra precursora y clarividente de SÖREN KIERKEGAARD, quien se refiere a la libertad como a una “bienaventuranza” que el hombre descubre “al volverse hacia adentro”. La libertad es, según nuestro autor, el “tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy *libertad*”²⁷. Se trata de una libertad “que no es nunca mera posibilidad: tan pronto como es, es real”²⁸. Para KANT, la persona “es *libertad* con independencia del mecanismo de toda naturaleza”. Ella es un fin en sí misma y no un mero instrumento.

Para el filósofo español XAVIER ZUBIRI, la *libertad* es la situación ontológica de quien existe desde el ser. Ella no es ni una propiedad ni un atributo, es el ser mismo del hombre²⁹. El ser de la persona es, para SCHELER, “el centro del espíritu”. El espíritu supone “independencia, *libertad* o autonomía esencial —o la del centro de su existencia— frente a los lazos y a la presión de lo orgánico, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y, por ende, también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”³⁰.

SARTRE es rotundo cuando afirma directamente que “la *libertad* no es un ser: es el *ser del hombre*”³¹. De ahí que SARTRE pueda expresar que “no somos libres de dejar de ser libres”³², así como que “el hombre no podría ser tan pronto libre como esclavo: es por entero siempre libre o no es”³³. SARTRE, sintetizando su vivencia, exclama: “Yo soy mi libertad”³⁴. El filósofo galo afirma que “somos una libertad que elige, pero no elegimos ser libres: nosotros estamos condenados a la libertad o, como dice HEIDEGGER, ‘abandonados’”³⁵.

25 GABRIEL MARCEL. *El misterio del ser*, Buenos Aires, Sudamericana, 1953, p. 298.

26 FRANCISCO MIRÓ QUESADA CANTUARIAS designa “ontostesia”, que es un estado emocional, la vía cognoscitiva para sensibilizar el ser libertad. Cfr. *Ensayos, I, Ontología*, Lima, Imprenta Santa María, 1951, pp. 27 y 28.

27 SÖREN KIERKEGAARD. *El concepto de la angustia*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1943, p. 118.

28 *Ibíd.*, p. 26.

29 XAVIER ZUBIRI. *Naturaleza, Historia, Dios*, Buenos Aires, Poblet, 1948, p. 390.

30 MAX SCHELER. *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires, Losada, 1943, p. 131.

31 JEAN PAUL SARTRE. *El ser y la nada*, t. III, Buenos Aires, Ibero Americana, 1949, p. 20.

32 *Ibíd.*, p. 19.

33 *Ibíd.*, p. 20.

34 *Id.* *Les chemins de la liberté. Le sursis*, Paris, Gallimard, 1945, pp. 34 a 558.

35 *Id.* *El ser y la nada*, cit., p. 84.

La libertad no es una esencia sino una potencia constitutiva que no admite ser encerrada en una definición. Es el fundamento de todas las esencias. La denominación misma de “libertad” es peligrosa, “si se debe entender que el vocablo conduce a un concepto, como ocurre ordinariamente con los vocablos”. La libertad no es un concepto cuyo contenido sea un determinado ente. Por ello es que SARTRE puede decir que la libertad es “innombrable”. En la libertad la existencia precede a la esencia. De ahí que, siendo la libertad indefinible e innombrable, motiva el que SARTRE se pregunte si será también indescriptible³⁶.

Para HEIDEGGER, “este ente que somos en cada caso nosotros mismos [...] lo designamos como ‘ser ahí’”. Su analítica existencial es “anterior a toda psicología, antropología y mucho más a la biología”³⁷. Según HEIDEGGER, la libertad es intrínseca al hombre, es el principio y el fundamento del ser del hombre. El hombre no posee la libertad como una propiedad sino que, por el contrario la libertad posee al existente (*Dasein*). Persona, dice el filósofo alemán, “no es ser cosa, un ser sustancial. El ser de la persona tampoco puede reducirse a ser un sujeto de actos racionales sometidos a ciertas leyes”³⁸.

El “ser ahí” es, según HEIDEGGER, en cada caso “aquello que él puede ser y tal cual él es su posibilidad”. La posibilidad “en cuanto existencial no significa el ‘poder ser’ libremente flotante en el sentido de la *libertas indifferentiae*”. El “ser ahí” es posible entregado a la responsabilidad de sí mismo. Añade que “el ‘ser ahí’ es la posibilidad del ser libre para el más peculiar ‘poder ser’”³⁹. Matiza esta expresión diciendo que en el “pre-ser-se” como “ser relativamente al más peculiar ‘poder ser’ reside la condición ontológico-existencial de la posibilidad del ser libre para posibilidades existenciales propias”. Más, “en tanto este mismo ser relativamente al ‘poder ser’ resulta determinado por la *libertad*...”⁴⁰.

La *libertad*, en síntesis y al decir de los filósofos que hemos citado y en virtud de nuestra personal experiencia, constituye nuestro propio *ser*.

VII. LA LIBERTAD Y SU INSTRUMENTAL PSICOSOMÁTICO

Los pensadores a los que hemos hecho referencia en el párrafo anterior coinciden en que la libertad, como centro existencial o espiritual del ser humano, no está atado ni sujeto a su naturaleza, a su vida o al mundo. Así, hemos apreciado

³⁶ Ibid., pp. 16 y 17.

³⁷ MARTIN HEIDEGGER. *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 53.

³⁸ Ibid., p. 56.

³⁹ Ibid., pp. 166 y 167.

⁴⁰ Ibid., p. 233.

cómo SCHELER sostiene que la libertad, en cuanto centro existencial del ser humano, es independiente o autónoma frente a “los lazos y a la presión de lo orgánico, de la vida y de todo lo que pertenece a la vida y, por ende, también de la inteligencia impulsiva propia de ésta”. En el mismo sentido se pronuncia KANT cuando afirma, como lo hemos glosado, que el ser-libertad actúa “con independencia del mecanismo de toda naturaleza”. Para HEIDEGGER, como se ha citado, el “ser ahí” (el ser humano) no “puede reducirse a ser un sujeto de actos racionales sometidos a ciertas leyes”. La libertad es independiente de su envoltura psicosomática, es decir, de la psique y del cuerpo en sentido estricto (*soma*).

Es importante distinguir en la libertad, no obstante que es una, dos instancias o momentos. La primera, es aquella que se instala en el centro existencial del ser humano y que es pura potencial decisión o elección ante la infinitud de posibilidades existenciales que le ofrece el mundo y su relación con los demás seres. Es ésta la libertad que no está sujeta a ningún condicionamiento. En una segunda instancia, la libertad, que tiene vocación de realizarse, se exterioriza a fin de alcanzar la realización o concreción de las decisiones que se ha propuesto, que ha proyectado. Para llevar adelante su elección, el ser humano se vale de su envoltura psicosomática, de su cuerpo y de su psique, de los “otros” así como de los objetos mundanales. Todos ellos aparecen como instrumentos para la realización de las decisiones libres del ser humano.

En síntesis, el primer tramo de la libertad es una potencia constitutiva en cuanto mera decisión o elección, y el segundo es la conversión de dicha potencia en acto. El acto es la expresión de la libertad ontológica. Es la libertad hecha acción.

No siempre las decisiones libres se realizan, se convierten en actos, en comportamientos o conductas humanas intersubjetivas. El segundo tramo de la libertad, es decir, el intento de convertir la potencia decisional en acto, puede encontrar diversas resistencias provenientes de la propia envoltura psicosomática, del mundo o de los “otros”, por lo que los proyectos libremente elegidos pueden frustrarse, total o parcialmente. El truncamiento del proyecto supone no alcanzar el fin propuesto.

El ser libre, por lo expuesto, no significa que pueda actuar siempre de acuerdo a sus íntimas decisiones. KIERKEGAARD se refiere a esta situación donde el instrumental puede volverse en contra de las decisiones de la persona en vez de servirle para su realización. Así, sobre el particular escribe que la libertad “no es alcanzar esto y aquello en el mundo, llegar a ser rey y emperador y vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy *libertad*”⁴¹.

41 KIERKEGAARD. *El concepto de la angustia*, cit., p. 118.

SARTRE expresa al respecto que “ser libre” no significa “obtener lo que se quiera”, sino “determinarse a querer (en su sentido más amplio de elegir) por sí mismo”, y agrega que “el éxito no interesa en ningún modo a la libertad”⁴².

La voluntad conforma una de las potencias psicosomáticas puestas al servicio de la libertad para la realización del ser humano, para la transformación de las potenciales decisiones libres en actos, en conductas humanas intersubjetivas. La voluntad, por consiguiente, ni es equiparable ni se reduce a la libertad. La autonomía o autarquía del ser humano no radica en la voluntad sino en el ámbito de la libertad. De donde resulta impropio, como está dicho, aludir a la “autonomía de la voluntad”.

VIII. LA LIBERTAD, LA VOLUNTAD Y EL ACTO “JURÍDICO”

Es bueno advertir que cuando anteriormente nos hemos referido a instantes o tramos de la libertad, ello sólo ha significado señalar teóricamente un orden de precedencia de uno sobre el otro, pero no el que se presenten en dos tiempos diferentes. Es un único proceso. La libertad originaria, en este sentido, no es anterior al acto sino “un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad o de la pasión, y que éstas *manifiestan* cada una a su manera”. La libertad no es otra cosa “que la *existencia* de nuestra voluntad o de nuestras pasiones...”⁴³.

La voluntad, como se ha reiterado, no es una manifestación ni única ni privilegiada de la libertad sino que es un acontecimiento psíquico con estructura propia. La voluntad, por ello, se constituye en el mismo plano que los otros instrumentos de la libertad originaria y fundante. La voluntad, como sintetiza SARTRE, “está sostenida, ni más ni menos que los otros, por una libertad originaria y ontológica”.

Es muy claro el filósofo francés cuando afirma, tal como se ha señalado, que la voluntad “se presenta como decisión *reflexionada* con relación a ciertos fines”. Es decir que, como lo psicosomático es una unidad inescindible, toda voluntad conlleva una reflexión. Habría que agregar, con el mismo argumento, que en toda voluntad reflexionada (dotada de discernimiento) se anida también un sentimiento o una pasión. Aún más, podemos observar que nuestra decisión hecha acto compromete también, en alguna medida, nuestro propio soma.

Por lo expuesto, cuando nos referimos al acto “jurídico” como un acto “voluntario” estamos haciendo dos afirmaciones simultáneas. La primera, que

42 SARTRE. *El ser y la nada*, cit., p. 82.

43 *Ibíd.*, p. 25.

el acto “jurídico”, como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es mi existencia, y la segunda, que la voluntad no se presenta o se da solitaria sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de mi psique. Es decir, con el discernimiento o inteligencia y con nuestros sentimientos o pasiones.

Lo expresado anteriormente significaría, en primer término, que cuando decimos que el acto jurídico es un acto “voluntario” estamos afirmando, implícitamente, que es la expresión fenoménica, es decir, en el mundo exterior, de la libertad ontológica en cuanto pura decisión o elección. En otros términos, aludimos a que se trata de la libertad hecha acto. El acto “voluntario” es, de suyo, un acto que es expresivo de la libertad. Estimamos que debemos tener presente esta situación cuando, en otra sede y en otra ocasión, analicemos los supuestos, elementos y requisitos del acto “jurídico”. Si es que éste aún conserva vigencia.

El acto “voluntario” se distingue de la espontaneidad “no voluntaria” en que esta última es conciencia puramente irreflexiva de motivos, mientras que para el acto voluntario se requiere de una conciencia reflexiva que perciba el móvil como objetivo. En el acto voluntario están presentes dichos elementos.

De lo expuesto se comprende el que VÉLEZ SARSFIELD, en el Código Civil argentino de 1869, aluda, con razón, a que el acto jurídico, que es voluntario, contiene como elemento interno la nota del discernimiento así como la de la intencionalidad, la misma que presupone un fin. Hemos apreciado que ello, de suyo, es así tratándose de un acto “voluntario”. En lo que nos parece que VÉLEZ está errado es en el hecho de considerar que la libertad se equipara, como si fuese un elemento interno más del acto, con el discernimiento y la intencionalidad. No repetiremos los argumentos expuestos en el sentido que la libertad es el dato fundante, originario, del acto voluntario y, por consiguiente, del discernimiento y del fin propuesto que integran dicho acto.

Estas son, en consecuencia y a nuestro entender, las relaciones existentes entre la libertad, la voluntad y los demás elementos del psiquismo y del propio soma en trance de convertir la potencia fundante, en que consiste la libertad, en acción, en actos o negocios jurídicos.

IX. LA LIBERTAD COMO SUPUESTO DE LA LLAMADA “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto cabe anotar en síntesis y en primer término, coincidiendo con SARTRE y con DíEZ-PICAZO y GULLÓN, que no podemos sostener que la voluntad sea “autónoma”. Lo único autónomo es la libertad, en cuanto ser del hombre, que es incondicionada, y que ontológicamente

es potencialidad para decidir, elegir u optar entre un abanico de posibilidades existenciales que se le presentan al ser humano como “ser-en-el-mundo”. Sólo se puede predicar “autonomía”, por consiguiente, de la persona en cuanto ser libre, capaz de valorar y de elegir.

En segundo término cabe sostener que la voluntad, como los demás aspectos del psiquismo y el propio soma, que constituyen la envoltura psicosomática de la libertad, encuentra su fundamento o supuesto en la libertad, que no es una esencia sino una potencia. La voluntad, que está al servicio de la libertad, es un instrumento que, por lo demás, no es ni el único ni el privilegiado para que el ser humano convierta sus decisiones libres en actos. La libertad es, conjuntamente con los otros integrantes del psiquismo, un medio para dar cumplimiento a los proyectos, para alcanzar los fines propuestos por la libertad.

En tercer lugar cabe señalar que la libertad es incondicionada, mientras que tanto la voluntad como los otros elementos de la psique y el propio soma o cuerpo, contrariamente a lo que sucede con la libertad ontológica, están condicionados. Ello, en la medida que el ser humano encuentra las más variadas resistencias para realizar sus decisiones libres, para concretar en actos sus proyectos, para alcanzar sus fines. De ahí que se diga que la libertad no es absoluta, en el sentido que no siempre se tiene éxito sino más bien se producen frustraciones al momento de convertir la potencia en acto, la decisión libre en acción. La libertad, por ello, y tal como alguien lo dijera y ahora recordamos, es como un ave que necesita de la resistencia del viento para volar.

De lo dicho se desprende que una decisión libre puede no cumplirse, puede no convertirse en acto, pero también puede comprobarse que el acto, por diversos condicionamientos actuantes sobre la voluntad y los otros elementos del psiquismo, puede ser intrínsecamente contrario o diferente a aquella decisión. En esta situación, por acción de la violencia o la intimidación, que actúan sobre la voluntad, no existe la deseada correspondencia entre lo actuado y la decisión libre. La voluntad, en este caso, por las razón expuesta, se opone al cumplimiento de la decisión, se alza como una resistencia que impide su cumplimiento y que más bien plasma en acto un fin no elegido. La voluntad ha sido forzada, distorsionada, obligada a concretarse en un acto contrario a la libre opción del sujeto. Ello no implica un cambio o variación en la decisión originaria sino la imposibilidad de cumplirla por una acción externa sobre su voluntad instrumental.

De lo expuesto se concluye, por consiguiente y en cuarto lugar, que no es exacto que la violencia o la intimidación actúen sobre la libertad. Ello no es así porque la libertad, en cuanto potencia, es pura decisión incondicionada. Lo que está sujeto a condicionamientos son los instrumentos de que se vale dicha libertad potencial y constitutiva para convertirse en acto. Es decir, la envoltura

psicosomática de la libertad. De ahí que existan decisiones que no logran convertirse en actos o actos contrarios a las libres opciones del ser humano.

En quinto lugar, cabe señalar que la libertad y el acto se dan en un mismo proceso, que constituyen una unidad. Es decir que la decisión y los instrumentos a su servicio se presentan contemporáneamente. Que un orden de precedencia tiene sólo sentido para expresar que la libertad originaria es el supuesto de todo lo demás. Ello, en tanto el humano es una unidad psicosomática, inescindible, sustentada en su libertad.

Finalmente, y en sexto lugar, de todo lo expuesto en estas páginas se deduciría, como conclusión estelar, que la “autonomía” radica en la persona en cuanto ésta es un *ser libertad*. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica la autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la “voluntad” y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la “autonomía” de la “voluntad”. En todo caso, esta expresión debería entenderse como que la “voluntad” es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano.

Estimamos que el tema de la llamada “autonomía de la voluntad”, sobre la base de todo lo expuesto en estas páginas y de los materiales en ellas recogidos, merecería de parte de nosotros, los juristas, un repensamiento sistematizador.

La vía está expedita. La aventura, por la importancia del tema tratado, no deja de ser atractiva y hasta necesaria. La imaginación no reconoce límites. Cuando nos hallamos frente a un reto, como el propuesto, el afán de búsqueda no encuentra sosiego. El debate, por ende, está abierto. Corresponderá a los destinatarios de estas páginas considerar si vale la pena. Nosotros creemos que sí.

ENRICO GABRIELLI

*“Aliud pro alio” e difetto di conformità
nella vendita di beni di consumo**

Il titolo e il contenuto di questa relazione trae origine, e riprende, i termini di una *querelle* — e del conseguente e connesso problema sia teorico, sia applicativo — di recente sorto in dottrina a seguito dell'introduzione nel codice civile italiano degli articoli 1519 *bis* e seguenti, sulla vendita di beni di consumo, in attuazione, con decreto legislativo 2 febbraio 2002 n.° 24 della Direttiva europea 1999-44-CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo.

Il problema si può sintetizzare nell'interrogativo se nell'ambito della vendita di beni mobili ai consumatori¹ la (tradizionalmente) autonoma fattispecie di violazione del contratto di vendita, nota come *aliud pro alio datum* (cioè la consegna di cosa diversa da quella convenzionalmente pattuita nel contratto), sia stata assorbita dalla nuova, ampia e onnicomprensiva nozione di “conformità al contratto” di cui all'articolo 1519 *ter*, e quindi se sia stata coerentemente sottoposta (unitamente alle ipotesi dei vizi e della mancanza di qualità essenziali o promesse) alla disciplina ivi prevista, soprattutto per quanto riguarda i termini *ex* articolo 1519 *sexies* e i rimedi *ex* articolo 1519 *quater* C. C.

II. L' “ALIUD PRO ALIO DATUM” NEL QUADRO DELLE VIOLAZIONI DEL CONTRATTO DI VENDITA

Il concetto di *aliud pro alio*, come è stato autorevolmente sottolineato², “è una escogitazione della pratica, insoddisfatta delle tutele predisposte per il compratore con la normativa dei vizi e della mancanza di qualità, e rimasta inappagata anche dopo le illusioni suscitate dal passaggio dal vecchio al codice vigente”, così che, per rimediare alla carenza di tutela o alla difficoltà (dettata dai ristretti termini di decadenza e di prescrizione delle azioni edilizie) di una tutela più ampia (e comunque più prolungata nel tempo) del compratore, la giurispru-

* Relazione presentata al Convegno su “La vendita di beni di consumo e servizi” tenutosi il 23 maggio 2003 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “Tor Vergata”. Lo scritto è destinato al *Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*.

I Alla “vendita dei beni di consumo” è intitolato il capo 1 *bis*, sebbene attenta dottrina (DE NOVA, *sub art. 1519 bis*, in ALPA, DE NOVA et al. *L'acquisto di beni di consumo*, Ipsoa, 2002, 17; LUMINOSO. *La compravendita*, 3.^a ed., Torino, 2003, p. 301) correttamente segnali come sarebbe più corretto parlare di “vendita di beni mobili al consumatore” visto che non sono le caratteristiche del bene ad attrarre la vendita nell'ambito della nuova disciplina, bensì le qualità dei contraenti e in principal modo quella di “consumatore”, che peraltro — sempre secondo questo autore — sarebbe da intendersi nel medesimo senso che in altre precedenti discipline (sulla nozione di consumatore, cfr. ora ampiamente E. GABRIELLI. “Sulla nozione di consumatore”, di prossima pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003).

2 P. RESCIGNO. Presentazione a E. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987.

denza ha, con orientamento costante e consolidato nel tempo, operato una tripla ripartizione e distinzione formale tra le fattispecie di "violazione" del contratto di vendita³: il "vizio redibitorio" di cui all'articolo 1490 C. C., che ricorre quando la cosa consegnata al compratore presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione, fabbricazione o conservazione, che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore; la "mancanza di qualità" ex articolo 1497 C. C., che si ha quando la cosa consegnata appartenga ad un tipo o ad una specie diversa da quella dovuta; la consegna di cosa diversa (c.d. *aliud pro alio datum*).

L'ultima fattispecie, che dà luogo all'ordinaria azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex articolo 1453 C. C., svincolata quindi dai più brevi termini di decadenza e prescrizione cui sono soggette le azioni ex articoli 1490 e 1497 C. C., secondo la ricorrente definizione della nostra Corte Suprema si ha quando la *res tradita* sia completamente diversa da quella pattuita, in quanto, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidonea ad assolvere alla destinazione economico sociale della *res vendita* e, quindi, a soddisfare in concreto i bisogni che determinarono l'acquirente ad effettuare l'acquisto, così degradando in un oggetto diverso da quello pattuito⁴.

D'altro canto, la ricordata distinzione, come peraltro ogni distinzione tra fenomeni diversi ma contigui, se agevole sul piano concettuale, ha suscitato numerose ed articolate riflessioni sui concreti criteri di individuazione dell'*aliud pro alio*, dato che, in ragione della varietà e variabilità delle situazioni dettate dalla

3 Volutamente si impiega qui il termine neutro di "violazione", per non entrare nel merito del dibattito sulla natura delle garanzie, nonché sui rapporti tra queste e la responsabilità per inadempimento (sul punto cfr., in generale, LUMINOSO. *La compravendita*, cit., pp. 210 e ss.). Tale discussione – già svolta con riguardo alla Convenzione di Vienna del 1980 (concludendosi per lo più in dottrina nel senso del superamento del sistema delle garanzie in favore del regime dell'obbligazione e della responsabilità per suo inadempimento) – è stata di recente ripresa proprio in occasione della introduzione della nuova disciplina sulla vendita di beni di consumo, segnatamente con riguardo alla previsione a carico del venditore di un "obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" (art. 1519 *ter*, co. 1), dibattendosi altresì, là dove si optasse per il superamento del sistema delle garanzie, sul contenuto di siffatta obbligazione, se "di conformità" o "di consegnare beni conformi": su questi aspetti cfr. in particolare AMADIO. "La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità", in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 2 e ss.; ID. "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 863 e ss.; DI MAJO. "Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo", in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 1 e ss.; LUMINOSO. "Appunti per l'attuazione della Direttiva 1999-44-CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita", in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 83 e ss.; ID. *La compravendita*, cit., pp. 320 e ss.

4 In parte della dottrina sembra ancora prospettarsi, sebbene timidamente, anche con riguardo alla vendita di beni di consumo, il tentativo di distinguere a fini disciplinari all'interno della categoria dell'*aliud pro alio* alcune ipotesi "più estreme" o "radicali" di *aliud* che sussisterebbero tutte le volte in cui si abbia consegna di cosa totalmente diversa (cfr. ad esempio LUMINOSO. *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999-44-CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 105).

realtà dei traffici e delle negoziazioni commerciali, è di frequente assai arduo stabilire quando ricorra l'una o l'altra ipotesi e quindi applicare in concreto le formule mediante le quali la distinzione tra le diverse fattispecie è stata teorizzata.

Sul piano dogmatico la consegna di *aliud pro alio* rappresenta una mancata realizzazione del programma negoziale costruito dalle parti nella singola e concreta operazione economica⁵, poiché la consegna di un bene diverso da quello contrattualmente descritto e dovuto impedisce che si realizzi la funzione concreta del contratto.

Il criterio di individuazione della "diversità" dev'essere allora quello che, mediante l'analisi della descrizione dell'oggetto del contratto⁶, al fine di individuare ed identificare la *res* contrattualmente dovuta, operi –attraverso il giudizio di conformità tra *res* dovuta e *res tradita*– un confronto ed un controllo tra i termini dell'originario assetto di interessi e la realizzazione in concreto del programma negoziale⁷.

Nella prospettiva che, per l'individuazione dell'*aliud pro alio datum*, fa capo all'interpretazione del negozio ed al controllo sulla realizzazione della sua funzione, occorre quindi distinguere tra negozi che, a causa della consegna della *res*, non realizzano la funzione programmata e negozi che invece realizzano una funzione diversa, poiché soltanto nel primo caso si è in presenza di un'ipotesi di consegna di cosa diversa.

Nella seconda ipotesi infatti la funzione concreta, seppure in misura o con modalità diversa da quella programmata, si realizza comunque, e quindi si è al di fuori della violazione in senso proprio dell'originario programma negoziale.

Nella linea costruttiva che riconduce all'interpretazione del negozio il significato della diversità dell'attribuzione traslativa, ai fini del controllo sulla funzione concreta, è comunque possibile enucleare alcune direttive che, tenendo conto delle caratteristiche e della natura dei singoli rapporti, siano in grado di rappresentare degli indici tendenziali di valutazione del programma negoziale e, conseguentemente, di individuazione della diversità della cosa consegnata⁸.

5 E. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, pp. 108 e ss.; nello stesso senso cfr. ora C. M. BIANCA. "Postilla" (al saggio di S. PATTI), *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 629.

6 Cfr. E. GABRIELLI. "L'oggetto del contratto", in *Il Codice Civile. Commentario*, SCHLESINGER (dir.), Milano, 2001, pp. 46 e ss.

7 Cfr. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, cit., spec. pp. 142 e ss.; nello stesso senso cfr. ora CATAUDELLA. *I contratti. Parte generale*, 2.^a ed., Torino, 2000, p. 28.

8 Tali indici, unitamente alla tecniche di interpretazione del contratto (quale ad es. il principio di buona fede *in executivis*), possono isolatamente o unitariamente far capo, di volta in volta, al confronto tra prezzo pattuito e prezzo di mercato; al costo della riparazione o della modificazione per l'uso e la destinazione della cosa; alla natura della cosa e al modo della sua utilizzazione; alla qualità delle parti nella concreta vicenda attuativa del rapporto (cfr. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, cit., pp. 171 e ss.).

III. IL DIFETTO DI CONFORMITÀ NELLA VENDITA DI BENI DI CONSUMO

Secondo l'articolo 1519 *ter* C. C., il venditore è obbligato a consegnare al consumatore *beni conformi al contratto* di vendita⁹.

Ai sensi del secondo comma dell'articolo 1519 *ter*, si presume che i beni siano conformi allorché:

- a. Siano *idonei all'uso* al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
- b. Siano *conformi alla descrizione* fatta dal venditore e *possiedano le qualità* del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
- c. *Presentino le qualità e le prestazioni abituali* di un bene dello stesso tipo, e
- d. *Siano idonei all'uso particolare* voluto dal consumatore, da questi portato alla conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e dal venditore accettato.

L'articolo 1519 *quater* individua i rimedi a disposizione del consumatore per il caso di difetto di conformità.

Il consumatore ha la possibilità di scegliere tra *riparazione* o *sostituzione* (rimedi tesi, secondo il legislatore, a soddisfare il diritto del consumatore al *ripristino*), a meno che uno di essi non risulti impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro (art. 1519 *quater*, co. 3); la *congrua riduzione del prezzo* o la *risoluzione* possono invece essere domandati solo in via sussidiaria o successiva, quando cioè il ripristino non possa essere ottenuto (perché impossibile o eccessivamente oneroso) o non abbia soddisfatto il consumatore (art. 1519 *quater*, co. 7).

Ai sensi quindi dell'articolo 1519 *sexies*, comma 2, il consumatore deve a pena di decadenza denunciare al venditore il difetto di conformità entro due mesi dalla scoperta del difetto; mentre l'azione si prescrive in ventisei mesi dalla consegna del bene (art. 1519 *sexies*, co. 4).

9 Va ricordato che (come peraltro già prospettato nella ricostruzione sistematica della fattispecie dell'*aliud pro alio* nei negozi giuridici: cfr. GABRIELLI. Op. cit., pp. 8 e ss.), per espressa volontà del legislatore, oggi, la disciplina delle garanzie (e conseguentemente il problema della distinzione tra *aliud pro alio* e difetto di conformità) non si applica solo alla vendita ma anche alla permuta, alla somministrazione, all'appalto, al contratto di opera e a “tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre” (art. 1519 *bis*, co. 1, C. C.). Al riguardo si segnala (DE NOVA, sub art. 1519 *bis*, cit., p. 17) come il legislatore abbia impiegato la tecnica di legiferare non già per tipo contrattuale, bensì per gruppo di contratti. Per un'approfondita analisi delle fattispecie contrattuali incluse nella disciplina, cfr. A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, pp. 8 e ss.

IV. “ALIUD PRO ALIO” E DIFETTO DI CONFORMITÀ NELLE OPINIONI DELLA DOTTRINA

Alla luce della nuova disciplina così introdotta in tema di beni mobili di consumo, se da un lato in dottrina è sostanzialmente pacifico che la nuova nozione di difetto di conformità include in sé indistintamente sia l'ipotesi di vizi materiali della cosa, sia quella di mancanza di qualità (e non comprende invece, secondo una tradizionale impostazione¹⁰, i vizi giuridici della cosa)¹¹, notevoli dubbi sono emersi circa la “sorte” dell'*aliud pro alio* nella vendita di beni di consumo, sulla base della premessa (peraltro da verificare) che, almeno all'apparenza, il difetto di conformità si presenta come nozione idonea a ridurre ad unità (sottoponendole alla medesima disciplina) tutte le ipotesi di violazione del contratto di vendita (e dunque vizi, mancanza di qualità e, appunto, *aliud pro alio*).

A. LE TESI CONTRARIE ALL'AUTONOMIA DELL'“ALIUD PRO ALIO”

Secondo alcuni commentatori, l'*aliud pro alio* avrebbe cessato (almeno limitatamente alle vendite di beni di consumo) di godere di autonoma rilevanza giuridica, risultando inevitabilmente accomunato ai vizi e alla mancanza di qualità nella nozione unitaria di “difetto di conformità”. Da qui, tra le altre conseguenze in termini di disciplina, rileva la necessità di una denuncia nei termini da parte del compratore anche nei casi in cui la cosa consegnata sia radicalmente diversa, costituendo appunto un *aliud*. Nonché, è da aggiungere, la concessione all'acquirente-consumatore dei rimedi nel rispetto della gerarchia prevista dall'articolo 1519 *quater*, con il limite dunque della impossibilità o eccessiva onerosità dei rimedi ripristinatori.

Questa tesi non è a dire il vero adeguatamente motivata, perché i suoi sostenitori si limitano a richiamare, postulandola sulla base di una mera argomentazione nominalistica (peraltro contraddetta, sullo stesso terreno argomentativo, dalla considerazione che la nozione di “non conformità” non equivale sul piano formale a quella di “diversità”), la natura onnicomprensiva della categoria del

¹⁰ Cfr. E. GABRIELLI. “Evizione, garanzia e la teoria dei vizi del diritto”, in ID. *Studi sui contratti*, Torino, 2000, pp. 105 e ss.

¹¹ Cfr., tra gli altri, G. DE CRISTOFARO. *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, pp. 128 a 130; LUMINOSO. *La compravendita*, cit., pp. 308 e ss.; ZACCARIA e DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, cit., pp. 9 a 40; LEO, sub art. 1519 *ter*, in ALPA, DE NOVA et al. *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 22.

difetto di conformità, della quale tuttavia non si fanno carico di indicare la consistenza normativa, oppure si rifanno esclusivamente ad argomenti di natura teleologica (peraltro facilmente controvertibili), dimenticando il significato, anche in termini applicativi, del dato normativo.

Nell’indicato panorama argomentativo, qualcuno (seppur con riguardo alla direttiva, prima della sua attuazione) muove dalla nozione unitaria di “non conformità” o di “difetto di conformità” in cui sarebbero attratte tutte le ipotesi prima eventualmente differenziate (vizio occulto, mancanza di qualità, *aliud pro alio*), per operare un parallelo con la nozione, anch’essa ritenuta unitaria, di “non conformità” di cui all’articolo 35 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, e quindi per concludere nel senso che “il giurista italiano dovrà dunque dimenticare definitivamente la figura dell’*aliud pro alio*”¹².

Ciò che questa tesi però non spiega è proprio il concetto fondamentale che andrebbe dimostrato, e cioè l’unitarietà della nozione di difetto di conformità, anche considerando che l’invocato “precedente” della vendita internazionale non solo non è stato anch’esso univocamente interpretato, sussistendo in dottrina autorevoli voci contrarie all’inclusione della consegna di cosa totalmente diversa nella nozione di “non conformità”¹³, ma riguarda altresì una disciplina che ha pretese di generalità e non già circoscritta, com’è quella sulla vendita di beni di consumo, a “taluni aspetti” della fattispecie contrattuale.

Il nucleo della tesi proposta da altra dottrina, per approdare pur sempre all’assorbimento dell’*aliud pro alio* nel difetto di conformità, sta invece nell’idea che il difetto di conformità sia un inadempimento, e che dunque la disciplina sia disciplina contro l’inadempimento contrattuale. Se così è –si osserva–, non sarebbe possibile “invocare una disciplina diversa per una fattispecie di inadempimento che risulta espressamente disciplinata, nella materia in esame, come mancanza di conformità. La norma speciale, dettata per la vendita tra profes-

12 M. BIN. “Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria”, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, pp. 405 e 406; cfr. ID. “La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 755 e ss., dove si concludeva anche qui per la unitarietà della nozione di “non conformità”. In senso conforme, ZACCARIA e DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 38; LEO, sub art. 1519 *ter*, cit., p. 22.

13 Cfr. infatti C. M. BIANCA. sub art. 35, in C. M. BIANCA (a cura di). “Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili”, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 147, il quale –sebbene prima parli di nozione unitaria comprensiva anche dell’*aliud pro alio*– precisa poi che “né il testo della Convenzione né le esigenze del commercio internazionale impongono di ravvisare una consegna inesatta anche quando ciò che è stato consegnato non ha niente in comune con quanto previsto dal contratto”; secondo l’autore non v’è dunque “inesatta esecuzione” quando “i beni consegnati sono totalmente diversi da quelli dovuti”.

sionista e consumatore, prevale su quella generale, che contempla, secondo il diritto vigente, la distinzione tra vizi e (*aliud pro alio datum*) inadempimento”¹⁴.

Nell’opinione di questa dottrina, d’altronde, la soggezione del compratore, anche in caso di *aliud*, all’onere di denuncia (peraltro sufficientemente ampio, dato che è pari a due mesi dalla scoperta del difetto) sarebbe giustificata sia in termini di certezza e razionalità del sistema della garanzia, e dunque di efficienza dei traffici, sia allo scopo di prevenire possibili abusi da parte del compratore il quale trattenga la merce, la usi, e decida di agire contro il venditore dopo un periodo di tempo piuttosto lungo¹⁵. Dovrebbe pertanto denunciare il “difetto” il compratore che avesse acquistato una Jaguar e a cui venisse invece consegnato un gattino¹⁶.

Queste ultime notazioni non sono decisive perché l’una attiene esclusivamente a considerazioni di politica del diritto, peraltro facilmente ribaltabili sottolineando che sono proprio gli obiettivi di protezione del consumatore che il legislatore comunitario ha inteso realizzare (e che sarebbero frustrati dall’onere di denuncia, cui –deve ricordarsi– non sarebbe soggetto il compratore non consumatore!); mentre l’altra è superata dall’obiezione secondo cui il comportamento del compratore che riceva e usi la merce non può essere “sanzionato” con la perdita dei rimedi contro l’inadempimento, bensì semmai valutato quale fonte di possibile responsabilità (o concorso di responsabilità), o più radicalmente come accettazione della *prestazione diversa* che il venditore abbia eseguito¹⁷: ma con ciò, come può notarsi, ci si sposta su un piano diverso da quello di partenza.

Più in generale, non convince l’ipotesi da cui questa ricostruzione prende le mosse, cioè a dire che, ritenuto (ma il punto è peraltro contrastato) che la nuova disciplina abbia disciplinato l’inadempimento (in senso tecnico) del contratto di vendita di beni di consumo abbandonando il sistema delle garanzie, non sarebbe più corretto considerare autonomamente l’*aliud pro alio*. È evidente invece che l’inadempimento non è mai in sé unitario, ben potendo avere delle caratteristiche (tardivo, grave, parziale, ecc.) che giustificano, come effettivamente accade nel nostro codice civile, un trattamento normativo differenziato a seconda delle situazioni¹⁸. Niente esclude dunque che anche i “difetti

14 S. PATTI. “Sul superamento della distinzione tra vizi e *aliud pro alio datum* nella Direttiva 1999-44-CE”, *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 624 e 625.

15 *Idem*.

16 È l’esempio fatto da PATTI. Op cit., p. 626, per motivare come anche l’*aliud* di più grave entità sia da considerarsi un “difetto”.

17 Per quest’ultimo argomento, cfr. C. M. BIANCA. “Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella Direttiva 1999-44-CE”, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 20 e 21.

18 Per tale metodo di analisi dell’inadempimento contrattuale, v. GIORGIANNI, s. v. “Inadempimento (dir. priv.)”, in *EdD*, XX, 1970, pp. 860 e ss.

di conformità” possano essere più o meno gravi e di ciò, come diremo, abbia potuto tenere conto il legislatore nel disciplinare la fattispecie.

In considerazione delle suesposte perplessità, ben si spiega dunque la posizione intermedia assunta da chi –pur attestandosi in linea di principio sull’idea della unitarietà della nozione di difetto di conformità– ritiene però che gli aspetti negativi di questa soluzione sarebbero aggirati dal fatto che in base all’articolo 1519 *nonies* (secondo cui: “le disposizione del presente paragrafo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell’ordinamento giuridico”) potrebbe comunque applicarsi all’*aliud* la disciplina generale sull’inadempimento in quanto più favorevole per il consumatore¹⁹.

Ma a questo punto, viene da chiedersi, che senso ha –una volta riconosciuta l’autonomia disciplinare dell’*aliud* rispetto agli altri difetti– affermare ancora l’onnicomprendività della categoria del difetto di conformità?

B. LE TESI FAVOREVOLI ALL’AUTONOMIA DELL’“ALIUD PRO ALIO”

A dire il vero, nessun commentatore della nuova disciplina giunge a sostenere espressamente che la categoria del difetto di conformità non includa anche l’ipotesi di *aliud pro alio*²⁰. Ciononostante, esistono autorevoli opinioni secondo cui la disciplina applicabile all’*aliud pro alio* debba essere diversa da quella applicabile agli altri “difetti di conformità”. Si giunge dunque alla soluzione che afferma l’autonomia rilevanza dell’*aliud* non già negando la onnicomprensività della categoria del difetto di conformità, bensì sostenendo che la sua disciplina non è suscettibile di applicazione a tutte le ipotesi di difetto, cioè a quella più grave dell’*aliud*.

Così, secondo una dottrina, sarebbe privo di qualsiasi giustificazione, anzi irrazionale, esporre il compratore al pericolo di perdere tutti i rimedi per il fatto di non aver denunciato un inadempimento che il venditore non poteva non conoscere e che per la sua manifesta evidenza non è suscettibile di contestazioni né richiede tempestive verifiche di accertamento²¹. L’onere di denuncia, infatti, ha senso solo per i vizi e la mancanza di qualità²². Anche se – si prosegue– l’omesso o ritardato avviso da parte del compratore circa la diversità della cosa potrebbe

19 Cfr. LUMINOSO. *La compravendita*, cit., pp. 312 e ss., modificando dunque in parte quanto dallo stesso autore sostenuto in sede di commento della direttiva. Cfr. ID. *Appunti per l’attuazione della direttiva 1999-44-CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 115.

20 Fa eccezione DI MAJO. *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 20, che però non motiva la sua affermazione.

21 In tal senso, BIANCA. “Consegna di aliud pro alio”, cit., pp. 18 a 20.

22 Cfr. BIANCA. “Postilla”, cit., p. 629.

essere valutato come comportamento contrario a correttezza ed incidere sull'entità del risarcimento ai sensi dell'articolo 1227, comma 2, C. C.²³. Definitiva poi appare la lettera dell'articolo 1519 *nonies* che deve essere letta nel senso di non autorizzare una limitazione dei diritti del consumatore rispetto a quelli spettanti al compratore ordinario, cioè non consumatore²⁴.

Un'altra dottrina, pur operando all'interno della categoria del difetto di conformità, giunge ad affermare che "la nozione di non conformità è, soltanto all'apparenza, unitaria ed univoca"; sarebbero state riconosciute dalla direttiva comunitaria ipotesi più o meno gravi di difetto di conformità, come peraltro dimostrato dalla previsione di una pluralità di rimedi; in particolare, la risoluzione sarebbe il rimedio pensato dal legislatore comunitario per il difetto di conformità più grave, cioè l'*aliud pro alio*; dunque il criterio dell'*aliud* non sarebbe affatto estraneo alla direttiva²⁵. Peraltro –si conclude– ai sensi dell'articolo 8, comma 1 della direttiva (secondo cui: "l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale"), il consumatore potrebbe, in caso di *aliud*, avvalersi anche delle norme nazionali e dunque dell'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento²⁶.

V. L'AUTONOMIA DELL'“ALIUD PRO ALIO” RISPETTO AL DIFETTO DI CONFORMITÀ

Sulla base delle divergenti posizioni assunte dalla dottrina sul problema, l'autonomia dell'*aliud pro alio* rispetto al difetto di conformità dev'essere dunque verificata sia sul piano sistematico, sia su quello della disciplina dettata dal legislatore.

Sul primo terreno d'indagine, nella prospettiva della qualificazione tipologica, l'introduzione della fattispecie “vendita di beni di consumo” individua un sotto-tipo della vendita, poiché nella disciplina dettata dal legislatore si rinvencono una serie di elementi ulteriori non contemplati come essenziali nello schema del tipo sovraordinato²⁷.

23 BIANCA. “Consegna di aliud pro alio”, cit., pp. 21 e 22.

24 BIANCA. “Postilla”, cit., p. 631. A. MANIACI. sub art. 1519 *nonies*, in ALPA, DE NOVA et ál. *L'acquisto di beni di consumo*, cit., pp. 99 y 100, fonda proprio su tale norma il proprio convincimento circa la sopravvivenza dell'*aliud pro alio datum* e della sua disciplina.

25 G. B. FERRI. “Divagazioni intorno alla direttiva n.º 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo”, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 76 e 77.

26 Ibid., p. 77.

27 Cfr. CATAUDELLA. “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, in ID. *Scritti sui contratti*, Padova,

Rispetto al tipo principale, infatti, si instaura un rapporto da contenente a contenuto, dato che, per un verso, la vendita di beni di consumo ha un'elasticità minore di quella del tipo principale, in quanto vi si rinvencono aspetti essenziali del tipo, ma integrati da altri elementi "extra-tipici" che la legge considera e disciplina nella configurazione del sotto-tipo. La disciplina della vendita di beni di consumo infatti, in linea con gli obiettivi della direttiva comunitaria, riguarda "taluni aspetti" della vendita di beni di consumo e delle garanzie (cfr. art. 1519 *bis*, co. 1), disciplinando quindi soltanto alcuni profili. Ciò evidentemente rende possibile che altre norme, e segnatamente quelle del tipo principale sulla vendita (ovvero quelle sul contratto in generale), possano alla fattispecie applicarsi, naturalmente in quanto non derogate dalla normativa speciale²⁸.

Per altro verso, lo schema del sottotipo presenta tutti gli elementi indispensabili per la configurazione del tipo, con l'aggiunta, come dimostra l'analisi della disciplina, che espressamente si propone di regolare "taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo", di alcune note ulteriori che valgano a caratterizzarlo nell'ambito del tipo, come i rimedi della sostituzione e della riparazione del bene.

La disciplina di derivazione comunitaria di cui agli articoli 1519 *bis* e seguenti –come altre che l'hanno preceduta, di cui condivide impostazione e finalità– è innanzitutto una disciplina a tutela dei consumatori, sicché non sembrano corrette quelle interpretazioni teleologiche, tutte direttamente orientate verso il mercato, le quali finiscono per dimenticare che l'obiettivo, ancorché mediato, della disciplina di protezione è il consumatore, la cui tutela costituisce nelle intenzioni del legislatore comunitario, peraltro suffragate da ragionamenti economici, il mezzo per giungere ad un mercato più efficiente²⁹. Rafforzare la tutela dei consumatori, anche a scapito dell'uniformità legislativa tra i paesi membri dell'Unione, dovrebbe allora costituire il principale criterio di soluzione dei dubbi interpretativi posti dalla legislazione attuativa delle direttive³⁰. Di quanto affermato costituiscono espressa manifestazione le clauso-

1998, pp. 139 e ss.; E. GABRIELLI, *S. V.* "Tipo contrattuale", in *Enc. giur.*, VIII, Agg., Roma, 2000, e ora in *Id.* *Studi sui contratti*, cit., pp. 701 e ss.

28 Secondo ZACCARIA e DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 4, il riferimento a "taluni aspetti" non avrebbe valore precettivo, ma servirebbe soltanto a chiarire che la vendita di beni di consumo e le relative garanzie non si trovano integralmente disciplinati nel paragrafo loro specificamente dedicato, cosa di cui, peraltro, secondo gli autori, nessuno avrebbe mai potuto dubitare.

29 Sul punto, cfr. E. GABRIELLI y A. ORESTANO. *Contratti del consumatore*, Torino, 2000, pp. 6 e ss., ed ivi riferimenti bibliografici.

30 In questi termini sembrano avere ragionato i nostri tribunali in diverse pronunce in tema di clausole vessatorie. Cfr., ad esempio, Trib. Roma. 4 febbraio 2002, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1618, con commento di FICI. "Consumatore", "professionista" e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore", dove si trattava di stabilire se l'esclusione della vessatorietà *ex* articolo 1469 *ter*, comma 3, riguardasse sol-

le *de minimis* costantemente presenti nelle direttive (cfr., con riguardo alla vendita di beni di consumo, l'art. 8, co. 2, Direttiva 1999-44-CE).

Coloro che includono l'*aliud pro alio* nel difetto di conformità non considerano che l'*aliud pro alio* rappresenta una forma di violazione del contratto tale per cui esso non può assolutamente realizzare la propria concreta funzione economica, e non già semplicemente un vizio nella misura della funzione di scambio³¹. In ciò, quale mancata realizzazione del programma negoziale³², l'*aliud pro alio* sul piano della disciplina è soggetto allo stesso regolamento della mancata consegna della *res*, con l'unica variante, di natura interpretativa, dettata dalla circostanza che la fattispecie pone nella prassi il problema di un regolamento di confini con le ipotesi della consegna di cosa viziata o priva di qualità (ovvero ora, nella vendita di beni di consumo, “non conforme”).

La descrizione della nozione del difetto di conformità negli articoli 1519 *bis* e seguenti sembra invece indicare con una certa chiarezza come l'ipotesi prospettata dal legislatore sia quella di una violazione del contratto che non rende la funzione del contratto irrealizzabile, ma comunque realizzabile seppure in misura diversa e minore da quanto prospettato dalle parti. Peraltro, se la disciplina prevista per il difetto di conformità dovesse applicarsi all'*aliud pro alio* si avrebbero incongruenze tali da ricercare –come pure è avvenuto in dottrina– una via per sfuggire a tale applicazione.

Innanzitutto, non deve ingannare la connotazione del termine “conforme”; poiché il binomio conformità-difformità, anche sul piano nominalistico³³, non corrisponde al binomio identità-diversità³⁴.

Il termine “conforme”, infatti, anche nel linguaggio comune non evoca tanto la “diversità” di qualcosa rispetto ad un'altra, quanto più correttamente la “inesatta” corrispondenza, per ragioni formali o strutturali, di qualcosa ad un'altra nell'ambito dello stesso genere o specie³⁵; significato, quest'ultimo,

tanto le disposizioni di legge ordinaria oppure anche quelle regolamentari, e si è concluso nel primo senso sostanzialmente argomentando sulla base della maggior tutela del consumatore.

31 Cfr. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, cit., pp. 173 y 174.

32 Cfr. *ibid.*, p. 108.

33 In sede di riflessioni sull'attuazione della direttiva comunitaria, correttamente L. CABELLA PISU. “Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?”, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, p. 42, distingue tra bene “non conforme” e bene “diverso”.

34 Sul punto, per un più ampio quadro di riflessioni sul terreno della logica formale, cfr. TORALDO DI FRANCIA. *Le cose e i loro nomi*, Bari, 1986, spec. pp. 147 e ss., ed in particolare 153 e ss., con riguardo al problema logico e semantico del concetto di “descrizione”.

35 Cfr. G. DEVOTO e G. C. OLI. *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2000, dove alla voce “conforme” si legge: “Più o meno corrispondente nella forma o nell'aspetto”. Cfr. invece DE CRISTOFARO. *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 56, secondo cui nel nostro ordinamento che “quando il compratore si vede consegnare un *aliud pro alio* e il bene da lui ricevuto non sia ‘conforme’ al contratto...”.

che se va bene per i vizi redibitori e la mancanza di qualità, tipiche ipotesi di prestazione inesatta, non può invece estendersi all'*aliud* che rappresenta una forma di inadempimento totale del contratto di vendita.

Quanto alla definizione di “conformità al contratto” (art. 1519 *ter*), o meglio alle “presunzioni” di conformità³⁶, esse sono fondate su caratteristiche o qualità del bene (“idoneità all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo”, “possesso delle qualità e delle prestazioni abituali”) che non possono non sussistere perché il contratto sia correttamente adempiuto, ma che non hanno alcun senso nel caso di *aliud pro alio*.

L'*aliud pro alio* non attiene infatti alla cosa in sé e per sé considerata, quale parte circoscritta della realtà materiale, bensì alla sua idoneità a realizzare il programma negoziale divisato dalle parti: è la non coincidenza tra la cosa “consegnata” e quella contrattualmente “dovuta”, che impedisce definitivamente l’attuazione del programma negoziale.

La “diversità” della cosa consegnata si deve valutare sulla base della funzione perseguita dalle parti e non già sul piano ontologico, strutturale della cosa in sé³⁷. Non ci muoviamo dunque sul versante concreto dell’analisi della realtà, bensì della valutazione (o qualificazione) giuridica di un fatto (la consegna) alla luce della descrittiva negoziale dell’oggetto. Per questi motivi l'*aliud pro alio* è stato sinora correttamente considerato “altra cosa” dai vizi e dalla mancanza di qualità, e per gli stessi motivi deve continuare ad esserlo oggi, sebbene i vizi e la mancanza di qualità siano stati sul piano della disciplina sostituiti ed unificati nell’archetipo della nozione di “difetto di conformità”.

A tale ultimo riguardo deve precisarsi che con la formula legislativa della “conformità alla descrizione fatta dal venditore” (art. 1519 *ter*, co. 2, lett. b) non s’intende introdurre una valutazione giuridica in termini di “diversità” che potrebbe condurre ad un giudizio di *aliud pro alio* nei termini sopra esposti, bensì soltanto ancorare la valutazione sulla esattezza della prestazione ad un diverso (e più concreto) criterio di “conformità”, per l’appunto le dichiarazioni rese dal venditore (e non già ciò che è ordinario, comune, ragionevole, per un certo bene).

Incompatibile con la fattispecie dell'*aliud pro alio* appare essere anche l’articolo 1519 *quater* sui rimedi a disposizione del consumatore³⁸.

L’alternativa tra riparazione e sostituzione, su scelta del consumatore, assume infatti significato solo ove la violazione in questione non sia un *aliud*, dal

36 Su cui cfr. ampiamente ZACCARIA e DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, cit., pp. 43 e ss.; V. MARICONDA. ““Conformità al contratto” dei beni di consumo e onere della prova”, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 1095 e ss.

37 Cfr. GABRIELLI. *La consegna di cosa diversa*, cit., p. 143.

38 Per un’ampia analisi dei rimedi a disposizione del consumatore a seconda delle fattispecie di inadempimento, cfr. ZACCARIA e DE CRISTOFARO. *La vendita dei beni di consumo*, cit., pp. 70 e ss.

momento che il rimedio della riparazione non può ontologicamente estendersi all'*aliud pro alio*, dato che non è possibile riparare qualcosa di diverso³⁹.

L'articolo 1519 *quater*, inoltre, non fornisce risposta all'interesse principale del consumatore cui sia consegnata cosa diversa, cioè di ottenere *quella* prestazione a lui dovuta, ossia di avere tutela specifica del suo interesse contrattuale. Infatti, il rimedio della sostituzione, che alla soddisfazione di tale interesse potrebbe ritenersi destinato (per quanto è dubbio in dottrina a quale forma di tutela ricondurre questo rimedio, se alla tutela restitutoria o a quella satisfattoria ovvero in forma specifica⁴⁰) non può essere concesso se è eccessivamente oneroso (cfr. articolo 1519 *quater*, co. 3 e co. 7, lett. a), ed in tal caso pertanto il consumatore-compratore non potrà che chiedere la riparazione (che, come, detto non ha alcun significato in caso di *aliud pro alio*), ovvero la risoluzione o la riduzione del prezzo (ma per quest'ultimo rimedio in caso di *aliud* valgono le stesse considerazioni già svolte in ordine al rimedio della riparazione).

Il vero è che il sistema rimediale di cui all'articolo 1519 *quater* è ispirato da un lato alla concessione di maggiori rimedi al compratore⁴¹, concessione che però non ha senso in caso di inadempimento totale, in ragione dell'articolo 1453 che già consente al compratore di soddisfare i suoi diversi interessi (sia allo scioglimento, sia all'adempimento), ma lo ha soltanto in caso di inadempimento inesatto posta l'impossibilità alla stregua del regime delle garanzie di agire per l'esatto adempimento della prestazione; dall'altro, alla conservazione del rapporto, che non può considerarsi un valido obiettivo legislativo quando l'inadempimento assuma la forma dell'*aliud pro alio*.

Incompatibile con l'*aliud pro alio* è anche l'imposizione di termini al consumatore per rilevare il "difetto"⁴².

39 Sarebbe infatti impossibile, per riprendere il suggestivo esempio prospettato da PATTI. "Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999-44-CE", cit., p. 626, riparare un gattino fino a farlo diventare una Jaguar.

40 Per il relativo dibattito, cfr. LUMINOSO. *La compravendita*, cit., pp. 339 e ss.

41 In tale prospettiva trova spiegazione anche il problema della disciplina da applicare, per quanto concerne i termini di cui all'articolo 1519 *sexies*, all'ipotesi in cui, successivamente all'attivazione della garanzia mediante il rimedio della sostituzione o della riparazione del bene, anche il nuovo bene presenti un difetto di conformità. Ci si chiede infatti se anche al nuovo bene (consegnato in sostituzione di quello non conforme, ovvero oggetto della riparazione) debbano essere applicati i termini di cui all'articolo 1519 *sexies*, oppure se tali termini risultino preclusi, ovvero ridotti. La complessiva valutazione del sistema dei rimedi apprestati a tutela del consumatore, che vede nel suo profilo temporale come termine di più prolungata tutela quello dei ventisei mesi (art. 1519 *sexies*), induce a ritenere che al nuovo bene non possa essere riconosciuto un periodo di garanzia superiore nel tempo a quello che –al momento della sostituzione, ovvero della riparazione, del bene non conforme con quello nuovo o riparato– sarebbe comunque residuo al compratore se non fossero stati attuati i rimedi previsti dalla legge (sostituzione o riparazione) a seguito della denuncia del difetto di conformità.

42 Cfr. con riguardo alla direttiva comunitaria, CABELLA PISU. *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, cit.

Non v'è infatti necessità di tutelare il consumatore posto che la sua mancata reazione alla consegna di cosa diversa non potrebbe essere considerata come acquiescenza, stante proprio la diversità; né v'è necessità di tutelare l'affidamento del venditore che dovrebbe sapere della diversità, e comunque tale affidamento ben potrebbe essere salvaguardato imponendo al consumatore, sulla base della buona fede, un obbligo di avviso circa la diversità della cosa.

Incompatibile con l'*aliud pro alio* sembra infine anche l'articolo 1519 *quinquies* (che disciplina il diritto di regresso del venditore finale nei confronti di precedenti venditori cui sia imputabile il difetto di conformità), dal momento che solo al diretto contraente del consumatore potrebbe nella realtà essere imputabile la consegna di cosa diversa.

In conclusione, se, da un lato, è possibile prevedere che, proprio grazie alla nuova nozione di difetto di conformità e alla sua disciplina particolarmente protettiva, la giurisprudenza tenderà a “restringere” l'area di applicazione della disciplina della consegna di cosa diversa, escludendo dal suo ambito alcune fattispecie concrete ad esso ricondotte spesso soltanto per ampliare la tutela del compratore⁴³, dall'altro lato, solo con notevoli forzature interpretative è possibile sostenere che l'*aliud pro alio* risulti ora considerato e disciplinato, nella vendita di beni di consumo, quale ipotesi di difetto di conformità⁴⁴.

Sul piano della ricostruzione sistematica si deve inoltre osservare che sarebbe immotivato, e darebbe luogo peraltro ad ancora maggiori problemi di certezza giuridica, affermare, per un verso, che l'*aliud pro alio* rientri nella categoria del difetto; ed ammettere, per altro verso, che, per le stesse concrete ipotesi di violazione del contratto realizzate nella prassi commerciale per beni che non siano definibili quali “beni di consumo” alla fattispecie dell'*aliud pro alio* si applichi la disciplina ordinaria sull'inadempimento contrattuale.

È invero più coerente escludere radicalmente la natura onnicomprensiva della nozione di difetto di conformità ed affermare che la nuova disciplina sulla vendita di beni di consumo lascia al diritto “comune” dei contratti, e dunque al regime ordinario della responsabilità per inadempimento, la disciplina della consegna di cosa diversa.

⁴³ Lo rileva anche CABELLA PISU. Op. cit.

⁴⁴ È da osservare che la conclusione cui si è giunti risulta fondata sia che si ritenga che la nuova disciplina abbia introdotto un'obbligazione (in senso tecnico) di conformità (dal momento che l'*aliud* costituisce una particolare forma di inadempimento, che può essere sottoposta ad un particolare regime), sia che si opti invece per la più tradizionale versione della garanzia (dacché allora è evidente che l'*aliud* costituisce inadempimento e non già violazione di garanzia).

FRANCESCO GALGANO

Dall'antica alla nuova universalità del diritto civile

I. L'ODIERNO PARTICOLARISMO DEL DIRITTO CIVILE

Premessa del discorso è la condizione attuale del diritto civile: la sua unità o, all'opposto, la pluralità delle fonti e dei sistemi.

L'unità del diritto civile è, anzitutto, unità del soggetto di diritto, che il diritto civile moderno scompone solo nei suoi predicati accidentali¹: come proprietario, come contraente, come creditore o come debitore, e poi ancora, in epoca recente, come datore di lavoro o come lavoratore, come produttore o come consumatore, e così via. L'unità del soggetto è il portato, sulla scena del diritto, del principio illuministico dell'uguaglianza fra gli uomini, è il fondamento delle codificazioni moderne, in antitesi all'antico particolarismo, che differenziava gli uomini in ragione della condizione di classe, di nobile o borghese, e dello *status* professionale o confessionale, e dava vita ad una pluralità di sistemi del diritto civile.

Ma unità, per il diritto civile, equivale anche ad universalità. E sotto questo aspetto il diritto civile moderno è nato nel segno della pluralità, non dell'unità.

Fino all'avvento degli Stati nazionali ed all'affermarsi del principio della statualità del diritto, i rapporti fra gli uomini erano retti da diritti universali. Non aveva conosciuto confini il diritto romano, sopravvissuto nell'epoca intermedia come diritto di natura o di ragione, anche se quale fonte sussidiaria rispetto ai diritti particolari di classe o di *status*.

La *lex mercatoria*, a sua volta, era stato un diritto creato e direttamente imposto dalla stessa classe mercantile, in forza delle consuetudini mercantili, degli statuti delle corporazioni mercantili, della giurisprudenza dei tribunali dei mercanti. Non conosceva neppure essa mediazioni politiche; né incontrava confini politici: realizzava l'unità del diritto entro l'unità dei mercati. La *lex mercatoria* prevaleva sul diritto romano, sol che una delle parti del rapporto fosse stato un commerciante; ma non prevaleva sul diritto canonico, anch'esso diritto universale della comunità dei fedeli, sicché i commercianti cristiani (esclusi perciò gli ebrei) soggiacevano al divieto canonico dell'usura, non potevano praticare il prestito ad interessi².

Il diritto civile perde universalità con l'affermarsi, negli Stati nazionali, del principio della statualità del diritto. Nessuno Stato riconosce altro diritto se non quello da esso stesso dettato: il diritto diventa, *tout court*, la legge, e le consuetudini, che avevano dominato nell'era precedente, regrediscono all'ultimo livello nella gerarchia delle fonti. Si apre una contraddizione crescente fra

1 Così TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, pp. 35 y ss.

2 E mi si consenta di rinviare alla mia *Lex mercatoria*, 4.^a ed., Bologna, 2001.

il commercio, che si dilata sempre più in ambiti internazionali, ed il diritto, che all'opposto si contrae e si frammenta all'interno delle singole unità statuali. All'antico particolarismo giuridico, che era stato un particolarismo di ceti e di *status*, succede un nuovo particolarismo, questa volta di stampo politico. Le corporazioni mercantili vengono definitivamente soppresse dalla Rivoluzione francese; la stessa *lex mercatoria* si statalizza: si converte prima nell'*Ordonnance du commerce* e poi nel codice di commercio, con il quale lo Stato impone una propria visione del diritto regolatore degli scambi.

Per il diritto privato si annuncia, è vero, la stagione delle grandi codificazioni, da quella francese del primo Ottocento a quella tedesca della fine del secolo, esempio a loro volta di molteplici altri codici nazionali, che hanno variamente combinato i due modelli. Come è vero che le codificazioni hanno assolto una funzione per più aspetti solidale alla nuova economia di mercato. I codici civili liberarono la ricchezza dagli antichi vincoli, sopprimendo il *dominium eminens* ed il *dominium directum* della terra e facendo del *dominium utile*, ossia della proprietà borghese, la sola forma di proprietà, espropriabile da pubblici poteri solo per pubblica necessità legalmente constatata. Fu introdotto nel diritto successorio il principio della uguaglianza fra i coeredi; ciò che spezzò le grandi proprietà terriere e rese accessibile la ricchezza immobiliare alla borghesia, che nell'arco di alcune generazioni ne avrebbe assunto l'integrale controllo. Più in generale, la penetrazione nei codici civili del principio dell'unità del soggetto di diritto valse a creare le condizioni necessarie per l'instaurazione di una economia di mercato, basata su uno scambio fra uguali, qual è lo scambio di mercato, i cui valori non dipendono più dagli *status* soggettivi dei contraenti, ma sono rimessi al libero gioco delle forze economiche³.

È però altrettanto vero che le codificazioni nazionali hanno assecondato le esigenze dell'economia di mercato ciascuna a suo modo, regolando lo scambio in modo diverso; sicché la Francia, seguita dall'Italia, richiede per il trasferimento della proprietà il *titulus acquirendi* (consenso più causa), mentre la Germania richiede in sua vece il *modus acquirendi* (consenso più consegna), e l'Austria, la Spagna, il Portogallo richiedono sia l'uno sia l'altro, così provocando discontinuità internazionale nelle regole di circolazione della ricchezza, ed erigendo giuridici ostacoli alla sua libera circolazione⁴.

Si divaricano fra loro *civil law* e *common law*: l'Inghilterra, nel segno dell'uguaglianza dei cittadini, aveva già alla fine del Settecento superato la separazione fra diritto civile e diritto commerciale unificando, per opera di lord

3 Cfr. REBUFFA. *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*, Milano, 1974.

4 E cfr. il mio *Atlante di diritto privato comparato*, 3.^a ed., Bologna, 1999.

MANSFIELD, le corti di giustizia e facendo confluire il *law merchant* entro il *common law*; nell'Europa continentale, all'opposto, si perseverava nella separazione, contrapponendo codici di commercio a codici civili, obbligazioni e contratti commerciali a obbligazioni e contratti civili.

II. REGRESSIONE DEL DIRITTO CIVILE NELLA SOCIETÀ INDUSTRIALE

Fra la fine del Settecento e il principio dell'Ottocento il diritto perde quota fra le scienze umane. *Droit naturel* è la sola voce giuridica che DIDEROT e D'ALEMBERT stimano degna di essere estesamente trattata nell'*Encyclopedie*. Evidentemente perché toccava un tema universale: era cultura, per gli enciclopedisti, solo ciò che è o aspira ad essere universale; i diritti positivi, mutevoli da Stato a Stato, non apparivano tali. La nascente scienza economica, imperniata su un *homo economicus* immutabile nel tempo e nello spazio, può esprimersi in un linguaggio universale; il diritto smarrisce la sua antica universalità per regredire alla condizione di una pluralità multiforme di dialetti giuridici.

Nell'epoca anteriore alla Rivoluzione industriale c'era stato, fra diritto ed economia, un nesso di stretta continuità. Era, per l'economia, l'epoca del cosiddetto capitalismo commerciale, cui aveva fatto riscontro, sul terreno del diritto, la già ricordata *lex mercatoria*. Il commercio si era sviluppato grazie anche all'apporto di sistemazione teorica e alla inventiva dei giuristi, italiani prima e inglesi e francesi poi, che sull'osservazione delle pratiche commerciali costruivano le figure giuridiche funzionali al suo più intenso sviluppo. Basti un esempio: fra la fine del Seicento e il principio del Settecento prende vita la cambiale, ossia lo strumento che permette la circolazione della ricchezza futura; e si ritrova attestata con i medesimi caratteri, prova della sua universalità, nell'opera del genovese CASAREGIS e nelle sentenze del giudice londinese HOLT. La stessa separazione disciplinare fra diritto ed economia è assente nelle opere di scrittori secenteschi come il francese SAVARY o l'inglese MALYNES, ugualmente prodighi di insegnamenti giuridici ed economici, merceologici e così via.

Nell'era della Rivoluzione industriale il soggetto attivo del sistema economico, suscitatore dello sviluppo, non è più il commerciante, bensì il produttore industriale; il diritto resta, per contro, un diritto che regola la circolazione della ricchezza, regredisce allo stato di diritto regolatore di una sola fase del processo economico. E lo stesso imprenditore industriale è visto con lenti antiche: ancora come commerciante, che acquista e rivende beni, sia pure dopo averli trasformati. La fase saliente dell'economia industriale, ossia la creazione di nuova ricchezza, si svolge ormai entro uno spazio vuoto di diritto. Si alimenta del progresso tecnologico e dell'investimento di capitali, non ha che un limitato

bisogno di elaborazione giuridica. Né la cosa suscita scandalo in un'epoca nella quale dominano le filosofie fisiocratiche di QUESNAY e di TURGOT, fiduciose della capacità di spontanea autoregolazione del mercato, guidato dalla "mano invisibile", secondo l'immagine di ADAM SMITH.

III. LA NUOVA UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO CIVILE

Le categorie del diritto civile tendono a riacquistare l'antica universalità nel tempo presente, per impulso di due fattori che dominano il mondo contemporaneo, in stretta correlazione fra loro: l'uno è l'avvento della società post-industriale; l'altro è la globalizzazione dei mercati.

La società post-industriale è, anzitutto, la società della ricchezza dematerializzata, è la società del mercato finanziario. Qui la tecnologia industriale è sostituita dalla tecnica contrattuale: i prodotti finanziari prendono corpo e vita solo in virtù dell'uso sapiente della tecnica giuridica. Fino a ieri i contratti avevano assolto solo la funzione di far circolare le cose; oggi servono anche per produrle, per creare i prodotti finanziari, le *new properties*. Come all'epoca dell'antica *lex mercatoria*, tornano di scena i giuristi; è messa alla prova la loro attitudine creativa di sempre nuove generazioni di strumenti finanziari⁵.

L'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamò l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta pressoché immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche.

Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma, se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo.

Il mondo degli affari produce, a ritmo incessante, sempre nuove figure contrattuali; hanno la particolarità di essere, rispetto al diritto dei singoli Stati, contratti atipici, ma sono, proprio in ragione della loro atipicità, modelli contrattuali internazionalmente uniformi; sono i contratti degli odierni mercati globali.

Le convenzioni internazionali di diritto uniforme sono rare e di limitato raggio d'azione; gli scarsi risultati raggiunti su questo terreno denotano il forte attaccamento degli Stati ai propri diritti nazionali. Le convenzioni sulla cam-

5 Sul punto mi sono soffermato nel volume collettaneo *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, pp. 16 y ss.

biale e sull'assegno si erano dovute circoscrivere all'interno dei paesi di *civil law*, per il rifiuto dei paesi di *common law* di accettare l'idea che la buona fede del possessore potesse coprire la falsità delle girate intermedie. La recente Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili corporali ha dovuto lasciare impregiudicato, per l'impossibilità di raggiungere un accordo fra gli Stati aderenti, il principale problema della vicenda traslativa, quello relativo al momento in cui la proprietà passa dal venditore al compratore.

L'uniformità internazionale dei modelli contrattuali è, per le imprese che li praticano, un valore sommo. Basti questa testimonianza: le case madri delle multinazionali trasmettono alle società figlie operanti nei sei continenti le condizioni generali predisposte per i contratti da concludere, accompagnate da una tassativa raccomandazione, che i testi contrattuali ricevano una pura e semplice trasposizione linguistica, senza alcun adattamento, neppure concettuale, ai diritti nazionali dei singoli Stati; ciò che potrebbe compromettere la loro uniformità internazionale.

Alla scarsa propensione dei legislatori nazionali alla integrazione internazionale del diritto si contrappone un opposto atteggiamento dei giudici, i quali tendono a farsi organi di una società civile internazionalmente integrata. Quando si tratta di giudicare sulla validità dei contratti atipici a grande diffusione internazionale il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, richiesto dal diritto interno, è influenzato dalla uniformità internazionale del modello contrattuale. Per quanto il giudice debba, a rigore, esprimere quel giudizio sulla base del suo ordinamento nazionale, egli esita a giudicare invalido, alla sua stregua, un modello contrattuale ovunque riconosciuto come valido. Egli sarà consapevole dell'isolamento economico nel quale altrimenti collocerebbe il proprio paese nel contesto dei mercati internazionali; sarà portato ad esprimere il giudizio di meritevolezza, piuttosto che rispetto al solo ordinamento interno, con riferimento ai principi accolti nelle "nazioni di civiltà affine": ciò che è valido in tutte queste nazioni non può non essere valido nella sua nazione. Non poche sentenze hanno esplicitamente adottato una simile *ratio decidendi*, la quale può considerarsi come la *ratio* tacita di molte altre decisioni in materia⁶.

All'autonomia contrattuale sono oggi dischiuse frontiere in passato impensabili. Il contratto era, nella sua concezione classica, lo strumento per comporre interessi particolari; oggi il contratto fra privati prende il posto della

6 Già negli anni ottanta COING, "Probleme der internationalen Bankgarantien", in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1983, p. 127, aveva scritto che le garanzie autonome, appartenendo alla nuova *lex mercatoria*, non possono essere valutate alla stregua dei diritti nazionali. La giurisprudenza di cui nel testo è, soprattutto, Cass. 1.° ottobre 1987, n.° 7341, in *Foro it.*, I, 1988, c. 106; Trib. Milano, 22 settembre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1987, p. 331; Trib. Milano, 9 ottobre 1986, ivi, 1986, p. 337.

legge in molti settori della vita sociale. Si spinge fino a sostituirsi ai pubblici poteri della protezione di interessi generali, propri dell'intera collettività, qual è stato, dapprima, l'interesse dei consumatori, che i meccanismi di autodisciplina hanno difeso contro gli inganni pubblicitari; e quali oggi sono le imponenti serie di interessi generali cui offrono presidio le più diverse autodiscipline contrattuali, cui persino la legge fa sempre più frequente riferimento. E il contratto fra privati si sostituisce al regolamento amministrativo nella disciplina della borsa, oggi regolata, come consente il Testo unico sull'intermediazione finanziaria del 1998, da un contratto per adesione, predisposto dalle private società di gestione delle borse ed accettato dagli operatori all'atto del loro accesso alle negoziazioni.

IV . IL DIRITTO CIVILE NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

Il futuro che ci attende si riassume nella metafora del “villaggio globale”, coniata da POWERS⁷: una società senza Stato, che ha dimensioni planetarie ed è retta da un proprio diritto, che è un diritto sovranazionale a formazione spontanea, detto Nuova *lex mercatoria*, cui anche la Cassazione italiana, già in una sentenza del 1982, seguita dalla giurisprudenza di merito degli anni 90, riconosce il carattere di ordinamento giuridico originario, proprio della *business community* e regolante gli scambi internazionali. Per la nostra Corte suprema questo ordinamento sovranazionale, essendo privo di organi di coercizione, si avvale di quelli dello Stato che risulti di volta in volta competente per territorio⁸.

Ne è stata fatta da Unidroit una organica compilazione, che va sotto il nome di “Principi dei contratti commerciali internazionali”, divulgati nelle principali lingue del nostro tempo⁹. Si tratta, come a molti è noto, di una “parte generale” sul contratto, coestensiva per intenderci alle norme sul contratto in generale di cui agli articoli 1321 a 1469 del nostro codice civile; ma con forti elementi di originalità rispetto ai diritti codificati: basti pensare che unico requisito del contratto è la volontà dei contraenti, escluso ogni altro requisito; per contro, il canone della buona fede riceve una considerazione di gran lunga più estesa che nei diritti civili codificati.

7 MC LEHN e POWERS. *Il villaggio globale*, trad. it., Milano, 1989.

8 Alludo a Cass. 8 febbraio 1982, n.° 722, in *Foro it.*, I, c. 2285; e nello stesso senso App. Genova 17 novembre 1990, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, p. 91.

9 I volumi sono editi a cura dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, Unidroit, Roma, 1995.

Così si annuncia il diritto civile della società globale. Il suo ambito di applicazione si dilata a misura che si espandono i rapporti interni al mercato globale, siano essi rapporti fra imprenditori oppure rapporti fra costoro e i consumatori. Si pensi, per fare un primo esempio, al contratto *on line*, che è contratto concluso fuori dallo spazio, ed al quale nessun diritto nazionale risulta applicabile sulla base delle comuni regole di diritto internazionale privato. Qualcuno ne ha dedotto che il contratto telematico è contratto che si colloca fuori dal diritto; ma è opinione che risente dell'antico dogma della statualità del diritto: proprio perché intercorso fra i membri del villaggio globale, il contratto *on line* si conforma alla *lex mercatoria*.

Intanto l'effettività di questa sorta di nuovo Digesto è attestata nel crescente numero di lodi arbitrali internazionali che, nel risolvere controversie in applicazione della *lex mercatoria*, fanno testuale riferimento ai principi Unidroit, assumendoli come accreditata sua fonte di cognizione¹⁰. Si assiste a questa singolare divaricazione: la *lex mercatoria* è diritto consuetudinario: la sua fonte di produzione è l'uso; e tuttavia i Principi Unidroit ne costituiscono la fonte di cognizione. Si tratta di regole cui gli arbitri internazionali debbono comunque attenersi, quale che sia il diritto applicabile al contratto, per scelta delle parti o in base al criterio del più stretto collegamento: così l'articolo 1496 del codice di procedura civile francese, come modificato nel 1981; così l'articolo 834 del codice di procedura civile italiano, come modificato nel 1994. Abbiamo così una sorta di diritto consuetudinario sovraordinato ai diritti nazionali e non derogabile dalle parti del contratto. Ciò che fuga ogni residuo dubbio sulla natura degli usi in parola, quali usi normativi e non quali semplici usi contrattuali.

Entro il villaggio globale il diritto civile può ritrovare l'antica unità, l'originaria universalità. Volge al tramonto il principio di statualità del diritto, ma declina anche, all'interno dei singoli Stati, il principio di nazionalità. Da tempo l'arbitrato internazionale conosce lo *shopping* del diritto, che permette alle parti di optare per il diritto di uno Stato terzo. Anche fuori dell'arbitrato la Convenzione di Roma del 1980 ammette, all'articolo 3, questo *shopping* del diritto, e i cittadini di uno Stato possono, per contratto, adottare il diritto di uno Stato terzo, salvo solo il limite delle norme imperative interne. Ma anche questo limite può essere superato quando apposite convenzioni internazionali lo consentano, come è accaduto con la Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata dall'Italia nel 1989, che ha permesso ai cittadini di paesi di *civil law* di fruire

10 Un lodo recente è quello della Corte arbitrale internazionale della Camera di Commercio Internazionale, 24 luglio 2000, n.° 9797, pubblicato in *Rivista del commercio internazionale*, 2001, p. 211, con nota di BONELLI, che fa riferimento ai Principi Unidroit "quale fonte attendibile del diritto commerciale internazionale". In argomento, ampiamente, MARRELLA. *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003.

del *trust* anglo-americano, che ora, anche con il favore della giurisprudenza, sta fiorendo anche in Italia e che consente di superare la norma di diritto interno, sicuramente imperativa, che impone la responsabilità illimitata del debitore, e così il *trustee* risponde solo nei limiti dei beni in *trust*. A questo modo una figura del *common law* può, per i vantaggi che è suscettibile di offrire, essere utilizzata da cittadini di *civil law*, senza che un simile innesto provochi rigetto da parte del sistema che lo accoglie¹¹.

L'analogia fra il diritto e la lingua. Ciascuna lingua nazionale ha le sue proprie e ineguagliabili capacità espressive, come ogni diritto nazionale offre proprie opportunità di regolazione. Globalizzare il diritto non significa necessariamente dare vita ad un unico diritto planetario: questo varrà per i rapporti internazionali, cui provvede la *lex mercatoria*, come l'inglese soddisfa l'esigenza della comunicazione internazionale. Ma le lingue nazionali posseggono una ricchezza espressiva che nessuno può pensare di sopprimere. Globalizzare il diritto significa, sotto questo aspetto, dare a tutti la possibilità di attingere dal serbatoio di figure giuridiche offerto dai diritti nazionali.

V. I NUOVI COMPITI DEL GIURISTA

Tutto questo può non piacere. Potrà non piacere a chi, come tutti noi del resto, è stato educato all'idea della statualità del diritto, all'equazione diritto uguale legge; e ancor meno potrà piacere a chi confida nella formazione democratica del diritto, elaborato da assemblee elettive. Ma l'equazione predetta è già rotta dalle citate norme dei codici di rito, che per l'arbitrato internazionale sostituiscono l'espressione "legge applicabile" con l'espressione "diritto applicabile", che ben può essere un diritto prodotto da fonti extralegislativie.

Sta di fatto che è con questa realtà che il giurista del nostro tempo deve misurarsi. Egli è chiamato ad assumere compiti nuovi, come l'esperienza dei citati "Principi dei contratti commerciali internazionali" ha messo in evidenza. L'essenza di questa compilazione sta nell'opera sapiente di coordinamento delle pratiche contrattuali internazionali con i principi generali del diritto universalmente accolti. Alla mediazione politica degli interessi in gioco, che è proprio del diritto legislativamente creato dagli Stati, è qui sostituita, proprio come al tempo dell'antica *lex mercatoria*, la mediazione culturale dei giuristi.

È vero sì che la nuova *lex mercatoria* è diritto unilateralmente creato dalla classe imprenditoriale e che essa ha, per ciò stesso, meritato il giudizio di dirit-

11 Le pronunce dei giudici italiani che di ciò prendono atto sono ormai numerose: le si può leggere nella rivista *Trust e attività fiduciaria* di questi ultimi anni. È particolarmente significativa la pronuncia del Trib. Pisa, 19 dicembre 2001, ivi, 2002.

to non democratico, bensì dispotico. Ma è vero anche che essa viene applicata dopo avere ricevuto il filtro culturale di Unidroit, che la rimodella secondo i principi generali del diritto, nella ricerca del giusto punto di equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell'impresa e le esigenze di protezione del contraente debole. E basti riferirsi ad alcune figure proprie della nuova *lex mercatoria*, come la *Gross Disparity* o come l'*Hardship*, che realizzano in modo compiuto, all'insegna del principio di buona fede, quella congruità dello scambio contrattuale, o equità del contratto, verso la quale i diritti nazionali tendono in modo ancora incerto e frammentario. Opera di tecnodemocrazia, certo, questa di Unidroit; ma opera di tecnodemocrazia che ben possiamo definire come illuminata, riprendendo quel concetto di "dispotismo illuminato" nel quale mostrarono di credere i *philosophes* del Settecento.

V I . LE NUOVE FONTI DI FORMAZIONE DEL DIRITTO CIVILE

La globalizzazione, del resto, impone un generale arretramento delle istituzioni statuali.

L'esempio più vistoso nelle società nazionali è il sopravvento delle autorità tecnocratiche sulle autorità politiche, meglio idonee a dialogare fra loro entro la società globale. Gli uomini più potenti della Terra oggi sono, probabilmente, i governatori delle banche centrali, che nelle rispettive società nazionali (o sovranazionali, come per la banca centrale europea) sono pure tecnocrazie, sprovviste di investitura popolare. Come ne sono sprovvisti i corpi giudiziari, neppure essi elettivi, e tuttavia disposti ad assumere compiti, di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, che in passato si ritenevano riservati alla sede politica. Anche a questo riguardo si può ripetere che le autorità politiche arretrano di fronte alle autorità tecnocratiche.

Particolarmente significativa, su questo terreno, è la proliferazione delle *authority* indipendenti; come è significativo il già citato Testo unico italiano sull'intermediazione finanziaria, che si limita a fissare i principi generali della materia e, per il resto, rinvia a regolamenti che saranno emanati non già dal governo, secondo l'antica prassi, bensì dalla Banca d'Italia e dalla Consob, cioè da tecnocrazie aperte al circuito delle tendenze dei mercati internazionali. E così la sede politica abdica alla propria funzione di normazione, investendo di questa le autorità tecnocratiche. C'è in ciò il riflesso di una significativa tendenza, che caratterizza il nostro tempo: la società globale porta forse al tramonto della democrazia rappresentativa e all'avvento della tecnodemocrazia.

La globalizzazione stessa non è l'esito di un conflitto fra Stati. La realtà contraddice non solo l'arcaica filosofia dell'imperialismo, ma anche la cultura

liberal americana della metà del Novecento (alludo a BARAN e SWEETZ), che attribuiva alle Grandi Potenze la funzione di spianare alle imprese nazionali la strada per la conquista dei mercati mondiali. Gli odierni protagonisti della globalizzazione non sono gli Stati, ma sono le imprese multinazionali. Traggo da *The Economist* dati quanto mai illuminanti sulle più globalizzanti imprese del nostro tempo: la Shell ha un patrimonio estero pari al 67.8% del totale, e una occupazione estera pari al 77.9%; la Volkswagen ha un patrimonio estero pari all'84.8% ed una occupazione estera pari al 44%; ma la Nestlé è l'impresa più globalizzante, con un patrimonio estero pari all'86.9% ed una occupazione estera pari al 97%¹².

La prima di queste imprese ha capitale olandese, ma la seconda è tedesca e la terza è svizzera. Si può oggi dominare il mercato mondiale senza avere alle spalle una grande potenza militare e neppure una significativa potenza politica. Le multinazionali possono fare a meno dell'una, come dell'altra; hanno in sé stesse la forza che le spinge alla conquista del mondo. La globalizzazione dei mercati produce, tutto all'opposto, un effetto sconvolgente sugli assetti politici e giuridici degli stessi Stati, ne frustra la politica economica, ne esautorale leggi. Gli Stati sovrani, per potenti che essi siano, non sono più altrettanto sovrani quanto in passato. Essi non governano che un minuscolo frammento del mercato globale, mentre le multinazionali operano su basi planetarie e sono in grado di controllarlo nella sua interezza. La direzione giusta è quella indicata, nel 1990, dal progetto dell'ONU di un "Codice di comportamento della società transnazionali"; rimasto tuttora allo stato di progetto.

Il destino della democrazia è di tradursi in democrazia indiretta. Gli Stati non sono più sovrani *uti singuli*; potranno esserlo solo *uti soci*, ossia come membri di organizzazioni internazionali capaci di governare i mercati globali¹³. Già oggi l'Organizzazione mondiale del commercio rivendica il potere di dettare regole di diritto direttamente applicabili entro gli Stati membri. Ma già l'Unione Europea si oppone, *superiorem non recognoscens*. Se le istituzioni internazionali saranno capaci di darci un nuovo universale diritto civile, idoneo ad integrare, o se necessario a correggere, la *lex mercatoria*, non saremo noi a poterlo constatare, saranno le generazioni successive alla nostra.

¹² Sono dati UNCTAD, pubblicati su *The Economist*, 22 novembre 1997, p. 108.

¹³ S. CASSESE. *La crisi dello Stato*, Bari, 2002.

MERCEDES GAYOSSO Y NAVARRETE

*Análisis del problema de la responsabilidad civil objetiva
en la Convención de Viena sobre daños nucleares
a la luz del derecho romano*

El estudio del tema se refiere a la responsabilidad objetiva, de que trata la fracción primera del artículo 4.º de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares.

Si bien es cierto que la denominación de responsabilidad civil objetiva, aparece fundamentalmente como fuente de responsabilidad civil en la doctrina civil contemporánea¹ que la contrapone a la responsabilidad subjetiva, nos proponemos demostrar que sus antecesores se encuentran establecidos en el derecho romano.

Consideramos importante el estudio del tema, atendiendo a que el daño que se llegara a causar tendría como agraviados a los habitantes de dos o más estados y por otra parte a que el origen del daño es la energía nuclear, que por sí misma es ya un riesgo creado, que tanto en el aspecto técnico como en la regulación jurídica exige singular precaución.

PLANTEAMIENTO

Actualmente se acepta, sin mediar estudios sobre el origen del concepto, que la responsabilidad civil objetiva fue planteada por primera vez por los juristas SALEILLES y JOSSERAND a finales del siglo XIX, a través de la teoría del “riesgo creado”, la cual viene, según expresan, a ensanchar el ámbito de la concepción de la “responsabilidad civil”, aplicándola no sólo a casos en que se causaban daños como consecuencia de hechos escrupulosos o realizados con imprudencia². Es decir que los tratadistas de la doctrina civilística contemporánea plantean que por primera vez se fundó la responsabilidad fuera de toda culpa por el sólo hecho de causar daño, surgiendo así la idea de la “responsabilidad objetiva” por basarse en un hecho material sin ningún elemento de subjetividad³.

La teoría, según los tratadistas, se sustenta en la “nueva” concepción de la culpa aplicada al caso de la “responsabilidad objetiva”. La culpa, dicen los doctrinantes, no debe ser considerada como un elemento para declarar la res-

¹ Específicamente nos ocuparemos del análisis de la doctrina civil mexicana.

² Específicamente establecen como antecedente fáctico el uso de aparatos y sustancias peligrosas y las repercusiones de riesgo que conllevan.

³ Cfr. entre otros S. AZÚA REYES. *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993. p. 145; J. AGUILAR DÍAZ. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, México, Cajica, 1967 p. 61; MANUEL BORJA SORIAÑO. *Teoría general de las obligaciones*, t. II, México, Porrúa, 1966, p. 89; MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ. *Obligaciones civiles*, México, Harla, 1981.

ponsabilidad, ya que independientemente de que la conducta de quien causa el daño sea culposa, imprudencial o negligente, la declaración de responsabilidad no depende de tal acto u omisión del hombre, pues debe entenderse que el daño puede ser causado aun sin la intervención del hombre y sin embargo el titular de los bienes que causan el daño está obligado a responder⁴.

No pretendemos contradecir las características conceptuales de la denominada “responsabilidad objetiva”. Nuestro planteamiento se enfoca, como hemos dicho, a demostrar que tal figura jurídica no es de creación del siglo XIX. Su origen tiene una añeja tradición romana.

Finalmente expresamos en el presente punto que destacamos la presencia de tratadistas contemporáneos que si bien sostienen la contemporaneidad del término que nos ocupa en estudio a partir de finales del siglo XIX, también reconocen que el término propiamente dicho de “responsabilidad civil” tiene su origen en el derecho romano⁵.

4 Respecto de la afirmaciones que hacemos en torno a la posición de la doctrinaria cfr. entre otros a MARÍA CARRERAS MALDONADO. “Responsabilidad objetiva”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, vol. VI, México, Porrúa y UNAM, 2002, pp. 302 a 304; IGNACIO GALINDO GARFÍAS. “Responsabilidad civil”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, vol. VI, Porrúa y UNAM, 2002, pp. 279 a 282. Tratadista que plantea, en el sentido que se ha venido expresando, que el concepto surge en México en el siglo XIX, por inspiración de la Ley Francesa de 1898; y tiene su primera inclusión en las leyes mexicanas: inicialmente en la Constitución de 1917 (vigente) en el artículo 123 fracción XIV que se refiere a las disposiciones del trabajo en México, siendo posteriormente regulado el principio constitucional en la Ley Federal del Trabajo (1931, también vigente), en su título IX que trata sobre los “Riesgos de trabajo”. Finalmente el tratadista mexicano ubica la inclusión del término en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal en el libro IV “De las obligaciones”, ubicándose de manera nominativamente errónea en el capítulo V “De las obligaciones que nacen de actos ilícitos” (arts. 1913 a 1934); adicionando el comentario del maestro GALINDO GARFÍAS que la normatividad civil prevé excepciones a la responsabilidad civil que contravienen el principio general de reparación de daños a terceros independientemente de que incidan los elementos de culpa, caso fortuito o fuerza mayor (cfr. arts. 1914, 1930 y 2111). ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO. “Responsabilidad internacional”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, vol. VI, cit., pp. 296 a 298. Quien de manera específica sostiene en el mismo sentido que a nivel de responsabilidad internacional (refiriéndose a la responsabilidad objetiva) ni en la jurisprudencia emanada de la Corte Internacional de Justicia ni de la Corte Permanente de Justicia Internacional se ha tomado al elemento “culpa” para determinar la responsabilidad, ya que lo que se indaga, en su caso, es la comisión o no del hecho ilícito. Cfr. J. MARTÍNEZ ALFARO. *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993, p. 145.

5 Cfr. IGNACIO GALINDO GARFÍAS. *El ilícito civil*, México, Porrúa, 1964, quien remite el origen del término al siglo III a. C. cuando el tribuno AQUILIS hizo votar un plebiscito: la *lex Aquilia*; en el mismo sentido del origen del término cfr. EDUARDO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. *Derecho de las obligaciones*, t. II, México, Porrúa, 1998, p. 794.

I. ANTECEDENTES Y FINES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA POR DAÑOS NUCLEARES

Del 29 de abril al 19 de mayo de 1963 se celebró en la Neve Hot Living de Viena una conferencia internacional sobre responsabilidad civil por daños nucleares, con el fin de “concretar una convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares”.

En la conferencia se examinaron los siguientes documentos:

1. Las observaciones presentadas por los gobiernos acerca del proyecto de Convención internacional sobre normas mínimas internacionales de responsabilidad civil por daños nucleares, proyecto que había preparado el Comité Intergubernamental de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares en la reunión celebrada en mayo de 1961 en Viena;

2. Un proyecto de convención internacional sobre normas mínimas internacionales de responsabilidad civil por daños nucleares, con las modificaciones introducidas por el comité intergubernamental de responsabilidad civil por daños nucleares en su segunda reunión, celebrada en octubre de 1962, así como el informe del comité intergubernamental, y

3. Las enmiendas del proyecto de convención, que los gobiernos presentaron ante la conferencia.

La conferencia preparó la convención en la que las partes contratantes, “habiendo reconocido la conveniencia de fijar normas mínimas que ofrezcan una protección financiera contra los daños derivados de determinadas aplicaciones pacíficas de la energía nuclear”⁶, y “convencidas de que una convención sobre responsabilidad civil por años nucleares contribuirá también a instaurar relaciones amistosas entre las naciones, independientemente de sus diferentes regímenes constitucionales y sociales”, decidieron concretar a tal efecto una convención. En consecuencia acordaron y establecieron que:

Por “explotador” de una instalación nuclear se entenderá la persona designada o reconocida por el Estado de la instalación como explotador de dicha instalación” (art. 1.º c.).

6 Respecto al monto mínimo, este ha variado en las enmiendas de futuras convenciones relativas, habiendo fijado un monto máximo (cfr. Convención de París de 1997). Tal aspecto es un tópico que debe tratarse en investigaciones posteriores, toda vez que, atendiendo a los principios sobre los que sustentan los bienes jurídicos tutelados por la convención: vida humana y medio ambiente, podría aceptarse la fijación de montos mínimos (siendo el actual no menor a los cinco millones de dólares), mas no la fijación de montos máximos, como actualmente establece la propia enmienda citada en la Convención de París, siendo la cantidad máxima de quince millones de dólares (datos tomados de *Convenios y acuerdos*, bajo el auspicio de la Agencia Internacional de Energía Atómica, AIEA).

Por “accidente nuclear” se entenderá cualquier hecho o sucesión de hechos que tengan el mismo origen y hayan causado daños nucleares (art. 1.º.i).

El explotador de una instalación nuclear será responsable de los daños nucleares si se prueba que esos daños han sido ocasionados por un accidente nuclear (art. 2.º).

La responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será objetiva (art. 5.º).

II. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN EN LA DOCTRINA

La primera cuestión que resulta necesario aclarar es la fijación de un concepto de responsabilidad civil objetiva, para lo cual consideramos conveniente exponer primero sus elementos constitutivos: la presencia de un hecho ilícito; la existencia de un daño; y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Así, definimos a la responsabilidad civil objetiva como el hecho y las consecuencias que se originen por el uso que una persona haga de aparatos de cualquier tipo o materias de cualquier especie que intrínsecamente representan un peligro, siendo tal persona responsable de los daños y/o perjuicios que su operación y/o posesión cause ya sea terceros, al medio ambiente o a ambos, independientemente de que exista culpa en el resultado obtenido.

Pensamos que el concepto resulta válido tanto desde el estricto campo del derecho privado como en el ámbito internacional atendiendo, sustancialmente a la propia convención, que reconoce como persona a toda persona física, jurídica de derecho público o de derecho privado, así como a toda entidad pública o privada aunque no tenga personalidad jurídica; se incluye también en la definición a toda organización internacional que tenga “personalidad jurídica con arreglo a la legislación del Estado de instancia y todo Estado o cualquiera de sus subdivisiones políticas” (cfr. art. 1.º.i Convención de Viena).

La concepción antigua excluía al Estado de responsabilidad por los daños causados por sus representantes y agentes, fuesen cuales fuesen sus circunstancias, y aún recientemente se entendía que respondía solamente como excepción. No obstante, contemporáneamente se encuentra sujeto, al igual que las personas jurídicas de derecho público, a “reglas de responsabilidad análogas, en conjunto, a las que pesan sobre los particulares y a las personas jurídicas del derecho privado”⁷.

7 Cfr. MARCEL PLANIOL y GEORGE RIPERT. *Derecho civil*, México, Harla, 1997, p. 963; en el mismo sentido, cfr. CARLOS SEPÚLVEDA. *Derecho internacional*, México, Porrúa, 1980, p. 236.

Por cuanto hace a las personas, la propia convención las reconoce en el artículo 1.º I. inciso a: “Por ‘persona’ se entenderá toda persona física, toda persona jurídica de derecho público o de derecho privado, toda entidad pública o privada aunque no tenga personalidad jurídica, toda organización internacional que tenga personalidad jurídica con arreglo a la legislación del Estado de la instalación y todo Estado o cualquiera de sus subdivisiones políticas”.

Respecto a la responsabilidad internacional se distingue en doctrina entre “responsabilidad principal” y “subsidiaria”. Estamos en presencia de la primera cuando es el Estado como tal o uno de sus órganos el que viola una obligación internacional; y se presenta la responsabilidad subsidiaria cuando el agente que causa el daño resulta ser un particular, o inclusive “uno de sus órganos actuando *ultra vires*, o bien por daño causado por otro sujeto de la comunidad internacional de cuyos actos responde y no lo hace, incurriendo en la figura jurídica de omisión, o en la de negligencia”⁸.

La responsabilidad en estos casos recae en los Estados en virtud de la capacidad internacional de que están provistos y que a los particulares les falta, encontrándose por tanto imposibilitados para ejercitar una acción internacional que les permita resarcirse del daño. Así pues, el Estado les brinda protección diplomática.

Si atendemos a esta clasificación, la responsabilidad de la convención será, además de objetiva, subsidiaria.

III. FUENTES

En cuanto hace a las fuentes de la responsabilidad civil, encontramos un criterio uniforme que acepta esencialmente que ésta puede originarse contractual o extracontractualmente; y dentro de la última se distingue, por algunos, entre hechos jurídicos que producen un enriquecimiento ilegítimo, proveniente del pago de lo indebido, de la gestión de negocios, del hecho ilícito y del riesgo creado; mientras otros toman como base para la clasificación al hecho ilícito, lo que implica obviamente la existencia de culpa o elemento subjetivo, culpa que puede consistir en la violación de un contrato o de una norma, y por otra parte el riesgo creado, en cuya base se encuentra el elemento objetivo⁹.

8 Nos apoyamos para tal afirmación en opiniones como la de OPPENHEIM. *Tratado de derecho internacional público*, t. 1, J. LÓPEZ y J. M. CASTRO (trad.), Barcelona, Bosch, 1961, p. 357, y SEPÚLVEDA. *Derecho internacional*, cit., p. 237; R. MÉNDEZ y A. GÓMEZ ROBLEDO. *Derecho internacional público*, p. 606.

9 Cfr. para estos criterios a MANUEL BORJA SORIANO. *Teoría general de la obligaciones*, México, Porrúa, 1995, p. 89; JORGE BARRERA GRAF. “Responsabilidad civil: casos de aplicación en materia mercantil”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 3, Bogotá, 1984, pp. 55 y 73, e IGNACIO GALINADO GARFAS. *Derecho civil*, México, Porrúa, 1976.

De acuerdo con la fracción primera del artículo 4.º de la Convención de Viena, “La responsabilidad del explotador por daños nucleares será objetiva”; clasificación que resulta acertada, toda vez que los Estados firmantes van a regular la consecuencia de los daños y perjuicios causados por “aplicación pacífica de la energía nuclear”¹⁰ y en cuanto los afectados sean terceros, ya que los daños y perjuicios que resulten a los trabajadores caen en la esfera de la responsabilidad contractual y por ende se rigen por la legislación laboral local.

Antes de referirnos a las consecuencias inherentes a este tipo de responsabilidad, vamos a realizar un análisis retrospectivo que ubicamos en el derecho romano a partir de la existencia de las acciones noxales que otorgan la posibilidad a las partes o a los *dominus* de que respecto al daño causado por los delitos cometidos por sus *fili familias* o sus *servi* opten entre el pago de lo que se estime en el juicio o el abandono noxal (GAI. IV.75 e *Inst.* IV.8 pr.), sin olvidar que “Todas las acciones noxales siguen la cabeza del ofensor” (GAI. IV.77 y D. ULP. 9.1.1.12), la que apunta hacia el principio de la responsabilidad objetiva.

Pero el derecho clásico llegó más lejos, como podemos observar en D. ULP. 9.5.35; hipótesis de daño causado *quasi ex maleficio* en la que se traslada la responsabilidad a los hijos de familia, cuando estos viven separados de la casa paterna, alejándose así el derecho del principio que otorga al perjudicado acción de peculio o noxal contra el padre.

Antiquísima entre las acciones noxales encontramos la *actio de pauperie* recogida por las XII Tablas, por lo que se hace responsable al propietario de un cuadrúpedo de todo daño causado por éste, (D. ULP. 9.1.1 e *Inst.* IV.9).

A fines de la República, si podía comprobarse que el daño lo había ocasionado el animal pero interviniendo el propietario o un tercero, ya no procedía la *actio de pauperie* sino la *actio legis aquiliae*, por la que estimamos puede admitirse que en este período la *actio de pauperie* resulta procedente en los casos de responsabilidad objetiva con posibilidad de *nox*, situación que queda claramente establecida en D. ULP. 9.1.1.11 y 9.1.1.3 que dice: “*pauperies est damnum sine inura facientis datum, nec anim potest (6) animal injuria (7) fecisce, quad sonsu carent*”. Así como en D. ULP. 9.1.1.5 que resulta muy claro en cuanto al presupuesto para que proceda la *actio de pauperie*, especificando que si el daño que causó el animal fue por “causa” de alguna persona, esto es, si medió culpa, la acción ya no procede y en su lugar debe utilizarse la *actio legis aquilia*.

10 Sin dejar de anotar que, en cuanto hace al empleo de la energía nuclear, nos encontramos ante una situación especial respecto al criterio que está en la base de la justificación doctrinaria relativo al principio de la responsabilidad objetiva, principio de índole romana que expresa que *ubi emolumentum, ibi onus*, puesto que los beneficios que un “explotador” de instalación nuclear genera son en beneficio de la colectividad.

Una segunda acción muy importante es la *actio de pasto pecoris* que se otorga contra el dueño del animal que pascie en fundo ajeno, hipótesis en la que el daño no es *nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque damni iniuriae agi posse, in factum itaque erit agendum*, según D. ULP. 19.5.14.3 *in fine*. Esta acción sobrevivió a la promulgación de la *lex Aquilia* ya que la acción de *pasto pecoris* reglamentó un daño causado *nec corpore* y por tanto opuesto al de la *lex Aquilia*.

Finalmente, dentro de este grupo de acciones, contenidas en las XII Tablas, debemos mencionar a la de *arboribus succisis* que se puede ejercitar en contra de quien abusa en el corte de árboles ajenos. Acción que sobrevive a la creación de las *actiones legis aquilia utilis*.

Pasamos ahora a la *lex Aquilia*. Está aceptado comúnmente¹¹ que el daño de que se ocupa la *lex Aquilia* es el causado *corpore corpori* registrado en GAI. III.219, D. ULP. 9.2.9.3 e *Inst.* IV.3.13 y C. III.35.2 y 6, pero que además debe ser con *iniuria*¹²; el texto de GAI. III.210 en que consta la *actio damni iniuriae* y sus presupuestos, corroborados por D. GAI. 9.2.2 *Lege Aquilia capite primo cavetur: ut* (3) *qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pocudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*. Conceptos reafirmados por ULPIANO en D. 9.2.3 y por C. III.35.1, entre otros.

Nos resulta importante la ampliación que descubrimos en GAI. III.217 respecto a todos los casos de los cuadrúpedos que carecen de ánima: "... en efecto, la acción de este capítulo se ha establecido para el caso de quemadura, ruptura o fractura, aunque en realidad podría haberse dicho solamente 'ruptura', ya que esta denominación es suficiente para comprender todas estas causas; en efecto, se entiende por *ruptum* todo aquello que de algún modo resulta físicamente dañado (*corruptum*)..."

Todavía en *Inst.* IV.3.13 se agregan algunas posibilidades.

Estos pasajes en las fuentes nos llevan a la problemática de la culpa en sus diversos grados, ya que en torno a la *lex Aquilia* está tomada en cuenta aún la levísima, como se desprende de D. ULP. 9.2.44 que afirma: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. De la misma manera que D. GAI. 50.17.132 que la equipara con la impericia a la cual hay que comprobar *Inst.* IV.3.7. por *Imperitia quoque culpa adnumeratur*.

Otras citas, como la de GAI. I.140 *in fine*, nos permiten ver el contenido patrimonial y objetivo de la condena cuando dice: "si el *pater* ha sido condena-

11 Cfr. PIETRO BONFANTE. *Instituciones de derecho romano*, 3.^a ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1995, y JUAN IGLESIAS. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6.^a ed., Barcelona, Ariel, 1979, p. 483.

12 Sobre el presupuesto de la *iniuria* nos parece muy importante la opinión de VINCENZO ARANGIO-RUIZ. *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 419.

do en nombre de su hijo por el *furtum* cometido por éste y lo entrega *in mancipio* al actor; en efecto, éste entonces lo tiene en reemplazo de la suma de dinero”.

Nos ocuparemos ahora de la transformación que fue operándose en la *lex Aquilia* a través de las acciones útiles: la que tenemos por más trascendente es aquella que se otorga a un hombre libre conforme a D. ULP. 9.2.13. Un hombre libre tiene en su nombre la acción útil de la Ley Aquilia, pues no tiene la directa, porque nadie es considerado dueño de sus miembros; convalidadas por D. GAL. 9.1.3 y 7 que se ocupan del caso de hombres libres que han sufrido daño en su persona, sean padre o hijo, para cuya sentencia el juez valorará los gastos que la curación ha reportado y aquello que vaya a dejar de percibir si la lesión produjo una incapacidad, todo en atención al menoscabo patrimonial que objetivamente se produjo o va a producirse.

Las palabras son claras: “el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos que se hicieron en la curación, y además el importe del trabajo de que estuvo privada o de que haya de estar privada porque quedó inútil”: D. 9.1.3, que se corrobora en D. 9.1.3; 9.3.7 y GAL. III.217. El desarrollo de las acciones útiles también se dio por la necesidad de regular los casos en que el daño no se había causado con injuria sino, por ejemplo, por querer causar una broma, y no para obrar en ayuda de la comisión del *furtum*: debemos examinar si corresponde otorgar una *actio utilis*, ya que por la *lex Aquilia* se ha penado el daño causado aun por una culpa leve.

Finalmente haremos un comentario en relación a las llamadas acciones *in factum* que surgen por la acción *pretoria* para proteger aquellos casos en que el daño no se produjo *corpore*, según lo expresa PAUL. 9.2.33.1: *In dammis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*, y que se ejemplifican en sitios como D. JAL. 19.5.14.3 y ULP. 4.9.3.1 y 9.2.27.10, y más tarde en *Inst.* 4.3.16 *in fine* queda claramente señalado cuándo y porqué procede la *actio utilis*: “... Pero si el daño no hubiere sido causado con el cuerpo, ni tampoco hubiere sido lesionado en cuerpo, sino que el daño hubiere sobrevenido a alguien de otro modo, no bastando ni la acción directa ni la útil de la *lex Aquilia*, se estableció que aquel que fuere culpable quedase obligado por la acción por el hecho; como por ejemplo si alguien, por compasión, hubiere desligado al esclavo ajeno sujeto con grillos, para que huyese”.

Llegamos así a la *actio in factum* general que se extiende a cualquier hipótesis que quede fuera de la *lex Aquilia*. Para ilustrar lo afirmado nos parece adecuado el pasaje de D. ULP. 9.27.10 que dice:

Si tuvieras un horno junto a una pared común, ¿estarías obligado por daño con injuria? Y dice PRÓCULO que no puede ejercitarse la acción, porque tampoco se podría

contra aquel que tuviera un hogar; y por esto juzgo más justo que se ha de dar la acción por el hecho, en el supuesto de que la pared se hubiera quemado, pero si aun no se hubiera causado daño, sino que la mera existencia del fuego de generar el temor de modo que yo temo que me cause daño, opino que basta la caución de daño inminente. A dichas acciones los bizantinos las llamaron *in factum generalis actio ob indemnitem*.

Vamos ahora a referirnos a los efectos que el daño causado acarrea. Naturalmente se concede una acción por la cual, conforme al primer capítulo de la *lex Aquilia* que hemos transcrito antes, si causas un daño que recayó en un esclavo o un cuadrúpedo, la condena consistirá en pagar al dueño tanto cuanto más hubiera valido la cosa en aquel año.

En las fuentes encontramos una serie de especificaciones en cuanto a este principio que podríamos considerar como general; así por ejemplo, D. ULP. 9.2.21.1 establece la regla para el cómputo del año, en el caso de que alguien hubiera resultado muerto, o herido y muerto después. Cita en la que las opiniones de JULIANO y CELSO se contraponen, ya que el primero opina que en el supuesto de que el herido muera después, “pasado largo intervalo”, “el año deberá contarse desde que fue herido”.

Por otra parte, *Inst.* IV.3.9 establece: “Mas con estas palabras de la ley: ‘cuanto más en aquel año hubiere valido’ se expresa la idea de que si alguno hubiera matado a un esclavo suyo, que hoy día fuere cojo, o manco, o tuerto, pero que en aquel año hubiere estado íntegro y subido de precio, no esté obligado aquel a cuanto hoy valiese, sino a cuanto más hubiese valido en aquel año...”.

Otras citas como la de GAI. 1.140 *in fine* nos permiten ver el contenido patrimonial y objetivo de la condena¹³.

Nos parece posible aceptar que el derecho romano conoció los medios técnicos para la regulación del daño que genera responsabilidad civil objetiva, a partir de las acciones noxales recogidas en las XII Tablas y también en la *lex Aquilia*, que inicia el proceso de sistematización de los casos de daño en las cosas; configurándose sobre su base las acciones útiles y las *in factum*, a través de la cuidadosa labor de los pretores. Acciones estas últimas que en nuestra opinión habrían quedado reconocidas ya en los noxales y que alcanzan su mayor ámbito en la fase bizantina con la *in factum generalis*, como en su desarrollo posterior gracias a la labor de los compiladores y después en la doctrina y la legislación.

13 La transcripción de la cita se encuentra líneas arriba.

IV. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA O DEL RIESGO CREADO EN EL DERECHO CIVIL

Podemos decir que es la consecuencia natural que resulta de la utilización de maquinaria, instrumentos o sustancias, cuyo manejo o aplicación implican riesgo o peligro y que, de causar daños, colocan a la persona que las utiliza en el deber de indemnizar.

El presupuesto central de este tipo de responsabilidad es por tanto el nexo causal que surge entre la utilización de maquinarias y/o sustancias peligrosas y los daños y perjuicios que resulten, independientemente de la presencia de culpa, porque de ella se ocupa la responsabilidad subjetiva.

En cuanto hace a la Convención de Viena, dichos presupuestos se encuentran presentes en el inciso 1.º del artículo 1.º que define el accidente nuclear como: "... cualquier hecho o sucesión de hechos que tengan el mismo origen y hayan causado daños nucleares".

Es opinión común¹⁴ la de que esta responsabilidad es una elaboración contemporánea, que nace por la ineficacia de la teoría de la responsabilidad civil subjetiva, vía por la cual quedan sin protección los casos en los cuales la culpa no ha mediado, situaciones que proliferaron a fines del siglo XIX, como consecuencia del desarrollo industrial que originó una serie de daños que afectaban tanto a los trabajadores como a terceros¹⁵.

A partir de esta misma corriente se afirma que la teoría objetiva cobró fuerza en virtud de que en una gran cantidad de accidentes de trabajo no podía señalarse culpa, ni en el trabajador ni en el patrón, ya que el daño provenía de "vicios de la maquinaria misma"¹⁶.

Así pues, la justificación a la responsabilidad en estos casos se apoya en el principio de que *ubi emolumentum, ibi onus*, y aun cuando inicialmente el problema más frecuente podría estar entre trabajador y patrón, las consecuencias de daños a terceros adquirieron mayor relevancia o por lo menos resultaban de más difícil solución; puesto que, tratándose de una relación laboral, estaban ya

14 Cfr. al respecto J. AGUILAR DÍAZ. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, México, Cajica, 1957; GUTIÉRREZ Y E. GONZÁLEZ. *El patrimonio*, México, Cajica, 1982; J. L. OSSERANO. *Derecho civil*, t. II, SANTIAGO CUNCHILAS (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961; J. BONECASSE. *Elementos de derecho civil*, t. II, J. M. CAJICA JR. (trad.), México, Cajica, 1945; GALINDO GARFIAS. *Derecho civil*, cit.

15 PLANIOL Y RIPERT. *Derecho civil*, cit., p. 964, señalan casos especiales como el que denominan "riesgo del aire", sobre el que expresan que "el carácter temible del peligro al que se expone a los terceros y la imposibilidad en que se encuentran estos para preservarse de ellos han llevado a consagrar una responsabilidad sin culpa [...] Sin embargo esa responsabilidad excepcional solamente se establece en relación con los daños causados en la superficie de la tierra por las aeronaves en evolución o vuelo".

16 Ídem.

presentes las normas de responsabilidad contractual, a partir de las que se construye la nueva teoría que resuelve a favor de aquellos que han sufrido daño y que no podían, “con acierto técnico”¹⁷, exigir reparación vía el criterio clásico de la culpa.

En cambio, los terceros sólo podían intentar acción por el daño sufrido, cuando éste fuera la consecuencia de la comisión de un ilícito.

Tomando en cuenta que la codificación había tutelado únicamente el daño proveniente de culpa, es fácil comprender que la labor jurisprudencial y doctrinal fue y sigue siendo el mayor apoyo de la teoría objetiva, que ha tomado esencialmente en cuenta los principios de justicia y equidad, sin que haya dejado de tener opositores, con argumentos y discusiones que han enriquecido el tema, pero de los cuales por razón de espacio no vamos a ocuparnos en este trabajo.

V. DAÑO Y PERJUICIOS

Es obvio que hablar de daño y perjuicio desde el punto de vista civil implica referirse al patrimonio. Las personas que han sufrido una pérdida o reducción pecuniaria, incluida la necesidad de realizar gastos, o que se ven privadas de obtener cualquier ingreso, adquieren un crédito que se genera *ipso facto*, y que puede acrecentarse para el momento de ser cobrado; más allá de que tales daños y perjuicios se den como consecuencia de culpa o en ausencia de ella. PAULO, en D. 9.2.33 *in fine*, explica que “por la *lex Aquilia* conseguimos el daño, y decimos que se perdió lo que no pudimos percibir, o nos vemos obligados a gastar”.

Es necesario recordar que en la valoración de estos daños y perjuicios debe privar la objetividad, aun cuando esta resulte bastante difícil cuando atañe al llamado daño moral; problemática de la que no nos ocuparemos en este estudio.

VI. EFECTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Aquel que ha sufrido daño patrimonial tiene el derecho de ser indemnizado, esto es, de intentar que quien se lo causó lo deje sin daño, y si esto no fuera posible, por lo menos se llegue a una reparación, es decir, a una compensación o enmienda. Se dice que las cosas deben volver al estado que guardaban, y cuando esto resulte imposible, por lo menos se pagará con una suma de dinero.

Esta afirmación, que en principio puede aceptarse como regla general, tiene que ser revisada conforme a los lineamientos de nuestro trabajo, frente a la

¹⁷ AGUILAR DÍAZ. Ob. cit., p. 64.

doble posibilidad de que el daño haya sido consecuencia o resultado de una relación contractual o de que este derive del riesgo creado.

Dentro de una relación contractual en sentido amplio, el consenso de las partes no tiene más límites que las prohibiciones legales, entre las que no se encuentra aquella de que las partes puedan limitar el monto del pago de daños y perjuicios, lo que producirá una indemnización parcial, pero voluntariamente aceptada.

A pesar de esto, la doctrina y la jurisprudencia francesa¹⁸ se han manifestado en desacuerdo con las cláusulas de irresponsabilidad por daños eventuales, sea esta irresponsabilidad total o parcial, por considerar que ellos provocan una conducta negligente o por lo menos poco cautelosa, lo que ha originado discusión en cuanto a la validez y efectos de dichas cláusulas, pues se estima que inclusive acarrearán pérdidas considerables a la sociedad y al interesado. En resumen, se piensa que frente a la libertad contractual también existe el interés de proteger a las partes contra su propia imprevisión. Dicen PLANIOL y RIPERT que el derecho tutela no únicamente a los incapaces sino a los que, jurídicamente capaces, resultan débiles o imprevisores en el momento de contratar¹⁹.

Ahora bien, fuera de contrato, o sea frente a la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, por ejemplo, no existe posibilidad de fijar límites previamente, puesto que aquellos que resultan dañados, o bien se vinculan con el responsable a través de una relación laboral, o son terceros. En el primer caso, las normas directamente aplicables son las del contrato de trabajo o las de la ley laboral, y por tanto la fijación de la cuantía de la indemnización es facultad expresa del juez.

Respecto a los presupuestos que el juez debe tomar en cuenta para valorar la indemnización, vamos a aludir una vez más a las reglas que el derecho romano toma en cuenta y que, habiéndolas aprovechado antes, ahora las repetimos para precisar el punto de vista que respecto al valor de las cosas se tuvo a partir de la *lex Aquilia* y que permaneció en *Inst.* 4.3.9: *quanta in eo anno plurimi fuerit*, y cuya interpretación tenemos en la misma cita:

Más con estas palabras de la ley: “cuanto más en aquel año hubiera valido” se expresa la idea de que si alguno hubiera matado a un esclavo tuyo, que hoy día fuere cojo o manco,

¹⁸ PLANIOL y RIPERT. *Derecho civil*, cit., p. 647, y MAZEAUD y MAZEAUD. Ob. cit., p. 434.

¹⁹ *Ibid.*, p. 335: “El derecho no solamente garantiza la protección de los incapaces contra su propia debilidad sino también la de las personas jurídicas capaces. Numerosas leyes permanentes o temporales destinadas a proteger a un contratante contra los abusos que contra él pudiera cometer otro, por su ventajosa situación económica o simplemente contra su imprevisión, han declarado nulas las renunciaciones a los beneficios de las disposiciones por ellos implantados [...] De un modo más general, el propósito de garantizar un mínimo de justicia conmutativa en los contratos, hace nulos los celebrados a título oneroso cuando uno de los obligados no presta una contrapartida”.

o tuerto, pero que en aquel año hubiere estado íntegro y subido de precio, no esté obligado aquel a cuanto hoy valore, sino a cuanto más hubiera valido en aquel año...

Misma que ULPIANO interpreta en D. 9.2.21.1 y 9.2.21.2:

Mas el año se computa hacia atrás desde que alguien fue muerto. Pero si hubiera sido mortalmente herido, y hubiere muerto después pasado largo intervalo, contaremos el año según JULIANO, desde que fue herido, aunque CELSO escriba lo contrario.

Pero, ¿estimamos acaso su cuerpo sólo en cuanto valiere cuando fuera muerto, o más bien en cuanto nos importa que no hubiese sido matado? Y usamos de este derecho, que se haga la estimación de lo que importa.

GAI. III.212 lleva a otros aspectos, como el del esclavo que fue instituido heredero y que fue muerto antes de que hubiera hecho la “*acretio* de la herencia”, o si el esclavo formaba parte de un grupo de comediantes, por ejemplo, en cuyos casos debe agregarse al pago de la indemnización estas pérdidas.

Así pues, entre el daño y la indemnización debe privar el principio de la equivalencia²⁰, para lo cual debe determinar el juez los siguientes puntos:

- 1.º Si el daño consistió en deterioro o pérdida.
- 2.º Si este daño provocó pérdidas posteriores.
- 3.º El día en que se pagará la indemnización.
- 4.º Si el daño ya fue reparado por el interesado.
- 5.º Si se causó daño moral.
- 6.º Y por último, contra quién o quiénes procede la acción.

En cuanto al deterioro o pérdida, podría suceder que las cosas pudieran volver al estado que tenían, o si no la indemnización será una suma de dinero.

Por otra parte, tendrá que agregarse el *lucrum cessans* que incluye en algunos casos los intereses; con lo que está íntimamente relacionada la problemática relativa al día en que efectivamente vaya a hacerse el pago, no el día en que se dicte la sentencia, salvo el caso de que el interesado hubiera hecho ya la reparación.

Otro aspecto que constituye el mayor problema es el de la valoración del “daño moral”, por el que se entiende una afectación a la vida o a la integridad de

20 Por la índole del documento que estamos analizando nos parece fundamental la opinión al respecto de CH. ROISSEAU. *Derecho internacional público*, FERNANDO JIMÉNEZ ARTIGUEZ (trad.), Barcelona, Ariel, 1966, pp. 382 y 44: “El principio admitido por la práctica internacional es el de que la víctima ha de quedar en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no se hubiera producido. Dentro de lo posible, la reparación debe ser idéntica al perjuicio [...] La justa compensación implica el restablecimiento completo del *statu quo*. El principio de la integridad de la reparación lleva consigo dos consecuencias: a. La reparación no debe ser inferior al perjuicio [...] debe cubrir todo el perjuicio y compensarlo en su integridad”.

la persona, que sin formar parte de los bienes que integran el patrimonio, puede servir de fundamento a una demanda de indemnización y que no admite el derecho romano; de ahí que tal indemnización por “daño moral” no se incluye en los medios procesales que hemos analizado, a pesar de haber concedido al hombre libre la acción útil de la *lex Aquilia* ya el derecho romano, como se desprende de D. GAI. 9.1.3; D. ULP. 9.2.13 y D. GAI. 9.4.7. Este último pasaje expresa:

Quando lo que se hubiere arrojado o derramado hubiere lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos que se hicieron en la curación, y además el importe del trabajo de que estuvo privado, o de que haya de estar privado porque queda inútil. *Mas no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, porque el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna*²¹.

Por último, hacemos un comentario en torno a que en el derecho romano la indemnización la pueden reclamar los herederos, pero no se puede intentar contra los herederos, “a no ser que por el daño se haya hecho más rico el heredero” (D. JAL. 4.2.18), con lo que una vez más comprobamos el carácter objetivo de la reparación, que en el derecho internacional se expresa diciendo que la obligación de reparar consiste, entre otros aspectos, “En el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado”: la *restitutio in integrum* del derecho romano.

Es por tanto claro que el efecto de la acción por indemnización es “soportar el tener que pagar lo que se estime en el juicio” (GAI. 4.75).

Podemos así concluir que la responsabilidad civil objetiva está presente en el derecho romano, el cual creó las acciones o medios técnicos adecuados para lograr una verdadera indemnización, que por sus características no pueden estar sujetos a limitaciones previas, dejando tal posibilidad al criterio del juez, que para dictar la sentencia debe valorar el daño y los perjuicios sufridos, llevando tal valoración hasta la apreciación de las circunstancias específicas; la que le permitirá condenar a un pago real u objetivo en el que prevalezca el principio de equidad.

21 Cursiva nuestra.



HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2003

Se compuso en caracteres Ehrhard MT Regular y Ehrhard Expert MT de
11.5 puntos y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem

