

Revista de revistas jurídicas

LA TEORÍA DEL NEGOCIO ABSTRACTO, por Simone Malvagna. (*Rivista di Diritto Civile*, año 1935, página 43 y siguientes.)

No se ha estudiado la doctrina del negocio abstracto independientemente de la causa, sino sólo como una consecuencia de la letra de cambio. Hay casos en que no es posible la separación entre actos causales y materiales, y otros en que la relación entre voluntad y causa falta, no porque carezcan de ella, sino porque el negocio no la exprese y la voluntad «per se» es suficiente para producir el efecto a que se dirija (Ruggiero). Y aunque se pruebe la falta de causa o su ilicitud, no impide la producción de efectos jurídicos y sólo sirve de fundamento a una acción para anular los mismos (*condictio indebiti*, acción de enriquecimiento) (Coviello).

Para unos autores el negocio abstracto carece de causa jurídica, *causa de vendi*, y si excepcionalmente se investiga sobre la causa es sólo por razón de *equidad*, como la «*exceptio dolí*» de la estipulación romana. El autor no admite este criterio, pues desde el momento—afirma—en que la promesa abstracta puede ser destruida por excepción causal, la consecuencia es la misma: el negocio abstracto funciona sólo como un aspecto exterior, formal, del negocio causal.

Otros autores (Wieland) colocan el fundamento de la protección de la ley a la deuda abstracta, en consideración a la causa, y, por consecuencia, no se puede prescindir de ella, pero la ley puede permitir que para *el ejercicio de la acción* no se precise probar el consentimiento sobre la misma. El darle límites procesales—dice el autor—reduce a bien poca cosa el negocio abstracto.

Otros tratadistas (La Lumia), que siguen en términos absolutos esta doctrina, llegan a la conclusión de que la causa queda absorbida por la naturaleza formal del negocio, el cual encontrará su garantía en aquella formal expresión de la auténtica voluntad de las partes. Pero se critica esta orientación (Wieland), porque

se viene a admitir la posibilidad de un doble juicio sobre el mismo objeto, que no admite ningún ordenamiento jurídico procesal. Así sucedería en el caso de un deudor de un préstamo que dejase a su acreedor el reconocimiento jurídico de una deuda, documento abstracto por excelencia y capaz «per se» de fundar el derecho o la acción. Si el préstamo no se ha realizado, el deudor podrá oponer una excepción al acreedor. Pero si la relación es *absolutamente abstracta*, es evidente que la relación causal, no puede existir en el nexo de la «Resjudicata» siendo extraña a la relación del actor y sólo admisible basado en la economía del juicio. Y la «Resjudicata» no mira a la relación del préstamo, sino sólo a la *abstracta* que es la discutida en el juicio; y el acreedor podría intentar una acción de préstamo, pues la excepción de cosa juzgada no aprovecha al deudor.

Pero esta objeción es refutada en el sentido de que la acción está íntimamente ligada al derecho sustancial, y no puede hablarse de acciones abstractas sin correlativos derechos de créditos abstractos también. Si bien—dice Chiovenda—que la acción se concibe como un derecho autónomo y existente por sí y no tiene más que un ligamen ocasional con el derecho material a cuya práctica corresponde.

La doctrina se sumió en un laberinto del cual no era fácil salir, porque se había estudiado la «*stipulatio*» sin tener en cuenta su evolución histórica. Se distinguieron tres categorías: 1.^º la promesa de delegación, 2.^º el reconocimiento de deuda y 3.^º el contrato puramente abstracto; categorías que representan grados distintos de abstracción. En el contrato puramente abstracto se obra sólo en vía procesal formal, es decir, que la eficacia jurídica subsiste independiente de la validez o invalidez de la causa, aunque ésta pueda tener influencia por vía de excepción o de «condiciones».

La abstracción nace para unos autores (Adler) de la voluntad de las partes que acuerdan dar vida a una relación independiente de la causa, ya a los efectos procesales (de privación de prueba de la misma), ya en absoluto por carecer de causa. Se critica esta doctrina porque no es posible dependa de la exclusiva voluntad de las partes la suerte del total negocio jurídico (La Lumia); y además el paso de la abstracción procesal a la material no está justificado: es—dice Bonelli—improvisado y brusco.

¿Qué se entiende por abstracción procesal relativa? Para unos (Neubecker) se concreta el negocio abstracto en el derecho a la acción abstracta, o sea un derecho no subordinado a la prueba de la causa. El concepto se reduce a una simple inversión procesal de la carga de la prueba que es la noción del Código italiano en sus artículos 1.119 y 1.120, para el cual la causa se presume (artículo 1.277 del Código civil español); esta doctrina—a juicio del autor—deja siempre el influjo del elemento causal, y no se descuida si no provisionalmente, dando al actor una simple apariencia de acción autónoma e independiente de la causa.

Otros autores, partiendo de la base de que el negocio abstracto crea una presunción de deuda, creen que ante todo se debe precisar en qué consiste. Según unos (Munch-Petersen), debe ser subjetiva: si se ha hecho una promesa sin referirse a la causa, se presume que los contratantes han renunciado a hacer valer la excepción de causa frente a la otra parte. Según otros (Canstein)—y es la opinión dominante—debe ser objetiva, o sea que existe una relación material de deuda.

Pero, en realidad, lo fundamental de la distinción entre el negocio abstracto y el negocio material, está en los límites de la presunción. El criterio dominante en la técnica alemana es el que se deriva del *contenido material del negocio abstracto*. O sea si la excepción causal aparece en el documento o escritura en que consta el negocio abstracto, es oponible y en caso contrario no puede ser invocado por el tercero. Esta orientación es censurada por la doctrina italiana por aparentar que se deja al arbitrio de los particulares la determinación de la naturaleza del negocio jurídico, puesto que depende de la mención o no de la causa en la escritura (La Lumia).

La doctrina italiana se basa en la «buena fe», pero en el sentido de admitir la excepción causal, cuando el no ser realizable constituiría un grave atentado al orden público o a los principios de la equidad (Messina). El autor critica esta orientación por fundarse en un concepto metafísico e impreciso cual es el de la «buena fe».

Una reciente teoría de la escuela alemana (Cohn) cree que dado lo nebuloso y oscuro del concepto de causa, ha de prescindirse de ella para fijar la naturaleza del negocio abstracto. La ley exige dos clases de elementos al negocio jurídico, independientes entre sí. Un grupo de ellos forman el negocio abstracto, y otro el material,

que si no tiene ninguna conexión jurídica, al menos la tienen económica. La característica de los elementos del negocio abstracto están en ser fijos, inmutables a los acuerdos de los contratantes y en los del negocio concreto la ley deja amplia libertad a las partes que intervienen en el contrato. De manera que, mientras el negocio se agota en la relación jurídica querida por las partes, el negocio abstracto puede servir para diversas relaciones económicas, porque más que ser un contenido, es un *continente*, en el cual la ley amalgama diversas relaciones económicas y las presenta en la unidad del sistema.

Para el autor esta teoría tiene el mérito de eliminar todas aquellas contradicciones que eran la característica de las ideas dominantes, pero que se fundamentan más en esfuerzos de dialéctica que en la realidad jurídica. Puesto que en sustancia la separación entre negocios concretos y abstractos se reduce a la *forma*; y esta es—dice—(siguiendo a Ruggiero) un «quid» que se añade al negocio ya formado, es una condición esencial para su vitalidad jurídica, no para su vida material.

Se examina a continuación la posición de los que niegan la existencia del negocio abstracto en el Derecho italiano, basados en que se caracteriza por la ausencia total de la *causa* y exigiendo la Ley como requisito esencial la causa lícita, la voluntad de las partes no puede dispensar de dicho elemento. Otra razón es que el Derecho italiano en ningún caso reconoce aquellos remedios de las *condicione*s del Derecho romano y de las *Bereicherungsklagen* del Derecho germano, para eliminar las consecuencias injustas que derivan de la rigurosa aplicación del principio de la abstracción; pues aunque existe la acción «repetitoria», cuyo efecto es el mismo, es distinta de las *condicione*s. Rescindían el negocio formalmente válido y anulaban el enriquecimiento injusto, mientras que en el Derecho romano la acción de repetición es la consecuencia de la nulidad del negocio, el restablecimiento del estado de hecho de acuerdo con el estado jurídico (Ferrara).

El autor se muestra contra esta posición (ya abandonada por Ferrara, su principal sostenedor) fundándose en que, como dice Rocco, el negocio abstracto no supone que carezca de causa, sino que para su validez no se tiene en cuenta la misma; y en cuanto a la existencia en el Derecho italiano de las *condicione*s romanas, en

la práctica tiene el mismo objeto que la repetición de lo indebido (Dernburg), y después de conceder tal remedio el artículo 1.237 del Código italiano (artículo 1.895 del Código civil español), es más claro entender la *conditio indebiti* en el sentido de destruir la existencia de un negocio inválido, que de eliminar un estado de hecho contrario al Derecho.

Para la determinación del concepto del negocio abstracto considera el autor preciso partir del concepto de la *causa*, porque la Ley la considera como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico. Causa—dice—es el motivo determinante o el fundamento jurídico del negocio, que tiene un gran valor lógico o metafísico, pero ninguno jurídico, y no teniendo la causa valor, tampoco lo tiene la *abstracción*. Ahora bien, no existe ningún hecho humano sin causa, y siendo la *causa jurídica* la causa material mirando al Derecho, ésta existe en todos los negocios jurídicos.

¿Qué es el negocio abstracto? Son aquellas clases de negocios a los cuales la Ley, por la seguridad del comercio jurídico, la buena fe de los terceros, no toma en consideración los motivos, los cuales no pueden ejercer ninguna influencia sobre la vida del mismo. De ello se deriva: 1.º, que el negocio abstracto no puede ser *condicional*, pues siendo formal, si así fuera, perdería su carácter de certidumbre y de uniformidad; 2.º, no puede ser invalidado, por basarse en un motivo ilícito, v. gr.: juego, prostitución, etc.; 3.º, las excepciones personales le pueden ser opuestas, porque frente a los contratos *inmediatos* es conexa otra relación (relación de crédito), la cual, no siendo abstracta, puede dar motivo a excepciones personales; 4.º, la prohibición de tener en cuenta los motivos está subordinada a la *buena fe*. ¿Existe en el Derecho positivo? Salvo la letra de cambio, el autor cree que no existe. Lo cree así porque el negocio jurídico se basa sobre la *voluntad* como eje fundamental y no parece que la Ley pueda autolimitar la investigación sobre la real voluntad de los contratantes; una declaración de voluntad, que puede conseguir sus efectos *sic et sempliciter*, es algo extraño a nuestro Derecho, que no protege a aquellos actos que puedan producir consecuencias ilícitas o dañosas a la sociedad.

Donde puede tener importancia el negocio abstracto es en el Derecho procesal, puesto que la ley Procesal señala que las consecuencias de la omisión de las partes las sufren cada una, y los

efectos de la acción se determinan, no según la voluntad, sino según la *declaración* de la misma (Messina). Y estos principios se desarrollan en las causas de restitución, todos objetivos (impedimentos legítimos, fuerza mayor), la responsabilidad objetiva del reembolso de los gastos judiciales, la necesidad de expresar la *causa petendi* en la demanda judicial, etc. (Chiovenda).

LAS UNIONES DE EMPRESAS, por Tullio Ascarelli, Profesor de la Universidad de Padova. (*Rivista del Diritto Commerciale*, año 1935, página 153 y siguientes.)

Se muestra contrario a la opinión de Salandra (en su «Il Diritto delle unioni di imprese», 1934), de compendiar en un concepto jurídico las diversas modalidades de grupos, consorcios y Empresas. Se funda, para ello, en las diferencias notables que existen y en la mayor o menor complejidad de la organización; así, de una parte, unos tienen como contenido disciplinar la competencia recíproca, quedando frente a los mismos contratos de sociedad, de locación, etc.

¿Cuál es su naturaleza jurídica? Disiente de Salandra, que los considera como una sociedad irregular. Se basa en que no reúnen los requisitos esenciales de la Sociedad (que examina detenidamente), y, por lo tanto, no son personas jurídicas. Los consorciados, por eso, responden ilimitadamente de las deudas adquiridas en nombre del Consorcio, porque se trata de obligaciones asumidas en su nombre y responden solidariamente en virtud del artículo 40 del Código de Comercio. No siendo personas jurídicas, no constituyen patrimonio separado, pues no son, en realidad, obligaciones del Consorcio, sino de los *consorciados*. Además, la razón de protección a los terceros contratantes (que alega Salandra), no es decisiva, toda vez que, no considerándose como Sociedad, pueden los acreedores actuar directamente contra los consorciados, sin ejecutar previamente al Consorcio, mientras que, según la Jurisprudencia dominante, los terceros, para obrar contra los socios que no han operado en nombre de la Sociedad, deben previamente ejecutar a esta última. Considera que el Consorcio es un contrato plurilateral, caracterizado por ser de ejecución continuada, en los cu-

les colaboran más de dos partes para un fin común y que asumen derechos y obligaciones frente a los otros.

- Examina diversos problemas relacionados con los mismos, tales como las relaciones internas de los consorciados, la función de los árbitros en los Consorcios, etc. Pone de relieve su importancia en la vida económica moderna, y si bien es cierto que sobre ellos se presentan pocas controversias judiciales, es debido a que las partes prefieren resolver sus litigios mediante el arbitraje.

Dogmáticamente, los Consorcios entran dentro del derecho de categorías (en que se basa el Derecho mercantil, por considerarlo preferible al concepto de Empresa defendido por Mossa), que la doctrina mercantilista debe investigar y sistematizar, superando la posición individualista del Derecho mercantil tradicional.

Considera que la distinta posición que sostiene en contra de Salandra, con respecto a diversas conclusiones en materia de Consorcios, se deriva de los diferentes puntos de vista de cada uno con respecto a la teoría de la tutela de la apariencia del Derecho. Y cree que la tesis de Salandra es vulnerable a causa de que no se traduce en una mayor protección para los terceros en la realidad, que es el fundamento de la misma.

La tutela de la apariencia jurídica, ¿constituye una exigencia y una dirección fundamental de política jurídica (Riezler, D'Ameilio) y se traduce en instituciones técnicamente diferentes, y por eso inspiradas dogmáticamente en principios diversos o en un principio dogmático único? ¿Puede ser invocada sólo, cual exigencia tenida presente por la Ley, en la interpretación de determinadas normas, o se trata de un principio dogmático fundamental al cual se debe recurrir en una serie de instituciones y problemas, prescindiendo de la diversidad de disciplinas y de soluciones que se derivan de los conceptos de la publicidad, de la tutela, de la buena fe? Estas preguntas surgen con carácter imperativo, cuanto más frecuente se hace la aplicación del antedicho principio, invocado en cada problema como «una de aquellas medicinas milagrosas que curan todas las enfermedades, pero que por ello despiertan las sospechas de los médicos de conciencia».

HERMENEGILDO GÓMEZ,
Abogado.