

Documento y Negocio Jurídico *

SUMARIO

1. Distinción entre documento y declaración.—2. Documentación de las declaraciones hechas por un tercero.—3. Documentación posterior de la declaración hecha por las partes y nueva declaración.—4. Declaración de voluntad y declaración de verdad.—5. Confesión y reconocimiento.—6. Declaración reproductiva.—7. Diversas especies de la declaración reproductiva.—8. Declaración reproductiva con fines probatorios.—9. Declaración reproductiva negocial y no negocial.—10. Declaración reproductiva con el fin de variar el negocio.—11. Declaración reproductiva con el fin de interpretar el negocio.—12. Declaración reproductiva con el fin de precisar ** el negocio.—13. Declaración modificativa.—14. Solución de los conflictos entre las dos declaraciones dispositivas sucesivas desde el punto de vista material, y 15, desde el punto de vista procesal.—16. Acuerdo de las partes acerca del uso de una forma no prescrita bajo pena de nulidad.

“... Se presenta con gran frecuencia el caso, tanto en materia civil como en materia comercial, que se haya estipulado verbalmente un contrato y que después, por acuerdo precedente, concomitante o poste-

* Publicado en la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, I, pág. 181, y en *Studi di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, 1928, vol. II, pág. 73. Traducido por el Lic. **Alberto Vásquez del Mercado**.

** Aunque normalmente la palabra **acertamento** se traduce por “declaración”, como en este caso habría una falta de matiz en el sentido, se traduce por “precisión” o “precisar”.

rior a la estipulación, se redacte el texto en un documento. Entre las dificultades a que tal redacción da lugar, se encuentra la de saber si el acuerdo relativo a ella, cuando es precedente o concomitante, implica la voluntad de que sólo con la formación del documento las partes quedan vinculadas, o bien la voluntad de su eficacia actual, independientemente de la redacción del documento; otra de las dificultades es la de saber si, resuelto tal problema en el segundo sentido, tienen valor las cláusulas convenidas oral y eventualmente no reproducidas en el documento, o viceversa; y aun la otra, de aclarar la suerte del contrato, cuando existe una diversa reglamentación de un mismo punto en el contrato oral (no formal) y en el contrato formal.”

De esta manera AURELIO CANDIAN¹ ha definido el objeto de su investigación (págs. 1 y 2). Sin duda ha elegido bien; la práctica, en efecto, ha estado siempre intranquila con relación a dichas cuestiones; CANDIAN, que es también un práctico excelente, se ha dado cuenta de ello. ¿Pero ha logrado con su libro quitar los motivos de la inquietud? Desde luego digo que no lo creo.

Debo agregar que una parte de la culpa puede radicar en el tema, en alguno de sus aspectos, difícil; pero el resto se debe al método, que en este libro de CANDIAN no resplandece tanto como el ingenio.

1. Existe un defecto en la base, que me hace recordar la argucia del paraguero pintado por Giacomo Favretto. ¿Cómo puede hacerse el análisis de las relaciones entre el negocio y el documento sin partir de la definición comparativa de uno y otro? Este punto de partida se busca en vano en el libro de CANDIAN. Sin embargo, un escritor italiano, que lo ha precedido, había trabajado, y acaso trabajado con ahinco, para establecerlo; un escritor, digo, que al ver cómo un hombre de grande inteligencia y de tenaz amor por los estudios, como es ciertamente CANDIAN, no haya, ni siquiera puesto atención en investigaciones como estas, a todo cuanto se ha dicho, con tanto cuidado, para distinguir el documento de la declaración, podría acaso sentirse afectado un poco no digo de estupor, pero si de tristeza...

De cualquier modo, si es verdad que la *repetita iuvant*, este es el caso de repetir.² Pues no, excelente CANDIAN, los documentos dispositivos no “tienen por función la de *ser* ellos mismos la declaración de

1 Documento y negocio jurídico, Parma, 1925.

2 Cfr. mi Prueba civil, n. 24, pág. 131 y sigs. y n. 37, pág. 196.

voluntad” (pág. 3). Si no comenzamos nosotros, teóricos, que tenemos el amor y el deber de la precisión, a distinguir el *acto* del *objeto*, y de esa manera la declaración, y por esto el negocio y el contrato, de la cosa, que la representa, ¿cómo podemos pretender orientar a los prácticos? A éstos es preciso darles una brújula; ahora bien, la aguja magnética no es y no puede ser otra, en primer lugar, que la distinción elemental entre la *declaración*, que es un *acto*, y el *documento*, que es una *cosa*.

No ignoro que el terreno es lúbrico; y no hay nada más fácil y común que la confusión entre *escribir* y lo *escrito*, cuyas señales se encuentran donde quiera, en el pensamiento y en el lenguaje de los prácticos, y no de éstos solamente; pero CANDIAN es demasiado ágil escritor para que no se deba pretender que sepa caminar aun sobre el hielo, puesto que, después de todo, le ha gustado escoger este tema.

2. Quien ponga atención a la distinción antes referida, cuando se considera el problema de lo que se podría llamar la *documentación diferida* de un contrato, es decir, de la documentación *posterior a su formación*, se pregunta antes de todo: *¿quién hace el documento, un tercero o las partes?*

Si el documento proviene de un tercero, al menos para la hipótesis, aun actualmente normal, de documento *escrito*, que la documentación sea posterior a la celebración del contrato, es perfectamente necesario: la formación del instrumento notarial no puede ser sino después de que las partes se han intercambiado sus consentimientos. Cuando más, con relación a la hipótesis, en que la formación del documento se establece como un (ulterior) requisito en la formación del contrato, se podría decir que el nacimiento del contrato y la documentación son cosas contemporáneas.

En estos casos, que el contrato se haga primero y el documento después no origina ninguna duda en torno a las relaciones entre uno y otro; el documento no es más que el espejo, en el cual se refleja el contrato.

Sé bien que de estos casos no se ocupa CANDIAN; pero esto quiere decir, por lo tanto, que el título de su monografía es como un vestido demasiado largo para el cuerpo que está adentro; y de esta gran amplitud, cuando menos, hubiera estado bien que advirtiera al lector.

3. CANDIAN estudia, por el contrario, la otra hipótesis de la documentación hecha por la misma parte; esta es la hipótesis de la escritura

privada, la que pertenece, en la mayor parte de los casos, a aquel tipo de documento que he llamado *autógrafo*.⁸

En este caso, es verdad, tenemos *una nueva declaración* de los contratantes o de uno de ellos. Pero mientras tanto, también en este caso y sobre todo en él, conviene distinguir entre documento y declaración. El documento, como tal (en suma, la carta escrita), no es otra cosa que una prueba de la declaración que representa; una prueba, pues, de la nueva declaración, que las partes han hecho escribiéndola. Nada más. Lo que había comprendido perfectamente DEGENKOLB cuando decía: "lo que se prueba es el contrato reproductivo que el documento incorpora" (*El cumplimiento como reproducción del contrato*, en *Archivo para la práctica civil*, 1887, pág. 183), si bien ni aun su monografía, la que ciertamente merece los elogios que le hace CANDIAN (pág. 71), se conduzca, por este lado, con método riguroso.

El conflicto que CANDIAN quiere resolver, no es pues entre documento y negocio, sino *entre declaración y declaración*, es decir, entre la primera y la segunda declaración o, teniendo en cuenta la forma, entre la declaración oral y la declaración escrita.

He aquí la segunda razón por la que el título, y por ello el planteamiento de la monografía, es falaz; porque plantea como problema de relaciones entre documento y negocio lo que se refiere, por el contrario, a la sucesión de dos o más declaraciones.

Cuáles consecuencias pueden derivarse y se hayan derivado de este planteamiento, se comienza a ver inmediatamente en la división, que propone CANDIAN, de los documentos en *probatorios*, *dispositivos* y *recognoscitivos*, estos últimos "tienen como nota diferencial representar la renovación en otra forma, con el fin de reconocer la existencia y los efectos de una declaración obligatoria de voluntad" (pág. 4); ahora bien, esta nota diferencial está en el contenido del documento, esto es, en la declaración, no en el documento mismo o en su relación con la declaración como sucede, por el contrario, según el punto de vista de CANDIAN, para las otras categorías por lo que la clasificación es vana; en efecto, como documento, el llamado documento recognoscitivo es, algunas veces, para seguir la terminología de CANDIAN, un documento probatorio o un documento dispositivo, según que su formación sea o no necesaria para dar eficacia jurídica a la declaración que representa.

8 Op. cit., n. 37, pág. 192.

4. Existen, por lo tanto, en las hipótesis estudiadas por CANDIAN, *dos declaraciones sucesivas* de las partes. Quien quiera darse cuenta de la relación que existe entre una y otra, debe antes que todo, conocer la *naturaleza de la segunda*.

También para la resolución de este otro aspecto del problema la doctrina de la prueba ofrece actualmente medios suficientes. La clave radica en la distinción entre la declaración *dispositiva* y la declaración *testimonial*, o, en otros términos, entre la declaración de voluntad y la declaración de *verdad*.⁴

En algunas páginas de este libro parece que CANDIAN pretende desconocer esta diferencia (especialmente pág. 62); pero no hay agudeza de ingenio que logre hacer una misma cosa de quien dice “quiero” con quien dice “he querido”. Pues de otra manera sería la misma cosa, por ejemplo, ¡robar y confesar haber robado! Ciertamente, también la confesión es un acto de voluntad; pero una cosa es querer la confesión y otra el negocio confesado. No se trata únicamente, como cree CANDIAN, de conservar inalterado el sistema, sino de obedecer a la razón. Probablemente lo que induce a error es la circunstancia de que puede existir, como lo diré, especialmente en consideración de las reglas legales acerca de la confesión, una cierta, y aun una notable promiscuidad de función entre la declaración dispositiva o constitutiva y entre aquella especie de declaración testimonial, que es la declaración confesoria; en efecto, con poca diferencia una puede servir para los mismos fines que la otra, pero por esto no desaparece entre ellas la diferencia estructural que, sobre todo, debe tomar en cuenta quien procure el análisis de sus delicadas combinaciones.

Por lo tanto, ¿la declaración posterior es una *declaración de voluntad* o una *declaración de verdad*?

Puede verificarse uno y otro caso.

5. Una de las situaciones de hecho que recuerda CANDIAN, es esta: dos comerciantes “que han... estipulado verbalmente y tratado en la misma plaza, apenas se han separado cuando uno de ellos, según el uso del comercio, *confirma* (como es la fórmula adoptada consuetudinariamente) *por escrito* el contrato verbalmente concluido: ‘tengo el placer de confirmarle *que ayer he vendido* las mercancías siguientes en las siguientes condiciones...’”

4 Cfr. mi *Prueba civil*, n. 28 y sigs., págs. 163 y sigs.

Esta es una típica declaración *testimonial*, en el caso, una declaración *confesoria*, no tanto por la mención de la confirmación, que no es del todo decisiva, sino por su misma estructura gramatical, que excluye el acto presente de voluntad.

Por lo demás, bajo idéntica estructura la función de una declaración semejante puede ser claramente diversa: *confesión o reconocimiento*. Según que sea uno u otro, la declaración constituye o no un nuevo negocio, por lo menos en el sentido del derecho material.

Es útil detenerse un poco para aclarar la distinción alrededor de la cual, con alguna frecuencia están perplejos los teóricos y los prácticos.

Conviene anticipar que la *prueba* es un *medio*; la *certeza*, un *fin*. Cuando se trata de eliminar la litis (que, normalmente es un fenómeno de incertidumbre jurídica), es preciso obtener la certeza. Puede obtenerse mediante la persuasión o mediante la fuerza; en otros términos, puede procurarse o imponerse a las partes. El medio para procurarla es la prueba. Cuanto más abundantes y más seguras son las pruebas, menos fácil es la incertidumbre, y por lo tanto, la litis. Precisamente por esto la política legislativa que tiende a excluir del proceso a los testigos, debe considerarse, en primer lugar y sobre todo, en función de medio en la lucha contra la litis. Por esta razón los hombres de negocios, mientras son más cautos y temerosos de la litis, son más diligentes para procurarse pruebas escritas. Esta no es más que una práctica de higiene. Preconstituir una prueba quiere decir preparar un medio para obtener, en el momento oportuno, la certeza. No existe una oposición, o si se quiere, una diferencia *entre medio de prueba y medio de certeza*.

Puede muy bien ser que las pruebas no basten. Esto es tan verdadero que también en los casos en que las pruebas son abundantes y seguras, puede nacer la litis. Entonces para nada sirve procurar la certeza, es decir, proporcionar a los hombres el medio de estar seguros, es preciso imponerla. Esta es la normal función del juez. Pero este fin pueden lograrlo por sí mismas también las partes. La declaración, en lugar de ser *judicial* puede ser *convencional* o, mejor *negocial*. Cuando las partes tienen motivo para ser muy prudentes, no se conforman con proporcionarse los medios para evitar, en el momento oportuno, la incertidumbre; radicalmente la excluyen imponiéndose una a otra la obligación de considerar un determinado negocio, un determinado hecho, una relación determinada *como si existiera de cierto modo*, es decir, adquiriendo la obligación de conducirse como si existiera en cierto

modo. Este es el *negocio de declaración*, cuya manifestación típica es el reconocimiento: “un subrogado”, dice incisivamente ÜNGER (*Para la doctrina del contrato de reconocimiento* en los *Anales para la dogmática* de JHERING, 1866, pág. 180) “de la decisión judicial; las partes son jueces en causa propia; pronuncian por sí mismas la sentencia...” Esta identidad funcional entre el reconocimiento y la sentencia, puesta en claro, si bien con menos vigor, también por BÄHR (*El reconocimiento como fuente de obligación*, párrafo 45, pág. 182), precisa el contenido característico, que no está en proporcionar a las partes una prueba (medio), sino en procurarles directamente el fin, es decir, la *certeza*.

No existe un *tertium genus* entre estas dos posiciones (medio de prueba y medio de certeza), y también entre confesión y reconocimiento. Me parece, si he entendido bien su pensamiento, que querría admitirlo SIEGEL (*Las funciones de derecho privado de los documentos*, en el *Archivo para la práctica civil*, 1914, especialmente, pág. 64 y sigs.), construyendo una *declaración* y un *contrato de declaración*; que tendría también el fin de proporcionar la certeza, pero no sería reconocimiento porque no crea “ninguna relación abstracta de la causa” (especialmente pág. 75). Pero la llamada *abstracción de la causa* (o mejor, *de la relación fundamental* o *subyacente*, porque temo que en este caso la palabra *causa* se use en sentido diverso del que le asigna la teoría moderna del negocio, más bien, de la orden jurídica, con el frecuente resultado de volver menos comprensible, si no francamente incomprensible el problema), si el negocio *verdaderamente declara* esta relación, es una consecuencia necesaria de su función, de tal manera que no es más que un modo para expresar su alcance jurídico: porque la *vis* del negocio de declaración radica en obligar a las partes a considerar el hecho declarado como resulta de la declaración, *independientemente de sus condiciones de existencia originaria*, la ruptura del lazo de las obligaciones con la relación fundamental, como dice CANDIAN (pág. 100), no puede dejar de verificarse; y no es necesaria otra cosa para tener la relación abstracta. En suma, la abstracción no es ninguna cosa que las partes deban querer además de la declaración, sino que es una cosa que expresa lo que las partes quieren con la declaración. Lo que no impide que existan otras formas y diversos grados del llamado negocio abstracto, como hizo notar CANDIAN (págs. 99 y sigs.), ni afecta la cuestión relativa al lugar que debe ocupar en una clasificación de estos el negocio de declaración.

Conviene agregar, no obstante, que la distinción entre la confesión y el reconocimiento es, en la práctica, por una parte extremadamente difícil, y por la otra, casi completamente inútil, según el vigente derecho italiano.

En efecto, exclusión hecha de la hipótesis en la que el fin de declaración esté claramente enunciado por las partes, ¿cómo puede saberse si éstas, al declarar la existencia del negocio en cierto modo, han querido confesar o reconocer? Ni la incertidumbre actual, ni aun la de la litis (que nace de la incertidumbre, pero que supone algo más, y precisamente dos afirmaciones opuestas, es decir, la pretensión y la resistencia a la pretensión), pueden proporcionar un indicio decisivo, porque, tanto más que en el régimen vigente de la confesión, para despejar la incertidumbre o para extinguir la litis puede servir prácticamente también la confesión sola. Admito, sin embargo, que, si la litis existe ya verdaderamente cuando se hace la declaración, sea lícito presumir que las partes lo han hecho para ponerle fin, y por esto con el fin preciso de declaración más bien que de simple prueba. Pero en este caso no tendría aplicación el artículo 1121 del Código Civil, cuya disposición supone que la declaración de voluntad sea incontestada, mientras que en nuestro caso, por lo contrario, lo que se trata de establecer es que se trate de declaración de voluntad o declaración de verdad.

Que por lo demás la distinción, teóricamente precisa, sea casi imposible de precisar en la práctica, no tiene casi ninguna importancia, justamente porque en el vigente régimen de prueba legal, falta toda razón para distinguir. La fuerza probatoria que el artículo 1358 del Código Civil atribuye a la confesión extrajudicial, cuando se hace a la parte, logra en verdad, los mismos efectos de la declaración, si en vista de la confesión el juez no tiene que hacer otra cosa que darle fe, por falta de libertad en su apreciación; en este caso el fin último del sistema de la prueba legal, que radica en prevenir o en reprimir la litis sin necesidad del proceso, está particularmente manifiesto; justamente quien puede servirse de la confesión extrajudicial que le ha hecho su adversario no cree tener necesidad de más para obtener la declaración judicial y quien ha hecho esta confesión, salvo los casos de revocación, sabe que no puede hacer nada para oponerse; tener la declaración o el medio seguro para conseguirla son la misma cosa. Por otra parte, no debe hacerse a un lado que la manifiesta consideración del fin de hacer desaparecer toda incertidumbre, por la cual es impulsada normalmente una parte cuando hace una confesión a la otra, sea una de las razones de la

regla de la prueba establecida por el artículo 1358 del Código Civil. He aquí por qué la distinción entre confesión y reconocimiento se convierte, en derecho italiano, más que en capilar, en imperceptible; y los prácticos no estarían equivocados si juzgasen nuestras disquisiciones como inútiles galimatías.

De cualquier modo que sea, desde el punto de vista teórico, la distinción tiene, por el contrario, grandísima importancia.

a) En verdad, si se trata de confesión, a la nueva declaración (escrita) no corresponde, por lo general, ningún nuevo negocio, o cuando menos, ningún nuevo negocio de derecho material. Si, y cuándo la confesión, en régimen de prueba legal, puede definirse como un negocio de derecho procesal, es un problema que no tengo que resolver en este lugar. No corresponde, digo, ningún negocio de derecho material porque la declaración, en estos casos, no modifica ni se propone modificar el estado jurídico preexistente; la modificación, como las partes la han querido, se debe al negocio anterior, no a la declaración que lo prueba. Se puede, por tanto, en estos casos hablar de *declaración* pero no de negocio o de *contrato reproductivo*; y de tal manera, de declaración *probatoria*, no de declaración *negocial*.

b) Cuando, por el contrario, existe el reconocimiento, entonces la segunda declaración es verdaderamente un nuevo negocio de derecho material, porque a ella corresponde una causa, que es la *causa de declaración*. No debe, empero, entenderse, la *causa novandi*; una cosa es declarar y otra cosa es subrogar. La novación extingue el negocio novado; la declaración, cuando más, colora o reviste el negocio declarado. Por esto se dice, y se dice bien, que la declaración tiene carácter declarativo. También y desde este punto de vista la teoría del reconocimiento puede encontrar un apoyo útil en la teoría de la cosa juzgada. Asimismo para explicar, o mejor para expresar este carácter puede servir la teoría del negocio abstracto que no es más que un punto de vista, que hace posible comprender y disciplinar la coexistencia del negocio anterior y del negocio posterior; desde este punto de vista es útil la observación de STAMPEL cuando para explicar el negocio abstracto se sirve de la oposición entre *negocio fundamental* y *negocio auxiliar* (*Causa y negocios abstractos* en la *Revista para el completo derecho comercial de Goldschmidt*, 1904, págs. 387 y sigs.); precisamente porque el negocio de declaración es un auxiliar, su causa no es incompatible con la del negocio declarado.



Estas reflexiones alrededor de la hipótesis en que la declaración posterior tenga el carácter de la confesión o del reconocimiento, no pueden, sin embargo, concluirse sin agregar como, en razón de la fuerza probatoria legal de aquella, como de la eficacia negocial de ésta, puesto que tiene valor o termina por valer lo que se confiesa o reconoce aun cuando no sea conforme a la verdad, en la práctica la confesión o el reconocimiento, y de esa manera la segunda declaración (escrita) en forma testimonial, pueda servir también a los fines de *interpretación* y aun de *modificación* de la primera, a los que respondería más propiamente la figura de la declaración constitutiva (declaración de voluntad). Por otra parte, veremos dentro de poco cómo una nueva declaración en forma constitutiva, es decir, con diversa estructura de la declaración de verdad, pueda hacerse aún solamente para facilitar la prueba del negocio. Existe, por lo tanto, a pesar de la diferencia estructural entre los dos tipos de declaraciones, una promiscuidad de funciones, que explica cómo en la práctica la distinción no se advierte casi para nada, si bien, no exime al jurista del deber de ponerla en claro.

6. Puede acontecer que la declaración sucesiva no tenga para nada la estructura de una declaración de verdad; esto es, que el vendedor vuelva a decir: “vendo”, y no ya “he vendido”. Algunos entre los casos recordados por CANDIAN corresponden ciertamente a esta hipótesis: “dos comerciantes contratan de plaza a plaza mediante intercambio de cartas. El acuerdo se había verificado sobre todos los puntos que las partes tenían en consideración: el contrato es perfecto. Pero los dos se encuentran, y el negocio que se había perfeccionado después de tanto debate epistolar, se formula aprovechando la correspondencia, en una escritura contextual pública o privada. O bien: el contrato estipulado por escritura privada se reproduce por instrumento público.—...o también el representante de comercio (bien entendido, en ejercicio de sus poderes de representación) vende al cliente, verbalmente o por escrito en las llamadas *notas de pedido* o en las llamadas *notas de comisión*, una determinada cantidad de mercancías: la casa, a su vez, cuando tiene noticia de la venta dirige al cliente una carta que reproduce el contrato y obtiene la íntegra aceptación”. (Pág. 67.)

Cuando esto es así, a diferencia de la situación considerada en el número precedente, existe entre las dos declaraciones una relación *histórica*, no una relación lógica; lógica y jurídicamente cada una tiene existencia por sí misma. El documento en que la segunda está representada, prueba la declaración misma; nada más. La segunda, esto es,

no sirve para nada para la prueba de la primera. Son dos declaraciones de la misma especie y sobre el mismo plano. El régimen de su coexistencia pertenece al derecho material.

Digo dos declaraciones *de la misma especie*; por lo que en este caso se habla exactamente de *repetición o reproducción contractual*. Si no son de la misma especie, nos salimos de este campo, aun cuando el fenómeno jurídico pueda tener con el que se estudia en este lugar, importantes analogías. Por esto es diverso, aun cuando semejante, el caso de la cambial, porque la promesa cambiaria tiene en relación con la declaración de voluntad de donde nace la relación fundamental, una fisonomía propia y sus efectos característicos propios. Ciertamente que también con el negocio cambiario el deudor promete de nuevo lo que ya había prometido; pero promete de modo y con eficacia diversa; ni aun por esto se puede decir que la nueva declaración repite o reproduce simplemente la primera. Precisamente, si no me engaño, a fin de que exista verdadera repetición o reproducción contractual, se requiere la *identidad típica, del negocio respecto a las dos declaraciones*, lo que acaso ha escapado al agudísimo LEONARDO COVIELLO cuando ha confundido también la hipótesis de la cambial en el *genus* de la reproducción (*Contratos preliminares*, en *Enciclopedia jurídica*, págs. 110 y sigs.)

7. Las partes no declaran dos o más veces su voluntad respecto a un mismo fin sin una buena razón.

Si se hace un análisis cuidadoso de la casuística creo que se encuentran cuatro razones típicas:

- a) o la nueva declaración se hace para procurarse una prueba;
- b) o para cambiar en el tiempo el momento del contrato;
- c) o para interpretar la declaración precedente;
- d) o, por último, para modificarla.

Los dos primeros casos permiten que la declaración sucesiva sea *idéntica* a la declaración anterior. Esta es, según SIEGEL, la hipótesis normal. (*Loc. cit.* pág. 59.)

En el tercero y en el cuarto, naturalmente, las dos declaraciones tienen, en parte, un contenido diverso.

Si no se disciernen estas diversas hipótesis, se acaba por atribuir a la primera los caracteres de las demás y en particular de la segunda (que como veremos, es esencialmente diversa). Así lo hace por ejemplo,

COVIELLO cuando por haber reconocido un *quid novi* y por lo tanto, justamente, un nuevo negocio en el caso considerado por la 1. 25, D. *de verb. oblig.*, XLV, 1, de las excepciones contra la primera estipulación que se quieren cambiar con la segunda, o en la otra de una nueva *cautio* (entendida no solamente como un acto recognoscitivo, sino también como un acto dispositivo) verificada para interrumpir la prescripción, casos que pertenecen precisamente a la segunda categoría delineada por mí, argumenta que en general “si se promete nuevamente lo que ya se debe, existe una nueva causa y una nueva relación jurídica” (pág. 111). El exceso de esta conclusión es manifiesto: *no siempre existe, pero puede existir*; y sólo se llega a comprender cuándo existe y cuándo no existe distinguiendo en cada caso; y sólo de esta manera se ponen de acuerdo los textos romanos, que parecen contradictorios.

8. Cómo pueda hacerse una segunda declaración, esto es, cómo puede repetirse la declaración *con fines probatorios*, no es difícil de entender cuando se reflexiona que las pruebas son instrumentos sin los cuales el derecho controvertido no logra hacerse valer; y entre estos instrumentos hay buenos y hay malos, unos que se manejan rápidamente, otros que se tarda para maniobrarlos, unos baratos, otros que cuestan mucho.

Por ejemplo, el promisorio hace que el promitente repita en presencia de testigos la promesa que, la primera vez se le había hecho a él solo.

Por ejemplo, las partes repiten por escrito lo que antes se habían dicho verbalmente.

Otro caso: las partes extraen una declaración particular de un documento de contenido complejo, repitiéndola en un documento separado, precisamente para poder disfrutar, cuando fuere necesario, de una prueba menos costosa.

Por lo demás, puede parecer que, si la segunda declaración se hace *con fines probatorios*, no puede ser una *declaración de voluntad*. Cierta dificultad en poner de acuerdo estos dos términos ha hecho verdaderamente de esta parte del tema una especie de rompecabezas. Lo cierto es que para los fines probatorios sirve la declaración de verdad, esto es, la declaración testimonial. Quien dice “vendo” quiere vender, no probar que ha vendido. Conviene no olvidar que DEGENKOLB ha combatido la llamada teoría de la prueba comenzando por excluir de su campo de

observación precisamente la declaración testimonial (*das blosse Bericht über eine frühere Vertragsverhandlung*, pág. 161).

Es bueno advertir que cuando la parte por segunda vez y en lugar de hacer su declaración verbalmente, la repite por escrito, la repite precisamente para conservar la prueba. DEGENKOLB presenta en este caso gravísima objeción: de tal manera se obtiene la prueba de la segunda, no de la primera declaración; el documento reproductivo es idóneo para probar “la celebración del contrato, que se incorpora en el documento, no la celebración de un contrato anterior”. Este “o vale como documento dispositivo o no vale nada; como documento probatorio, sería claramente equivocado y jurídicamente sin valor. En efecto, lo que podía probar: el intento de una convención en él contenido, sería jurídicamente nulo; y lo que debía probar: la celebración de un contrato anterior, esto no lo puede probar” (pág. 172). DEGENKOLB se refiere de tal modo al principio: *qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur* (1. 18 D. *de verb. oblig.*, XLV, 1); el segundo contrato, idéntico al primero, no vale nada jurídicamente.

Sin embargo, no está equivocado MEYER cuando observa que con esta impecable lógica DEGENKOLB termina por oponerse a las mismas exigencias prácticas de las que ha partido para su estudio (*Celebración y reproducción del contrato*, en *Archivo para la práctica civil*, 1897, págs. 84 y sigs.) MEYER agrega que el error de DEGENKOLB está en haber generalizado el reconocimiento de la naturaleza dispositiva del documento de los casos en que la nueva declaración contiene modificaciones esenciales, aquellos en que se reproduce simplemente la declaración anterior (pág. 86); y para estos últimos mantiene la opinión de que no hay un nuevo contrato, sino solamente una prueba. Pero de esta manera—prescindiendo de la ilógica división de una sola declaración en dos partes, a las que se les atribuía naturaleza diversa, sobre lo que me detendré dentro de poco—, MEYER no ha hecho otra cosa sino dar la sensación de un defecto en el razonamiento de DEGENKOLB, sin haberlo encontrado. Este razonamiento, según el cual, en substancia, quien dice “vendo” contrata y no prueba haber contratado, permanece, después de la crítica de MEYER, en pie como antes.

Ni entre *contratar* y *probar haber contratado* puede insertarse, como querría MOSSA (*La documentación del contenido contractual*, *Revista del derecho comercial*, 1919, I, págs. 472 y sigs.), *confirmar haber contratado*; la confirmación es un intento genérico que las partes pueden lograr formando una declaración testimonial o repitiendo la declaración dis-

positiva; si se sirven de este segundo medio *confirman* . . . *contratando*, es decir, renovando el contrato. Históricamente la segunda declaración podrá llamarse una confirmación; desde el punto de vista jurídico es una nueva declaración contractual; ahora bien, si esto es así, no prueba para nada la primera. Que sea una confirmación, lo que se verifica después de la primera, repitiéndola, tiene, como lo diré en ciertos casos, su valor (*infra*, n. 14); pero jamás el de servir de prueba de la declaración confirmada.

Y sin embargo, en la página de DEGENKOLB existe el defecto. Quien intenta descubrirlo se adentra en una zona bastante interesante de la teoría del negocio jurídico. Es verdad que quien dice “vendo”, no confiesa y por esto no prueba haber vendido. Pero no es verdad que decir: “vendo” y vender, es decir, contratar, sean la misma cosa. Recordemos que el negocio no es pura forma, sino *forma + voluntad + causa*. Decir o escribir “vendo” y vender, es decir, celebrar el negocio de venta son en realidad una misma cosa, únicamente cuando bajo las palabras, que son la forma, existen la voluntad y la causa. ¿Pero es posible que estas palabras se hayan dicho o escrito inútilmente, esto es, sin voluntad o sin causa? Sin duda. En la escuela se enseña que pueden ser dichas o escritas por juego; entonces falta la voluntad. Se enseña también que, si alguien por ejemplo, compra su propia cosa, no existe una compraventa porque falta la causa. He aquí casos en los que existe la forma del negocio y no el negocio; hay como una especie de caja vacía: forma dentro de la cual no está contenida la causa y la voluntad. Suplico al lector que se fije en el ejemplo escolar limpidísimo de quien declara comprar su propia cosa. Si pues, Ticio verbalmente vende vino a Cayo, y después le escribe, como sucede en los casos en este lugar considerados: “te vendo mi vino”, ¿no se verifica justamente algo semejante? He aquí el error de DEGENKOLB, que ni MEYER ni MOSSA ni CANDIAN han sabido descubrir: “sea lo que quiera ser, desde el lado de la determinación”, escribe DEGENKOLB, “el acto reproductivo (*Vollziehungssakt*) siempre es un *contrato*” (pág. 183); y CANDIAN repite que “el contrato documentado, aluda o no al precedente contrato formal, lo modifique o no lo modifique, esencialmente o no, haya tenido o no haya tenido origen en una necesidad de las partes de asegurar la constatación cierta y unívoca de sus relaciones jurídicas, esto es, en substancia por una necesidad de *prueba*, es empero, no obstante todo esto . . . un *contrato*, como tal dotado de eficacia dispositiva por sí mismo . . .” (pág. 78). No me parece. No es un contrato porque *qui actum stipulatur, dein-*

de, iter, posteriore estipulatione nihil agit, sicut qui decem, deinde, quinque, stipulatur nihil, agit (1. 58 D., XLV, 1) *nihil agit*, no obtiene ningún efecto *jurídico*, declara en el vacío, porque el vino lo ha comprado ya cuando, con las palabras dichas verbalmente, el consentimiento tuvo su manifestación; *nihil agit*, notando porque falta la voluntad, sino porque falta la causa del negocio.

Pero si la segunda declaración puede, pues, no ser un contrato, es siempre la *forma de un contrato*. He aquí el punto de la teoría general del negocio jurídico que puede obtener, de estas investigaciones particulares, algún beneficio. Existe entre los tres elementos del negocio: voluntad, causa y forma, esta diferencia, que sólo los dos primeros se agotan *uno actu* de manera que no pueden repetirse o multiplicarse: un negocio no puede tener más de una voluntad ni más de una causa, pero puede tener, por el contrario, más *de una forma*. Se origina así una especie de múltiple encarnación del negocio, que no es difícil de explicar. Quiero decir que a disposición de la misma voluntad y de la misma causa pueden ponerse varias formas, como un hombre puede servirse de varios trajes. Esto responde perfectamente al carácter puramente instrumental de aquel elemento, que es la forma. El negocio puede funcionar, a gusto, con una o con otra; se comprende, no con una y con la otra. Se trata de una precaución, o también de un lujo, que las partes toman para garantizar mejor al negocio su función.

La práctica conoce más de una de estas precauciones. *Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest idque interdum necessarium est, forte si navigaturus et secum ferre et relinquere iudiciorum suorum testamentum velit*: he aquí un caso para el negocio de última voluntad, referido por FIORENTINO (1, 24 D. *qui test, facere possunt*, XXVIII, I). Por lo que respecta a los negocios entre vivos, la hipótesis más conocida es la de los duplicados de la cambial, reglamentada aun por la ley (art. 277 y sigs. del Cód. de Com.); pero no es la única; otras muchas recuerda, por ejemplo, RIETSCH en su *Manual de la ciencia de los documentos*, párrafo 15, págs. 50 y sigs.

Es casi supérfluo agregar que estos diversos ejemplares del documento son todos *originales*, no *copias*; es decir, representan directamente al negocio, no al documento original; son, en suma, cada uno de ellos, el documento de la declaración, no un *documento del documento* (véase mi *Prueba civil*, n. 42, págs. 215 y sigs.); si bien, históricamente, los que son hechos después pueden llamarse *secundarios*, según la distinción, que no me parece muy importante, propuesta por SIEGEL (págs. 43 y

sigs.) ; por lo demás, también la ley los distingue correctamente de las copias (arts. 281 y sigs.)

Por lo tanto ¿dos o más negocios? ¿Dos testamentos? ¿Dos cambiales? ¡Ni qué pensarlo! Un negocio solo *con dos formas*; y en este caso perfectamente idénticas, documentales, una y otra, para que sirva una u otra, o bien una cuando no sirva la otra. Es extraño que esta institución, que pertenece sin duda a nuestro tema, no haya servido para orientar más felizmente a los estudiosos en torno a él. Tanto más extraño cuanto, desde 1858, este ejemplo lúcido del duplicado había sido referido con absoluta claridad por BÄHR: “nadie duda que dos cambiales idénticas firmadas como primera y segunda (llamados duplicados cambiarios) constituyen un solo negocio cambiario, el que, sin embargo, ha nacido *en dos formas* . . . El mismo consentimiento ha encontrado dos manifestaciones que le dan cuerpo, cada una de las cuales hace conocer en el proceso al contrato como existente, y además cada una de ellas lleva en sí al contrato independientemente de la otra, de tal manera que si una perece, la otra es apta para conservarlo”. (*Para la inteligencia del contrato de reconocimiento, etc. Anales de Jhering*, 1858, págs. 414 y sigs.)

La razón que determina la formación de dos o más documentos idénticos, o una razón análoga, impulsa a las partes a dar sucesivamente al negocio la forma oral y la forma escrita. En otros términos, la identidad del medio formal no es un requisito necesario del fenómeno del duplicado. Las dos declaraciones, oral y escrita, pueden estar entre sí en la misma relación en que están los dos originales del testamento o de la cambial. La segunda declaración puede pues, no ser precisamente un negocio. Esto no quiere decir que no sea alguna cosa. Es *una forma que puede servir al negocio*; una especie de pieza de reserva del mecanismo negocial.

Una forma, se comprende, que servirá tanto mejor cuanto es más fácil y más segura la prueba. Bajo este aspecto se comprende por qué la segunda forma sea escrita si la primera es oral; precisamente porque el documento proporciona más fácil y más seguramente la prueba. Por esto es justo decir que la segunda declaración se hace con fines de prueba, lo que no es la misma cosa que decir que sea una declaración probatoria: se hace con fines de prueba la declaración en una forma que es más idónea para la prueba, se comprende aún, no ya en el primero o en el segundo negocio, sino del único, que tiene en la primera y en la segunda declaración dos diversas formas.

De este modo también se comprende por qué, en el fondo, sea indiferente en la práctica la estructura dispositiva o testimonial (confesoria) de la segunda declaración; en efecto, las partes se escriben indistintamente, confirmando la venta verbal: “vendo” o bien “he vendido”; no aprecian la diferencia porque tanto por una cuanto por otra vía logran igualmente el fin. “Después de que hemos celebrado una venta, dice БАИР, podríamos llamar testigos y delante de ellos declarar nuevamente la celebración del contrato. Y sería la misma cosa si decimos ‘compramos y vendemos, etc.’, o bien ‘declaramos haber comprado y vendido’.” (Pág. 416.)

9. Lo que se ha establecido en el número precedente es que la declaración sucesiva *puede constituir* solamente la forma del negocio ya existente y no un negocio nuevo. Puede ser así y puede no serlo.

¿Cómo se hace para saber cuándo es o cuándo no es? Quién recuerda las premisas no encontrará dificultad para resolver también esta otra parte del problema. Se trata de ver si a la *nueva forma* corresponde o no una *nueva causa*.

Si no le corresponde, el negocio es uno y dos las formas.

Si corresponde, las dos formas, por el contrario, van acompañadas de dos negocios.

Esto no significa que el segundo haga desaparecer necesariamente al primero. Puede extinguirlo o dejarlo vivir.

Para separar estas dos hipótesis, alguien habla de documento *resolutivo* y *no resolutivo* (*ablösende enichtablösene*; SIEGEL, págs. 53 y sigs.) Respecto a esta terminología debo hacer la sola advertencia: ¡cuidado con confundir documento y declaración! Lo que resuelve o no resuelve es este y no aquel; el documento no hace más que representar, y en consecuencia, probar el acto, al que pertenece la eficacia resolutive. Por este lado, es mucho más cauto el modo de expresarse de DEGENKOLB, que atribuye a la reproducción del contrato, y no al documento, la función resolutive (págs. 175 y sigs.)

10. Podría aparecer que la nueva causa debe excluirse cuando la segunda declaración sea idéntica a la anterior. De hecho el mismo DEGENKOLB identifica la hipótesis de la “pura reproducción” con la del “cumplimiento que no resuelve” (resuelve el contrato anterior; *nichtablösende Vollziehung*, pág. 192). En realidad, la mayor parte de las veces es así; pero no siempre.

A este propósito CANDIAN presenta un ejemplo interesante: “es- tipulado un contrato, puede haberse verificado un hecho que una parte, aun cuando está convencida de lo contrario, considera, empero, que puede ser tomado por la contraparte como que implica ciertas conse- cuencias jurídicas, por ejemplo, las consecuencias de la condición re- solutoria... Si quien podría hacer valer aquel evento para deducir ciertas consecuencias jurídicas se comporta como si nada hubiera acae- cido, esto es, renueva idénticamente la manifestación de su voluntad contractual, es claro que ha renunciado a hacer valer la acción o ex- cepción relativa para el porvenir” (pág. 89). Esta indicación es sus- ceptible de notables desenvolvimientos. Bastante clara y significativa aparece precisamente la hipótesis de un negocio condicionado resolutoria- mente, cuya reproducción se verifica después de que el evento puesto como condición se haya verificado; es claro que las partes quieran sustraerlo de esta manera a la eficacia extintiva del evento verificado, salvo la misma eficacia cuando el mismo evento se verifique nuevamen- te. Este y otros ejemplos, que el lector podrá ponerse a sí mismo, de- muestran que la causa de la nueva declaración puede consistir en el *cambio temporal del negocio*, o, como se diría en la práctica, en el *cam- bio de su fecha*.

También de esto podrían nacer algunas reflexiones no carentes de interés en torno a otro aspecto de la teoría del negocio, sobre la cual acaso la doctrina no siempre proyecta su luz: aludo al tema que con- sidera la relación del negocio *con el tiempo* y, análogamente, con el *es- pacio*. Estos son aspectos que entran en la teoría de la forma, y no del negocio únicamente, sino en general de la orden jurídica, la cual, en cuanto toma cuerpo en un determinado hecho, acontece en un momento del tiempo y en un lugar del espacio;⁵ ahora bien, como estas moda- lidades de su acontecer pueden influir sobre su eficacia al punto que el haberse verificado en un determinado tiempo o lugar constituye con frecuencia un requisito, se comprende bien cómo obtener el cambio temporal o local del negocio puede ser causa de un negocio nuevo.

Por lo tanto, ¿causa *novandi*? El problema es un poco delicado. También CANDIAN, hasta cierto punto, se lo plantea; pero casi de pasa- da y lo resuelve sin meditar mucho, excluyendo que el cambio de la fecha “pueda representar jamás aquel *aliquid novi* que en el derecho moderno es esencial a la novación, porque la fecha no forma parte del

5 Ofr. mis *Lecciones de derecho procesal civil*, I n. 86, págs. 130 y sigs.

contenido dispositivo del contrato” (pág. 107). La irrelevancia de esta razón es manifiesta; en efecto, es preciso no confundir la fecha como indicación de la época del negocio, con la fecha como acaecimiento del negocio en cierto momento del tiempo: que aquella indicación no sea necesaria, no quiere decir que todo negocio no tenga su fecha, y que por esto, cuando un negocio se repite en una fecha (en un momento del tiempo) diversa, no deba, necesariamente ser . . . otro negocio; idéntico por su contenido, pero diverso por su tiempo, esto es, por su relación con los otros hechos en la serie temporal.

No obstante, también creo que en este caso, no haya novación. La verdadera razón, según pienso, radica en que la novación supone no sólo la creación de una nueva relación, sino la extinción de la antigua, o mejor, *la creación de una relación nueva en lugar de la antigua*. Ahora bien, un nuevo negocio idéntico al anterior puede constituirse tanto *en vez* de éste como *al lado* de éste, de la misma manera que un edificio idéntico puede construirse sobre la misma área de otro, que se destruye, como sobre una diversa área. Que el cambio temporal asigne a la segunda declaración una causa y de ese modo no le atribuya únicamente la función de pura forma (duplicada) de una voluntad manifestada ya, no quiere decir que esta causa determine necesariamente la extinción del negocio anterior. Aun cuando idénticos, los dos negocios pueden coexistir precisamente porque están colocados diversamente en el tiempo, de tal manera que el segundo puede desarrollar sus efectos sin necesidad de que desaparezca el primero. Un caso típico está mencionado en el artículo 1563 del Código Civil, según el cual “cada 29 años el concedente puede pedir el reconocimiento de quien se encuentra en posesión del fundo enfitéutico”; en este caso no se trata tanto de la creación de un puro duplicado formal del negocio, cuanto de una nueva manifestación de voluntad, sin la cual la interrupción no se verificaría.⁶

6 La palabra “reconocimiento” es una de aquellas que tienen varios significados y se usan en la doctrina y en la ley misma sin tenerlos en cuenta. Con ella puede indicarse y se indica tanto la declaración (testimonial), con la que se reconoce la existencia de un negocio precedente (o también de un documento; cfr. art. 1340, cód. civ. y mi *Prueba civil*, n. 42, págs. 216 y sigs.), cuanto la declaración (dispositiva) con que el negocio se repite; y en este segundo caso tanto la repetición que constituye la simple reproducción formal, en el sentido aclarado en el n. 8, cuanto la verdadera y propia renovación, esto es, la creación de un negocio idéntico posterior. Esta promiscuidad en el lenguaje se encuentra a cada paso en el libro de CANDIAN.

Estas observaciones no contradicen a lo que he dicho en el número ocho en torno al duplicado, que es solamente (nueva) forma de un negocio ya existente, no (entero) negocio nuevo. Ciertamente porque de las dos declaraciones una se hace forzosamente, después de la otra, hay en todos los casos de doble declaración un cambio temporal. Pero a fin de que se encuentre la nueva causa, es preciso que haya necesidad de tal cambio, de manera que las partes lo constituyan en el fin de la declaración. Este fin es manifiesto, de modo particular, cuando la repetición del negocio sirve para sustraerlo a la influencia de un hecho, que obra, por el contrario, sobre el negocio anterior. Este es el caso de la 1. 25 D. de *verb. obl.* XLV, I: *si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeat cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promisor obligabitur, ex posteriore stipulatione, quia superior, quasi nulla sit exceptione obstante*. Sin embargo, el motivo, por el cual POMPONIO no aplica en este caso el principio por él mismo establecido en la 1. 18 *eod.*: *qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur*, no constituye más que una vaga aproximación; que en efecto la obligación sujeta a excepción sea *quasi nulla*, cuando menos para los casos en que la excepción no se refiera a la nulidad, no persuade absolutamente. Lo cierto es que la posibilidad de la excepción proporciona a las partes la causa del nuevo negocio, que no es la *causa novandi*, sino la causa de la confirmación del negocio con un nuevo negocio, que se agrega sin sustituirlo. La nulidad del negocio no es precisamente un presupuesto de la confirmación; sino que el temor de la nulidad es solamente uno de los motivos que puedan dar lugar a la confirmación.

Por lo tanto, que exista pura reproducción formal o plena renovación del negocio, esto es, *duplicado* o *confirmación*, en substancia es una *quaestio voluntatis*, para cuya decisión importa saber sobre todo si las partes tuvieron razón y, por esto, motivo de cambiar el negocio en el tiempo o en el espacio.

He aquí cómo la causa y con ella el nuevo negocio pueden ser conocidos aun cuando coincidan completamente el contenido de las dos declaraciones.

11. La regla tiene validez también para el caso contrario. Esto es, que las dos declaraciones no sean idénticas, no excluye la hipótesis que a la declaración posterior deba atribuirse carácter de simple forma nueva de un negocio ya realizado, más bien que de constitución de un nuevo negocio.

Aun este otro lado de la investigación es bastante delicado. También para este encontró CANDIAN una apreciable intuición, que habría podido darle, si la hubiese cultivado con método y paciencia, algún fruto excelente. “La posibilidad —escribe él—, de una diversa inteligencia de una y otra cláusula o modalidad por parte de los interesados es, en el organismo del contrato, un germen cuya virulencia podrá desarrollarse en el porvenir hasta minar su existencia . . . , con o sin la conciencia de esta insidia . . . , es decir, con o sin la individualización concreta de uno u otro punto vulnerable, pero obedeciendo a un impulso anterior, a la necesidad de conseguir certidumbre . . . las partes renuevan la expresión de su voluntad en otra forma. Piensan que con este proceso de depuración o de precisión . . . se llega a una determinación, a una perfección que hace más precisa y más estable la relación.” (Pág. 86.)

Es verdad, existen casos en los cuales las partes quieren pulir o perfeccionar el contrato, y otros en que quieren modificarlo. En el lenguaje de los prácticos se diría que los primeros son cambios *de forma* y los otros *de substancia*; y estaría bien dicho, mejor aún si a las modificaciones de *forma* se opusieran los cambios de *voluntad*. Esto no tiene nada que ver con la distinción entre los puntos *esenciales* y los puntos *accesorios* de la que algunas veces se sirve con escasa precisión la doctrina (MEYER, pág. 104); significa, por lo contrario, que algunas veces se quiere expresar mejor lo que ya se había querido, y algunas otras, en cambio, ya no se quiere lo que se había querido primero; y puede presentarse la primera de estas hipótesis respecto a un punto esencial como la segunda respecto a un punto accesorio. Técnicamente me parece que se pueden representar las dos categorías de casos con la idea de la *interpretación* en contraposición a la *modificación*.

También CANDIAN, hasta cierto punto, habla de interpretación y, naturalmente, de interpretación auténtica, aun cuando no intenta llevar a fondo esta idea (pág. 88). Habría hecho bien si lo hubiera intentado. La interpretación (entendida como aclaración del pensamiento expresado mediante palabras o, en general, mediante signos o actos) es profundamente diversa, según que se haga por parte de quien ha hecho o de quien ha percibido la declaración. A esta diversidad se refieren las dificultades, no siempre superadas, del problema de la interpretación auténtica, que tiene en la interpretación de la ley la principal, pero no la única de sus fases. La interpretación, cuando procede del autor de la declaración, es siempre auténtica. Ahora bien, en este caso se propone un fin y se sirve de medios no tanto diversos cuanto completamente

antitéticos respecto al fin y a los medios de la otra interpretación, que, en contraposición con la auténtica, se podría llamar *externa*. Digo externa, porque la interpretación del declarante se dirige del interior al exterior; la interpretación del destinatario recorre el camino inverso. Así, en el fondo, se ha dicho todo acerca del contenido de la distinción. En verdad, la interpretación externa tiende a *dar entender*; la interna o auténtica a *hacer entender*. Por esto aquella consiste en un proceso de manifestación y de esa manera en una nueva declaración.

¿Pero esta nueva declaración es o no un nuevo negocio? Creo que puede no ser tal; esto es, ser también la nueva declaración únicamente la forma nueva de un negocio ya existente, como acontece con la segunda declaración idéntica que fué considerada hace poco.

Aquí está, verdaderamente, desde este aspecto del tema, la más áspera cima. Aspera y alta, porque no disimulo que desde ésta se domina también el campo de la interpretación auténtica de las leyes. Ya a cada paso de mi camino he tenido motivos para advertir nuevos contactos entre la teoría del negocio y la teoría de la ley y, por esto, de convencerme de la necesidad de que sea construida al fin la teoría general de la orden jurídica —*genus proximum*, en la cual se comprende la ley, la sentencia y el negocio—, de la que he intentado un bosquejo en el primer volumen de mis *Lecciones de derecho procesal civil*. La declaración interpretativa es pues, según pienso, otro ejemplo del fenómeno singular del negocio (orden) *pluriformal*, cuya manifestación típica, pero no única, la he mostrado ya en el duplicado de la declaración.

En general, observo que la nueva forma puede ser idéntica o diversa de la forma original. Es idéntica, por ejemplo, en el caso de duplicado de la cambial. Puede ser diversa cuando se considere que una de las dos formas (naturalmente la posterior) sirva mejor al fin que las partes quieren lograr. Esta mayor idoneidad concierne al aspecto de la prueba cuando una declaración escrita se hace después de la declaración oral. Pero puede también referirse a la inteligencia de la declaración, esto es, a su interpretación; entonces la diversidad no afecta el medio físico, sino el medio lógico de la expresión del pensamiento.

Que también la declaración *interpretativa* como la declaración simplemente *reproductiva* pueda ser *pura forma* (secundaria o sucesiva) de un negocio ya existente se demuestra con facilidad, cuando se considera exactamente su estructura.

Por mi cuenta no tengo a este propósito más que referirme a algunas nociones, que he expuesto ya en otro lugar y no habría razón

para repetir (*La interpretación de los contratos y el recurso en casación*, en *Estudios de derecho procesal*, págs. 393 y sigs.) ; según estas ideas la declaración interpretativa se incorpora con la declaración interpretada, de la que constituye una parte, físicamente separada, pero lógicamente integrante. El tipo de la declaración interpretativa es este: “la palabra *x* usada en la declaración original equivale a la palabra *y* *z*”; precisamente son estas otras palabras, las cuales, por efecto de la interpretación, se insertan en la declaración original, *como si siempre hubieran estado*.

Si por tanto, la declaración nueva se limita a la interpretación de uno o varios puntos de la declaración anterior, la exclusión del nuevo negocio puede ser mucho más fácil que en el caso de la declaración reproductiva, precisamente por el lazo que hace de ella una sola cosa con la declaración original. De tal manera que en este caso se diría que la segunda declaración no tanto puede ser, cuanto no puede ser otra cosa que la forma del negocio ya existente. Si he usado la fórmula más cauta, lo he hecho así porque pensaba en los casos, en los cuales la *interpretación* se convierte en *declaración*, como lo diré en el párrafo que sigue.

Cuando pues, la declaración nueva no se limita sólo a la interpretación de uno o de varios puntos de la declaración precedente, sino que también para el resto lo reproduce, es claro que la solución del problema se obtiene combinando en conjunto los principios expuestos para la declaración interpretativa y para la declaración reproductiva: precisamente, porque la declaración interpretativa se incorpora en la declaración interpretada, la declaración original y la declaración que la reproduce interpretándola, se encuentran en la misma relación que la declaración original y la declaración simplemente reproductiva.

Es acaso superfluo agregar, que decidir cuándo exista interpretación y cuándo modificación, constituye una investigación sutil que debe llevarse con todos los elementos que puedan dar a conocer la voluntad que ha guiado la primera declaración. Porque el criterio para decidir radica en saber si las partes han pretendido expresar mejor una voluntad ya expresada o querer, por el contrario, lo que no habían querido primero, se comprende que lo que es preciso saber, sobre todo, es lo que han querido la primera vez. Esta investigación podrá conducir a reconocer carácter interpretativo no sólo a la declaración que *cambia*, sino a la que *agrega* o *quita* palabras o frases, contenidas en la primera, cuando lo agregado o lo suprimido se refiere a cosas que aparezcan que-

ridas la primera vez aun sin decirlo, o bien queridas aun cuando hubieran sido dichas.

12. Vuelvo, sin embargo, a advertir ahora cómo también para la declaración interpretativa, de la misma manera que para la declaración simplemente reproductiva, haya dicho cautamente que *puede ser*, no que *deba ser* (siempre) pura forma del negocio preexistente. Saber si es o no depende también, en este caso, de conocer si a la declaración interpretativa corresponde una causa diversa de la causa del negocio original.

En sí y por sí misma considerada, la interpretación no es causa de un negocio. Basta, para esto, remontarse al torturado pero actualmente claro concepto de causa: *cambio en el estado jurídico preexistente*.⁷ La declaración interpretativa, por definición, no quiere obtener otra cosa más que el efecto del negocio interpretado. No hay nada más que decir.

Pero la causa puede nacer cuando de la *interpretación* se pasa a la *declaración*. En el fragmento de CANDIAN, que he reproducido anteriormente, se dice, con cierta eficacia que, "la posibilidad de una diversa inteligencia de una u otra cláusula o modalidad por parte de los interesados es, en el organismo del contrato, un germen cuya virulencia podrá desarrollarse en el porvenir". Me gusta esta metáfora. En efecto, es el germen de aquella enfermedad que se llama litis. Contra esta no sólo el Estado, sino también las partes, cuando son prudentes, predisponen sus remedios profilácticos y curativos. Me sucede a veces, considerando un poco vastamente los fenómenos sobre los que se desenvuelve mi actividad de abogado y mi meditación de estudioso, complacerme en recoger las sorprendentes analogías entre la lucha que los hombres desarrollan contra ciertos contagios y la lucha contra la litis. También en este caso el interés público se mezcla con el interés privado; también en este caso concurren a la defensa tanto el Estado como los particulares; también en este caso los particulares se saben defender mejor cuanto mayor es su cultura; también en este caso la defensa principia sobre el terreno higiénico y profiláctico y se realiza sobre el campo curativo.

Contra el germen de la incertidumbre de que habla CANDIAN, un buen profiláctico es precisamente la interpretación, que podemos llamar

7 V. mi nota *Acerca de la causa de la transacción*, en *Estudios de Derecho Civil*, pág. 491.

auténtica, sin ambages. Pero no es infalible; en efecto, no excluye que las partes puedan litigar justamente sobre el punto interpretado. Esta es una hipótesis mucho menos probable, pero no imposible cuanto más claramente aparezca de las palabras la voluntad, por virtud también de la interpretación. Que el declarante, con el apéndice interpretativo, haya precisado: la palabra “*x*” usada en la declaración equivale a “*y z*”, no impide en efecto que, si se trata solamente de interpretación, más tarde pueda nacer la incertidumbre también en torno a esta equivalencia como en torno a cualquier otro fragmento de la declaración, interpretado o no interpretado, y con la incertidumbre, la litis; el declarante y su adversario son libres para sostener que, según los principios del artículo 1131, al decir “*x*”, aun cuando hayan creído significar la misma cosa que al decir “*y z*”, se quería decir, por el contrario, cosa diversa. Acaso un modo eficaz para expresar este difícil concepto se encuentra observando que, en efecto, la simple interpretación no quita la palabra “*x*” de la declaración original substituyéndola por “*y z*”; la aclara, o trata de aclararla, y nada más.

Por lo demás, al realizar este análisis, se ha visto cómo puede ser fácil a las partes eliminar también el peligro ahora indicado: basta que ellas se coarten la libertad de interpretar la declaración de modo diverso del que resulta de su interpretación; que, por tanto, según el ejemplo de que me he servido, substituya “*y z*” a “*x*”. Esto sucede cuando la *interpretación* se convierte en *declaración*. Vuelve en este lugar la figura del negocio de declaración, de la que me he ocupado hace poco estudiando la hipótesis en la cual la segunda declaración tenga carácter testimonial (*supra*, n. 5). En verdad, la declaración es el contenido de una de aquellas nociones generales, cuya determinación es necesaria no sólo a los teóricos del proceso, sino a todos los estudiosos del derecho. En particular, se refiere no sólo al *sí*, sino también al *cómo* del negocio precedente; por esto, tanto a su existencia cuanto a su interpretación; por lo demás, según pienso, interpretación y prueba no representan sino dos fases de un mismo fenómeno.⁸ Por esto, de la interpretación a la declaración, como de la prueba, se pasa del mismo modo, cuando la nueva declaración antes que obrar solamente por la vía del intelecto se impone a la voluntad; en otros términos, por la interpretación, cuando adquiere fuerza obligatoria. Entonces la declaración interpretativa

8 Cfr. mi estudio sobre *La interpretación de los contratos y el recurso en casación*, loc. cit., págs. 412 y sigs.

se destaca de la declaración original, asumiendo una individualidad jurídica propia; podría decir que no se inserta, sino que se sobrepone.

Se sobrepone, pero no la destruye. En esto radica la sutil línea que distingue la declaración de la novación. La declaración constituye una nueva *causa*, que integra la declaración interpretativa en verdadero y propio negocio, en cuanto constituye una obligación que antes no existía; obligación de no dar a la declaración primitiva otro significado diverso del que resulta de la declaración sucesiva. Pero esta causa no es una misma cosa que la *causa novandi*, precisamente porque no substituye una relación a otra; al contrario, deja subsistir la relación original de la que sólo excluye *imperativamente* toda inteligencia diversa de una inteligencia determinada. De este modo se comprende por qué el negocio de declaración tenga, en vez de carácter *novativo*, pura eficacia *declarativa*, al igual que la sentencia, como dice expresamente la ley para la transacción, que es la forma típica de negocio de declaración.

Naturalmente, la difícil cuestión a decidir radica, pues, en esto: ¿cuándo la novedad de la segunda declaración está establecida para *interpretar*, cuándo para *modificar* la primera; cuándo solamente para *interpretar*, y cuando para *precisar*? * Las líneas teóricas no son muy difíciles de trazar; pero diversa es la dificultad de reconocerlas sobre el terreno. Ni para superarlas existe otra cosa que valga fuera del ojo clínico de los abogados y de los jueces, instrumento, que, por lo demás, no se compra en ningún almacén, por más importante que sea; cuando más se educa, siempre que exista la cualidad nativa. En general, no hay que decir otra cosa sino que también ésta es una *quaestio voluntatis*, que debe resolverse con un delicado y frecuentemente complicado juego de presunciones; agrego únicamente que para resolverlo no sirve ni mucho ni poco la distinción entre elementos o cláusulas principales o substanciales y elementos o cláusulas secundarias o accesorias, pudiéndose, a veces, querer interpretar o modificar el contrato tanto respecto a unas como respecto a otras.

Ni sería justo creer que estas diferencias, entre la interpretación, la precisión * y la modificación, interesan únicamente a la teoría en orden al problema acerca de la naturaleza negocial de la segunda declaración, pero no del mismo modo a la práctica. Así y hasta cierto punto, por lo que respecta a la preponderancia de la fórmula posterior diversa de la

- * V. Nota en la primera página.
- V. Nota en la primera página.

fórmula anterior, a la que, en substancia, se llega igualmente tanto por la vía de la interpretación, cuanto por la de la precisión • o de la modificación. Por lo demás, un problema práctico de grande importancia es también aquel en torno a la existencia de la novación; pero éste no se resuelve correctamente sin hacer, antes que todo, el diagnóstico diferencial entre la interpretación, la precisión • y la modificación, porque sólo con esta forma y no con las demás puede coexistir la novación.

13. La última hipótesis es la de la declaración *modificativa*: lo que se dice de diverso en la segunda declaración en relación con la primera se dice para *cambiar*, no para *interpretar*. Este es el caso menos difícil de resolver, dado que se trata de establecer que a la segunda declaración corresponde un *nuevo negocio*, cuya causa está precisamente en la *modificación* del primero.

En todo caso, nuevo negocio, cualquiera que sea el cambio (siempre que haya cambio), grande o pequeño, esencial o accesorio. Un edificio es diverso de otro, tanto si se han cambiado las líneas arquitectónicas fundamentales, cuanto si se han modificado solamente algunos detalles; diverso más o menos, pero diverso y, también, *otro*. El cambio puede hacerse agregando, quitando, substituyendo una parte; así la segunda declaración puede contener simplemente una o más cláusulas nuevas o diversas que agregar al contrato preexistente o quitar alguna, que el contrato contenía y no se quiere ya; en este caso existe simplemente una *declaración adjunta o apéndice de declaración* y el contrato se *forma en dos o más veces (formación progresiva)*. O bien, para cambiar una parte del edificio, aun cuando no sea importante, se hace uno nuevo; aun cuando éste sea semejante en todo al anterior, fuera de aquel detalle ¿quién dirá que no sea *otro* edificio? De esta manera se aclara aun una vez más, el error de MEYER, el cual, por la parte que no contiene cambios esenciales, admite que el documento reproductivo no tiene otra función excepto el de la función probatoria (pág. 87). Lo cierto es que la declaración *reproductiva* supone propiamente que, para cambiar un punto o varios, el contrato se rehaga por completo; entonces, porque el contrato que se rehace es más o menos diverso, pero diverso en todo caso, la nueva causa existe.

* Ibidem.

* Ibidem.

Nuevo negocio, no obstante, no significa necesariamente *novación*. Precisamente porque, como he dicho, *novación* quiere decir también y sobre todo *destrucción* del negocio anterior. En este lugar conviene ser cautos para distinguir las diversas figuras jurídicas que pueden corresponder a la diversidad formal entre la primera y la segunda declaración.

En primer lugar, repito que las palabras diversas pueden haber sido usadas más bien que para *modificar* para *interpretar* o para *declarar* la voluntad expresada ya con la declaración anterior; en este caso estamos fuera del campo de la *modificación* considerada en este párrafo.

Si se establece por lo tanto, que las partes quisieron verdaderamente modificar el negocio, permanecen aún abiertas las dos hipótesis que, para la parte no modificada, el negocio deba tener validez aún o no deba tener validez; es decir que se quiera dejar vivir ya modificado, el primer negocio, o que se quiera suprimirlo. Si, en efecto, existe modificación, el elemento del negocio que la ha sufrido cesa de existir para ser substituído por el nuevo; pero la cuestión radica en saber si subsistan o por el contrario, desaparezcan también las otras partes que no han sido modificadas. Solamente existe *novación* en el segundo caso.

También esta es otra nota *quaestio voluntatis*, y no siempre fácil, en torno a cuya solución tiene razón CANDIAN al decir que “se encomienda bastante más a la inteligente discreción del práctico y del magistrado, que al análisis del teórico” (pág. 100). Un indicio de cierta importancia para la *causa novandi* puede deducirse de la estructura de la modificación, si se realiza mediante la reproducción íntegra del negocio y no mediante un apéndice a este; pero no es decisivo (pág. 109), como no es decisivo, según mi parecer, el carácter “objetivamente esencial de la alteración”, al que CANDIAN termina por confiar el reconocimiento de la *novación* (págs. 110 y sigs.) De la misma manera en que la aparente alteración esencial puede no excluir la interpretación del negocio anterior, así la modificación de un elemento esencial puede conciliarse con la voluntad de las partes de insertar el elemento modificado en el antiguo negocio, de modo que éste continúe existiendo con aquel cambio. Ciertamente, modificado así, el negocio es diverso; pero la diversidad existe siempre, cualquiera que sea la alteración, aun cuando no tenga carácter esencial; y, por otra parte, no debe confundirse la *novación* con la simple modificación. Recordemos que el efecto extintivo de la *novación* depende de la voluntad de las partes de co-

locar la nueva deuda en el lugar de la antigua (art. 1267, n. 1), no de simple constitución de una nueva deuda, diversa de la antigua; efectivamente, las partes pueden querer en lugar de la *sustitución* la *modificación* de la deuda antigua, la que está conceptualmente en antítesis con aquélla.⁹

Depende, así, de la solución de tal *quaestio voluntatis* que el nuevo negocio vaya a incorporarse con el antiguo; o suprimiéndolo, quede solo. Si ocurre la primera hipótesis, la nueva causa consiste en la sustitución de una parte del negocio precedente; si se presenta la segunda, consiste en la novación objetiva. En este caso solamente se puede hablar de declaración *extintiva* o *resolutoria* (*ablösende*), en contraposición a la declaración no extintiva (*nichtablösende*) siempre que la distinción se refiera no al documento, como lo hace SIEGEL (pág. 53), sino a la declaración, como lo hace DEGENKOLB (págs. 175 y sigs.)

9 Cuando las partes conocen la preexistencia de la relación antigua, las dos hipótesis de la *sustitución* y de la *modificación* agotan, si no me equivoco, toda posible dirección de la voluntad creadora de una relación nueva y diversa.

La teoría, sin embargo, debe tomar en cuenta los casos no completamente raros en la práctica, en los cuales una nueva declaración se haga por las partes, cuando ambas o bien cuando una u otra ignoren la existencia de un negocio precedente; a esta combinación curiosa puede dar lugar, de modo particular, la representación, si el representante y el representado celebran, no sabiéndolo uno y otro, el mismo negocio. Al análisis de estas situaciones ha dedicado CANDIAN (op. cit., págs. 124 y sigs.) como SEGRE (*Acerca de la documentación posterior del contrato*, *Revista de Derecho Comercial*, 1920, II, págs. 212 y sigs.) algunas observaciones sutiles, pero no del todo persuasivas.

Conviene considerar aparte, en primer lugar, la hipótesis en que no existe ninguna diferencia entre la declaración del representante y la del representado. Se comprende que será una hipótesis extremadamente rara; de cualquier modo que sea, si se presentara, tienen valor los principios de la **doble forma** del negocio expuestos en el n. 8.

Si, por el contrario, como sucederá por lo general, las dos declaraciones no son en todo idénticas (y porque, por definición, no se puede admitir que una de ellas **interprete** a la otra), su diversidad, ya sea más o menos extensa y profunda, excluye la doble forma de una voluntad única. se trata, necesariamente, de dos negocios. Por otra parte, si son diversos, uno u otro tendrá valor; no los dos. ¿Cuál? CANDIAN y SEGRE creen que vale el segundo habiendo excluido, con razón, que el error acerca de la existencia del primero origine su nulidad.

Para desechar resueltamente esta solución basta imaginar que los dos negocios, de los representados y de los representantes (o bien de uno de estos con uno de aquellos y viceversa), se hayan celebrado en lugares diversos y en el mismo instante; en este caso no existe ni un primero, ni un segundo y a la



14. Después de lo dicho no me parece que sea difícil la resolución de los conflictos eventuales entre las dos declaraciones dispositivas.

Comencemos por señalar los confines entre los cuales puede manifestarse el conflicto.

O las dos declaraciones son idénticas o son diversas. En el primer caso el conflicto queda excluido por definición. Si son diversas, la declaración posterior suprime o no suprime la declaración anterior. También en el primero de estos otros dos casos, no es posible ningún conflicto.

Esto no excluye que, aun cuando las dos declaraciones sean idénticas o a pesar de que la primera haya perdido eficacia en virtud de la segunda, la primera declaración, en su calidad de precedente histórico, pueda ser objeto de prueba en juicio con el fin de obtener elementos para la valoración de la segunda.

solución de SEGRE y de CANDIAN le falta la base. Sé también que una cosa tan singular es difícil, si no imposible que se verifique; pero la solución, para ser buena, debe valer para todos los casos que se puedan pensar.

La verdad es que la preponderancia no del segundo sobre el primero, sino de un negocio sobre el otro, sólo puede ser admitida a favor del que sea celebrado con la intención de sustituir al otro, si existe. Me inclino a considerar que esta intención se puede deducir de la duda en que las partes se encuentran acerca de la formación de un negocio precedente o de su contenido, en cuanto, si tienen esta duda y sin embargo, expresan su declaración, manifiestan la voluntad de sustituir en todo caso, la misma declaración a la otra, si ha sido hecha. Pero, por el contrario, precisamente la absoluta ignorancia de lo que se ha verificado primeramente, excluye esta intención; ahora bien, si esta falta, no encuentra ni el modo ni la razón para hacer que un negocio prevalezca sobre el otro; entonces la única solución permitida por la lógica y por el derecho, es aquella según la cual las dos declaraciones se eliminan recíprocamente, y de tal manera ni la una vale más que la otra, sino que ninguna de las dos tienen valor. Ciertamente, si en el contexto del mismo documento, el vendedor y el comprador dijeran en dos cláusulas sucesivas, primero que el precio es de cien, y después de mil, ni SEGRE ni CANDIAN admitirían la eficacia de la venta; ¿pero qué diferencia existe entre éste y los casos por ellos considerados?

Cuando más se puede conceder que si la oposición se verifica en un elemento accesorio del negocio, deje de tener vigor la parte a que se refiere, mientras que si afecta a un elemento esencial, desaparezca todo el negocio.

Es acaso superfluo llamar la atención para que estos efectos se verifiquen, acerca de que es suficiente la ignorancia respecto del otro negocio por parte de uno solo de los contratantes; basta esto, en efecto, para que desaparezca la voluntad (común) de sustituir una declaración a la otra y de tal manera el efecto extintivo de esta última.

El conflicto puede presentarse pues, solamente cuando teniendo en sí las dos declaraciones algo de diverso, la eficacia de una no excluya la eficacia de la otra. Este conflicto puede desarrollarse en el terreno del derecho material o sobre el terreno del derecho procesal.

a) Por lo que concierne al derecho material, conviene también distinguir los casos en los que existe, de aquellos en los que no existe la prueba de que, en cuanto tiene de diverso, la segunda declaración se ha hecho con la voluntad de *declarar* o de *modificar* la primera.

Si se proporciona la prueba, no es necesaria ninguna otra cosa para reconocer que la segunda declaración prevalece. Prevalece, naturalmente, en los límites de su eficacia; en otras palabras, hasta en tanto que el nuevo negocio no esté afectado por un vicio que origine su nulidad.

Bajo este aspecto no creo que deba establecerse alguna diferencia según que el negocio tienda a la modificación o a la declaración, ni aun desde el punto de vista del error. Ciertamente que entre los vicios del negocio de declaración puede existir aun el error, pero para constituirlo no basta la diferencia entre lo que se quería declarar y lo que se ha declarado; es preciso además que esta diferencia encuentre su causa en la condición psicológica que se llama error, y que tenga la gravedad requerida por el artículo 1110 del Código Civil. En suma, el negocio de declaración es un negocio como cualquier otro y su régimen, desde el punto de vista de la correspondencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, no está establecido en otro lugar sino en los artículos 1108 y siguientes del Código Civil.

El largo razonamiento, que CANDIAN ha elaborado en las páginas 90 y siguientes para demostrar que el error necesario y suficiente para originar la nulidad del reconocimiento es diverso del error previsto por el artículo 1110 y del considerado por el artículo 1360, de tal manera que para la ineficacia del reconocimiento la ley requiera mucho menos de lo que es necesario para los otros negocios, pero mucho más de lo que se requiere para la confesión, sirve ciertamente una vez más para demostrar la agilidad de su pensamiento, pero no ciertamente para persuadir. Prescindiendo, en efecto, del falso punto de vista relativo a la confesión sobre el cual me detendré un momento más adelante, basta observar que el negocio de declaración es, como ya lo he dicho, un negocio de derecho material, y, por lo tanto, gobernado por el artículo 1110 del Código Civil, al que, para decidir la cuestión según el derecho italiano, es preciso reconocer mayor importancia que al párrafo 812 del Código Civil alemán; esto significa que, cuando más, las razones adop-

tadas por CANDIAN valen *de lege ferenda*. Ni ciertamente, CANDIAN osaría, *de lege lata*, sostener la aplicación analógica para el reconocimiento del artículo 1145 del Código Civil, porque él mismo advierte la diferencia substancial entre el pago y el reconocimiento; y podría aun haberla precisado más profundamente si hubiese tomado en cuenta la distinción entre el *negocio jurídico* y el *acto debido*. Que lo que no es debido se repita o que, por el contrario, lo que ha sido querido no tenga validez son dos posiciones de tal manera diversas una de otra de despertar, aun en el campo político, muchas dudas en torno a la bondad de la equiparación del reconocimiento al pago bajo el aspecto de la *condictio indebiti* de tal manera que, aun prescindiendo del problema de derecho positivo, estas páginas de CANDIAN dejarían bastante perplejo a quien quiera considerar como, de tal modo, el beneficio de la declaración negocial se pierde, si no del todo, en gran parte; me atrevería a decir que dejarían perplejo también a él, cuando las vuelva a leer después de que haya meditado más profundamente acerca de la naturaleza y de la función del reconocimiento y de su diferencia con la confesión.

a') Cuando, por el contrario, falte la prueba de la naturaleza declarativa o modificativa de la segunda declaración, toda preponderancia de esta, por lo menos en principio, desaparece, y las dos fórmulas en conjunto constituyen el material de las que el juez, como de cualquier otra circunstancia, deduce la intención de las partes, de acuerdo con el artículo 1131 del Código Civil; ni se puede hablar, bajo este aspecto, de preponderancia de una declaración sobre la otra, porque en todo caso, no es la fórmula la que tiene preponderancia, sino la intención revelada por esta.

Bajo este aspecto y en este caso, se puede hacer valer el error en la formación de la segunda declaración, sin ninguna referencia al artículo 1108 del Código Civil, justamente porque, según el artículo 1131 del mismo, *falsa demonstratio non nocet*.

15. b) Menos simple es la solución del conflicto bajo el aspecto procesal y, más particularmente, probatorio. Que las palabras contenidas en una y no en otra de las dos declaraciones puedan tener valor supone, por lo menos y por cuanto respecta al valor en juicio y para el caso en que no sean admitidas, que pueden ser probadas. En este campo es en el que se manifiesta, por dos lados, la superioridad de la *declaración documentada* sobre la *declaración no documentada*.

En este caso es preciso ser bastante claro. El documento en el que está contenida la declaración posterior, por sí o directamente, no prueba ninguna otra cosa, sino la misma declaración. Esta declaración es la que, cuando más, puede servir para probar y precisamente, por lo general, de indicio en pro o en contra de la existencia de una declaración precedente. Es lo que SIEGEL (a quien, sin embargo, no puede desconocerse el mérito de haber obtenido una poca de claridad sobre este argumento) llama la *fuerza probatoria remota* del documento en comparación con la *fuerza probatoria próxima* (no sabría cómo expresar más fácilmente lo que él quiere decir con las palabras alemanas *Fernindizierung* y *Nahindizierung*) no es otra cosa, en verdad, que la eficacia probatoria de segundo grado del documento, la que se manifiesta en que el documento, probando la declaración, sirve (de lejos, dice SIEGEL: mediatamente, digo yo) para probar las circunstancias, que están probadas por la declaración.

Mientras tanto, pues, la declaración documentada prevalece sobre la otra por la facilidad de su prueba. Para probar aquella, en efecto, no es necesario nada más que el documento; para probar ésta, por el contrario, puesto que el documento no existe, sirven únicamente las llamadas *pruebas orales* y las *presunciones*. Ahora bien, (prescindiendo de las dificultades fiscales) no hay comparación, en cuanto a facilidad y seguridad, entre estos otros tipos de pruebas y el documento. Por lo que, si aun la declaración verbal tiene validez, cuando se prueba, como la declaración escrita, puede suceder que mientras que ésta se prueba, aquélla no pueda probarse; y *no aparecer*, en el proceso, es como *no ser*.

Hay algo más para el derecho italiano. También para entender este otro lado del problema procesal es preciso considerar, en primer lugar, separadamente la hipótesis en que la segunda declaración constituye la confesión de la primera. Esta hipótesis comprende no sólo los casos de la simple confesión, sino también los del verdadero y propio reconocimiento, porque, si no toda confesión constituye un reconocimiento (en el sentido propio de que se ha hablado, *supra* n. 5), es verdad, por el contrario, que todo reconocimiento contiene una confesión; en suma, el reconocimiento en comparación con la confesión, es *algo más*.

a) Ahora bien, si la segunda declaración es una confesión de la primera, y, porque, por definición, en los casos aquí examinados, la misma se ha hecho a la contraparte, no se puede probar que la primera sea diversa de la que aparece en la segunda, porque no lo permite el artículo 1358 del Código Civil.

Lo permite el artículo 1360 sólo en el caso en que la segunda declaración sea la consecuencia de un *error de hecho*. El error, empero, ha de existir, esto es, la condición particular psicológica del confesante de la que deriva la diferencia entre la declaración y la realidad, mientras que no basta, por sí misma, esta diferencia; si bastase, el artículo 1360 destruiría a los artículos 1356 y 1358. Digo esto, porque, en cierto punto, se ha escapado de la pluma de CANDIAN que “si la documentación fuera actividad de mera *atestación o demostración* del contrato estipulado, debería ser —y sería— suficiente, en caso de diferencia entre el contrato y el documento probatorio, constatar con una simple comparación entre el tenor aparente y el real, la agravación de la condición del deudor para quitar este último” (pág. 95). Porque el llamado documento probatorio (del primer contrato) no es más que el documento confesorio, esto es, el documento que contiene una confesión, me parece que de tal modo CANDIAN termina por no tomar en cuenta la fuerza probatoria legal de la confesión.

b) Hay algo que agregar aun para el caso en que la segunda declaración no constituya precisamente confesión de la primera. Establecido, en efecto, que la segunda no esté documentada, no hay, para demostrarla, más que las llamadas pruebas orales. Entre estas como se sabe, la más segura es la confesión, pero también la más rara; en efecto, la confesión en juicio es bastante difícil de obtener y una confesión extrajudicial aparte de la segunda declaración (que, en el caso aquí examinado, no la contiene), parece que debe ser... ¡un mirlo blanco!

Quedan, ordinariamente, los testigos y las presunciones. Pero en este caso, justamente, en la relación entre la declaración documentada y la declaración no documentada, juega la prohibición del artículo 1341 según el cual la prueba por testigos (y el art. 1354 agrega, la prueba por presunciones simples) “no se... admite... acerca de lo que se alegase haberse dicho antes, contemporánea o posteriormente” a un acto escrito. Con esta fórmula, demasiado amplia, la ley extiende la preponderancia de la prueba escrita sobre la prueba testimonial más allá de los límites de la eficacia directa del documento; comentando, a este propósito, el artículo 1341, he escrito en mis *Lecciones* que, de esa manera, la prueba testimonial “se prohíbe también cuando considera hechos, los cuales el documento desmiente implícitamente porque, si fueren verdaderos, los registraría (III, n. 326, pág. 322). SIEGEL hablaría precisamente en este caso de la eficacia *fermindiezierende* del documento; en realidad, la oposición, en vista de la cual se excluyen los testigos, radica

entre la declaración verbal que se quiere probar, y la declaración escrita, que está probada, ésta, como está, es decir, sin las cláusulas o las particularidades que se quieren demostrar con los testigos, constituye un indicio contrario a la verdad de aquellas cláusulas o de aquellas particularidades en cuanto la experiencia advierte que, si realmente las partes hubieran querido algo más, también esto más, habría sido escrito. Por tanto, en el campo en que se aplica el artículo 1341, si bien las diversas cláusulas contenidas en la declaración verbal puedan valer en comparación de la declaración escrita, faltan por lo general, los instrumentos para hacerla valer.

El artículo 1341, sin embargo, no se refiere a las causas comerciales; y por lo general las cuestiones que en este lugar se consideran, se presentan en materia de comercio. Todo depende, en este otro campo, de entender bien el artículo 44 del Código de Comercio, en cuanto permite al juez poder escuchar a los testigos aun cuando, si la causa fuera civil, no podría hacerlo según el artículo 1341 del Código Civil. Es sabido que se puede entender de dos modos, uno más y otro menos severo: según este último, no habría jamás ningún obstáculo para admitir la prueba; según el otro, el juez debería hacer antes de admitirla, en cada caso, el juicio de verosimilitud que en el artículo 1341, hace el legislador de una vez por todas. Si se sigue esta segunda opinión, es claro que la preponderancia de la declaración documentada, por lo que se refiere a su empleo en el proceso, podría existir también en materia de comercio. Pero que esta y no aquella opinión deba ser acogida, es la consecuencia de una demostración que no tengo motivo para dar en este lugar.

16. Ni aun la otra cuestión —la primera planteada por CANDIAN acerca de la influencia que sobre la eficacia del contrato puede desarrollar el acuerdo de las partes acerca del uso de una forma no prescrita por la ley bajo pena de nulidad—, tiene en rigor, una verdadera conexión lógica con la relación entre documento y negocio; tiene conexión sólo prácticamente porque, con frecuencia, el acuerdo se refiere a la redacción de un documento.

Ahora bien, esta cuestión me parece más fácil que las otras que he estudiado hasta aquí.

Temo sin embargo, que CANDIAN se preocupe demasiado poco de ello cuando le parece “fuera de toda posible discusión”, “que las partes tengan la facultad de establecer como condición de la existencia de un contrato

—no formal de acuerdo con la ley— la adopción de una forma determinada” (pág. 33). Es verdad que ordinariamente no se discute, tanto que MOSSA habla como de “un antiguo principio” y agrega que “ninguno duda de esto, ni de la eficacia real del acuerdo...” (pág. 431). Pido excusa si me permito dudar. La equivalencia de la voluntad de las partes “a lo prescrito por la ley”, como dice CANDIAN, para determinar los presupuestos de validez de un negocio, no se puede reconocer enteramente. La voluntad de los contratantes domina el *contenido* del contrato, no su *eficacia*; querría decir que vale *hacia adentro* del contrato, no *hacia afuera*. ¿Quién ha pensado jamás que dependa, por ejemplo, de la voluntad de las partes la validez de una donación por escritura privada?

Sé bien que CANDIAN no ha querido decir esto; pero sus palabras un poco incautas demuestran que es preciso ir más despacio con el fin de encontrar el por qué y el cómo del valor que debe atribuirse al acuerdo de las partes en este caso considerado. ¡Quien parte, con grandísima desenvoltura, del principio de una especie de soberanía de las partes, lleva el riesgo... de acabar mal!

Sin embargo, estas palabras de CANDIAN, verdaderamente menos expertas, son más sinceras que aquellas, con las cuales la *communis opinio* explica este poder de las partes para agregar, y no para quitar, formas necesarias a la eficacia de la declaración de voluntad. Corrientemente se dice que los contratantes pueden poner al negocio, como cualquiera otra condición, la de la forma, la que, siendo una condición potestativa, impide el vínculo (L. COVIELLO, *op. y loc. cit.*, n. 17, pág. 84). ¿Pero qué condición es esta que se pondría no al negocio sino... *al no negocio*? La condición es, en efecto, una *modalidad del negocio*, que limita su eficacia, pero, precisamente por esto, lo supone; es algo, en suma, que nace del negocio, no de la que nace el negocio. En otros términos, no se puede hablar de condición establecida por las partes si el negocio no existe. Que las partes, pues, puedan hacer depender la eficacia de sus declaraciones de una forma determinada, no se explica en absoluto con el principio por el cual pueden limitar, mediante la condición, la eficacia del negocio formado. Para explicarlo es preciso admitir, como lo hace CANDIAN, la equivalencia del poder de las partes al de la ley en materia de prescripción de los requisitos formales del negocio. Esta equivalencia, sin duda, puede establecerla la misma ley: la ha establecido precisamente, según cierta interpretación, JUSTINIANO con la constitución contenida en la l. 17 C., de *fide instrum.* IV, 21, como la ha

reconocido el párrafo 125 del Código alemán; ¿pero, si la ley calla, donde está la razón para admitirla?

Esto no significa que a un acuerdo de las partes, también, en general, a una manifestación de la voluntad de cada una de las partes, en torno a la forma del negocio, no se le deba reconocer algún valor. Pero para llegar a reconocérselo, la vía es otra. No hay duda de que el contrato no nace hasta en tanto que las partes no hayan manifestado la *voluntad* de obligarse; por esto, en doctrina se distinguen de las declaraciones *vinculantes* todas aquellas otras que se presentan diversamente en la práctica a las que falta el *animus obligandi*. Ahora bien, ninguno prohíbe a las partes advertir que no pretenden obligarse, *sino en cuanto su voluntad se manifieste en una forma determinada*; una advertencia hecha de esta manera equivale justamente a cualquiera otra, con la que una parte o cualquiera de ellas aclara que cierta declaración no es vinculante; se trata solamente de una advertencia dada de *una vez por todas*, a guisa de criterio de interpretación de la voluntad.¹⁰ Esta advertencia tiene valor no precisamente en virtud del artículo 1123 del Código Civil, esto es, del consentimiento, sino, cuando más, en razón del artículo 1131, porque es preciso poner atención a lo que cada parte ha querido y no se puede considerar que haya querido quien ha hecho la declaración en forma diversa de aquella, que él mismo ha indicado querer adoptar cuando quiere verdaderamente obligarse.

Por este camino se puede llegar rectamente a negar eficacia, por ejemplo, a un contrato verbal cuando las partes se hayan puesto de acuerdo para darle la forma escrita, que la ley, sin embargo, no exige. Pero se puede llegar sólo a través de una interpretación cauta del acuerdo; siempre que exista, pues, verdadero motivo para creer que las partes han pretendido negar carácter de verdadera y propia declaración de voluntad (en la práctica, se diría útilmente: carácter vinculante) a las declaraciones verbales. Cuántas veces la interpretación pueda dar este resultado, no me atrevería a predecirlo. Ciertamente no es este el único significado que puede atribuirse al acuerdo que se considera aquí; otro significado, menos grave y más frecuente, puede ser aquel que

10 Siguiendo la vía señalada en el texto se llega, si no yerro y siempre que la interpretación del acuerdo en el sentido considerado dé un resultado positivo, a quitar, en tales casos, eficacia a los pactos que no tienen la forma querida por las partes aunque, **y tanto mejor**, si son posteriores al negocio; solución que defiende agudamente también CANDIAN (págs. 135 y sigs.) a pesar de su punto de partida diverso.

tiende a procurar después la documentación, que sirve a las partes desde el punto de vista de la prueba, sin quitar con esto eficacia a las declaraciones verbales.

Que en la duda se presuma el primero de estos dos significados, no me convence. Las razones por las que CANDIAN sostiene la presunción (pág. 36) se reducen, en último análisis, a la resistencia para admitir la función puramente probatoria del documento, que confieso no logro entender, sino como fruto de una notable incertidumbre de movimientos en este terreno insidioso de la prueba en general y de modo particular de la prueba documental. En cuanto al *favor libertatis* o al principio del *minimo vinculo*, se puede objetar que no hay razón para presumir que las partes han querido negar carácter vinculante a declaraciones hechas en forma que la ley considera suficiente para su eficacia.

Ciertamente, en favor de la interpretación que lleva a la ineficacia del negocio no hecho por escrito, valdrá más bien la *reserva* que el *vínculo* para redactarlo por escrito; pero no por la razón adoptada por SEGRÉ,¹¹ contra el que CANDIAN tiene algunas buenas observaciones (pág. 37 y sigs.), sino porque la reserva más que el vínculo confiere a la declaración verbal la falta, no digo de seriedad, pero sí de definitividad, que justifica en la intención del declarante, su ineficacia.

Ciertamente que además de las circunstancias, que acompañan la declaración hecha en forma diversa de la prevista, se podría deducir la voluntad que han tenido las partes de vincularse aun en aquella forma diversa, a pesar de la advertencia ya dada, y así, esto no obstante, reconocer su eficacia; ni para tal fin hay necesidad de recurrir, como lo hace MOSSA, a la revocación del acuerdo precedente (pág. 435), ya que se trata solamente de un cambio de intención eficaz, porque en la investigación de la voluntad contractual prevalecerá naturalmente la intención próxima sobre la intención remota.

FRANCISCO CARNELUTTI

11 Acerca de la documentación posterior del contrato, cit., pág. 200, nota a.