

---

# ¿Una parte general o dos partes generales?\*-\*\*

» VINCENZO ROPPO\*\*\*

I. En el documento programático del seminario sobre “¿El contrato o los contratos?”, desarrollado en la Accademia Nazionale dei Lincei (documento que, no obstante el anonimato, creería obra de Marisaria Maugeri), me llama la atención el *incipit*, inspirado a su vez en el *incipit* del famoso libro de Grant Gilmort (*The Death of Contract*, 1974): “Se dice que el contrato, al igual que Dios, ha muerto”. Lo que más me intriga no es la declaratoria de muerte del contrato, sino la yuxtaposición del contrato a Dios. Y ello me intriga por una razón bastante ocasional y personal.

La razón es que hace pocas semanas descubrí, con una mora de casi una década, el libro de un autor –no un jurista, sino un estudioso de sociología económica– que usa la figura y la realidad del contrato como una herramienta heurísticamente útil para la lectura y la reconstrucción de la evolución social, económica, política y cultural del mundo contemporáneo. El libro también atribuye al contrato una naturaleza divina: se trata de la obra de Paolo Perulli, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea* (Torino, Einaudi, 2012), título en el cual, como se observa, “dios” está escrito con minúscula y “Contrato” con mayúscula.

---

\* Para citar el artículo: Roppo, V., “¿Una parte general o dos partes generales?”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 46, enero-junio 2024, 77-85. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.46.04>.

\*\* Esquema general de la conferencia presentada en la mesa redonda sobre “La funzione della parte generale in Italia”, desarrollada en el marco del seminario “Il contratto o i contratti?”, organizado por la Accademia Nazionale dei Lincei y por la Scuola Superiore della Magistratura (Roma, 29 de noviembre-1.º de diciembre de 2021). Publicada originalmente como Roppo, V., “Una parte generale o due parti generali?”, *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, n.º 2, 2022, 172-177. Se ha modificado la numeración del texto original: los números arábigos han sido sustituidos por números romanos, con el fin de mantener la uniformidad con los demás artículos de la Revista. Traducción de Deisy Cristina Villalobos Mejía.

\*\*\* Università degli Studi di Genova, Génova, Italia; profesor emérito de Derecho Civil, Universidad de Génova. Contacto: [vincenzo.ropo@emeriti.unige.it](mailto:vincenzo.ropo@emeriti.unige.it)

Sin embargo, hago notar que el *incipit* de tercer grado que he elaborado con base en el triángulo de términos “contrato”, “Dios”, “muerte” no tiene ninguna relación relevante con las inquietudes relacionadas con la parte general del contrato, sino que es solo un modo para romper el hielo. Habiéndolo hecho, comienzo por decir que, en mi opinión, algunas veces conviene estudiar las problemáticas sin extrema precisión y sofisticación, es decir, razonando desde una perspectiva general, en lugar de optar por enfoques demasiado específicos o minuciosos. Es decir, no usar el bisturí sino el hacha; el sable, no el florete.

Teniendo en cuenta el tema que se estudia en el presente conversatorio, creo que este es el caso para proceder de esta manera: y, en ese sentido, permítanme abordar a sablazos la cuestión objeto de análisis. Con la esperanza de no desviarme demasiado del tema, y de la función indicada en el título, me concentraré en el objeto de este último.

II. En el Código Civil italiano se prevé la parte general del contrato en el título II del libro IV (“De los contratos en general”); luego se establece la parte especial en el título III (“De los contratos específicos”), la cual, para la época de expedición del Código [1942], se agotaba sustancialmente en las normas de la codificación en mención. Originalmente, entre las dos partes existía un preciso equilibrio, que luego, como se sabe, se rompió con el notorio aumento de la parte especial.

Este fenómeno surgió el siglo pasado y fue objeto de importantes análisis a partir de los años setenta y ochenta. Entre los estudios sobre el tema recuerdo, en primer lugar, el descubrimiento de la *decodificación* por parte de Natalino Irti; como también la advertencia, hecha por Giorgio De Nova, respecto de una mutación de la jerarquía entre la parte general y la parte especial: la primera, tendencialmente estática e indiferente al desarrollo de las diversas transformaciones derivadas de la evolución jurisprudencial; la segunda, más dinámica, más innovadora, movida por fuerzas propulsoras provenientes principalmente del legislador.

Como sabemos, particularmente a partir del último decenio del siglo XX, el aumento de la parte *especial* se transformó progresivamente en gigantismo, cebado por una legislación torrencial que se concentra en el campo del contrato y que creó los problemas sobre los que hemos sido llamados a discutir aquí.

Estos problemas se reconducen al siguiente dilema: ¿cómo conciliar de manera equilibrada la unidad y la pluralidad, el orden general y las dimensiones específicas de la realidad contractual, cada vez más compleja, tanto desde el punto de vista práctico como desde la perspectiva normativa? Y aquí se observa cómo la tensión de mantener unidas estas líneas contrapuestas surge del mismo texto del Código Civil italiano, cuando denomina el título III del libro IV “De los contratos en general”. No “Del contrato...”, sino “De los contratos...”: donde el uso del plural, con su reenvío implícito a la multiplicidad y a la variedad, parece casi que compensar la idea opuesta de unidad y uniformidad que, en cierta medida, indica el término *general*.

Siguiendo el mismo espíritu de conciliación entre uno y muchos, y en relación con el dilema propuesto en el título del seminario –“¿El contrato *o* los contratos?”–, contrapondría una tercera opción cambiando la conjunción: el contrato y los contratos.

III. Una vez puesta en evidencia la irrupción de esta nueva legislación contractual, se trata de encuadrarla mejor y de comprender, por así decirlo, de qué tipo de animal se trata. Me parece que la nueva legislación se identifica esencialmente por tres características determinantes.

La primera: se refiere a los *contratos de mercado*, o sea, contratos en los cuales al menos una de las partes es una empresa que habitualmente celebra este tipo de contratos dado que son la herramienta necesaria para el desarrollo de su actividad.

La segunda: tiene que ver con los *contratos estructuralmente asimétricos*, es decir, caracterizados por una disparidad de las posiciones de las partes; disparidad que no depende de factores coyunturales o idiosincráticos (como podría ser un vicio de la voluntad o un ocasional estado de peligro o de necesidad), sino de la objetiva y consolidada posición de mercado de las partes. Y vienen en consideración con una clara perspectiva de *policy*, dirigida a reequilibrar la asimetría mediante normas orientadas a proteger/favorecer a la parte estructuralmente “débil”; en otras palabras, a remediar las fallas del mercado y no las genéricas fallas de la autonomía privada (de las cuales se ocupan las normas dispuestas en el código civil sobre los vicios de la voluntad y respecto de otros factores que alteran la formación de la voluntad y la toma de la decisión de contratar, como lo es el estado de peligro o de necesidad).

La tercera característica es más compleja y se refiere, no ya a la realidad regulada, sino más bien a la técnica de la regulación, al género de *figuras* a que da lugar la nueva legislación.

Por un lado –desde una aproximación más tradicional y familiar–, la nueva legislación disciplina tipos contractuales que se identifican por la prestación característica que distingue al objeto del contrato: por ejemplo, la compraventa de bienes de consumo; los contratos de servicios de pago; los contratos de *utilities*, como los de telecomunicaciones y de energía; y también, obviamente, los contratos de seguros. Sin embargo, las nuevas disciplinas no son solo, y no son primariamente, disciplinas de *tipos contractuales*. Son también, y sobre todo, disciplinas que, a falta de una mejor denominación, llamo disciplinas de *contextos contractuales*: las cuales parecen ser reconducibles a figuras legislativas como, por ejemplo, los contratos del consumidor (B2C), los contratos B2B celebrados entre empresas con un poder negocial desequilibrado en virtud de las posiciones de mercado de cada una de ellas (por ejemplo, la emblemática subcontratación del contrato de suministro regulada por la Ley 192/1998), los contratos a distancia o

negociados fuera de los locales comerciales, y además los contratos empleados en las operaciones bancarias reguladas por el TUB<sup>1</sup>.

IV. Las figuras previstas por las nuevas disciplinas de *contextos contractuales* son cosa distinta de los *tipos contractuales*.

Lo anterior también se predica, con algo de asombro, de la disciplina contractual dispuesta en el TUB, y en particular de la contenida en su artículo 117. Los “contratos bancarios” del Código Civil italiano (regulados en el capítulo XVII del título III del libro IV) son verdaderos tipos contractuales: por ejemplo, el contrato de depósito de dinero, de servicio de cajas de seguridad, de apertura de crédito, de anticipo bancario, etc. Sin embargo, cuando el artículo 117 TUB regula estos *contratos*, no los regula en virtud de su pertenencia a un tipo contractual, sino que los regula debido a que hacen parte de un determinado *contexto*: el contexto de la actividad bancaria dentro del cual se desarrollan relaciones contractuales entre las entidades bancarias y sus clientes. En el régimen común diseñado por esta disciplina de contexto pueden encuadrarse diversos tipos de contratos bancarios: cada uno de los cuales es regulado por la disciplina específica de cada tipo y, además, por la disciplina general del contexto bancario.

Lo anterior también resulta aplicable a los contratos celebrados a distancia o fuera de los locales comerciales: en cuanto tales, cuentan con su propia disciplina de contexto (contexto definido por las precisas modalidades operativas de interlocución realizadas por las partes) de conformidad con el artículo 49 y siguientes del Código de Consumo italiano; sin embargo, además, al articularse en una pluralidad de tipos (a distancia pueden celebrarse compraventas o arrendamientos, contratos de hospedaje o de adquisición de paquetes turísticos, entre otros) se someten a un régimen que integra la disciplina general de contexto y la disciplina particular del tipo al cual pertenecen.

Desde una perspectiva aún más macroscópica, esta reflexión se extiende al “contrato del consumidor”, donde el contexto que lo define se determina con base en la cualificación socioeconómica de las partes (“consumidor” y “profesional”), en conjunto con el propósito personal-familiar del contrato. Además, en el marco del contexto pueden incluirse múltiples tipos contractuales: compraventas del consumidor, arrendamientos del consumidor, contratos de prestación de servicios celebrado por un consumidor, etc. Todo lo anterior con la habitual acumulación de dos órdenes de disciplinas diversas: las disciplinas del tipo y las disciplinas del contexto (art. 33 ss. c. de consumo ital.).

Nótese bien que la relación entre las dos disciplinas no es una relación entre tipo y subtipo. Sería equivocado afirmar que la compraventa que celebra el

---

1 N. de trad.: en el ordenamiento jurídico italiano se estableció el Texto Único de las leyes en materia bancaria y crediticia, también llamado TUB, mediante el Decreto Legislativo n.º 385 de 1 de septiembre de 1993 y sus sucesivas modificaciones e integraciones.

consumidor es un subtipo del contrato del consumidor, y también sería erróneo decir que es un subtipo de la compraventa (lo mismo que afirmar que el seguro de daños es un subtipo del contrato de seguro). Aquellas son figuras cualitativamente distintas, que se ubican en planos diferentes: la compraventa es un tipo contractual, regulado por la disciplina del tipo; el contrato del consumidor no es un tipo, sino que es un contexto contractual, regulado por la disciplina normativa de contexto correspondiente.

Las figuras de *contexto contractual* tienen un elemento en común con las figuras más tradicionales que denomino *estructuras contractuales*: son contratos onerosos en lugar de gratuitos, conmutativos en vez de aleatorios, asociativos y no sinalagmáticos, plurilaterales en vez de bilaterales. Nadie osaría afirmar que la compraventa celebrada entre X y Y es un subtipo del tipo contrato bilateral, del tipo contrato oneroso o del tipo contrato de intercambio, debido a que estos no son tipos contractuales sino estructuras contractuales.

V. Considero que el surgimiento de las disciplinas y de las figuras de contexto es, desde una perspectiva sistemática del contrato, el efecto más significativo de la nueva legislación sobre los contratos de mercado asimétricos. Además, pienso que reflexionar sobre estas disciplinas y figuras es indispensable para analizar nuestro tema sobre qué es y que será de la parte general del contrato.

La cuestión de la cual se parte es la siguiente: ¿estas disciplinas y figuras de contexto tienen una *naturaleza* de parte general o de parte especial?

En primer lugar, parecería incongruente reconducirlas a la parte general: todas se encuentran fuera del código, reguladas en la legislación que usualmente llamamos “especial” o “de sector”; además están fuertemente influenciadas por la realidad socioeconómica a la cual se refieren. Sin embargo, estas disciplinas y figuras de contexto, en el fondo, emanan un cierto aroma de parte general que se intensifica a medida que el explorador agudiza el olfato.

Si bien son disciplinas y figuras que no se podrían incluir en la categoría del tipo contractual (que tradicionalmente comprende el reino de la parte especial), son asimilables a la idea de estructura contractual (contrato oneroso/gratuito, etc.): y nadie podría negar que las estructuras contractuales conforman la parte general.

Por otro lado, es cierto que se encuentran reguladas por fuera del código, pero no hay ley divina que diga que siempre tendrá que ser así. Consideremos la más imponente entre las disciplinas y figuras de contexto contractual, es decir, el contrato del consumidor: cómo ignorar que su núcleo primario –es decir, la normativa sobre las cláusulas abusivas–, al momento de incorporación de la Directiva 93/13/CEE, quedó regulado en los nuevos artículos 1469-bis y siguientes c.c. italiano, especialmente destinados para este fin<sup>2</sup>. Algo tendrá que significar el hecho de

---

2 Nota de trad.: el Código Civil italiano comprende la regulación de la materia comercial, la cual estuvo separada en otro código (el *Codice di Commercio del Regno d'Italia*, de 1882,

que el legislador concibiera como natural, sin escándalo alguno, incluir el contrato del consumidor en el Código Civil italiano y no fuera de él. Fuera de que no lo incluyó en la parte especial, sino en la general, ¡coronando el título II del libro IV! Sin mencionar que del contrato del consumidor todavía se conserva en esta posición privilegiada –en el supérstite art. 1469-bis–: si bien no todo el conjunto normativo, ahora transferido al nuevo Código del Consumo, sí la denominación, evocada a efectos de realizar el reenvío normativo al Código de Consumo italiano que establece su disciplina integral.

Entonces, lancémosnos al agua y tratemos de pensar el contrato del consumidor, y con él todas las nuevas disciplinas y figuras de contexto, como componentes de la parte general. Pero, ¿parte general de qué?, ¿parte general del contrato *tout court*, sin ninguna otra calificación? No, parte general de un contrato bastante delimitado, y particularmente calificado en los términos que quedaron esbozados al inicio de este discurso: el mundo del que hablo, repito, es el mundo de los *contratos de mercado*, los cuales resultan *estructuralmente asimétricos*.

VI. En mi opinión, este mundo contractual ha adquirido en los últimos decenios una relevancia sistemática extraordinaria. Esta sistemática tiene tal importancia que, por un lado, incide de manera determinante en lo que sería el mapa moderno del universo del contrato que propongo (si se prescinde de tres asteroides que siguen, cada uno, su propia órbita excéntrica: el contrato de trabajo, el contrato de sociedad y el contrato celebrado por la Administración Pública); y por otro, define el universo contractual como un universo binario.

Les ruego no tacharme de soberbio si para delinear el mapa del contrato parafraseo las palabras iniciales (¡otro *incipit!*) del *De bello gallico*. César, al describir la tierra conquistada más allá de los Alpes, decía: “*Gallia est omnis divisa in partes tres*”. Como un muy modesto descendiente, y hablando sobre el contrato de hoy podría decir: “*Contractus est omnis divisus in partes duas*”.

El actual sistema del contrato (dejando a un lado, como anteriormente indiqué, el contrato de trabajo, el contrato celebrado por la Administración Pública y el contrato de sociedad), a mi modo de ver, se encuentra entonces dividido fundamentalmente en dos partes; y simplificando se podría decir: en una parte antigua y en una parte nueva. Comencemos por esta última.

La parte nueva se ocupa de los *contratos de mercado*, en los que la *ratio* de la regulación es la asimetría de las posiciones de mercado existente entre las partes contractuales, y su objetivo es proteger a la parte que sufre esa asimetría, bien sea que se trate de un consumidor (B2C), bien sea que se refiera a una empresa *débil* (B2B) o que se trate de un cliente genérico –sin importar si es un consumidor o una empresa– y cuya debilidad radica en la falta de control de la prestación esencial

---

precedido, a su vez, por el *Codice di Commercio* de 1865) hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1942.

del contrato, más que en el poder de la contraparte (siendo esta una connotación aún más relevante en un escenario marcado, como recordaba Natalino Irti en la introducción del seminario, por la moderna y poderosa irrupción de la técnica). Nos encontramos en el ámbito que suele llamarse derecho privado regulatorio, en el que un elemento absolutamente central –como recuerda Emanuela Navarretta– son los remedios contractuales, vistos como instrumentos de respuesta a las fallas del mercado, advertidas anteriormente por Gianni D’Amico.

En cambio, nos encontramos en el campo del derecho privado *clásico* cuando consideramos la parte antigua del sistema contractual, donde confluyen –en manera residual– todos los otros contratos, los cuales podrían definirse más fácilmente desde una perspectiva negativa: aquellos que *no son contratos de mercado* dado que una de las partes no es una empresa que contrata en función de su actividad empresarial, ni tampoco la contraparte es un agente de mercado que sufre de una asimetría estructural respecto de la otra parte. En este ámbito, los remedios no tienen la centralidad absoluta que poseen en el otro. Lo anterior, debido a que aquí los remedios responden a las fallas de la autonomía privada, las cuales tendencialmente son más inusuales que las fallas del mercado: la autonomía privada falla algunas veces, de manera ocasional y por lo tanto patológica (vicios de la voluntad, estados de peligro o de necesidad); el mercado falla siempre y sus fallas son fisiológicas.

En esta lógica, no debería sorprender (aunque pueda parecer, de entrada, paradójico) que los supuestos que se presentan como la quintaesencia de los contratos de empresa y de mercado deban reconducirse a los dominios del antiguo derecho contractual: por ejemplo, un contrato de compraventa de un paquete accionario que tiene un valor económico gigantesco y una extraordinaria relevancia industrial y que es celebrado entre dos grandes e importantes sociedades. Ahora bien, un contrato como este es ajeno a la lógica y a la disciplina de los contratos de mercado asimétricos (dado que no se configuran los presupuestos que los distinguen), y corresponde, más bien, a la parte más tradicional y más *antigua* del derecho contractual. En la práctica, lo anterior se evidencia en los procesos contenciosos que se originan en torno a este tipo de operaciones, debido a que generalmente el sistema remedial que se emplea para afrontar estas patologías es el dispuesto en la disciplina y en la teoría de los vicios de la voluntad regulados por el Código Civil italiano.

VII. En otra sede he llamado a los contratos de la parte clásica como contratos de derecho común. Sin embargo, ahora me arrepiento, debido a que denominarlos así implicaría –frente a los contratos de mercado asimétricos– una suerte de jerarquía, una relación de regla general a regla excepcional que conlleva el riesgo de ofrecer una imagen falsa del cuadro; en el cuadro actual, en efecto, yo veo los contratos de mercado (la parte nueva del sistema contractual) como una realidad no excepcional ni anormal, sino también –en su ámbito– *común*; una realidad que

no se halla subordinada a la primacía de la parte clásica, sino que se encuentra dotada de una importancia equivalente.

Esta es la razón por la cual, si en este momento tuviera que rebautizar los contratos que no son contratos de mercado, no hablaría más (como lo hice en el pasado) de contratos de derecho común, sino que preferiría hablar de contratos de derecho civil o simplemente de contratos civiles.

Me doy cuenta de que esta terminología podría sonar como una exhumación del lenguaje en auge hace ochenta o más años, bajo la vigencia del viejo y ya abrogado Código de Comercio, antes de la unificación del derecho de los contratos realizada por el Código Civil de 1942. Pero como se sabe: a veces regresan... Y esto es bien posible cuando, en el transcurso de tantos decenios, maduran nuevas realidades que a mediados del siglo pasado no eran ni lejanamente imaginables.

VIII. Ahora podemos retomar el discurso sobre la parte general del contrato. Sin embargo, en este punto surge la duda de si se deba hablar de *partes generales*, usando el plural.

Resumamos. Gracias al aluvión normativo de origen predominantemente euro-unitario y orientado a regular el mercado para corregir sus fallas, el sistema normativo de los contratos se configura hoy día como un sistema binario, articulado en dos grandes áreas: el área tradicional de los contratos civiles y el área nueva de los contratos de mercado asimétricos. Y a esta última se le debe reconocer, por mil razones, igual valor sistemático que a la primera. Ahora bien, bajo el supuesto de que todo esto sea cierto, ¿no debería admitirse que ambas áreas merecen su parte general (como es obvio, estructurada cada una de ellas de conformidad con las características que distinguen la una de la otra en cuanto a fundamento y *policy* de la regulación)?

Para los contratos civiles, obviamente, existe la parte general: es el conjunto normativo establecido desde el artículo 1321 hasta el artículo 1469 c.c. italiano. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto de los contratos de mercado: los cuales, a pesar de ser merecedores de una parte general, aún no la tienen. Y respecto de los cuales debería construirse.

Sí, pero, ¿cómo? A corto plazo no parece realista la vía legislativa. El proyecto gubernamental de ley de delegación<sup>3</sup> “*para la revisión del Código Civil*”, presentado al Senado el 19 de marzo de 2019, parece demostrar que para la legislación los tiempos no están maduros. De hecho, el proyecto Conte-Bonafede no parece plantearse el asunto. Quizás lo aborda de manera tangencial en el literal g) del artículo 1, mediante el cual predispone una disciplina para los “casos en los cuales prácticas negociales engañosas, agresivas o en todo caso desleales, o circunstancias en las cuales la distancia entre las partes, la sorpresa, la situación de dependencia

3 N. de trad.: una ley de delegación (*legge delega*) es una ley aprobada por el Parlamento italiano que confiere facultades al Gobierno para disciplinar una determinada materia.

de una parte respecto de la otra determinan la invalidez del contrato celebrado”. Sin embargo, es evidente que la construcción de la parte general de los contratos de mercado asimétricos no puede reducirse a trasplantar al régimen de los vicios de la voluntad del Código Civil –fuera de un esquema unificado y de una visión sistemática completa– supuestos de hecho tomados de la regulación de las prácticas comerciales desleales y de los actos de abuso de dependencia económica.

IX. En el corto plazo, el actor institucional que puede ocuparse útilmente de esta empresa no es el legislador, sino la doctrina, a la cual le corresponde preparar la vía a un legislador que en este ámbito pareciera no tener los recursos necesarios para actuar por sí solo.

La doctrina ha comenzado a hacerlo de una u otra manera: ¿qué otra cosa son las ideas, hipótesis y opiniones expresadas en el debate académico, dedicadas al *tercer contrato* o al *contrato asimétrico*, si no el inicio de un estudio y de una construcción de los principios basilares de los contratos de mercado asimétricos y, por lo tanto, de una *parte general* a ellos dedicada? Con independencia de la confrontación de visiones divergentes, lo importante es que sean –como en buena medida ya lo son– perspectivas que puedan dialogar, capaces de enriquecer la reflexión común. Una reflexión que por el momento se encuentra en su etapa primigenia y que todavía requiere de mucho trabajo para superar la fase embrionaria y llegar a resultados más maduros.

En este sentido, es muy interesante la orientación metodológica indicada en el documento programático de este seminario, cuando sugiere “utilizar, con mayor conciencia, la interpretación analógica del derecho especial” (donde “especial” está oportunamente escrito entre comillas...) La analogía es, en realidad, un enorme recurso heurístico.