

# ALGUNOS APUNTES DOGMATICOS SOBRE EL CONCEPTO DE NEGOCIO JURIDICO

Eric Palacios Martínez  
Asistente de Cátedra de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro del Circulo de Derecho Civil Patrimonial

*El artículo que publicamos a continuación constituye una aproximación al concepto de negocio jurídico, el cual no es recogido expresamente por el Código Civil peruano. Como es conocido, el legislador civil de 1984 optó más bien por acoger la Teoría del Acto Jurídico -de origen francés-, que ha sido sometida a múltiples y fundamentadas críticas en los últimos tiempos, no sólo en nuestro país, sino en todos aquellos que se han visto influenciados por esta doctrina.*

*Aun cuando han sido ya varias las voces que se han levantado para señalar la conveniencia de eliminar la noción del acto jurídico de nuestro Código Civil e introducir la del negocio jurídico, lo cierto es que -de un lado- no se trata de un mero problema terminológico y que -del otro- no aparece del todo clara cuál es la concepción que sobre el negocio jurídico debe adoptarse.*

*Con el presente trabajo, el autor pretende afirmar la validez del método dogmático como método de investigación científica, a la par de realizar una evaluación de la evolución en las distintas concepciones sobre el negocio jurídico. El estudio es interesante, no sólo por la calidad de su contenido, sino también por la vehemencia con que las ideas del autor son expuestas.*

SUMARIO: 1- Notas preliminares: método de análisis de la figura del negocio jurídico. 2- Las tendencias doctrinales en torno al concepto del negocio. 3.- A propósito de la crítica al concepto. Refutación. 4.- Observaciones personales a la construcción del concepto del negocio jurídico. 5.- Aplicación del concepto en el Código Civil peruano. 6.- Conclusiones particulares. Importancia de la Teoría General del Negocio Jurídico.

## 1. NOTAS PRELIMINARES: METODO DE ANALISIS DE LA FIGURA DEL NEGOCIO JURIDICO

Sin duda alguna, la figura del negocio jurídico es una de las que más reflejan los cambios ocurridos en la estructura social, siendo viva prueba de ello que el marco contextual de la sociedad, donde surgen y se desarrollan las principales tendencias conceptualizadoras del negocio, siempre ha influido notablemente en la configuración de éstas en un momento histórico particular.

Sin embargo, existe una corriente de pensamiento originada por un desconocimiento generalizado sobre la utilidad de los mecanismos negociales y sobre todo por un prejuicio práctico, para el cual el negocio jurídico es una abstracción desconectada de la realidad social. Esta, por desgracia, viene afianzándose cada día más en nuestras conciencias, originando un desinterés por esta figura y por el análisis dogmático fundado en el razonamiento puro, teniendo como consecuencia que se vaya abandonando la construcción teórica, la cual, si guarda coherencia con la realidad, es de gran ayuda para la resolución de los conflictos y la autorregulación de intereses por los mismos particulares.

La vinculación del método dogmático con la Teoría del Negocio es innegable. Aquel implica defender la coherencia del ordenamiento y procurar soluciones concordantes ante situaciones prácticas similares, usándose preferentemente para estudiar y construir las figuras jurídicas que son el reflejo de las instituciones del Derecho Privado<sup>1</sup>, mientras la tendencia que propone abandonar éste se fundamenta en una casuística originada en la misma experiencia. Recordemos las palabras de Allorio en defensa de la dogmática: «si defender la coherencia del ordenamiento jurídico, si repugnar el pensamiento de que la ley admita, sin diferencia real de situaciones prácticas que regular, soluciones discordantes; si todo esto es dogmática, entonces no me ruborizo de profesarme dogmático [...] Entonces por una especie de insinceridad intelectual, acusamos al sistema; nos parece elegante y *bonton* renegar de nuestra vocación constructiva y encerrarnos en el caso, anteponer la experiencia a los principios, allí donde debería ser nuestra ambición buscar, con el doble auxilio del estudio y la imaginación, una solidaridad cada vez más audaz entre la experiencia, minuciosamente conocida y analizada, y los principios ampliamente reconstruidos»<sup>2</sup>.

La relevancia de la construcción dogmática queda así enmarcada, no como una actividad netamente académica, sino por el contrario, como actividad dirigida a la construcción de los principios a partir de una experiencia previamente analizada.

Con esta perspectiva metodológica, el artículo propone, dentro de sus límites, ofrecer una visión del concepto del negocio en su evolución, coordinándola con la realidad en la que surge cada construcción; y a su vez intentar una visión particularizada y personal del negocio jurídico. Se tratará ante todo de respetar la coherencia sistemática, pero sin dejar de criticar conceptos y definiciones de fondo, lo que no se contradice con la idea del análisis dogmático que se piensa realizar. En cuanto a la bibliografía, se da amplia prevalencia a la literatura italiana, pues la considero como la más desarrollada y moderna sobre el negocio jurídico.

## 2. LAS TENDENCIAS DOCTRINALES EN TORNO AL CONCEPTO DEL NEGOCIO

Antes de abordar el estudio de la figura misma, creemos necesario y oportuno en esta parte del trabajo, examinar, aunque sólo sea descriptivamente en algunos puntos, las principales corrientes doctrinales que pretenden dar una definición del negocio jurídico.

La primera, nacida por obra de Savigny, denominada como la «teoría de consecuencias jurídicas» tiene su fundamento en el conocido dogma de la voluntad. Según ésta, la voluntad es la productora de efectos jurídicos; el querer individual en sí y por sí es tutelable de manera obligatoria por el ordenamiento. La única limitación posible a la autonomía de la voluntad es el orden público y las buenas costumbres, lo que conlleva tan sólo a una posición protectora del ordenamiento jurídico, que se halla limitado en su actuar, por el simple querer de los particulares (que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres), a brindar protección jurídica. Existe una total ausencia de la función calificadora en el ordenamiento. Es de particular interés hacer notar la vinculación de esta teoría con la Escuela del Derecho Natural, al exaltar la primacía de la razón, y con la Escuela Histórica, al revalorizar el espíritu popular. Ambas teorías concluían en reconocer un poder creativo de Derecho a la voluntad de los particulares, el mismo que se debe colocar en la raíz del querer<sup>3</sup>. Se define el negocio como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas<sup>4</sup>.

Las objeciones contra tal manera de pensar no se hicieron esperar, tanto en el aspecto dogmático como en el aspecto ideológico.

Desde el punto de vista ideológico, la objeción se plantea en la medida en que se constata que en el modelo de sociedad moderna en la que vivimos existe la necesidad de cooperación y la supremacía del factor social que conllevan a la negación total de la pretendida omnipotencia del querer individual. Esto sobre todo se puede apreciar en los países en vías de desarrollo, como el nuestro, en

<sup>1</sup> El análisis económico ofrece una interesante alternativa, pero su ámbito es tan sólo parcial, pues la variable económica (resumida en la eficiencia) no es la única utilizable en el razonamiento jurídico.

<sup>2</sup> ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto Giuffrè*, Milán, 1957, vol. 1, p. 8.

<sup>3</sup> RESCIGNO. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Eugenio Jover, Nápoles, 1966, p. 293.

<sup>4</sup> Por lo demás evidente, es la posición adoptada por el Código Civil Peruano.

los que es ilusorio e inútil centrarse en el establecimiento de protección de los intereses particulares que no se encuentren respaldados por el interés social. Sin embargo, con esto no deseamos abogar por la intervención totalizante del Estado en la autonomía privada. De los Mozos describe este fenómeno afirmando que «de este modo, el intervencionismo estatal, movido por una ideología socialista (nacionalsocialista, fascista, etc.), ha ido limitando y deformando los *iura privata* en nombre de algo tan vago y evanescente, como engañoso y utópico, la llamada "justicia social". Tal ha sucedido con el derecho de propiedad, con las limitaciones e intervenciones en los contratos y, en general, por la reglamentación minuciosa de la vida económica, al servicio de unos "intereses sociales" que corresponden a todos por el "hecho de ser ciudadanos", anulando algo tan sagrado como la iniciativa individual, y sustituyéndola por la providencia del Estado. Con lo que, lejos de desarrollar lo que debe ser la igualdad entre los ciudadanos, se está anulando hasta el estímulo de la libertad<sup>5</sup>».

Nos parece necesario, ante esto, distinguir dos cosas. Por un lado, el aspecto calificador del ordenamiento para tutelar las autorregulaciones de los particulares (negocios sociales), convirtiéndolos en preceptos jurídicos; y por otro, el aspecto regulador e intervencionista que corta toda iniciativa privada. Así, se establece la necesidad de tutela por el ordenamiento sólo para aquellas regulaciones privadas que merezcan protección y que la actuación del Estado se debe circunscribir solamente a la calificación de los intentos prácticos de los particulares a fin de ver si reúnen las exigencias que éste exige en salvaguarda de la igualdad entre los sujetos. Ejemplos de estos límites dentro de la Teoría del Negocio son los conceptos de causa, patrimonialidad, equivalencia y buena fe.

Las objeciones de orden dogmático se hacen contra la misma definición de negocio jurídico esbozada por esta teoría<sup>6</sup>. Se puede afirmar que la expresión «declaración» o «manifestación» de voluntad no es apta para resumir la esencia normativa

del negocio y que a su vez, da lugar a fórmulas irreales y artificiosas (por ejemplo, la fusión de voluntades y la común intención de las partes que son predominantes en el Derecho Contractual). Es clara la justificación de tal afirmación. Si bien la declaración de voluntad y la común intención son parte esencial de la estructura del negocio, ésta no hace más que describirla, es decir, deja de lado en su exposición el aspecto autorregulador del negocio jurídico, con respecto a los particulares, que sin duda alguna, constituyen su «esencia».

La verdadera utilidad del negocio radica entonces, en el realce de la potestad de los particulares de autorregulación de sus propios intereses, carácter fundamental que no se expresa en la definición acotada.

Por otro lado, la definición del negocio como declaración de voluntad no cumple el fin de toda definición, que es el de distinguir el negocio de los demás actos jurídicos no negociales, siendo aún totalmente válida la crítica formulada por Thon, según la cual deberíamos considerar también, siguiendo la definición, como negocio al acto ilícito siempre que se halle informado, hipotéticamente, por la intención concreta de realizar un acto lesivo o, simplemente, por las consecuencias que la ley le atribuya en vía represiva<sup>7</sup>.

Con ello queda claro la insuficiencia de la definición en tanto se constate que la declaración de voluntad no es propia tan sólo de los negocios jurídicos. Piénsese en la interpretación y en la oferta como ejemplos claros de actos no negociales con declaración de voluntad.

Asimismo, es necesario poner en relieve la misma contradicción encerrada dentro del término «declaración de voluntad» en la misma medida que, al intentar reducir a una verdad sus dos elementos constitutivos (voluntad y declaración), el uno externo y formal, y el otro interno y psíquico, cae en una antítesis por la imposibilidad conceptual de concretar esta unión. Bajo este punto de vista, dice Scognamiglio, «la expresión "declaración de

<sup>5</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil. Métodos. Sistemas y Categorías Jurídicas*. Civitas, Madrid, 1988. p. 63.

<sup>6</sup> Así, Messineo define al negocio jurídico como "una declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones de voluntad (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos (aunque no clara y enteramente previstos por quien emite la declaración y concebidos por él como efectos meramente económicos y prácticos), que el ordenamiento reconoce y garantiza -de ordinario- en los límites de la correspondencia, o coherencia entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no ilícitos (MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. t. II, p. 336). En igual sentido, STOLFI *Teoría del Negocio Jurídico*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. p. 2.

<sup>7</sup> Citado por PIETROBON. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971. p. 222.

voluntad" se manifiesta gravemente equívoca: ella indica al mismo tiempo -y así se presta a confusión- tanto la acción voluntaria, como la manifestación de lo querido»<sup>8</sup>. En la misma dirección, el maestro español De Castro y Bravo nos dice que la definición «supone mantener la confusión entre declaración de voluntad y negocio jurídico, lo que origina una primera ocasión de dudas y discusiones. Porque si fuera cierta aquella autorizada definición, el contrato de compraventa, por ejemplo, no sería un negocio jurídico y la oferta sería un negocio jurídico y otro la aceptación»<sup>9</sup>.

Un punto que guarda íntima relación con la concepción tratada, es la problemática del fundamento de los efectos negociales. Es prevalente la opinión que lo que fundamenta los efectos es el propio ordenamiento (en la norma) y que es irrelevante lo que el particular quiera conseguir con el negocio que celebra. Lo que quiere el particular es un resultado práctico y no, como se desprende de la enunciación de la definición en comentario, un determinado fin jurídico. Danz, sobre este punto, señala:

«Por lo que se refiere al requisito del estudio jurídico que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de Derecho. El que entra en un restaurante y pide buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende evidentemente en su interna voluntad, adquirir algo simplemente imaginario, el crédito que nace de un contrato de compra o de arrendamiento, etc., porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio ju-

rídico persigue de ordinario un resultado económico»<sup>10</sup>.

Llegados a este punto, se tendrá que concluir que el ordenamiento asigna los efectos correspondientes al intento práctico de las partes, considerando irrelevante para tal efecto, la intención de las partes. Un ejemplo de esto lo tenemos en los casos en que la ley fija efectos no previstos e incluso no queridos por los particulares en la configuración del negocio, sea para realizar mejor el efecto típico negocial (normas supletorias), sea para proteger intereses de orden general (normas imperativas).

Ante las múltiples complicaciones que implicaba continuar con la concepción expuesta, la doctrina se lanza a buscar una definición más coherente del negocio jurídico. Se parte de que los particulares, mediante el intento práctico, sólo cumplen la condición necesaria para que se produzcan los efectos dados por el ordenamiento y se llega a la descripción del supuesto de hecho negocial. Unánimemente, se admite que el negocio encierra en sí un supuesto de hecho complejo (y no uno simple, como se pretendía anteriormente, al señalar como único elemento de la estructura del negocio a la declaración de voluntad del agente) que debe ser analíticamente estudiado para buscar dentro de sí mismo la esencia del negocio jurídico<sup>11</sup>.

Esta teoría del supuesto de hecho define al negocio de manera englobante en la siguiente forma: «la declaración o acuerdo de voluntades (conducta significativa) con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos»<sup>12</sup>. Según la definición, que

<sup>8</sup> SCONAGMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Eugenio Jovene, Nápoles, 1969. p. 46. Para una exposición de esta crítica, el autor cita a LARENZ. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*. Leipzig, 1930. p. 60; BULOW. *Gestandnisrecht*. p. 128; BETTI. *Teoría general del negocio jurídico* (traducción). Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p. 53-55, en donde se observa una demoledora crítica a la concepción analizada.

<sup>9</sup> *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1965. p. 21.

<sup>10</sup> DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 11. En igual dirección señala ANDREOLI. *Contributo alla teoria dell'adempimento*. CEDAM, Padua, 1937. p. 52. "Se ha justamente observado que la voluntad del privado no es nunca idónea por sí sola para causar efectos jurídicos. A lo mucho puede causarlos en cuanto una norma jurídica pone un nexo causal entre ella y aquellos efectos. Además, normalmente el privado no tiene plena conciencia de los efectos jurídicos del negocio, y se preocupa sólo del resultado práctico por alcanzar".

<sup>11</sup> BARASSI. *Instituciones de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1955. p. 159. Para una resumida reseña general de los elementos del negocio, ver ALFA Y BESSONE. *Elementi di Diritto Civile*. Giuffrè, Milán, 1990. p. 252 ss; ESPIN CANOVAS. *Manual de Derecho Civil Español*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982. vol. I, p. 510 ss.

<sup>12</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op. cit.* p. 34; MUÑOZ. *Contratos*. TEA, Buenos Aires, 1960. t. I, p. 14. Representativa es la definición de Enneccerus, Kipp y Wolff: "El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido" (ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981. t. I-II, vol. 2, p. 64).

en nuestro entender es descriptiva y caracterizante de todas las definiciones de los autores que se adhieren a la teoría del supuesto de hecho, el negocio sería definido propiamente por la declaración o acuerdo y por la calificación del ordenamiento. Ello conlleva a delimitar la estructura del negocio jurídico olvidando, en nuestra opinión, el aspecto funcional del negocio. Esto, sumado a lo descriptivo de la definición, serían las únicas posibles objeciones a la aceptación de ésta.

Un cambio más sustancial lo encontramos cuando sale a la luz la teoría preceptiva que, observando el descuido del aspecto regulador del negocio en las corrientes doctrinales anteriormente descritas, propone resaltar la configuración de una regla de conducta por el negocio. Se crea un precepto de autorregulación de intereses preexistentes. El más destacado y a su vez el creador de la teoría preceptiva, Emilio Betti, define al negocio como «el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)»<sup>13</sup>. A partir de su enunciación, esta teoría ganó una adhesión importante entre los autores italianos, sintetizándose en los más modernos tratamientos institucionales. «Negocio jurídico» es el acto con el cual uno o más sujetos privados establecen un reglamento de intereses reconocido por el ordenamiento como productivo de efectos jurídicos a él conformes<sup>14</sup>.

Cabe aclarar, sin embargo, que la teoría preceptiva no propone la identificación del negocio con la norma, y solamente quiere evidenciar que el negocio adquiere para el mundo del Derecho y por fuerza de la ley, la relevancia de un precepto cuyo contenido se traduce en una pauta según la cual ha de valorarse las consiguientes relaciones; precepto que, en tanto, tiene alcance particular sólo por la conducta de los autores o de los destinatarios en los límites en los cuales la ley consienta a los particulares incidir sobre esferas privadas ajenas.

En nuestra opinión, uno de los méritos más importantes de esta teoría es, sin duda, el de reconocer al negocio jurídico como un acto social. En tal sentido, los intentos prácticos de los particulares son en primera instancia, fenómenos sociales y por ende anteriores al ordenamiento.

La labor del ordenamiento por antonomasia, sería la de calificación (por medio de criterios abstractos) de los intentos prácticos, para elevarlos a la categoría de negocios jurídicos. Mientras no se realice esta calificación, los intentos prácticos podrán a lo sumo calificarse como negocios sociales. La idea de este reconocimiento por el ordenamiento de una realidad preexistente es importantísima a nuestro juicio: indica la trascendencia de lo social en lo jurídico, porque sólo la constatación del fondo social permitirá propiamente al ordenamiento acercarse a la realidad social, que es intrínseca a su naturaleza de sistema de convivencia humana; se logra satisfacer la necesidad de hacer que nuestros sistemas jurídicos toquen piso, asuman su compromiso con la realidad y alcancen así el objetivo de una auténtica convivencia social entre los seres humanos<sup>15</sup>.

A continuación, en este breve repaso acerca de las tendencias sobre el concepto de negocio jurídico, es necesario abordar en sus lineamientos generales la teoría normativista del negocio<sup>16</sup>. Se parte de la afirmación de considerar al negocio como fuente de Derecho objetivo basándose principalmente en el aspecto normativo de éste, en la medida que contiene normas que entran en vigor y permanecen durante un período más o menos largo de tiempo<sup>17</sup>. La explicación de esta posición se encuentra en la afirmación kelseniana de que los aspectos, aparentemente opuestos, de formación y regulación del Derecho se dan de manera indiscutible en el negocio jurídico y que una peculiaridad importante del Derecho es la de regular su propia creación. Así, el Derecho objetivo creado por el negocio entraría en la escala jerárquica de las fuentes normativas como último peldaño. Debe ponerse énfasis en que la ley ordinaria no es sólo una norma, sino que a su vez es supuesto de

<sup>13</sup> BETTI. *Op. cit.* p. 52.

<sup>14</sup> BURDESE. *Manuale di Diritto Privato italiano*. UTET, Turín, 1974. p. 91. RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.* p. 293, afirma que la autonomía negocial es el poder del privado de disponer (ordenar) de los propios intereses y de vincularse mediante los negocios jurídicos, de donde se desprende la interrelación entre autonomía privada y negocio en la teoría preceptiva.

<sup>15</sup> BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial*. Lluvia, Lima, 1990. p. 363. El cual, sin embargo, afirma abiertamente la insuficiencia de la construcción dogmática, pero olvida que ésta tiene como presupuesto básico su conexión con la realidad.

<sup>16</sup> Cuyo principal expositor es FERRI, Giuseppe. *La autonomía privada*. Madrid, 1969 (traducción).

<sup>17</sup> FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 25

hecho de una norma superior: la constitucional. Para esta teoría, en síntesis, el hecho de que el negocio sea supuesto de hecho de una norma jurídica<sup>18</sup>, no impide que a su vez sea creador de Derecho objetivo; por ende, se admite que el negocio es un supuesto de hecho pero se agrega, como esencial, la capacidad creadora de «Derecho objetivo negocial». Asimismo, critica fuertemente la teoría preceptiva afirmando que el negocio no es un fenómeno social que después se convierte en jurídico, sino un fenómeno jurídico que como tal tiene una importancia social y que por ello el negocio tiene *ab initio* una connotación jurídica, siendo falso que la ley sea la que conecte al negocio efectos jurídicos<sup>19</sup>, porque si se admite que no hay efectos jurídicos sin una norma correspondiente y que el negocio contiene normas jurídicas, es ineludible que los efectos del negocio sean el reflejo de su propio contenido normativo<sup>20</sup>.

A su vez, la teoría normativa ha sido sometida a duras críticas no tanto de construcción dogmática (porque hay que admitir la coherencia de esta teoría) sino de fondo, consecuenciales de su aplicación. Se dice que ella, al afirmar la creación de Derecho objetivo por los mismos privados, desvincula el negocio de lo querido por las partes (voluntad) y lo convierte en una figura incontrolable por los mecanismos de censura estatal (por ejemplo, buena fe, equivalencia de prestaciones, condena del abuso, etc.), viéndose en él un instrumento de dominación capitalista<sup>21</sup>.

Por último, existe un sector doctrinal, al que podríamos llamar intermedio, que adopta una posición particular en torno al concepto del negocio jurídico. Este sector tiende a operar una mediación con las nuevas posiciones, respetando en lo posible la eficiencia causal de la voluntad, pero siendo consciente de sus limitaciones en relación a la nueva perspectiva del concepto de autonomía privada. Esta teoría no habla ya más de calificación del intento práctico, ni mucho menos de una

omnipotencia de la voluntad individual, sino que introduce la idea de «autorización». Así, Santoro Pasarelli define el negocio como «el acto de voluntad autorizado por el ordenamiento para perseguir un fin propio»<sup>22</sup>. En forma similar, Cariotta Ferrara afirma que «no puede decirse que es la voluntad la que produce los efectos jurídicos, ni que la fuerza generatriz está en el ordenamiento, sino que es la ley la que autoriza la autonomía privada, haciendo posible que el negocio produzca por sí los efectos jurídicos, proveyéndolo de eficacia»<sup>23</sup>. La corriente reseñada se encuentra presente en los más difundidos manuales institucionales trabajados inmediatamente después de la promulgación del Código de 1942, por lo que ha influenciado fuertemente en el nivel académico contemporáneo y cuenta entre sus adeptos a los mejores civilistas italianos de los cincuentas y sesentas<sup>24</sup>.

Habiendo terminado la reseña de las principales corrientes que definen el negocio jurídico, pasamos a examinar la crítica que se hace a la misma figura por parte de la doctrina que no la acepta en sus contornos teóricos y que no cree en su utilidad.

### 3. A PROPOSITO DE LA CRITICA AL CONCEPTO. REFUTACION

Para poder tener una visión ordenada de la crítica general que se le hace a la construcción del negocio, creemos oportuno dividir ésta en dos grupos y pasar a su examen por separado. Por un lado, tenemos una crítica general sobre el plano dogmático y sistemático; y por otro lado, una sobre el plano ideológico (al que también se le puede denominar como político-social). En su oportunidad, después de exponer cada una de éstas, formularemos la contestación respectiva de manera particular, para al final del punto tomar en cuenta el contexto en que se realiza.

Sobre el plano dogmático-sistemático, la principal

<sup>18</sup> En lo que se detuvo una de las corrientes anteriormente analizadas.

<sup>19</sup> Como afirma BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 53. BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967. t. I, p. 434.

<sup>20</sup> FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 83 ss.

<sup>21</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op. cit.* p. 32.

<sup>22</sup> SANTORO-Pasarelli. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. p. 139.

<sup>23</sup> CARIOTTA FERRARA. *Il negocio giuridico nel diritto privato italiano*. Nápoles, 1947, p. 61. Otro importante autor que sigue esta definición es BARBERO, Domenico. *Op. cit.* p. 433.

<sup>24</sup> ALLARA. *La teoria generale del contratto*. Turin, 1943. PUBLIATIL *I fatti giuridici*. Messina, 1945; *Diritto Civile*, Milán, 1951; *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965.

crítica que se ha hecho a la noción de negocio jurídico apunta a negar la unidad de la figura, teniendo como base la separación terminante que existe a nivel teórico y legislativo entre contrato y testamento<sup>25</sup>. La imposibilidad de reconducir a una misma categoría los contratos en general, los actos de Derecho de las Personas, del Derecho de Familia, así como los actos mortis causa, subraya la sustancial diferencia que existe entre los actos por causa de muerte y los actos entre vivos. Esto encuentra su reflejo, por ejemplo, en la aplicación del principio de la confianza, que es inaceptable para negocios unilaterales, como el testamento, y debería ser de aplicación en la medida que, supuestamente, nos encontramos ante un principio general<sup>26</sup>. También se afirma que el testamento (y esto de cara a la teoría preceptiva) no crea una autorregulación de propios intereses en cuanto ninguna relación se estipula entre el autor y los destinatarios de las disposiciones<sup>27</sup>.

Para superar tal crítica, creemos que es pertinente desprendernos del prejuicio positivista que nos induce a pensar en que todo lo que está separado por la ley tiene también que estar sustancialmente separado. No es necesario, en nuestro parecer, tener una sola sección o un solo capítulo en el que se puede observar la unidad de una determinada institución. Así, tendríamos que admitir la diferencia existente -y por ello decir que son figuras sustancialmente diferentes- entre el contrato de permuta y el de donación, desconociendo lo que nadie discute en su igual esencia: la de ser contratos. Lo mismo sucede en el negocio. El hecho de regular separadamente los contratos y testamentos no impide que ambas instituciones se puedan subsumir bajo una figura general que las inspira: el negocio como reflejo de la autonomía privada, que se reconoce y autoriza por el ordenamiento para vincularse entre sí.

En lo que se refiere a la diferencia de orden teórico entre la lógica aplicable a los negocios unilaterales, bilaterales y multilaterales, nos parece totalmente inadmisibles el intentar desechar la figura del negocio jurídico sólo por el hecho de que no se le puedan aplicar todos los principios a todos los negocios.

Recordemos que el principio de la confianza es aplicable en relación con las normas que protegen un estado de fiducia en un hecho jurídico o, más ampliamente, en un hecho relevante para la formación de un supuesto concreto apto para modificar situaciones jurídicas<sup>28</sup>, que en la mayoría de los casos corresponde a los negocios jurídicos. Es por ello que la fiducia protegida es tan sólo la originada cuando existe la concurrencia de más de un sujeto en la formación del negocio. Entonces, el que no se pueda aplicar el mencionado principio a los negocios unilaterales no acarrea la incongruencia de la Teoría del Negocio; por el contrario, muestra el grado de especialización en que se encuentra ésta por su desarrollo dogmático.

En cuanto a la objeción sobre la ausencia de autorregulación en el testamento, sólo nos bastará decir que la autorregulación no necesariamente existe entre una pluralidad de sujetos, sino que también respecto de los propios intereses. Además, los destinatarios son extraños al efecto negocial cuando éste excede los límites del ordenamiento, por lo que sus intereses no son regulados por el testador, sino por el mismo orden.

En el mismo plano, pero desde un punto de partida distinto, se objeta nuevamente la unidad de la concepción del negocio, poniendo en tela de juicio la posibilidad de asimilar la promesa unilateral como fuente de obligaciones al esquema negocial planteado como acto de voluntad o de autonomía. Ello se argumenta por los críticos que señalan que en la asunción de una obligación tiene relevancia esencial no el vínculo del sujeto en el cumplimiento de la prestación, sino más bien la responsabilidad sobre el sujeto en cuanto no cumpla la prestación; y en la promesa unilateral, esta responsabilidad está regulada no sobre la base de la voluntad del promitente, sino en relación a la tutela de la confianza del destinatario. De esto deriva la desvalorización del rol de la voluntad en la promesa obligatoria<sup>29</sup>, la negación de la relevancia de la aceptación de la contraparte como elemento de la *fattispecie* constitutiva de la obligación, y consiguientemente, la falta de valor del consenso en la formación de una obligación vinculante jurídicamente. En suma, se deriva la afirmación de

<sup>25</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *El negocio jurídico*. Montecorvo, Madrid, 1987. p. 18.

<sup>26</sup> En tal sentido, FERRI, Giuseppe. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milán, 1966. p. 40.

<sup>27</sup> FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 41.

<sup>28</sup> PIETROBON. *Op. cit.* p. 255.

<sup>29</sup> GORLA. "Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico". *En: Revista di Diritto Civile*. n.º I, 1956. p. 18.

la imposibilidad de subsumir la promesa obligatoria en el esquema del negocio con una base en la voluntad<sup>30</sup>. Este planteamiento surge por parte del sector doctrinal dedicado al estudio de los ordenamientos de inspiración anglosajona, lo que naturalmente conlleva que sus lineamientos no se fundamenten en la lógica de la Teoría del Negocio Jurídico.

Recordemos que lo que hace el negocio en la realidad jurídica es establecer regulaciones de conducta entre los particulares, y que sus efectos no necesariamente se establecen ciñéndose a la voluntad de los celebrantes. Uno de estos efectos es la eventual responsabilidad que emerge del mismo nacimiento de la relación obligatoria; es decir, que el hecho del nacimiento de efectos *ex lege* y no *ex voluntate* en la promesa obligatoria o en cualquier otro negocio jurídico no es cuestionamiento suficiente para una moderna Teoría del Negocio.

Es más, si nos detenemos un momento en el razonamiento enunciado por las críticas analizadas sobre el plano teórico-dogmático, nos daremos cuenta inmediatamente que sus planteamientos, en su gran mayoría están pensados para la original noción de negocio jurídico expuesta por los pandectistas alemanes como declaración de voluntad. Las argumentaciones hechas en contra de la Teoría del Negocio, por lo demás, son perfectamente superables como se ha demostrado, aunque sólo escuetamente, en las anteriores líneas.

Quizás, la más fundamentada crítica a la Teoría del Negocio Jurídico se realiza desde un plano ideológico, propuesta por Francesco Galgano, la cual ha tenido mucho impacto en la doctrina posterior a su formulación, sobre todo en la italiana, como respuesta inmediata a la denominada influencia tedesca que modernamente se desea combatir en todo Italia.

La crítica se realizó con ocasión de un encuentro de estudio sobre el negocio jurídico, promovido por el Instituto Gramsci y celebrado en Roma el 17 de enero de 1976. Afirma que la Teoría del Negocio Jurídico constituye un intento de elevar esta categoría a ordenación del entero ámbito de la autonomía privada, colocando al contrato en una re-

lación de especie a género. La califica como una típica construcción generalizante, sin contenidos históricos: una abstracción-volatización de lo real. La figura tiene por objeto la igualación formal de los ciudadanos, sin distinción de clase, dejando de lado su verdadera situación real<sup>31</sup>. En suma, lo que se reprocha a la Teoría del Negocio y por extensión a la del contrato, es haber perdido la aptitud para mediar en el conflicto de intereses de las partes, como consecuencia de la quiebra del principio de igualdad formal. También es reprochada por no garantizar en la sociedad actual la defensa de los débiles frente al predominio de los fuertes<sup>32</sup>.

El argumento nos parece totalmente injustificado.

En primer lugar, el desfase que existe entre justicia formal y material que engloba a la igualdad, no se origina ni depende tan sólo de un determinado modelo dogmático, sino de muchos factores sociales, políticos y económicos que no es momento de analizar. Lo que me parece está en juego, en el fondo del argumento, es la libertad de la utilización de las facultades que se confieren a los particulares por el ordenamiento, para establecer reglamentos, preceptos o normas jurídicas (según la posición que se adopte). Además, la crítica se torna inoportuna en la medida en que vivimos una época de creciente intervención administrativa en detrimento de la libertad individual y que sólo ésta puede realizarse a través de la culturización generalizada de la sociedad.

En segundo lugar, la crítica está pensada para el supuesto de definición del negocio jurídico elaborado por el pandectismo y olvida las múltiples adaptaciones que el concepto ha sufrido para poder adecuarse a la realidad social existente<sup>33</sup>, lo cual repercute en que cada vez el concepto tenga mayor utilidad, ya que los aplicadores e intérpretes del Derecho están ya conscientes de las exageraciones en que incurrió la referida teoría.

Por último, cabe afirmar junto con Morales que no es necesario acudir a la crítica enunciada para darse cuenta de los actuales inconvenientes que puede presentar la Teoría General del Negocio en la actual sociedad de masas, por lo que es necesari-

<sup>30</sup> *Ibidem.* p. 175

<sup>31</sup> CERRONI, Ugo. *Per una critica sistematica della categoria giuridica*. Citado por DE LOS MOZOS. El negocio .. Op. cit., p. 40.

<sup>32</sup> *Ibidem.* p. 31.

<sup>33</sup> Lo que no sólo se refleja en la definición del negocio, sino también en los conceptos de causa y en el sistema de ineficiencias negociales.

rio destacar el mismo propósito práctico como conducta destinada a concluir una autorregulación de intereses<sup>34</sup>.

#### 4. OBSERVACIONES PERSONALES A LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DEL NEGOCIO JURIDICO

Habiendo realizado en los anteriores párrafos una rápida visión sobre el concepto de negocio jurídico, nos encontramos expeditos para poder lanzar algunas observaciones personales a la construcción dogmática en análisis.

Un punto particularmente interesante de abordar es el del fundamento de los efectos negociales, porque de él se deriva la misma definición de negocio jurídico según la posición que se adopte. El asunto queda preliminarmente planteado diferenciándolo del problema, distinto en sus alcances, de la disciplina negocial, es decir, del tratamiento de la estructura del negocio. La necesidad de establecer esta diferenciación se fundamenta en el diferente problema práctico que se soluciona. Así, cuando hablamos del nacimiento de los efectos del negocio, nos referimos al concepto de negocio; mientras que cuando nos internamos en la misma disciplina negocial, lo hacemos con respecto al desarrollo del esquema negocial (interpretación, ineficiencias, etc.). El hecho de adoptar una determinada posición en uno de ellos no implica tenerla también en el otro; por ejemplo, el asumir una posición netamente antivoluntarista en el aspecto de la concepción del fundamento de los efectos negociales, no implica excluir en el tratamiento o desarrollo del esquema negocial la eventual relevancia de la voluntad<sup>35</sup>. Esto resulta de vital importancia para evitar una mezcla del concepto del negocio, con su tratamiento en el plano teórico-dogmático y en el normativo, destrrándose el peligro de una imprecisión en el momento de abordar los respectivos planos de análisis, como se observa en nuestra doctrina, la cual no parece haber tomado siquiera conocimiento sobre el particular.

Lo que se encuentra fuera de discusión es que los efectos negociales los da el ordenamiento jurídico, sea en virtud de un reconocimiento, de una califi-

cación o por una autorización. La ley tendrá obligatoriamente que brindar los efectos a un determinado intento práctico porque los efectos negociales son ante todo efectos jurídicos y por ello necesariamente son conferidos por el ordenamiento. La problemática entonces, se centra sobre lo que el ordenamiento tiene en consideración para otorgar los efectos. Aquí se debe decidir entre dos opciones: si lo hace por respeto a la voluntad o por el reconocimiento de la función social que cumple el negocio en general para garantizar el tráfico jurídico.

El asunto se resuelve examinando en la realidad concreta (económica, social y cultural) los motivos por los cuales se debe dar a las vinculaciones establecidas por los particulares, relevancia jurídica. En lo económico se desea ante todo buscar una maximización de los limitados recursos existentes; la nueva autorregulación tendrá que ser de mayor utilidad para las partes. La evaluación de esta mayor utilidad no podrá ser individual, es decir, dependiendo de cada sujeto en particular, sino basarse en un criterio, colectivo ya que la mejor distribución de los recursos se enfoca más a lo social que a lo individual, porque si el ordenamiento admitiera dar relevancia a autorregulaciones o a modificaciones de la realidad jurídica que se alejen del criterio maximizador, la consecuencia sería el crear graves distorsiones con repercusiones en lo social, del todo negativas<sup>36</sup>. Además se quiere que los particulares planifiquen racionalmente sus propias relaciones futuras y que una vez realizada esta planificación no desistan de ellas por motivos injustificados: se asegura la confianza en el movimiento económico y se establecen sanciones a quienes se aparten de lo propiamente establecido. Mediante el mecanismo negocial se realiza una función importantísima en la actividad económica que es la de producir el movimiento de los recursos hacia los usos más valiosos considerando el recurso en sí mismo. Esta última afirmación tiene que ser matizada porque pareciera que la concepción de uso más valioso dependiera tan sólo de la decisión individual y arbitraria (incluso hasta caprichosa) del particular. Esto no es así. Un presupuesto importante del sistema de mercado es la racionalidad de los mismos particulares en la tutela de los propios intereses y

<sup>34</sup> MORALES MORENO. "El propósito práctico y la idea del negocio jurídico en Federico de Castro". En: *Anuario de Derecho Civil* XXXVI, 1983, p. 1529 ss.

<sup>35</sup> Como se demuestra con la existencia de la figura del error para impugnar los efectos del negocio.

<sup>36</sup> La realidad peruana responde a esto. El asunto lo trataremos cuando veamos la aplicación de la Teoría del Negocio en el Código Civil.

esto conlleva la imposibilidad de crear vinculaciones desventajosas para sí mismos; sumándose a esto la constatación de que la racionalidad en una determinada actuación está determinada mediante criterios sociales antes que individuales.

Evidentemente, en lo social se muestra una motivación relacionada con lo económico. Cabe sin embargo darse cuenta de que los individuos en una vida social pura sin intervención del ordenamiento (Estado) proveen la satisfacción de sus necesidades propias mediante la autorregulación de intereses. Basta constatar para tal efecto, cómo en civilizaciones en las cuales no existe ordenamiento jurídico formado, se da en forma casi natural, por necesidad propia, la denominada regulación recíproca de intereses privados. Incluso en las sociedades modernas podemos apreciar cómo, al realizarse determinados negocios jurídicos, antes de los efectos jurídicos, se persiguen primordialmente fines prácticos<sup>37</sup>. Con ello se demuestra el esencial contenido social de los negocios jurídicos y que en virtud a éste se hace necesario su reconocimiento, para evitar así un desfase mortal entre lo social y lo jurídico. Por otro lado, la imposibilidad fáctica de una ordenación de intereses en forma heterónoma por el Estado, hace necesario que éste reconozca la autonomía de los privados en la composición propia de los conflictos de intereses surgidos por las necesidades que, en su gran mayoría, se solucionan mediante el fenómeno de la cooperación, porque casi siempre se tiene una expectativa en el comportamiento ajeno para satisfacer un interés propio. La cooperación es debida por un miembro social en interés típico de otro miembro social: cooperación garantizada o tutelada por el ordenamiento. En suma, la razón del reconocimiento de las regulaciones privadas en el aspecto social está en que en éstas, el individuo encuentra la integración de su vida en sus varias manifestaciones y la posibilidades de alcanzar sus fines, desde los más elementales hasta los más altos.

En lo cultural, tenemos que lo que se quiere es propiciar que los particulares, mediante la autorregulación, perfeccionen los mecanismos para resolver mejor sus necesidades, es decir, que cada vez encuentren mejores medios que los ayuden a una perfecta autorregulación. Un reflejo de estos

son los contratos o negocios atípicos que van surgiendo en la vida de sociedad y más específicamente, por el tráfico comercial. Por otro lado, se desea incentivar valores que la misma sociedad humana promueve, evitando un deterioro de lo que se puede llamar la base cultural en situaciones de presión (económica, social, etc.), como por ejemplo el respeto de la palabra dada, la lealtad recíproca, etc., que se resumen en el mundo jurídico con el principio general de buena fe, porque representa el vínculo de introducción del cambio jurídico, precedido por el cambio social; representa una vía de acceso de la realidad no normada a una regulación tendente a la realización de los valores de justicia, orden y seguridad.

Habiendo examinado esto, concluiremos esta reflexión afirmando que lo que el ordenamiento considera para dar relevancia jurídica a lo que parte de la doctrina denomina negocios sociales es, sin duda alguna, en nuestro parecer, la función social, económica y cultural que cumplen éstos. Otra consideración carecería de fundamento real.

Creemos ahora oportuno, como punto siguiente para la elaboración del concepto de negocio, examinar el contenido del mismo; es decir, ver si en verdad nos encontramos ante un mandato de origen privado y si fuera así, a qué naturaleza realmente corresponde.

La primera constatación que se tiene que realizar es que los particulares pueden, al menos, tener la iniciativa de la modificación de la realidad jurídica existente. Aceptado esto se tendrá que admitir que la modificación mencionada puede producirse únicamente por actividad de los particulares, por actos que el ordenamiento considera relevantes (y esto se enfoca de mejor modo ciñéndose a los actos lícitos, puesto que lo ilícito constituye una situación patológica). Aquí nos encontramos ante una disyuntiva ante la cual se debe decidir: ¿es necesario que la modificación de la realidad jurídica se realice mediante una autorregulación nueva? La respuesta es negativa, porque existen actos humanos en los cuales se prescinde totalmente de la existencia de una autorregulación para que el ordenamiento sancione la modificación mencionada; piénsese en las declaraciones nego-

<sup>37</sup> En contra de los que sostienen la doctrina tradicional que propugna que en el negocio o contrato se persigue un efecto jurídico, entre ellos, los alemanes Enneccerus, Nipperdey, Lehmann (que siguen fielmente a Savigny); en el Perú, De la Puente es de la misma opinión, ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Primera parte*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991 t. I, p. 93. En nuestra opinión, el que uno quiera o no determinado efecto es irrelevante y muestra aún más la lógica absurda del voluntarismo.

ciales (oferta, aceptación, etc.) y en los actos jurídicos en sentido estricto (interpelación, el pago, etc.) en los que ninguna autorregulación es tomada en consideración. Entonces ¿qué es lo que distingue a los actos humanos jurídicos lícitos en sentido estricto, de los negocios jurídicos? La interrogante se justifica observando que éstas son las únicas categorías consideradas mayoritariamente por la doctrina<sup>38</sup> como capaces de modificar la realidad jurídica; por ello, la respuesta debe ser inmediata: el contenido de regulación. Este es el que puede distinguir los verdaderos negocios jurídicos de los demás actos humanos lícitos considerados relevantes por el ordenamiento. Entendemos por contenido de regulación la característica principal de los negocios jurídicos mediante la cual se constituyen verdaderos mandatos para regir la actividad *a posteriori* de los particulares.

Veamos qué naturaleza tiene dicho mandato.

Existe ante todo el acuerdo de que nos encontramos ante una regla; sea cual fuere la naturaleza que se le pretenda atribuir, debemos admitir que el negocio refleja el poder de las personas para poder dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismos (contrato)<sup>39</sup>; este poder, a su vez, se fundamenta en la autonomía reconocida al sujeto por su importancia social, lo que significa que la reglamentación originada es nacida por atribución en virtud a un reconocimiento de una realidad preexistente.

El aspecto regulador del negocio jurídico propicia que los seguidores de la teoría normativista afirmen que el negocio crea normas de Derecho objetivo (lo que ya explicamos con cierto detalle), cosa que no compartimos y que por tanto nos obliga a exponer las diferencias existentes entre norma jurídica y regulación privada (negocio jurídico) en nuestro criterio. La norma jurídica es el producto de una elaboración heterónoma, es decir, impuesta a los particulares; su creación sólo es realizada por el Estado y las fuentes que éste reconoce taxativamente. Su fundamento es ordenar los intereses generales y la convivencia pacífica. En cambio, el negocio es producto de la autonomía privada,

es obra de los particulares y ordena intereses de éstos. Como dice De Castro brillantemente, «si el negocio fuera creador de normas jurídicas, la derogación de las normas que le confirieron tal vigencia (fuente de validez) motivaría la ineficacia de la reglas negociales, cosa que es absurda en lo teórico e irrealizable en lo práctico»<sup>40</sup>.

Pero un aspecto diferencial concluyente entre negocio y norma lo constituye la reflexividad. Esta implica que los efectos generados por la conclusión del negocio están llamados a producirse sólo entre las partes que intervienen en él; nótese que este aspecto está conforme con el significado etimológico de la palabra «autonomía», la cual implica que el sujeto vinculado participe en la creación de la norma (regla), concluyéndose a partir de esto la formal diferencia intrínseca existente. Parte de la doctrina pretendió, en su momento, negar el carácter esencial de la reflexividad en los negocios jurídicos, poniendo como ejemplo el testamento<sup>41</sup>, afirmando que en este negocio unilateral no se puede hablar de un automandato, es decir, de normas que tienen por destinatarios aquéllos que las establecen<sup>42</sup>. Esto es superable tan sólo observando que la manera de entender la propia autorregulación debe ser enfocada con respecto al concepto de esfera de interés; por lo que en el testamento, aún no dándose un automandato (puesto que el difunto como persona ya no existe) a un mismo sujeto, sí se da en relación a una misma esfera de interés. La autorregulación existe en la medida en que nos encontramos ante una posición idéntica que existe entre el causante y sus herederos, por lo que existe la autorregulación de una misma parte que tiene diferentes personas sucedáneas en la misma posición.

Un mejor encuadramiento lo tendremos si identificamos al negocio como un mandato particular de origen eminentemente social que determina una nueva situación económica y jurídica que depende del ejercicio de la autonomía atribuida al privado; esto juntando todo lo anteriormente señalado. La idea de precepto o mandato particular encaja mucho mejor en la naturaleza misma del negocio porque pone énfasis en su función

<sup>38</sup> Así por ejemplo, Messineo considera dentro de la categoría de los actos jurídicos a los actos reales, a las declaraciones de ciencia, a los actos jurídicos *stricto sensu* y a los negocios jurídicos. ver: MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 332.

<sup>39</sup> DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio...* Op. cit. p. 31.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>41</sup> CICU. *Il testamento*. Giuffrè, Milán, 1951, p. 3.

<sup>42</sup> CARIOTTA FERRARA. *Op. cit.* p. 669.

principal: la autorregulación. Es momento de entrar a analizar el concepto de negocio dentro de la normativa del Código Civil.

## 5. APLICACION DEL CONCEPTO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

La primera constatación que se debe hacer al respecto, es que el concepto de negocio jurídico es aplicable al Código Civil peruano por la igualdad sustancial existente entre el acto jurídico regulado en este cuerpo legislativo y el negocio jurídico creado por los pandectistas alemanes<sup>43</sup>.

Así, el Código Civil de Sajonia de 1863, lo recoge o lo define como concepto técnico, diciendo: «un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a *constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica*»<sup>44</sup>. Esta definición, como ya lo señalamos, responde a una concepción individualista del negocio y no es apta para distinguir al negocio de los demás actos lícitos, como por ejemplo los denominados actos jurídicos en sentido estricto. Sin embargo, existen autores que sobre la base del artículo 140 del Código Civil afirman que incluyendo taxativamente a la manifestación de voluntad en el texto de la norma se ha establecido claramente los distinguos con otros actos jurídicos<sup>45</sup>. Nos parece que la afirmación en sí misma no tiene ningún sostén de fundamentación teórica ni práctica y refleja la pobreza de nuestra doctrina, puesto que tanto en los actos jurídicos en sentido estricto como en los negocios jurídicos, se tiene la presencia de una manifestación de voluntad, y lo que los diferencia es que el ordenamiento en los actos en sentido estricto atribuye el efecto jurídico a la simple constatación de la existencia y voluntariedad de ésta, mientras que en los negocios lo que se valora al atribuir el efecto jurídico es el propósito o intento práctico del autor. Para la crítica global nos remitimos a lo expuesto en el punto número dos.

Por la insuficiencia de la definición contenida en el artículo 140 del Código, por la imposibilidad, a

partir de su texto, de diferenciar nítidamente la figura definida, de otras afines, creemos que ésta no debió ni siquiera considerarse en el texto final, porque su inclusión contribuyó más a la confusión que al fin didáctico que deben tener las definiciones cuando se incorporan en un cuerpo legislativo. Su incorporación obedece, sin duda alguna, a motivos extraños a la técnica jurídica, como el querer conservar la tradición francesa que inspira a todos los redactores del articulado.

Sin embargo, esto no quiere decir que el razonamiento usado por la Teoría General del Negocio no pueda ser utilizado. Dejando de lado el poco feliz texto del artículo 140, tenemos que el Código regula instituciones importantes, como la representación, interpretación 46, modalidades negociales, simulación, nulidad (sistemas de ineficiencias en general), etc.; a las que son aplicables las directivas lógicas de la doctrina del negocio. Esta también se aplica a todo el Derecho de los Contratos (aunque se niegue la utilidad de la Teoría del Negocio por la tradición de los contractualistas apegados a la lógica del Código Napoleón), como el principal tipo de negocio jurídico; y a los testamentos regulados en el Libro correspondiente al Derecho de Sucesiones.

De igual forma, la definición de contrato contenida en el artículo 1351 del Código de 1984 como acuerdo destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, acepta la tendencia denotada en el Libro de Acto Jurídico. Además, de su texto se infiere indubitablemente, que se acoge la posibilidad de existencia de contratos plurilaterales. En lo particular, no estamos de acuerdo con esta toma de posición, puesto que técnicamente es necesario distinguir entre el contrato configurado como un negocio jurídico bilateral en tanto que su formación depende de las declaraciones de dos partes, y los negocios jurídicos plurilaterales que llamamos acuerdos y que pueden clasificarse a su vez en acuerdos propiamente dichos, actos conjuntos y convenciones<sup>47</sup>, en los que la estructura negocial depende de la declaración de más de dos partes.

<sup>43</sup> Como señala acertadamente TABOADA, Lizardo. "La causa del negocio jurídico". En: *El Jurista*, año I, no. 1. Lima, 1991. p. 147 ss.

<sup>44</sup> Definición citada en la obra de DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio...* Op. cit. p. 20.

<sup>45</sup> LOHMANN. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Studium, Lima, 1987. p. 50, quien incluso no distingue esta categoría de los actos lícitos.

<sup>46</sup> En torno a la cual hay un excelente trabajo técnico dogmático de la doctora ARANA COURREJOLLES, Carmen. *La interpretación del acto jurídico*. Cultural Cusco, Lima, 1992, el que representa una profundidad en un tema específico, no acostumbrado en nuestra doctrina.

<sup>47</sup> Para una exposición de estos tipos de negocios plurilaterales, DIEZ PICAZO. *Fundamentos ... Op. cit.* p. 73.

El término de contratos plurilaterales podrá a lo sumo admitirse en otro sentido: cuando nos referimos al surgimiento de obligaciones a cargo de más de dos partes.

En general, las definiciones de «acto jurídico» y de «contrato» en el Código, aparecen como incompletas porque, además de las razones señaladas, no expresan total ni ordenadamente los elementos constitutivos de su estructura y función. Será labor de los intérpretes llegar, en cada caso concreto, a establecer los principios que inspiran el tráfico negocial de acuerdo a lo establecido legislativamente y a las necesidades existentes. Lo principal es tratar de escapar a la rigidez de definiciones que por sí mismas no ofrecen una coherencia teórico-práctica.

## **6. CONCLUSIONES PARTICULARES. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Llegados a este punto del trabajo, se deben lanzar nuestras conclusiones particulares para así dejar bien delimitados los aspectos fundamentales de la problemática del negocio jurídico y la dirección que en nuestra opinión debe tomarse. Estas se reflejan en la observación de las siguientes afirmaciones:

1. La Teoría General del Negocio Jurídico nos da el instrumento para resolver el problema de la relevancia de la actividad de los particulares en la modificación de la realidad jurídica; es decir, en la producción de los efectos jurídicos.

2. El avance doctrinal actualmente permite afirmar sin lugar a dudas la unidad dogmática del concepto y superar las críticas lanzadas en este sentido. La construcción de la figura negocial se identifica con las exigencias sociales presentes en un momento particular.

3. Las críticas formuladas al negocio jurídico como paradigma conceptual, apuntan a la relevancia causal de la voluntad del individuo; pero nunca se niega la existencia de la autonomía privada como fenómeno de relevancia actual.

4. Existe la posibilidad de construir lineamientos generales para la aplicación de la Teoría del Negocio en la normativa, a pesar de las deficiencias expresadas en su oportunidad.

La importancia de la Teoría General del Negocio Jurídico puede ser resumida en forma concreta afirmando, en palabras de José Luis de los Mozos, «que la ventaja más significativa de ésta, está en que se acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, pues, sin olvidar que el reconocimiento del Derecho es casuista, puesto que su sistema nunca es un sistema cerrado, sino abierto, tampoco hay que olvidar que los modelos de pensar que ofrecen los ideales pedagógicos modernos se instrumentan conforme a patrones racionalistas»<sup>46</sup>.

Esperamos haber contribuido en algo a esclarecer ideas sobre el concepto mismo de negocio, en los límites de los que caracterizan cualquier obra humana.

<sup>46</sup> DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. *Op. cit.* p. 19.