

Marina Lazarte Zababurú  
(Coordinadora)

# El Negocio Jurídico

Prólogo de  
Mauro Grondona

## Coautores

Leysser León Hilario  
Hugo Silva Quintana  
Carlos Giles Ponce  
Héctor Campos García  
Giselle Horna Lescano  
Jorge Beltrán Pacheco  
Alfredo F. Soria Aguilar  
Madeleine Osterling Letts  
René Balarezo Ponce

FUNDACIÓN  
M. J. Bustamante de la Fuente  
Lima - Perú

**Marina Lazarte Zabarburú**

(Coordinadora)

# El Negocio Jurídico

**Prólogo de**

Mauro Grondona

**Coautores**

Leysser León Hilario

Hugo Silva Quintana

Carlos Giles Ponce

Héctor Campos García

Giselle Horna Lescano

Jorge Beltrán Pacheco

Alfredo F. Soria Aguilar

Madeleine Osterling Letts

René Balarezo Ponce

**FUNDACIÓN**

M. J. Bustamante de la Fuente

Lima - Perú

*El Negocio Jurídico*

De esta edición:

© Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente  
Francisco Masías N° 370 San Isidro  
Telf. (51-1) 422-5258  
correo-e: fundacionbustamante@lapositiva.com.pe

Primera edición: Lima, diciembre 2014

Tiraje: 1,000 ejemplares

Edición a cargo de: *Ileana Vegas de Cáceres*  
Corrector de estilo: *Héctor Augusto Campos García*  
Coordinadora: *Marina Lazarte Zababurú*

ISBN: 978-612-46700-2-2

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-17255

Diseño e impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Psje. María Auxiliadora 156-164, Breña

Impreso en Perú / Printed in Perú

Prohibida la reproducción total o parcial de las características gráficas de este libro por cualquier medio sin permiso de los editores.

# ÍNDICE - SUMARIO

	Pág
Prólogo .....	13
Presentación.....	17
Prefacio .....	19

## PRIMERA PARTE ASPECTOS FISIOLÓGICOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

### Capítulo Primero INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Leysser León Hilario

1. Premisa histórica y crítica .....	23
2. Problemática de la definición legislativa .....	32
3. Actos jurídicos que no son negocios jurídicos .....	45
4. Los requisitos de validez .....	47
5. Voluntad y manifestación de voluntad .....	51
6. La capacidad .....	61
7. La posibilidad física y jurídica .....	66
8. La licitud .....	71
9. Observancia de la formalidad (reenvío) .....	75
10. Reflexión final .....	76

### Capítulo Segundo MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

Hugo Silva Quintana

1. Introducción .....	107
2. La condición .....	109
3. El plazo .....	114
4. El cargo .....	118

Capítulo Tercero  
**INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO**  
Carlos Giles Ponce

1.	Introducción .....	125
2.	Interpretación del contrato .....	127
3.	¿Cuándo se debe interpretar un contrato? .....	128
4.	Naturaleza de las normas de interpretación. Su obligatoriedad .....	129
5.	¿Quiénes interpretan? .....	130
6.	Reglas para la interpretación .....	130
7.	La norma de interpretación contenida en el artículo 1401 <sup>2</sup> del código civil (interpretación de estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes) .....	137
8.	La interpretación contractual desde la perspectiva del análisis económico del derecho .....	138
9.	Conclusiones .....	141

**SEGUNDA PARTE**  
**ASPECTOS PATOLÓGICOS DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Capítulo Cuarto  
**INVALIDEZ E INEFICACIA NEGOCIAL**  
**(APUNTES INTRODUCTORIOS PARA SU ESTUDIO**  
**EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO)**  
Héctor Augusto Campos García

1.	A modo de Introducción .....	147
2.	Premisa: relevancia, validez y eficacia del negocio jurídico .....	149
3.	Aproximación a la problemática de la invalidez e ineficacia negocial en el ordenamiento jurídico peruano .....	152
4.	Apuntes respecto a la inexistencia del negocio jurídico .....	159
5.	Apuntes respecto a la invalidez del negocio jurídico .....	164
6.	Apuntes respecto a la ineficacia negocial .....	203
7.	A modo de conclusión .....	214

Capítulo Quinto  
**CONFIRMACIÓN, RATIFICACIÓN Y CONVALIDACIÓN**  
**DEL NEGOCIO JURÍDICO**  
Giselle Horn Lescano

1.	La confirmación .....	235
2.	La ratificación .....	243
3.	La convalidación .....	256

Capítulo Sexto  
**LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD**  
Jorge Alberto Beltrán Pacheco

1. Aspectos introductorios .....	261
2. Noción de vicio .....	264
3. Error .....	266
4. Requisitos .....	267
5. Tipos de error .....	269
6. Dolo .....	275
7. Tipos de dolo .....	283
8. Violencia .....	284
9. Intimidación .....	285

Capítulo Séptimo  
**NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO**  
Alfredo F. Soria Aguilar

1. Introducción .....	291
2. La simulación como creación voluntaria de una apariencia de negocio distinto de la realidad .....	292
3. Elementos esenciales de la simulación .....	293
4. Modalidades de la simulación .....	294
5. ¿Es válido y lícito crear una apariencia distinta de la realidad? .....	296
6. Efectos jurídicos de la simulación .....	297
7. Prueba de la simulación .....	299

**TERCERA PARTE**  
**ASPECTOS PERIFÉRICOS DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Capítulo Octavo  
**LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA**  
Madeleine Osterling Letts

1. Introducción .....	309
2. Concepto .....	310
3. La ineficacia en la representación y su ratificación .....	316

Capítulo Noveno  
**FRAUDE AL ACREEDOR MEDIANTE EL ACTO JURÍDICO**  
René Martín Balarezo Ponce

1. Manifestación de voluntad y la lógica del acto jurídico .....	325
2. <i>Res inter alios acta</i> .....	328

3.	Situaciones del acto jurídico frente a terceros .....	329
4.	El fraude del acto jurídico y sus elementos .....	333
5.	La acción pauliana y sus requisitos .....	337
6.	Efectos de la acción pauliana .....	341
7.	Reglas de aplicación de la acción pauliana y presunciones del Código Civil .....	344
8.	A modo de conclusión .....	347
	Reseña de Autores .....	355

LEY N° 23403  
EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO :

El Congreso ha dado la ley siguiente :

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU

Ha dado la ley siguiente:

ARTICULO 1°.- Facúltase al Poder Ejecutivo para que, dentro del presente periodo constitucional, promulgue mediante Decreto Legislativo el Código Civil cuyo proyecto ha sido preparado por la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 creada por el Decreto Supremo N° 95, de 1° de Marzo de 1965. Para este efecto, una Comisión Revisora que se conforma con tres Senadores designados por el Senado, tres Diputados designados por la Cámara de Diputados, y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia, introducirá las reformas que estimare pertinentes, con audiencia de la Comisión que elaboró el proyecto.

ARTICULO 2°.- El nuevo Código Civil se pondrá en vigencia en la fecha que señale el Decreto Legislativo.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

Casa del Congreso, en Lima, a los trece días del mes de Mayo de mil novecientos ochenta y dos.

JAVIER ALVA ORLANDINI  
Presidente del Senado

MARCO SERRANO SOLÍS  
Secretario del Senado

LUIS PEREYRA ROCA  
Presidente de la Cámara de Diputados

FRIDA OSORIO DE RICALDE  
Secretaria de la Cámara de Diputados

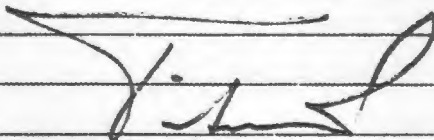
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA



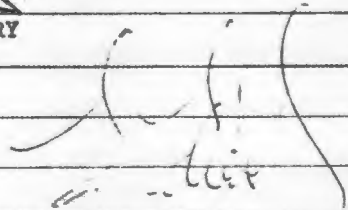
**POR TANTO:**

Mando se publique y cumpla

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los *Veintiseis*  
días del mes de *Mayo* de mil novecientos *Veintidos*



FERNANDO BELAUNDE TERRY



ENRIQUE ELIAS LAROZA

## PRÓLOGO

Para el jurista que forma parte del llamado sistema romano-germano, el negocio jurídico sigue constituyendo una materia atractiva. Esto obedece a muchas razones distintas, que de vez en cuando se alejan entre sí, atendiendo al ordenamiento en el que ha tenido lugar su recepción legislativa y/o doctrinal.

No cabe duda, asimismo, de que el negocio jurídico es un hito en la historia de las ideas, y que la perspectiva desde donde se le observa (así como la sensibilidad ligada con este ejercicio) puede ser estrictamente histórica o estrictamente empírica.

En este volumen, que tengo el honor de presentar, el negocio jurídico no es tratado, en modo alguno, como un objeto histórico, porque se trata de una institución jurídica efectivamente vigente del derecho peruano, dado el régimen específico que se le confiere en el Código Civil de 1984. En el Perú, en otras palabras, el negocio jurídico es derecho vivo, enriquecido por la elaboración doctrinal y jurisprudencial, así como por la creatividad de la práctica.

En Italia, en cambio, la verdad es que desde hace décadas la temática del negocio jurídico se trata con cierto fastidio, al vérselo como una categoría dogmáticamente pesada y no alineada con la velocidad, si no es que con la ligereza, del tiempo presente (incluida la ligereza de pensamiento, naturalmente), o con cierta nostalgia hacia un pasado que, en cuanto tal, está obviamente destinado a no volver; un pasado en el cual el negocio jurídico representaba el tema más difícil y refinado: una verdadera sala de entrenamiento para el civilista.

El Perú e Italia son dos realidades jurídicas que tienen muchos aspectos en común, entre ellos la experiencia del derecho civil. Y el jurista italiano queda fascinado, con toda seguridad, cuando se percató de que en el Perú la actividad doctrinal sobre el negocio jurídico es tan intensa. Y puesto que los juristas peruanos frecuentan desde hace tiempo y con delectación la bibliografía italiana, para un italiano es como si un fragmento de su propia

cultura civilista se hubiese transferido al Perú, donde da la impresión de que ha sido objeto de un injerto provechoso, que la ha revitalizado y rejuvenecido.

Quien sea apasionado de la música clásica, y de la ópera en particular, así como de los intérpretes del pasado, conoce probablemente aquellos famosos discos de color violeta (luego transformados en CDs) de la colección *Die lebendige Vergangenheit*. Esta es la imagen que tengo del negocio jurídico, que en el Perú regresa, pero que no regresa como sí mismo. Lo hace, muy por el contrario, renovado gracias a la concreta e individual contribución crítica de los civilistas peruanos, o de aquellos entre éstos que son más conscientes de la exigencia de una sólida preparación y de una sólida cultura jurídica.

El debate peruano sobre el negocio jurídico trae consigo, además, muchas curiosidades y reflexiones que son propias de este fenómeno. Y como ocurre cuando se establece un diálogo con el pasado, los riesgos no están ausentes.

Sería una lástima para mí que, por ejemplo, esta discusión sobre el negocio jurídico se mantuviera demasiado ligada a cuestiones y planteamientos (en el aspecto metodológico inclusive) que han dejado de tener actualidad; su pasado ha sido glorioso, ciertamente, pero hoy debe ser visto como lo que es, o sea, como una etapa en la historia de las ideas y en la historia de la humanidad (me refiero, como es obvio, a la Pandectística y, más en general, a la antigua dogmática alemana, así como a la italiana que en algún momento la emuló).

Si es verdad que el pasado opera únicamente cuando es filtrado por el presente y según las necesidades del presente, es evidente que la tarea que recae en la doctrina peruana, a la cual ésta no puede renunciar, es hacer que las grandes potencialidades del negocio jurídico, entendido como una categoría conceptual tan amplia cuanto elástica, den lugar a una elaboración teórica que preste atención y sea sensible no solamente a lo que está escrito en el derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia, sino también al contexto económico-político sobre el cual opera la regla jurídica.

El orden político, el orden económico y el orden jurídico no son jamás (y por mejor decir: jamás “deberían ser”) realidades inconexas. Son y deben ser, por el contrario, estrechamente interdependientes. Y no es que entre dichos órdenes se tenga que instituir una relación en términos de predominio y sujeción del uno sobre el otro o sobre los otros. Sucede, simplemente, que el orden jurídico es la modalidad de actuación del orden político-económico, pero al tratarse de un “orden”, está también dotado de una autonomía axiológica propia (como se está comprendiendo cada vez mejor en nuestros tiempos gracias a la globalización y al diálogo entre formantes jurídicos que integran distintos ordenamientos) en tanto producto histórico y en tanto cultura.

A esto se debe que la cultura jurídica de un ordenamiento pueda incluso ser más fuerte que la dimensión política y económica del sistema.

Aunque en el pasado haya sido cierto (sin perjuicio de las entendibles dudas) que el legislador con el trazo de una pluma podía hacer nacer

categorías, conceptos, nociones, el jurista actual es plenamente consciente de que existe un substrato de cultura jurídica y de pensamiento jurídico (empleando formulaciones que, por lo menos en Italia, se han hecho clásicas, gracias al impulso de Giovanni Tarello y Paolo Grossi) que en el corto o no tan corto plazo resiste toda obra del legislador.

Es por lo señalado que al centro de las faenas del jurista se hallan los instrumentos con los que éste se realiza como tal. Me refiero, ahora, a la cuestión de la conceptualización y del uso de los conceptos, es decir, de las categorías jurídicas.

El negocio jurídico es un concepto, es una categoría, y su utilidad práctica (como instrumento mediante el cual se desarrolla el tráfico jurídico) no debe correr el riesgo de resultar oscurecida o complejizada por razones de fidelidad dogmática a la doctrina alemana o a la italiana (la cual, en otra época, cayó en esta errada idolatría, del todo estéril, por lo demás, incluso desde una perspectiva científica).

Estas son las razones por las que aprecio con interés y atención el proyecto de elaborar una o más doctrinas, en competencia e intrínsecamente peruanas, sobre el negocio jurídico. Ello no debe significar, por cierto, la prédica de doctrinas que nieguen o se opongan al legado histórico, sino de doctrinas suficientemente preparadas (en lo cultural y en lo técnico) como para poderse (y quererse) emancipar de tradiciones que generan seguramente una fascinación, pero que no tienen relevancia operativa en la misma medida.

En síntesis, se necesita una teoría general del negocio jurídico que pueda servir de fundamento técnico y riguroso para los juristas en formación, y que también sea útil para dar vida a nuevos instrumentos negociales (o a renovar los existentes), de forma tal que se concilien las exigencias de la economía y la visión filosófica-política del sistema peruano. Y, como es bien sabido, dicha realidad, económica y política, está siempre en movimiento.

El objetivo es hacer que el orden jurídico y el orden político estén lo más posible en consonancia, para limitar lo más posible los excesos, lagunas, desequilibrios en materia regulatoria, o injusticias sustanciales propiamente dichas que afectan la libertad y la dignidad del individuo, del fuerte como del débil.

Este admirable proyecto cultural, indispensable sobre todo para las generaciones futuras, no sólo es posible sino que se halla en vía de elaboración, con el sostén de las fuerzas intelectuales y la tenacidad que en el Perú no faltan. Y el observador foráneo puede convencerse de ello si, animado por la curiosidad, echa una mirada a la muy activa labor de las editoriales jurídicas peruanas, que tienen en el volumen que presento un óptimo ejemplo.

Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, una reflexión sobre el negocio jurídico no puede dejar de estar ligada íntimamente (por razones de método, asimismo) con una reflexión más amplia sobre las categorías del

derecho civil, que hoy viven una crisis generalizada alrededor del mundo, a causa del diálogo entre ordenamientos y entre sistemas jurisdiccionales que pertenecen a tradiciones jurídicas distintas. Esta crisis, en el sentido por mí adoptado, parece ser una real oportunidad, antes que un obstáculo.

Limitándome al ámbito que mejor conozco –el italiano, como bien se entiende– señalo la reciente publicación de un volumen escrito por un civilista ilustre: Nicolò Lipari.

El título de la obra en mención es significativo: *Le categorie del diritto civile*. Se trata de un libro que, como ha tenido ocasión de manifestar su autor en los diferentes eventos de presentación, ha sido pensado y escrito para el jurista en formación. Y la idea de fondo del volumen es, sustancialmente, que las categorías jurídicas son instrumentos de los cuales debe servirse necesariamente el jurista, pero de las cuales, al mismo tiempo, no debe resultar prisionero.

La historia gloriosa del negocio jurídico no debe volver prisionero de éste, por lo tanto a quien lo aborde como tema. Dado que constituye una categoría conceptual es también un instrumento ordenador (para anotarlo con las palabras del filósofo italiano Benedetto Croce, que en muchas ocasiones se ocupó de temas de derecho). Y el concepto no existe en la naturaleza, sino que es forjado por el jurista.

El concepto debe ser analizado, comprendido, discutido, respetado, pero también habrá de ser superado cuando deje de ser capaz de satisfacer la finalidad para la cual se le hizo nacer.

La pasión por las categorías, por la sistemática, por la dogmática, no puede separarse de la pasión por la vida intelectual, que jamás se refrena.

Es que el derecho y la fantasía, para fortuna nuestra, no están separados.

Es por todo lo anotado que expreso mi sincera y amigable felicitación a los civilistas peruanos que han contribuido para hacer realidad esta obra. Mi deseo para ellos es que perseveren en la sapiente construcción (o destrucción) de los conceptos jurídicos. Esta es la esencia de nuestro oficio de juristas.

Lima, agosto de 2014

**Mauro Grondona**  
Profesor de Derecho Privado  
Università degli Studi di Genova  
Profesor de Derecho Civil  
Escuela de Graduados de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## PRESENTACIÓN

Este año se cumplen treinta años de la promulgación del Código Civil. Aunándonos a la celebración de este aniversario, la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente incorpora a su Fondo Editorial este estudio sobre el Negocio Jurídico, concepto ligado a la manifestación de voluntad y presente, por tanto, a lo largo del código.

Siendo el acto jurídico la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, constituye la base sobre la cual se sustenta el derecho civil y comercial. Conscientes de su importancia, se hizo evidente la necesidad de una publicación que ofrezca un análisis profundo de esta institución.

Bajo la acuciosa coordinación de Marina Lazarte se ha reunido a un notable grupo de profesores y profesionales del derecho, quienes a la luz de los años transcurridos desde 1984 y con una perspectiva actual, nos presentan sus opiniones sobre los distintos Títulos del Libro II del Código Civil.

Esta publicación constituye también un homenaje al connotado jurista y maestro del derecho civil peruano doctor José León Barandiarán, que fuera galardonado con un Premio otorgado por la Fundación como el jurista más destacado de su generación y a quien debemos de agradecer por el desarrollo del derecho en el Perú y, en especial, por reconocer la relevancia que le corresponde al acto jurídico dentro del ordenamiento legal.

Así, en línea a los objetivos de la Fundación, el de promover e incentivar la investigación en el campo jurídico, les entregamos esta publicación, que sin duda, se convertirá en texto de permanente consulta de estudiantes y profesionales del derecho.

**Manuel Bustamante Olivares**  
Presidente

## PREFACIO

La presente obra surgió como respuesta ante la inquietud de un grupo de profesores de diversas Universidades del Perú y profesionales del Derecho que, en su ejercicio académico y práctico, pudimos denotar la falta de textos que de manera sistemática y didáctica estudien la categoría jurídica del Negocio Jurídico (o Acto Jurídico), conforme ha sido regulado por nuestro vigente Código Civil. Tema además que usualmente representa cierto grado de dificultad en su comprensión e importancia por parte de los profesionales del Derecho.

A propósito del trigésimo aniversario de la promulgación del Código Civil nació, entonces, el compromiso de dejar un legado para las generaciones de abogados actuales y futuras que recogiera los conceptos y teoría básica que permitiera la fácil comprensión del Negocio Jurídico, lo cual se ve materializado en el presente libro.

De este modo, buscamos que los estudiantes de Derecho que deseen acercarse de manera inicial a esta rama de estudios del Derecho Privado puedan contar con un libro que de manera didáctica los introduzca en el tema y que también sirva de consulta a los profesionales en ejercicio. Nuestro interés es pues el de contribuir a una mejor cultura jurídica en el país, y a la vez redundar en la mejora de la calidad de la aplicación del Derecho por parte de sus operadores.

Este libro consta de tres partes; la primera, referida a los aspectos fisiológicos del negocio jurídico, a su vez, cuenta con tres capítulos: el primero, que es introductorio y fundamental para comprender los negocios jurídicos según nuestro Código Civil, recoge la problemática generada por la definición de acto jurídico en nuestra legislación. El segundo capítulo se refiere a sus modalidades, por lo que se desarrollan las figuras de la condición, el plazo y el modo o cargo. Y el tercero desarrolla la interpretación del negocio jurídico, en donde se explica los diversos tipos existentes a nivel doctrinal y destaca el tipo objetivo de interpretación recogido en nuestro ordenamiento.

La segunda parte, tratada en cuatro capítulos, versa sobre los aspectos patológicos del negocio jurídico. En el primer capítulo se desarrolla la invalidez e ineficacia negocial no solo desde una perspectiva dogmática, sino también jurisprudencial. A continuación, en el capítulo siguiente, se abordan las categorías de la confirmación, ratificación y convalidación del negocio jurídico. Los dos últimos capítulos no abordan la problemática general de la invalidez, sino que se concentran en dos aspectos concretos de la misma, tal como son; por un lado, los vicios de la voluntad; y, por otro lado, la simulación del negocio jurídico.

La tercera parte, hace alusión a aspectos periféricos del negocio jurídico y consta de dos capítulos, como son la representación voluntaria y el fraude al acreedor mediante el acto jurídico. El análisis de la representación voluntaria abarca el tratamiento tanto de los aspectos necesarios para su cabal funcionamiento, como el estudio de las principales situaciones patológicas que se presentan en la práctica. El fraude al acreedor, sin dejar de ser un tema vinculado a la tutela del crédito, es desarrollado en función de la lógica negocial, a través del análisis de sus elementos y requisitos.

Todos los temas tratados en esta obra tienen explícita referencia a las normas contenidas en el Libro II del Código Civil y a otras que, contenidas en el mismo cuerpo normativo, son de necesaria revisión para comprender cabalmente todos los aspectos referidos al negocio jurídico. De esta manera, se busca que esta obra constituya una herramienta de uso práctico para el lector.

Los autores de esta obra pertenecen a tres generaciones de destacados profesionales, en su mayoría egresados de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y con estudios de pos grado en diversas instituciones de prestigio, dedicados al ejercicio profesional y a la enseñanza del Derecho Privado, cuya experiencia académica y capacidad para la teorización del Derecho han enriquecido el contenido de este libro.

Este libro no hubiese podido tener lugar sin el compromiso desinteresado de sus autores. En especial debemos agradecer a Alfredo Soria Aguilar, quien cumplió un papel trascendental en la iniciativa y materialización de esta obra; Leysser León Hilario quien, además de su iniciativa en el presente proyecto, sirvió de enlace con el jurista italiano Mauro Grondona, autor del prólogo del libro; y Héctor Campos García, el más joven de los autores de esta obra, quien además desarrolló la labor de corrector de estilo.

Finalmente, nuestro especial agradecimiento va para la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, la cual constantemente nos incentiva en la labor de investigar y publicar textos jurídicos de relevancia para el mundo del Derecho y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible esta publicación.

Lima, noviembre de 2014

**Marina Lazarte**



**PRIMERA PARTE**  
**ASPECTOS FISIOLÓGICOS**  
**DEL NEGOCIO JURÍDICO**

*CAPÍTULO PRIMERO*  
**INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL  
DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS  
EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

**LEYSSER LEÓN HILARIO<sup>(\*)</sup>**

**CONTENIDO:** 1. Premisa histórica y crítica.- 2. Problemática de la definición legislativa.- 3. Actos jurídicos que no son negocios jurídicos.- 4. Los requisitos de validez.- 5. Voluntad y manifestación de voluntad.- 6. La capacidad.- 7. La posibilidad física y jurídica.- 8. La licitud.- 9. Observancia de la formalidad (reenvío).- 10. Reflexión final.

## **1. PREMISA HISTÓRICA Y CRÍTICA**

En el Libro II del Código Civil, titulado “Acto Jurídico”, se compendian casi dos centenares de disposiciones (artículos 140° a 232°) cuyo objetivo es la ambiciosa, aventurada y en definitiva fallida empresa de reglamentar uniformemente las manifestaciones de voluntad destinadas, en palabras del legislador, a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. La materia de este articulado es, por lo tanto, el vastísimo campo del

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Scuola Sant’Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Socio de la Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC). Miembro titular de la Comisión Especial del Congreso de la República a cargo de la revisión del Código Civil en materia de derechos de las personas con discapacidad (CEDIS). Profesor Ordinario Asociado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Escuela de Graduados de la PUCP. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura – Sede Lima. Arbitro de las nominas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la PUCP. Docente de la Academia de la Magistratura. Asociado Senior de Ferrero Abogados.

comportamiento individual con trascendencia para el derecho, ulteriormente caracterizado por el papel y la incidencia –más adelante se dilucidará si mayor o menor– de la voluntad del agente en la mutación del *statu quo* jurídico: del reconocimiento de paternidad a la adopción y al matrimonio, del testamento al otorgamiento y revocación de poderes de representación; del contrato a los acuerdos de asociaciones civiles y de sociedades comerciales; del convenio arbitral al convenio colectivo de trabajo; de la promesa unilateral a la renuncia de derechos.

Con el enunciado utilizado: “manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”<sup>(1)</sup>, de contenido científico y apartado de toda finalidad de solución de problemas concretos, se amoneda en una definición legislativa una categoría fundamental de la “parte general” del derecho privado alemán: la del “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*), que, primero por la gran circulación transfronteriza de la doctrina decimonónica germana, y luego por la difusión alrededor del mundo del “modelo” normativo plasmado concretamente en el Código Civil, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1896, ha sido acogida en las legislaciones de múltiples países afiliados a la tradición del derecho civil codificado: de Chile (1855), El Salvador (1859), Ecuador (1861), Argentina (1869, y en el nuevo Código Civil que entrará en vigor el 2016) y Colombia (1873), en el siglo XIX, a Guatemala (1963)<sup>(1)</sup>, Paraguay (1985), Cuba (1987) y Brasil (2002, pero ya en el Código Civil de 1916 y mucho antes, en los trabajos del jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas que anteceden al propio BGB: la “Consolidación” de las leyes civiles de 1857 y en el “Esbozo” de Código Civil de 1864); de Grecia (1946), Portugal (1966) y Holanda (1991) a la Federación Rusa (1994) y algunas de las ex Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>(2)</sup>, Albania (1991) y la República Checa (2012)<sup>(3)</sup>; en países asiáticos, como Japón (1899)<sup>(4)</sup>, Tailandia (1923), República de China-Taiwan (1929), Corea del Sur (1958), República Popular China (1986)<sup>(5)</sup> y Región Administrativa Especial de Macau (1989)<sup>(6)</sup>, Mongolia (2002), Afganistán (2005) y Timor Oriental (2011); en países africanos, como Túnez (1906, reformado el 2005) y Mauritania (1989). Hoy, con

<sup>(1)</sup> En el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, cuyas labores culminaron en 1981, no se definía al “acto jurídico”. La norma propuesta para dar comienzo al Libro II decía: “Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, declaración de voluntad, objeto física y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley”. La primera parte del artículo 140 y la redacción definitiva de toda la norma obedecen a la intervención de la Comisión “Revisora” de dicho Proyecto; un grupo de trabajo integrado por tres senadores, tres diputados y tres representantes del Ministerio de Justicia, quienes, en el periodo 1982-1984, se ocuparon de preparar el texto final del Código Civil. En los documentos preparatorios de nuestra actual codificación solamente en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora (1980), redactado por los profesores Manuel de la Puente y Lavalle y Shoshana Zusman Tinman, y que no llegó a ser adoptado, se proponía esta definición: “El acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular o extinguir relaciones amparadas por el derecho”. En el segundo párrafo de la norma proyectada se decía: “El acto jurídico produce los efectos queridos por el agente y los que eventualmente pueda asignarle la ley”.

fórmula inédita, también se le da espacio en un importante proyecto de matriz académica<sup>(7)</sup>, auspiciado por la Unión Europea, cuya finalidad es contribuir a la armonización del derecho privado del viejo continente.

Por “modelo” se entiende “un conjunto de concepciones jurídicas, en mayor o menor medida técnicas, que se pueden encontrar en distintos sistemas y también en distintas familias jurídicas”<sup>(8)</sup>. El uso de este término, como el de tantos otros (“formante”, “criptotipo”, “derecho mudo”, etc.), identifica a la Escuela de comparación jurídica fundada por el profesor italiano Rodolfo Sacco (nacido en 1923). Hechos como la “circulación del modelo” del negocio jurídico hacia el Perú serían explicados, según las directrices de esta Escuela, como “imitaciones espontáneas”, animadas por el “deseo” de un ordenamiento “imitador” (el nuestro) “de apropiarse de trabajos ajenos”<sup>(9)</sup>, a los cuales se reconoce la cualidad del “prestigio”. Esta original visión tiene afinidad<sup>(10)</sup> con la de otro infatigable estudioso del derecho, el escocés Alan Watson (nacido en 1933), autor de la célebre teoría de los “trasplantes jurídicos” (*legal transplants*)<sup>(11)</sup>, quien apunta: “puesto que la creación de un nuevo y autóctono derecho es difícil, resulta mucho más sencillo tomar en préstamo el derecho existente de un sistema más sofisticado, que puede ser utilizado como modelo”<sup>(12)</sup>. Conforme a este planteamiento, los “préstamos” constituyen el factor más importante de evolución del derecho en Occidente<sup>(13)</sup>, sin que obsten para su realización los distintos valores que pueden imperar en la sociedad a la que se aplicará el derecho recibido ni la imperfecta comprensión de este último, inclusive: “*foreign law* –sentencia inapelablemente Watson– *can be influential even when is totally misunderstood*”<sup>(14)</sup>.

La recepción del derecho foráneo en el Perú obedece, como en otras experiencias alrededor del mundo, a factores políticos, económicos, culturales, sociales, etc., cuya explicación pormenorizada excedería los límites de esta introducción. En una premisa crítica como la aquí expuesta, empero no se puede dejar de remarcar que haciendo suyos e imponiendo a la comunidad civil los modos de ser de las vivencias jurídicas de Europa central, los líderes políticos y legisladores peruanos del siglo XIX –y el mismo juicio puede formularse, seguramente, en perspectiva latinoamericana– consagraron, en el marco de un proyecto de organización política, impulsado desde la capital de la naciente república y encaminado hacia la modernización de las leyes impuestas por la metrópoli española durante el período colonia<sup>(14)</sup>, un proceso

1 No desconozco que las ideas de “imitación” y “prestamo” (*borrowing*) han sido y seguramente seguirán siendo objeto de tenaces y variados cuestionamientos de comparatistas atentos a otras disciplinas, como la historia, la sociología y la antropología. Mantengo y reafirmo, sin embargo, mi convencimiento, expresado en múltiples estudios anteriores, sobre las bondades descriptivas de la perspectiva, por la claridad con la que estos instrumentos conceptuales permiten explicar la formación –lease bien: la formación, no la moralidad, justicia, conveniencia o eficiencia del método– de los derechos “nacionales” cuando esta se realiza sobre la base de “material” jurídico foráneo. Es difícil hallar mejores palabras para destacar el valor de los aportes de Watson que las escritas por Paul Finkelstein: “*Many scholars will continue to reject the idea of trans-plantation or borrowing – more will be uncomfortable with the idea that the legal system will tolerate inefficiency to avoid change. But whether we reject or accept either thesis, our work will be enriched by coming to terms with Watson’s ideas and arguments*” (Foreword, en WATSON, Alan, *Society and Legal Change*, 2. ed., Temple University Press, Filadelfia, 2001, p. xi).

de deshispanización<sup>(15)</sup> y aburguesamiento<sup>(16)</sup> del derecho y la práctica jurídica, con radicales e irreversibles consecuencias en la enseñanza, interpretación y aplicación de los principios y normas sucesivamente “importados”. En cuanto al derecho civil, el afrancesamiento firme y acentuado de las leyes y de la doctrina, y la germanización más bien tenue, casi siempre por canales indirectos, son sintomáticos de esta evolución<sup>(16)</sup>.

No reviste dificultad comprender, entonces, los problemas de adecuación que padece el derecho extranjero en el ordenamiento del país importador. Está fuera de duda que también la imitación o trasplante jurídico requieren, en el artificio de la operación, una formación técnica: cuando menos, el pleno conocimiento de los problemas nacionales, del origen de las categorías a importar y, sobre todo de las virtudes (en igual medida que los deméritos) y requerimientos de aplicación de éstas en su lugar de origen. De no adoptarse estas provisiones elementales, el modelo importado no fructificará o, si se conviene en mantener la metáfora del trasplante, será rechazado o tendrá un mal desarrollo<sup>(17)</sup>.

<sup>15</sup> Esta característica debe ser especialmente tomada en cuenta en toda investigación crítica sobre el negocio jurídico en la que se preste atención a la realidad peruana. Es obligatorio saber que el derecho civil alemán, tal como se le plasma en el BGB, “está dominado, inequívocamente, por la idea burguesa de que las partes contractuales son libres e iguales en el plano formal. Esta idea se expresa en los principios jurídicos de la libertad de contratar y en el deber de respetar los contratos: de un lado, cada quien –el empleado como el patrón, el consumidor como el proveedor– tiene derecho a decidir libremente y bajo su responsabilidad qué contratos celebra y en qué términos; del otro, los contratos así formados deben ser respetados en todos los casos, justamente porque han nacido de la libre decisión de partes contractuales razonables y de buen juicio” (ZWEIGERT, Konrad y Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, tr. de T. Weir, 3<sup>o</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 149). La ficción de la “igualdad” o “paridad” de posiciones de las partes o de la “congruencia” y “justicia” de la operación, por implicar un ocultamiento de desequilibrios concretos, muchas veces sustanciales, es uno de los aspectos más expuestos a crítica de la teoría del negocio jurídico y del contrato en general.

<sup>16</sup> El hecho palpable e históricamente verificable del fracaso de un modelo jurídico fuera de su ordenamiento de origen no, es en sí mismo, de lamentar. El país importador invierte escasos recursos valiosos al seguir e implementar un modelo, porque la imitación o el trasplante son las vías más económicas para cambiar el derecho: basta con echar la semilla del derecho extranjero y esperar la suerte que correrá en el terreno cultivado. Los recursos se pierden por la ineficiencia del modelo importado al ser aplicado, cuando el resultado no contribuye a mejorar la situación de bienestar de la colectividad, por ejemplo, al incrementarse los litigios, o al generarse incertidumbre o al legitimarse, bajo el velo de la sofisticación normativa, situaciones de opresión para aquellos sectores de la población injustamente marginados de las decisiones políticas. Es en tal momento, ante la persistencia o ahondamiento de los conflictos irresueltos, que salen a la luz los problemas de aplicación de la categoría importada, a los que me refiero en el texto. Resultaba pues –esta podría ser la conclusión– que el negocio jurídico demandaba habilidades reglamentarias en los legisladores y aplicativas en los magistrados con las que no se contaba en la experiencia peruana.

Efectuo estas precisiones para evitar malentendidos sobre mi planteamiento: nuestra equivocación, como país receptor, no ha consistido en importar mal las normas (por escogerlas prescindiendo de toda información previa sobre su origen, contexto de aplicación, requerimientos, ni sobre lo adecuado del terreno en que se las va a aplicar o por desfigurarlas, combinándolas con otras legislaciones o traduciéndolas sin fidelidad) ni la solución consiste en importar mejor las normas. Hay que cambiar el derecho con la mirada puesta en los problemas nacionales, que bien podrían

En esto, en la complejidad o acaso imposibilidad de una adecuación óptima, por múltiples razones, radica el problema del negocio jurídico en el Perú, que se evidencia generación tras generación, sin dejar jamás de ser preocupante, especialmente cuando se compara, incluso de forma más rudimentaria, la actuación de cualquiera de las instituciones disciplinadas en el Libro II del Código Civil peruano con la verificada en el país de proveniencia del modelo. En Alemania, en efecto, la representación, la interpretación, las modalidades, la nulidad y la impugnabilidad del negocio jurídico, aun cuando gobernadas por normas de texto similar o equivalente se aplican y, por lo tanto, tienen incidencia en la vida de los ciudadanos, de modo distinto de cuanto ocurre entre nosotros. Desde luego que existe y seguirán existiendo, en aquel entorno, discrepancia de opiniones entre los juristas sobre las cuestiones de la florida temática del negocio jurídico, pero la sede donde se dirimen las controversias está identificada: la bibliografía, las reuniones de debate académico, los seminarios universitarios de docentes y estudiantes. La jurisprudencia, a su vez, tiende a reconocer y consagrar, con ejemplar fundamentación, los desarrollos doctrinarios que generan consenso o las soluciones reclamadas por las interpretaciones evolutivas del *Grundgesetz* (la Ley Fundamental o Constitución de 1949) o por los tratados internacionales o la legislación comunitaria europea.

Lo descrito corresponde a un *modus vivendi* que, en objetiva cuenta, dista en enorme medida del nuestro. En la experiencia peruana, en efecto, no es imposible que, según los grados formativos e informativos, aptitudes, interés y posibilidades de profundizar conocimientos, un docente o discente universitario, un conferenciante de la Academia de la Magistratura, un abogado y un magistrado o árbitro, o sean consumidos por la incertidumbre respecto de alguna institución del Libro II del Código Civil, o bien elaboren y defiendan posiciones diferentes sobre ella (en cuanto a los remedios legales frente a las irregularidades en el ejercicio de los poderes de representación, por ejemplo), y que al final impregnen sus dudas o la unilateralidad de sus puntos de vista en su respectivo ámbito de desenvolvimiento.

Pero nuestros codificadores han cometido otro grave desacierto: la omisión de aquel celo mínimo que el régimen trazado para el negocio jurídico requería para que este modelo funcionara óptimamente en la experiencia nacional. El diseño de disposiciones generales sobre los negocios jurídicos –así lo pone de manifiesto la comparación entre ordenamientos– demanda la mayor escrupulosidad y el comprometido resguardo de la coherencia entre los distintos títulos del Código Civil, por la sencilla razón de que la

haber estado ajenos o resultar desapercibidos para los ojos del legislador del país de proveniencia del modelo, y prestando la debida atención a las reales capacidades de nuestra administración de justicia y de toda la colectividad para poner en práctica y respetar sus disposiciones.

actuación “negocial” de los particulares, sin importar cuál sea la operación jurídica elegida, terminará siendo regida por una “parte general”. El uso mismo del lenguaje legal en el texto del Código Civil tiene, entonces, que ser uniforme. En todo lugar donde se estipule la “nulidad” o “ineficacia” o se haga referencia a la “capacidad” o al “objeto” el significado tiene que ser coincidente.

“Parte general” (*allgemeiner Teil*) es el título del Libro I del BGB, pero es también como se denomina a un curso universitario (que prefigura el orden de aquél y no al revés, como en el Perú, donde la práctica imperante es que los cursos universitarios de derecho civil imitan el orden de los libros del Código Civil: Personas, Acto Jurídico, Familia, etc.)<sup>117</sup>, y a un área de estudio donde se exponen los preceptos aplicables en todas las áreas “especiales”, a saber: las reglas sobre capacidad, personas naturales, personas jurídicas, cosas, patrimonio, negocios jurídicos, contrato en general y régimen de la prescripción y caducidad. Un defecto clamoroso de técnica legislativa de nuestro Código Civil consiste, justamente, en haber destinado libros individuales (cada uno con su respectivo redactor) para las personas (Libro I), los negocios jurídicos (Libro II) y la prescripción y caducidad (Libro VIII). Esto no significa, por cierto, que una parte general sea absolutamente necesaria en el Código Civil: no la incluye el Código Civil francés, ni los códigos que lo imitan (como el español) ni el que tuvo mayor influencia en la codificación peruana de 1984, el Código Civil italiano de 1942, y la historia de cada proceso legislativo permite conocer las razones de política normativa, casi siempre ligadas con el grado de abstracción y dominio de la sistemática que son requeridos para prosperar con este diseño<sup>118</sup>. Pero si se decide contar con una parte general, hay que facilitar y no complicar su aplicación, y hacerla armoniosa con los regímenes de las distintas figuras especiales. Como se ha escrito: “es menester que la ‘parte general’, para responder a sus fines y no devenir un flagelo mayor se forme con la ponderación más grande y con la escrupulosa advertencia y precisa determinación de todos sus nexos con las diversas partes especiales, para que no ocurra, como en ciertos tratados, que lo demasiado general cause daño a lo particular, algo que no debe ser descuidado de ninguna manera en una codificación”<sup>119</sup>. Respecto del contrato de compraventa a la luz de la normativa del BGB, por ejemplo, describiéndose el modo en que se pasa de la “parte general” a las reglas específicas se anota: “Primero, es necesario consultar el *allgemeiner Teil* (§ 116 y siguientes y § 145 y siguientes), luego los párrafos sobre los principios generales de las obligaciones (§ 275 y siguientes), luego los principios generales sobre las obligaciones contractuales (§ 305 y siguientes) y finalmente los párrafos sobre el contrato de compraventa en particular (§ 433 y siguientes)”<sup>120</sup>. Como se trata de un contrato hay que tener en cuenta, asimismo, que la oferta es considerada como una declaración de voluntad: “Por lo tanto, está regida por las normas aplicables a dichas declaraciones en general, las cuales están contenidas en los § 130-132 del BGB. Estas disposiciones integran la Parte General del Código y son aplicables, entonces, a todas las declaraciones de voluntad”<sup>121</sup>. ¿Puede imaginarse qué significaría para un intérprete que lo regulado en los segmentos señalados, parte general y especial, fuese discordante o estuviese escrito con lenguaje diferente o sobre la base de fuentes o plantillas normativas extranjeras, distintas, incompatibles, de sentido no bien definido o no bien entendido? Éste, lamentablemente, es el gran mal de nuestro Código Civil, respecto del cual es posible hasta la identificación de un redactor preciso de los disparejos articulados (Acto Jurídico, Obligaciones, Contrato en General, Compraventa). Entre nosotros, por ejemplo: ¿La “ineficacia” del negocio en fraude de acreedores (artículo 195) es igual a la “ineficacia” del negocio celebrado con abuso o en ausencia de poderes de representación (artículo 161)? En una sentencia de nuestra Corte Suprema, CAS. 1227-2012-LIMA<sup>122</sup>, del 12 de marzo de 2013, se considera que sí: que “como el Código Civil no señala plazo de prescripción para interponer demanda de ineficacia de acto jurídico, excepto en el caso de la acción pauliana, [...] en aplicación de los principios

de integración normativa dicho plazo debe fijarse en dos años”. Con esta argumentación se privó de tutela y se consolidó el despojo sufrido por la demandante, cuyo inmueble –como se ha hecho preocupantemente frecuente en nuestra experiencia– fue vendido por terceros desprovistos de poderes de representación. Pese a que es de conocimiento general que la venta de bienes ajenos a terceros es el primer recurso al que acuden los inescrupulosos para conseguir el amparo de la denominada “buena fe registral” (artículo 2014<sup>2</sup> del Código Civil), y a que en las instancias de mérito se desamparó la pretensión aplicándose el plazo de la nulidad (diez años, *ex* artículo 2001<sup>5</sup>, inciso 1, del Código Civil), los vocales supremos corrigen, con endeble argumentación, que “por analogía”<sup>230</sup>, la ineficacia de los negocios jurídicos distintos de los celebrados en fraude de acreedores debe regirse por el mismo plazo prescriptorio que se contempla para la acción pauliana<sup>231</sup>. La Corte Suprema llega a afirmar que la razón de la aplicación del plazo prescriptorio breve de dos años obedece a la “menor importancia” de los negocios “ineficaces” si se les coteja con los negocios “nulos”, para los cuales sí se justifica un plazo más largo, poniéndose así de espaldas a la triste realidad de los delitos contra el patrimonio inmobiliario y desconociendo que disposiciones como las del artículo 161<sup>2</sup> del Código Civil, tomada del Código Civil italiano, inspirado a su vez en el BGB, requieren para su efectividad el régimen de imprescriptibilidad que es propio de las acciones declarativas<sup>231</sup>. Peor todavía, extendiéndose la confusión a los términos “ineficacia”, “anulabilidad”, “ratificación” y “confirmación”, todos en relación con los remedios para los perjudicados por la intervención de representantes sin poderes, sentencias como CAS. No. 178-2004-LIMA, del 17 de diciembre de 2004, contienen la afirmación de que “la sanción de *ineficacia* establecida por la ley al acto jurídico celebrado por el falso procurador comporta la *nulidad relativa* o *anulabilidad* del mismo, puesto que conforme al artículo 230<sup>2</sup> del citado Código, el acto anulable puede ser confirmado”; y no diversamente, en CAS. No. 1073-2004, del 2 de agosto de 2005, se declara que en el artículo 161<sup>2</sup> del Código Civil, donde se habla de “ineficacia”, se regula, más bien, una figura “cuya sanción es solo la *anulabilidad* del acto jurídico con relación al representado”. El BGB no deja espacios para semejantes desaciertos y, ejemplarmente, “emplea siempre el mismo término para expresar el mismo concepto. En sus cinco libros así como en su Ley de Introducción, la terminología utilizada se mantiene invariable”<sup>231</sup>.

Se constatan desoladoramente en nuestra práctica jurídica, por lo tanto, los efectos insubsanables de un craso error metodológico-legislativo que no debería repetirse en una reforma futura: la distribución de la redacción de los distintos libros del Código Civil (e incluso de las subsecciones de tales libros) entre profesionales de formación desigual. El resultado ha sido la condena de nuestra babélica “parte general” sobre los negocios jurídicos al triste y consuetudinario papel de fuente de confusión<sup>236</sup>.

El razonamiento que se cuestiona se resume así (décimo considerando): “la relación de semejanza que debe establecerse es la que existe entre la ineficacia del acto jurídico y la señalada en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, ya que hay una identidad de razón entre el caso no regulado con el caso normado, que atiende: (i) A que allí se regula un supuesto de ineficacia (el de la acción pauliana o revocatoria) y no hay razón para considerar que los otros supuestos de ineficacia deban regirse por plazo prescriptorio distinto; y (ii) A que allí se regula la anulabilidad del acto jurídico que puede confirmarse tal como la ineficacia puede ratificarse. Es verdad que no cabe confundir confirmación con ratificación, pero no es menos cierto que ambos tienen el mismo fin: la conservación del acto jurídico”.



Otro ejemplo del problema que se denuncia ha culminado con un pronunciamiento –injusto, en mi opinión– de la Corte Suprema de la República, en la sentencia CAS. No. 2978-2011-LIMA, del 2 de julio de 2013<sup>27</sup>). Una asociación civil y un grupo de sus asociados demandan la declaratoria de nulidad de un acuerdo de junta general en el que se decidió la venta de una parte importante del patrimonio inmobiliario de la persona jurídica (terrenos que fueron destinados por el comprador a la edificación de un famoso centro comercial en Lima). En las actuaciones judiciales y en los medios de comunicación, interesados en el sonado caso, se revela inequívocamente que la manifestación de voluntad de la asociación civil, aprobatoria de aquella operación comercial, se formó de manera irregular, pues los votos de cientos de asociados fueron emitidos con poderes representativos falsificados impunemente. La empresa beneficiada con la adquisición se defiende echando mano a prescripciones, caducidades y, en el fondo, al caos terminológico del Código Civil. En efecto, la disciplina de las asociaciones civiles establece (artículo 92<sup>o</sup>) que “todo asociado tiene derecho a *impugnar* judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias” y, seguidamente, que “las acciones *impugnatorias* deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo”. ¿Qué significa “impugnación”? O más todavía: ¿Excluye el recurso a la acción de nulidad esta referencia a la “impugnación” en el Libro I, totalmente aislada de la regulación del Libro II, sobre el negocio jurídico, que únicamente contempla la “nulidad”, la “anulación” y la “ineficacia”? Para los vocales de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, quienes incurren en un error macroscópico, la respuesta es afirmativa: para ellos, toda cuestión de invalidez atinente a acuerdos de asociaciones civiles está gobernada exclusivamente por el citado artículo 92<sup>o</sup> del Código Civil. En el camino hacia esta ilegal decisión no se escatiman argumentos, todos endebles por igual, como la “especialidad” del Libro I respecto del Libro II (¿que juntos conforman “la” parte general de nuestro Código Civil, pese a haber sido redactados por distintos legisladores!), a la “doctrina de los actos propios”<sup>28</sup> (que ni siquiera tiene asidero en nuestra ley pero que de un tiempo a esta parte se ha convertido en un vicioso expediente retórico en la justicia ordinaria y en la práctica arbitral peruana) y hasta la “seguridad jurídica”. No logran vislumbrar los juzgadores –se

<sup>27</sup> Sobre el tema de los “actos propios”, remito a las críticas expuestas *infra*, cap. V. En un caso precedente, resuelto ejemplarmente con la sentencia CAS. No. 2991-2007-HUÁURA, del 12 de marzo de 2008, la Corte Suprema sí tomó en cuenta la falta de quorum en la asamblea general de una comunidad campesina donde se acordó, irregularmente, la donación de una inmensa área de terreno a favor de otra persona jurídica. De esta manera, no se caso el fallo de declaratoria de nulidad (estructural) del acuerdo, y por consiguiente de la donación celebrada, emitido por la Sala Civil de Huaura en correcta observancia del artículo 219<sup>o</sup>, inciso 1, del Código Civil. La existencia de una normativa especial aplicable a los actos de disposición de las tierras las comunidades campesinas (la Ley No. 26505, del 14 de julio de 1995, de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas), donde se establece (artículo 11) que “para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad”, permitió a los jueces excluir de su campo visual el incierto artículo 92<sup>o</sup> del Código Civil (sobre asociaciones civiles) y enunciar, exactamente, “que el examen de nulidad de un contrato de donación no puede excluir a los actos previos realizados por uno de los contratantes, cuando se trata de personas jurídicas, y que en ese sentido la pretensión de nulidad del acto jurídico de donación engloba la nulidad del acta de asamblea general [...] y las escrituras públicas de donación”. La voluntad de las personas jurídicas se forma “colectivamente” y con sujeción al cumplimiento de formalidades y otros elementos que constituyen, concurrentemente, el *Tatbestand* aplicable (vease *infra*, cap. II). Todo defecto estructural en la composición del *Tatbestand* debería comportar la “inexistencia” y no la mera “nulidad” de la manifestación de voluntad, sin perjuicio de la potestad –no sujeta a discusión– del legislador de disponer un régimen distinto (como el de nulidad, establecido en el artículo 219<sup>o</sup>, inciso 1 del Código Civil).

los impide el texto confuso de las normas, ciertamente, pero su nulo esfuerzo en busca y resguardo de la coherencia del ordenamiento es inexcusable— que el artículo 92° del Código Civil, proveniente de la legislación suiza de comienzo del siglo XX<sup>(28)</sup>, al referirse a la “impugnabilidad” consagra un mero régimen de “anulabilidad” del acuerdo, aplicable cuando los asociados —nadie más que éstos— consideran que con la manifestación de voluntad de la persona jurídica se contraviene la ley o el estatuto asociativo. El término alemán *Anfechtbarkeit* se traduce con rigor al castellano como “impugnabilidad” y no como “anulabilidad”. Siendo así, “impugnar”, según el uso instaurado entre nosotros, no difiere necesariamente de “anular”, ni mucho menos queda descartada la posibilidad de recurrir a la “nulidad” en todas las hipótesis distintas de la infracción legal o estatutaria (por ejemplo, para la nulidad estructural por ausencia de manifestación de voluntad que se demandaba, justificadamente, en el caso concreto) o cuando el demandante no tiene la calidad de asociado (por ejemplo, si la demanda es interpuesta por el Ministerio Público o por una persona que no tenga calidad de asociada, pero sí legítimo interés). El mismo camino erróneo ha sido seguido en la sentencia del Quinto Pleno Casatorio Civil, CAS No. 3189-2012-LIMA NORTE, fechada el 3 de enero de 2013, extrañamente publicada con posterioridad a la emisión del otro fallo acá comentado, pero coincidente en establecer —para peor, con insistente declaración de que se trata de “doctrina jurisprudencial vinculante”— que los asociados no pueden interponer de manera indistinta “pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil u otras normas, fuera del plazo previstos en el artículo 92° del citado cuerpo normativo; sólo y únicamente pueden impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado artículo 92° que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación”. Es de esperar que los desaciertos conceptuales y la injusticia que tiñe ambos pronunciamientos basten para impedir el efecto obligatorio perseguido o, en todo caso, para interpretar correctivamente lo decidido. Si, como es incontrovertible, cuando se demanda la “nulidad” de un negocio jurídico no se le está “impugnando” ¿estarán los jueces dispuestos a transformar las demandas de nulidad en demandas de impugnación, como temerariamente los alienta el Quinto Pleno al señalar que “el Juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otra norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre y cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92° del Código Civil”?

La prosperidad o la buena marcha de una institución jurídica, por si se dudara de lo planteado, no se desprenden de la aparente abundancia de libros dedicados a sus materias. Lo que el atractivo editorial pone en evidencia, por el contrario, es la audacia de autores que no dudan en formular pronunciamientos, en muchos casos sobrestimando sus posibilidades e incluso bajo la vestidura pomposa de obras orgánicas o tratados sobre la “parte general” del derecho civil, sin haberse esmerado previamente y responsablemente en conocer e investigar los temas; mucho menos cultivados, de la “parte especial”. Esta característica, realmente insólita, de la bibliografía nacional determina que exista una sobreoferta de textos relativos al “negocio jurídico”, mientras que es prácticamente nulo el interés de los estudiosos en cimentarse en el conocimiento de los distintos negocios y actos jurídicos<sup>(29)</sup>. Así se ha terminado instaurando entre nosotros una mímica nada conveniente ni vistosa de la metodología seguida para el desarrollo de la “teoría del negocio jurídico”, desde sus albores en el siglo XVIII, la cual consiste, justamente,

en una aproximación deductiva que sistematiza y ordena las singulares manifestaciones partiendo de un concepto general<sup>(30)</sup>.

Llegado a este punto de mi exposición, creo que el fracaso del modelo del negocio jurídico en el Perú puede ser postulado sin ningún temor. Un fracaso no rotundo, a lo mejor, pero fracaso al fin y al cabo. Su presencia en nuestra legislación es el fruto de un trasplante jurídico cuyas falencias no se manifiestan por la ausencia de aplicaciones concretas de la categoría, es decir, por una derogación implícita por falta de uso o uso incorrecto del régimen dedicado a ella, ni por una suerte de *desuetudo*, que sería muy fácil de desmentir además, de la normativa del Libro de II del Código Civil. Los resultados negativos se aprecian en la desfiguración, si no es que en el envilecimiento de preceptos forjados más allá de las fronteras de nuestro país, destinados a fijar un orden normativo común para las actividades humanas a las que el derecho confiere juridicidad, y en las vicisitudes de un cúmulo de instituciones que para florecer, esto es, para resolver los conflictos concretos con la misma eficacia que tienen o están en posibilidad de tener en el país de donde han sido importadas, exigen condiciones de “fertilidad” que han diferido y difieren, simplemente, de las ofrecidas por la realidad peruana.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN LEGISLATIVA

Hechas las advertencias históricas y comparativas, y formulada mi opinión sobre el revés del modelo del negocio jurídico en el Perú, me propongo descifrar, ahora, el significado del primer párrafo del artículo 140° del Código Civil.

La tarea consistirá, esencialmente, en explicar los orígenes del texto normativo y las razones por las cuales, como es normal que ocurra con las definiciones legislativas, aquella plasmada en la norma bajo estudio, cuando no se le sindicó como inexacta o impertinente<sup>(31)</sup>, es etiquetada como una noción “superada” o “anacrónica”, especialmente por quienes acostumbran practicar la confrontación viciosa entre sus enfoques unilaterales o inspirados en lecturas menos antiguas y las opciones del codificador.

Y entiéndase bien: no es que lo enunciado por el legislador no se preste a crítica. Lo que juzgo infecundo es oponer a las opciones definitorias normativas (como la consagrada en el Código Civil para el “acto jurídico”, justamente) perspectivas elaboradas en el plano teórico y destinadas a convalidarse o desmentirse en el mismo ámbito. Si no se atiende esta advertencia, es probable que se arribe a la errónea conclusión de que debe cambiarse la definición legislativa actual por otra más reciente o que tenga mayores adhesiones, con lo cual se pasaría por alto la verdadera raíz del problema: la equivocación del codificador nacional, evitada con valor pedagógico en el BGB mismo, de tomar cartas en asuntos de exclusivo (e inocuo)<sup>(32)</sup> cariz doctrinario.

El origen histórico de la definición legislativa bajo examen no ofrece mayores dudas. Desde fines del siglo XVIII se consolida entre los juristas germanos la tendencia a que las obras dedicadas al “derecho de Pandectas” (*Pandektenrecht*) o a la enseñanza universitaria de la aplicación de las fuentes romanas en aquella época (el denominado “derecho actual”, *heutiges Recht*) contengan la exposición racionalizada del mundo (del “sistema”) de los fenómenos con los cuales se enlazan causalmente los cambios del mundo jurídico, en especial, la adquisición y pérdida de derechos y obligaciones.

En las Universidades alemanas del siglo XIX se enseñaba Derecho Romano y Derecho de Pandectas y dentro de este último curso, tal como se contempla en el programa temático concebido por Georg Arnold Heise (1778-1851), la “teoría general de los negocios jurídicos”<sup>(33)</sup>: concepto, clasificación, modalidades, deficiencias o vicios negociales (nulidad, rescisión, convalidación, conversión), interpretación, etc. El curso de Derecho de Pandectas tenía como objetivo, entonces, el de instruir a los estudiantes en la aplicación “moderna” o “actual” de los textos del *Corpus iuris civilis* en los territorios de la Confederación Germánica y, posteriormente, del Imperio alemán<sup>(34)</sup>. Para los exponentes de la Pandectística –se explica– “el sistema jurídico constituía un orden cerrado de instituciones, ideas y principios desarrollados a partir del derecho romano: con tan solo aplicar métodos lógicos o ‘científicos’ se obtenía la solución de todo problema jurídico. De esta forma, la aplicación del derecho devino un proceso meramente ‘técnico’, una suerte de matemáticas que no respondían sino a necesidades lógicas de conceptos abstractos y que no tenían nada que hacer con la razón práctica, juicios de valor sociales o consideraciones éticas, religiosas, económicas o políticas”<sup>(35)</sup>. Todos los pandectistas dedican amplias páginas de sus manuales y tratados al negocio jurídico y a sus temas, pese a que la figura no tiene presencia explícita en las fuentes romanas<sup>(36)</sup>. Esto obedece a que los conceptos científicos se derivaban sutilmente de la letra de las Pandectas, en una operación que ha sido asemejada, sin exageraciones, a una “matemática jurídica”<sup>(37)</sup>, cuyo propósito era resolver los conflictos actuales de aquel entonces. De aquí la acusación que el sociólogo del derecho Boaventura de Sousa Santos (nacido en 1940) dirige firmemente contra esta Escuela, por haber transformado el derecho romano “en una estructura formal y jerarquizada de reglas jurídicas que obedecía a un rígido sistema lógico. La combinación compleja de autoridad, racionalidad y ética, característica del derecho romano de los glosadores, fue así alterada y reducida a un formalismo técnico-racional, supuestamente neutro en relación con la ética, y preocupado únicamente en la perfección técnica, la coherencia lógica, en el abarcamiento y previsibilidad totales”<sup>(38)</sup>.

Siempre tiene que haber una razón –se planteaban los pandectistas, aunque esta interrogante trasciende el discurso jurídico– para que se instauren o lleguen a su fin las titularidades sobre bienes. Si la soberanía sobre una cosa, aun cuando ésta no tuviere dueño, es asumida por un nuevo propietario, el adquirente tiene que haber obtenido su derecho por causa de algún acaecimiento (hallazgo, usucapión, testamento, contrato de donación, etc.) con reconocimiento y reglamentación jurídica. Incluso si la posesión de una cosa es lograda mediante delito (hurto, robo), el evento no pierde valor jurídico, como acto generador de responsabilidad penal y civil.

Estimulados por estas preguntas y marchando por caminos allanados por ilustres predecesores, los pandectistas identifican entre los hechos jurídicos (*juristische Tatsachen*), con un grado de elaboración que se perfeccionará con

el paso de los años, a los “actos de la voluntad” (*Willenshandlungen*) o “actos jurídicos” (*rechtliche Handlungen*) y al interior de éstos, singularizados por el papel decisivo de la voluntad para la obtención del resultado perseguido por las partes, a los negocios jurídicos (*rechtliche Geschäfte* o *Rechtsgeschäfte*). En la obra más importante de la época, el *System des heutigen römischen Rechts* de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), los “negocios jurídicos o declaraciones de voluntad” son definidos como actos libres (*freie Handlungen*) dirigidos, por voluntad del agente, a originar (*entstehen*) o disolver (*auflösen*) una relación de derecho (*Rechtsverhältnis*)<sup>(39)</sup>.

Por mucho tiempo<sup>(40)</sup>, se consideró a Daniel Nettelbladt (1719-1791), catedrático de la Universidad de Hälle, como el autor de la más antigua exposición racionalizada sobre los negocios jurídicos, a saber, la recogida en su obra *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*, cuya primera edición se publicó en 1749<sup>(41)</sup>. Investigaciones más recientes<sup>(42)</sup>, han permitido retroceder la datación y otorgar los merecidos reconocimientos a las contribuciones de Johann Ulrich von Cramer (1702-1776) y Christian Ferdinand Harpprecht (1718-1758). Rouhette considera como precursor de la categoría al filósofo y jurista Jean Bodin (1529-1596)<sup>(43)</sup>, mientras que para Sacco, el negocio jurídico tiene su tratamiento más antiguo en *Lo Codi*, un epitome compuesto sobre la base del *Codex* de Justiniano, escrito originalmente en lengua provenzal, que se remonta al siglo XII<sup>(44)</sup>. La “declaración de voluntad” (*Willenserklärung*), en cambio, que Savigny equiparaba al “negocio jurídico”, es una expresión referida al componente esencial de un negocio, como en el caso del testamento (*declaratio voluntatis testatoris*). En 1794 el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos (ALR), antecesor de los modernos Códigos Civiles, la define (Parte I, Título IV, § 1) como “la manifestación de aquello que, conforme a la intención del declarante, debe o no debe suceder”<sup>(45)</sup>. En el Código Civil peruano se emplea, por imitación del Código Civil italiano, para explicar la “promesa unilateral” (artículo 1956<sup>c</sup>, párrafo 1°), en cuya virtud “el promitente queda obligado, por su sola *declaración de voluntad*, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona”. En el Código Civil de Chile, redactado por Andrés Bello (1781-1865), lector de Savigny, pero también de Jeremy Bentham (1748-1832) y de los romanistas clásicos, y en los Códigos Civiles de Nicaragua, Ecuador y Colombia, que se basan en aquél, la sección dedicada a nuestra materia (Libro IV, Título II) lleva el título “*De los actos y declaraciones de voluntad*”.

En el “sistema” concebido por Savigny, las personas engendran o ponen fin a “relaciones de derecho” entre sí, o sea, a relaciones determinadas por reglas jurídicas, como las de propiedad y las de intercambio de bienes y servicios. Se postula como premisa que las reglas jurídicas confieren a la voluntad de los individuos un ámbito o campo donde ellos se desenvuelven con independencia de la voluntad externa. La relación de soberanía sobre el accionar de otra persona libre, por ejemplo, es lo que se llama, conforme al enfoque del jurista alemán, “obligación”<sup>(46)</sup> y este concepto, donde concurren los polos de interés del acreedor y del deudor se convertirá, con el transcurrir del tiempo, en el paradigma de relación jurídica.

En el derecho peruano, con las contribuciones de Bullard González, Fernández Cruz, Escobar Rozas y Morales Hervías<sup>(47)</sup> se puede considerar culminado un animado debate académico surgido en la última década del siglo XX, cuyo fruto ha sido la consolidación en el campo de la enseñanza universitaria de la perspectiva italiana que define la “relación jurídica” como interconexión entre “situaciones jurídicas intersubjetivas”<sup>(48)</sup> o “vinculación intersubjetiva

concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea ésta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el orden jurídico positivo<sup>(49)</sup>. En los manuales alemanes de derecho civil, por el contrario, perdura la visión, menos compleja, de la *Rechtsverhältnis* como enlace jurídico entre personas o como relación de la vida, regida por el derecho<sup>(50)</sup>. Albert Kocourek (1875-1952), que dedicó un entero volumen a las relaciones jurídicas, el cual marcó una etapa en los estudios de teoría general del derecho en Estados Unidos, escribió que las *“jural relations are for the lawyer what atoms and molecules are for the chemist. Every legal problem involves a complex of legal relations”*<sup>(51)</sup>.

Definiciones prácticamente coincidentes con la de Savigny, sobre el “negocio jurídico” aparecen en manuales franceses de derecho romano (algunos traducidos del alemán) y derecho civil aparecidos en el mismo arco temporal. No es improbable que tales obras hayan sido conocidas en el Perú, como lo fueron en gran parte de América Latina desde el siglo XIX, produciéndose tardíamente el arribo de la categoría a nuestro país, en comparación con Chile, Argentina y Brasil: ello ocurrió recién en ocasión del proceso codificador iniciado en 1922, culminado con la dación de nuestro Código Civil de 1936, aunque los redactores de éste hayan evitado, convenientemente y ciñéndose a la plantilla normativa brasileña<sup>(52)</sup>, definir el “acto jurídico”.

En el derecho peruano se habla indistintamente de “negocio jurídico” y “acto jurídico”, pero no faltan ejemplos de utilización técnicamente correcta de la expresión “negocio jurídico”, por ejemplo, en la Ley de Títulos Valores<sup>(53)</sup>, en la Ley del Impuesto a la Renta<sup>(54)</sup>, en la Ley General del Sistema Concursal<sup>(55)</sup>, en Directivas de la Superintendencia de Registros Públicos<sup>(56)</sup>, en sentencias de la Corte Suprema de la República<sup>(57)</sup> y del Tribunal Constitucional<sup>(58)</sup>. En un curioso caso, culminado con la sentencia de la Corte Suprema CAS. No. 3415-2013-LIMA, del 18 de octubre de 2013<sup>(59)</sup>, la parte recurrente había denunciado una singular infracción y un “error insalvable” de la instancia inferior: el de no haber diferenciado entre los “actos” y los “negocios” jurídicos al momento de decidir aplicar la causal de nulidad por imposibilidad física o jurídica del objeto (artículo 219°, inciso 3, del Código Civil) al acuerdo de comite electoral de modificatorio del reglamento de elecciones de una Cooperativa. Los magistrados supremos, sin embargo, no analizaron en detalle la cuestión, desestimaron el pedido y declararon improcedente el recurso. Pese a todas estas constataciones, un error común y reiterado de los autores nacionales es el de contraponer el “sistema alemán del negocio jurídico” a un supuesto “sistema francés del acto jurídico”<sup>(60)</sup>. Se ha llegado a postular que en el Código Civil peruano se habría optado por el segundo de ellos y que “no habría tenido sentido que, existiendo en el Perú una inalterada tradición de aplicar la teoría del acto jurídico, con resultados plenamente satisfactorios, se introdujera el concepto de negocio jurídico”<sup>(61)</sup>. La razón de estos yerros consuetudinarios, imperdonables a estas alturas, está en el desconocimiento de las fuentes y, con ellas, del itinerario histórico del negocio jurídico. No existe ninguna “teoría francesa del acto jurídico”; sucede, simplemente, que la voz alemana *“Rechtsgeschäft”* se ha traducido al francés siempre como *“acte juridique”*. Investigaciones posteriores a las que realicé sobre este tema más de una década atrás<sup>(62)</sup>, me permiten confirmar hoy los resultados obtenidos entonces, y complementarlos ‘

Hace unos años, el profesor Luis Moisset de Espanes, quien ha revisado, con deferencia que agradezco, los esbozos de este trabajo, me recomendó sapientemente profundizar el análisis de la obra de Vélez Sarsfield, de innegable influencia en nuestro Código Civil de 1936 y determinante, junto con otras legislaciones, del arribo del negocio jurídico al Perú. En estas páginas atiendo gustosamente su desde entonces atesorada sugerencia.

con más referencias al Código Civil argentino<sup>63)</sup>, cuyo redactor, Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875) incluye esta definición (artículo 944<sup>c)</sup>: “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. Vélez Sarsfield señala como fuente<sup>64)</sup> la obra de un romanista francés de comienzos del siglo XIX, Ortolan, quien sólo con posterioridad a las obras de autores alemanes como Mackeldey y Savigny, o belgas, como Warnkönig<sup>65)</sup>, todos traducidos al francés, escribe que son “actos jurídicos” los “hechos” (*faits*) cuyo fin consiste especialmente en establecer relaciones jurídicas entre las personas, crear, modificar o disolver derechos<sup>66)</sup>. Mackeldey, por ejemplo, cuyo manual de derecho romano llegó a convertirse en el más famoso de Europa (se le tradujo al inglés, francés, castellano, italiano, ruso, polaco, griego y latín y alcanzó doce ediciones en lengua original) explicaba ya, antes que Ortolan, que “cuando con un acto se establece, se disuelve o se cambia una relación jurídica tenemos un acto jurídico (*juristische Handlung*) o negocio jurídico (*rechtliches Geschäft*)”<sup>67)</sup>. En una de las versiones francesas de dicho manual, sin embargo, elaborada sobre ediciones posteriores y más desarrolladas en cuanto a este punto, el traductor escribe “*actes de droit*” donde el alemán dice “actos jurídicos”, y “negocios jurídicos” donde el original señala “*actes juridiques*”<sup>68)</sup>. Mientras que en la edición italiana definitiva de la misma obra se indica, con exactitud esta vez: “Hecho es como se llama, en general, a todo acaecimiento del mundo sensible, sin atender a su causa; *acto*, por el contrario, es como se llama a un acaecimiento realizado por el hombre como ser racional, y sea que tenga su origen en la actividad (acción) o en la inactividad (omisión). Cuando un acto produce o elimina o cambia una relación jurídica, con o sin la intención del agente, se le denomina *acto jurídico*. Una especie particular de estos ‘actos’ es la de los *negocios jurídicos*, es decir, declaraciones de voluntad con las cuales se puede originar, eliminar o modificar una relación jurídica, o no hacerlo inclusive; y éstos son *unilaterales* o *bilaterales*, atendiendo a si es suficiente la voluntad de una sola persona, como en los testamentos, o si es necesaria la voluntad concordante de varias personas, como en los contratos<sup>69)</sup>. La referencia a Mackeldey es muy importante, teniendo en cuenta que también fue uno de los autores consultados por Vélez Sarsfield<sup>70)</sup>. El origen francés no es menos discutible, respecto de la categoría de los “actos (jurídicos) administrativos”, definidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 del 21 de marzo de 2001 (artículo 1°), como “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Del *Verwaltungsakt* (“acto administrativo”), ni más ni menos, trata Otto Mayer (1846-1924), uno de los padres del derecho administrativo moderno<sup>71)</sup>. En la edición francesa de su obra capital en esta materia, traducida por él mismo, el “*acte administratif*” es definido como el “acto de autoridad emanado de la administración; acto que determina, de cara al sujeto, aquello que para éste debe ser de derecho en el caso individual”<sup>72)</sup>. Sólo en época reciente, con el marco de las iniciativas de reforma del Código de Napoleón, al cumplirse su segundo centenario, se ha planteado –sin ambiciones de introducir una “parte general”, y sin fortuna como proyecto, en definitiva– una definición “legislativa” de *acte juridique*, como fuente de obligaciones: “*Les actes juridiques sont des actes de volonté destinés a produire des effets de droit*”<sup>73)</sup>.

En todo el período transcurrido, ha sido en el propio terreno de la doctrina donde se ha sometido a crítica y reconsideración la pétreo fórmula pandectista. Se ha cuestionado su individualismo, que pone en el centro de la decisión de los cambios en el derecho al ciudadano libre y autónomo en cuanto a su soberanía sobre cómo ordenar sus propios intereses; y su abstracción, a la vez excesiva que inmoral y falaz, en atención a que oculta los conflictos reales subyacentes al actuar jurídico en concreto. Estas críticas son de compartir, por supuesto, más aún si se tiene en cuenta la realidad social de un país como el Perú, tan agobiado por la desigualdad en todas sus

modalidades (económica, educativa, racial, etc.)<sup>(74)</sup>. Sostener que la voluntad de los individuos tiene el poder de determinar por sí sola o prioritariamente la mutación de la realidad jurídica supone, en esencia, reconocer la libertad de autorregulación y autodeterminación, por igual, a todos los ciudadanos. Pese a que ello, exactamente, es lo que se hace en el texto constitucional (en materia de contratación, por ejemplo, artículo 2º, inciso 14, al establecerse que todas las personas tiene derecho “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”), lo cierto es que las decisiones económicas individuales en nuestro país resultan enormemente condicionadas por una serie de factores que, dependiendo de las circunstancias, pueden menoscabar gravosamente y eliminar inclusive todo viso de “libertad”: de la publicidad comercial al control y manipulación de las ofertas de bienes y servicios, dirigidas especulativamente por sus proveedores<sup>(75)</sup>; de la asimetría informativa a la ausencia de regulación estatal, que permite el abuso en la contratación; de la discriminación a la nula promoción y supervisión de la calidad de los servicios educativos.

La inconformidad ante la definición legislativa consagrada en el Código Civil peruano hace que resulte imperioso informar, para que se tenga debida cuenta, que al negocio jurídico, según el punto de vista adoptado, se le puede concebir, igualmente:

- (i) Como una hipótesis fáctica normativizada (*Tatbestand*), o sea, como una abstracción de naturaleza legislativa que, de resultar coincidente con un fenómeno real, concreto, sujeta a éste a las consecuencias previstas en el mismo precepto que lo contempla.

*Tatbestand* (*fattispecie*, en italiano) es como se denomina en alemán al hecho o conjunto de hechos hipotéticos que una norma establece como presupuestos de ciertas consecuencias jurídicas. Es un concepto nacido en la doctrina penal, privilegiado en el análisis y sistematización de los distintos “tipos” de delitos, que se comenzó a utilizar en el campo del derecho de Pandectas hacia la mitad del siglo XIX<sup>(76)</sup>. La concurrencia en la realidad del evento o eventos previstos en el *Tatbestand* desencadena las consecuencias jurídicas establecidas por la ley. Por ejemplo: el *Tatbestand* de la responsabilidad civil extracontractual, que se concreta en el nacimiento de una obligación resarcitoria a cargo del responsable “presupone” (conforme al artículo 1969 del Código Civil) la concurrencia de un daño “resarcible” (daño emergente, lucro cesante, daño moral), de un criterio de imputación (dolo, culpa, riesgo, exposición al peligro, etc.) y de una relación de causalidad establecida por la ley o verificable materialmente entre el evento dañoso y el imputado. Cuando se dice que el negocio jurídico constituye un *Tatbestand*, conformado por la voluntad del agente y la manifestación de voluntad o por varias voluntades con sus respectivas manifestaciones y por otros elementos que el legislador establece caso por caso, por lo tanto, no se está proponiendo “la” definición de la figura, sino que, simplemente, se le está mirando desde otro perfil<sup>(77)</sup>, tal como se puede hacer respecto de todas las demás instituciones a las que la ley asigna una configuración. En la sentencia CAS. No. 3098-2011-LIMA, del 30 de julio de 2012<sup>(78)</sup>, los jueces supremos, tomando partido, conscientemente o no, por esta perspectiva, anotan que “los actos o negocios jurídicos son *supuestos de hecho* conformados por una o más manifestaciones de voluntad emitidas por los sujetos con el propósito de alcanzar un resultado práctico



el cual, tutelado por el ordenamiento legal, se convierte en un resultado jurídico que consistirá en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas". En otra sentencia, CAS. No. 338-2011-AREQUIPA, del 1 de diciembre de 2011 se postula una compleja (e innecesaria) "composición interna, orgánica o estructural del negocio jurídico"<sup>791</sup>, lejanísima de la simplicidad del modelo alemán original: los *elementos*, "componentes necesario para que exista el acto jurídico", que son la manifestación de voluntad y "la finalidad de la causa" (*sic*); los *presupuestos*, "ingredientes o factores que deben preexistir al acto y que son el sujeto o sujetos intervinientes y el objeto física o jurídicamente posible"; y los *requisitos*, que son "exigencias legales relacionadas a los elementos o a los presupuestos acotados".

Lo que el Código Civil haría en el primer párrafo de su artículo 140<sup>c</sup> sería, entonces, ofrecer una suerte de contenedor hipotético de todas las manifestaciones de voluntad que por sí solas o en unión con otras y que eventualmente estarán acompañadas por otros elementos, igualmente enunciados por el legislador (el consentimiento o acuerdo en los contratos, por ejemplo), son capaces de producir mutaciones en el plano del derecho. Desde esta perspectiva, el fenómeno real, como podría ser el específico acuerdo para la transferencia de la propiedad del edificio "w" de propiedad de "x" a "y" a cambio del pago de un precio "z", puede ser encuadrado en la hipótesis de la compraventa (artículo 1532<sup>o</sup> del Código Civil), así como en la del contrato (artículo 1351<sup>o</sup> del Código Civil) y finalmente, en la del negocio jurídico (artículo 140<sup>c</sup>, párrafo 1<sup>o</sup> del Código Civil).

La visión del negocio jurídico como *Tatbestand* permite –como se ha visto y se detallará en los acápites sucesivos– descomponerlo en "elementos". De esta manera, se podrá afirmar que la ausencia de algún elemento, al impedir la completitud de la hipótesis que se describe en la norma (falta de la manifestación de voluntad, por ejemplo) privará radicalmente de realidad al fenómeno, al que se deberá tener por "inexistente".

Es de "inexistencia" y no de simple "nulidad" que debería hablarse, entonces, en los casos de ausencia de algún elemento del negocio jurídico en general, o del negocio jurídico en concreto, porque de ser ese el caso, el *Tatbestand* no se realiza. "La modificación jurídica únicamente acontece –enseña Andreas von Tuhr (1864-1925)– cuando se ha realizado el *factum* que [la ley] exige; cuando existe el *factum* correspondiente al mandato de la ley, ella sigue con necesidad ineludible, en cierto modo automáticamente, y en el momento mismo en que el *factum* se perfecciona: lo mismo que en la naturaleza física, entre causa y efecto no existe un lapso susceptible de medición. Por otra parte, no puede tener lugar la modificación jurídica mientras no exista el *factum* necesario"<sup>800</sup>. No es argumento de recibo, para oponerse a esta exigencia de la lógica, la ausencia de una norma específica que contemple la figura de la "inexistencia", porque ésta –tal como lo demuestran las experiencias jurisprudenciales extranjeras– no necesita ser regulada. La inexistencia, en efecto, no se contempla expresamente en ninguno de los Códigos que han tenido influencia en los más de ciento cincuenta años de codificación civil en el Perú. Su reconocimiento en nuestro país, sin embargo, enfrenta dos problemas principales: (i) la nada técnica regulación de la "ausencia de manifestación de voluntad" como supuesto de "nulidad" (artículo 219, inciso 1, del Código Civil); y (ii) la incertidumbre que su admisión generaría en lo atinente al régimen de prescripción aplicable (como la nulidad y en tanto acción

declarativa, debería ser imprescriptible, como ocurre en los ordenamientos foráneos, pero en el Perú tendríamos que resignarnos al régimen general de prescripción de la acción personal que es de diez años *ex* artículo 2001, inciso 1, del Código Civil). A la “inexistencia” hace referencia, por lo demás, el Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje (artículo 41), al consagrar la competencia exclusiva del tribunal arbitral para pronunciarse y decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), en caso de excepciones u objeciones relativas a la “inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia del convenio arbitral”. ¿Cómo resolverían el árbitro o los árbitros una pretensión de “inexistencia” de convenio arbitral? ¿Cómo una de “nulidad”, acaso? ¿No supondría esto un vicio de incongruencia del pronunciamiento? ¿Estaría dispuesta la justicia privada a denegar tutela a la parte que demandara una declaración de inexistencia por la mera circunstancia de que el objeto de la pretensión no está “tipificado”? En la justicia ordinaria ya existe un fallo de la Corte Superior de Justicia, en el Expediente No. 35460-01, del 9 de julio de 2013, donde el magistrado Gunther González Barrón plantea, firmemente y esperanzadoramente<sup>630</sup> para las muchas víctimas de delitos contra la propiedad inmobiliaria, que “en puridad, la falsificación de actos no solo puede ser atacada con el remedio de la nulidad, sino con el de inexistencia del negocio jurídico, por lo que el plazo de reacción es indefinido, sin caducidad ni prescripción extintiva. [...]. La inexistencia es la nada para la ciencia, y la nada siempre será una negación; simplemente el no-ser; por tanto, el plazo para declararla nunca se inicia, pues no existe en el mundo fenoménico; la nada impide el inicio del cómputo; por lo que se trata de una pretensión imprescriptible”. Con esta argumentación se persigue, como precisa el juzgador, que vicios radicales como la falta de manifestación de voluntad “sean degradados hasta el nivel que puedan ser convalidados”. La doctrina civilista brasileña se afirma, con estricta observancia de la perspectiva del *Tatbestand*, que la presencia de la manifestación de voluntad “constituye elemento fundamental de la concretización del soporte fáctico suficiente para la incidencia de la norma jurídica y, por lo tanto, para la existencia misma del acto jurídico. De aquí que si la norma jurídica exige, como elemento del soporte fáctico de cierto acto jurídico, que la voluntad sea exteriorizada con una declaración, la exteriorización mediante otra forma no bastará para que se le pueda considerar existente; en otras palabras, ante la exigencia de la norma jurídica, la ausencia de la declaración implica la inexistencia del acto jurídico, y no solo su nulidad o ineficacia”<sup>632</sup>.

- (ii) Como instrumento o vehículo, por excelencia, de la “autonomía de los particulares” (*Privatautonomie*), que es como se denomina a la libertad reconocida a las personas para estructurar a voluntad sus relaciones con los demás<sup>631</sup>.

Se considera que celebrando negocios jurídicos, efectivamente, los particulares dan, en libertad y conforme a sus aspiraciones y necesidades individuales, un orden o estructura determinada a sus intereses. Por ejemplo: “X” juzga que el terreno de “Y” es el propicio para desarrollar un proyecto inmobiliario. El propietario del terreno, “Y”, a su vez, no tiene ningún interés en conservarlo, porque lo ha heredado de sus padres y le supone costos fiscales altos (impuestos municipales) o porque requiere hacerse de dinero para financiar sus propios proyectos, así que viene ofertando el bien en el mercado. Coincidiendo, luego, las intenciones de “X” e “Y”, de conseguir la titularidad del bien y obtener el precio que se fije al efecto, la operación de compraventa devendrá inevitable.

Lo discutible de esta perspectiva es que postula la existencia, en todos los casos, de una especie de prisma en cuyo interior los particulares discuten, acomodan y cifran como ellos quieren sus respectivos objetivos. Así, en tan utópica y perfecta situación no hay ni puede haber espacio para atender a valores que, fuera de las esferas individuales, son elementales para la convivencia en sociedad: integridad de terceros, preservación del medio ambiente, interés del Estado. Si se compra un terreno con el fin de construir en él una casa de playa, el observador “jurídico” no puede limitarse la constatación de que ha existido libertad, voluntad, precio y bien determinado. Si, como no es raro que ocurra, en el espacio donde se ubica el terreno comprado preexistían otras edificaciones, el nuevo propietario deberá abstenerse de alterar negativamente la vida de sus futuros vecinos (por ejemplo, en caso su proyecto ponga en riesgo la vista que los demás tienen de la playa). Y puesto que las personas no tienen “naturalmente” interiorizado ni el sentimiento de cooperación ni el de solidaridad (pese a que la Constitución de 1993 declara que la educación “prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”), tocará al ordenamiento jurídico encauzar el comportamiento del vecino nuevo hacia el respeto de las posiciones de los demás, ya sea otorgando carácter vinculante a un estatuto asociativo concordemente decidido entre los habitantes de la urbanización, o bien estableciendo, con carácter general, que los comportamientos abusivos activan la tutela resarcitoria (acción de responsabilidad civil) a favor de los perjudicados. Con el resarcimiento en forma específica o “*in natura*” de los daños ocasionados, los accionantes podrían pretender, para recuperar el *statu quo* preexistente al evento abusivo, incluso la demolición de lo construido por el infractor.

La imperiosidad de reconducir la autonomía de los particulares hacia actividades que sean respetuosas de la integridad patrimonial y personal ajena y que no se opongan al bien común ha movido a un destacado intelectual de nuestra época, Noam Chomsky (nacido en 1928), a denunciar los riesgos del culto de las reglas del libre mercado, también arraigado en el Perú, entre otros muchos países no industrializados, como consecuencia de la adopción (o imposición, más bien) del modelo económico neoliberal<sup>1</sup>, en la

<sup>1</sup> Sobre esta etapa de nuestra historia económica y el altísimo costo social de la instauración y consolidación del modelo neoliberal en el Perú, que no garantiza, en absoluto, prosperidad en el largo plazo, por haber conllevado a la dependencia de nuestro rumbo, casi exclusivamente, de los insostenibles ingresos por exportaciones de materias primas hacia el mercado mundial, véanse: KLARÉN, Peter F., *Nación y sociedad en la historia del Perú*, tr. J. Flores, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2004 (5ª. reimpresión, 2013), p. 481 y s.; CONTRERAS, Carlos y Marcos CUETO, *Historia del Perú contemporáneo*, 5ª. ed., Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2013, p. 385 y s.; y ORREGO PENAGOS, Juan Luis, *El Perú en el siglo XXI*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 237 y s. La demonización de la intervención estatal en todos los niveles es una característica del discurso neoliberal, el cual se ha traducido, incluso en experiencias latinoamericanas cercanas a la peruana, como bien resume URIBE, Consuelo, “*Tecnócratas y egresados de universidades estadounidenses – El saber económico en la construcción neoliberal en Colombia*”, en CUETO, Marcos y Adrián LERNER (editores), *Desarrollo, desigualdades y conflictos sociales – Una perspectiva desde los países andinos*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011, p. 36, en un “conjunto de políticas que implican: (a) liberación del mercado laboral, (b) liberación del comercio exterior, (c) liberación del mercado de capitales, (d) privatización de empresas estatales, y (e) reformas de los sistemas de salud y de pensiones para introducir intermediarios privados”.

última década del siglo XX. El neoliberalismo económico proclama al mercado como “el único, racional, justo y democrático asignador de los bienes y servicios”<sup>(84)</sup>. Por lo tanto, el papel del Estado tiene que reducirse, en lo atinente a las actividades económica de los particulares, a tutelar la propiedad y a asegurar la ejecución de los contratos, con la menor regulación posible<sup>(85)</sup>. Cuestionando dicha prédica, justamente, Chomsky enfatiza el nocivo aislamiento que la exaltación del modelo supone para las tomas de decisiones, en cuanto a las implicancias que éstas tienen para los demás: Si alguien me vende un automóvil –ejemplifica– “podemos tratar de hacer un buen negocio que resulte beneficioso para ambos, pero en esa transacción no tomaremos en cuenta sus efectos colaterales para los demás. Y hay un efecto, por supuesto. Podrá parecer un efecto insignificante, pero si se le multiplica por muchas personas es de enorme dimensión: la polución, la congestión, los embotellamientos que hacen perder el tiempo y todo tipo de consecuencias. Son cosas que no se toman en cuenta, necesariamente. Y esto es parte del sistema de mercado”<sup>(86)</sup>. La búsqueda de la adecuada medida y la dilucidación de la pertinencia de los correctivos estatales, regulatorios, promotores de la solidaridad, inclusivos, pero rechazados de plano y hasta estigmatizados por el neoliberalismo imperante, constituye una de las empresas más arduas y polémicas, pero a la vez más urgentes de nuestra época<sup>(87)</sup>.

Si alguna tendencia puede considerarse revelada por el Código Civil, en oposición a la Constitución, a la que se considera, por el contexto de su promulgación en 1993, funcional para con el modelo económico neoliberal precisamente, es que con la copia de la normativa italiana en muchas disposiciones de nuestro Código Civil (imitación no limitada al régimen de los negocios jurídicos cristalizado en el Libro II, donde figuran traducidas muchas normas del Código Civil italiano sobre el contrato en general) éste ha terminado recibiendo el eco de la solidaridad o socialización de las instituciones del derecho privado, que identifica a la matriz itálica<sup>(88)</sup>, y que en sus trabajos preparatorios fue concebida como el “deber de comportarse en forma tal que no se lesione el interés ajeno más allá de los límites de la legítima tutela del interés propio”<sup>(89)</sup>. Resuena en nuestro ordenamiento, entonces, el eco de aquella solidaridad “civil” y “económica”, “dirigida hacia objetivos nacionalistas, de eficiencia del sistema y de aumento de la productividad”<sup>(90)</sup>, que solamente se ha logrado eclipsar en Italia con una férrea relectura “constitucional” del Código Civil, inspirada en una noción funcional de la solidaridad, orientada hacia la realización de la persona, tal como se auspicia en la Carta Política itálica de 1948<sup>(91)</sup>, y cuyo significado –en expresivas palabras de Alpa– es el de constituir “una valla contra el individualismo exasperado que somete la dignidad de la persona, que ignora los sentimientos de hermandad y de apoyo recíproco entre los seres humanos, entre los ciudadanos, entre los estratos sociales”<sup>(92)</sup>.

Por lo tanto, los mandatos del Código Civil resultarán ocasionalmente, e inexorablemente<sup>(93)</sup> a la vez, restrictivos de la libertad de los particulares, en la medida en que lo justifique la necesidad de prevenir y remediar, de ser el caso, resultados socialmente incongruentes o injustos de la actuación negocial de los particulares, por más “libres”, “racionales”, “deseados” y “autónomos” que resulten ser, en apariencia, sus dictados.

Con la difusión global de las orientaciones económicas neoliberales se ha visto asediado, y acaso abatido, el denominado capitalismo “social” europeo, cuyos “frenos institucionales”, en muchos casos representados por categorías jurídicas, han sido y son objeto, también entre nosotros, de una impiadosa denigración por los portavoces del nuevo “orden mundial”, acusándoseles de constituir obstáculos para el arribo al “cielo alado de los mercados financieros”<sup>(94)</sup>. ¿Cuál será el destino, fuera de Europa, agobiada por la crisis, de aquellas instituciones jurídicas culturalmente admiradas y de circulación exitosa por todo el orbe mundial? El derecho –enseña Ludwig Raiser (1904-1980)– hace posible la realización de la política económica, pero cumple también la tarea suprema de “valorar demandas que no se pueden satisfacer con la mera utilización óptima de los recursos económicos disponibles. El perfecto funcionamiento de la economía, la eficiencia productiva y el incremento del ingreso nacional no garantizan por sí solos la justicia social. La justicia sustancial tendría que satisfacer la aspiración más veraz y profunda de los seres humanos”<sup>(95)</sup>. Esto explica por qué se ha postulado que la autonomía de los particulares no es “un derecho de libertad *del* Estado, sino un derecho de libertad *en el* Estado, mediante el cual el sujeto, por decirlo así, juega su partido, descubriéndose como coautor del ordenamiento en el momento en que crea y configura relaciones jurídicas”<sup>(96)</sup>, y que se trata de una “libertad instrumental”, con respecto al derecho a la iniciativa económica privada<sup>(97)</sup>. El derecho civil niega tutela a un contrato, por lo tanto, “cuando así lo exige la necesidad de protección de una de las partes o causa del carácter general lesivo del contrato”<sup>(98)</sup>. Estas observaciones de la doctrina extranjera hacen que resulte pertinente recordar que la Constitución peruana establece (artículo 58<sup>o</sup>) que la iniciativa económica es libre, pero a la vez (artículo 59<sup>o</sup>) que el ejercicio de las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública”. De una época en la que exponer en los manuales y tratados el tema de la autonomía de los particulares a propósito del negocio jurídico consistía, insignificadamente, en evidenciar la opresión que para ella representaba y representa el fenómeno de la contratación en masa o la imposición de cláusulas generales de contratación no negociadas a los consumidores, ahora se ha vuelto obligatorio enfocar el referido concepto centrando la atención en los límites impuestos, por ejemplo, por la tutela de los derechos fundamentales<sup>(99)</sup>, en la discusión sobre si son admisibles espacios de autonomía en las relaciones jurídicas familiares (las matrimoniales, en particular)<sup>(100)</sup>, en el derecho de sucesiones, más allá de los negocios testamentarios (con la difusión cobrada, en la práctica, por los llamados “protocolos familiares”)<sup>(101)</sup> o en las actividades económicas realizadas por menores de edad, así como en las virtudes “regulatorias” de la normativa de derecho civil. Como todas estas consideraciones suelen permanecer en la sombra para nuestros autores, se debe comenzar recordando que nuestro Código Civil estatuye, destacablemente, que la propiedad “debe ejercerse en armonía con el *interés social* y dentro de los límites de la ley” (artículo 923<sup>o</sup>, y 70 de la Constitución) y que “la ley, por consideraciones de *interés social*, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos” (artículo 1355<sup>o</sup>). Son reconocibles, entre otras manifestaciones de la solidaridad en las relaciones jurídicas de derecho privado, la facultad del juez o árbitro para reducir, a solicitud de parte, el monto de la penalidad convencional que resulte excesivamente onerosa, en cuyo caso el acuerdo explícito de las partes para liquidar anticipadamente el resarcimiento de los daños derivados de las irregularidades en la ejecución de la prestación se dejará de ejecutar o se ejecutará con restricciones, en salvaguarda de la parte “penalizada” en exceso (artículo 1346<sup>o</sup>). Se han contemplado, de igual forma, la acción rescisoria por lesión (artículos 1447<sup>o</sup> y siguientes) que combate el aprovechamiento injustificado, por una de las partes del contrato, de la situación de apremio económico de la otra, y el derecho de la parte

perjudicada por una excesiva onerosidad sobrevenida de su prestación, debida a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a la resolución del contrato o al aumento de la contraprestación a cargo del otro contratante (artículos 1440 y siguientes). Creo que si se estudia con más detenimiento el Código Civil –como es obligatorio hacer para superar la acostumbrada invocación de apriorismos como la llamada “santidad” de los contratos<sup>(102)</sup>– se encontrarán con facilidad otras expresiones de esta tendencia genuinamente “regulatoria” del derecho civil<sup>(103)</sup>, como la propia consagración de la buena fe como cláusula normativa general que gobierna la negociación, celebración y ejecución de los contratos (artículo 1362°). “Cláusula normativa general” (*Generalklausel*) es como se llama al término o expresión de significado abierto contenido en la legislación y cuyo significado es aportado, desarrollado y replanteado, inclusive, en el momento de la aplicación del derecho. Luigi Mengoni (1922-2001), a quien se deben valiosos estudios sobre el tema, clasifica estas cláusulas en dos tipos: de un lado las normas que “no describen su propia hipótesis con el método casuístico, sino con fórmulas elásticas que resumen una generalidad de casos y para cuya concretización el juez es reenviado, en cada ocasión, a tipos de comportamiento y a criterios de valoración que se pueden evidenciar objetivamente en el ambiente social”; del otro, las normas “privadas de una hipótesis autónoma propia, las cuales delegan al juez la formación caso por caso de reglas de decisión integrativas o correctivas de otros programas normativos, vinculándolo a una directriz expresa mediante la referencia tipologías sociales”<sup>(104)</sup>. Pertenecen al segundo tipo las cláusulas normativas generales contenidas en nuestro Código Civil, por ejemplo, el “abuso del derecho” (artículo II del Título Preliminar y artículo 2060°), el “orden público” y las “buenas costumbres” (artículo V del Título Preliminar, artículos 6°, 96°, 515°, 738°, 1681°, 1697°, 2049°, 2050°, 2060°, 2104°), la “buena fe” en la celebración, negociación y ejecución de los contratos (artículo 1362°), la “valorización equitativa” (artículo 1332°), la “reducción equitativa” (artículos 1346° y 1942°), la “indemnización equitativa” (artículo 1977°) los “usos” (artículos 1380°, 1521°, 1558°, 1565°, 1571°, 1572°, 1580°, etc.), los “usos del mercado” (artículo 1610°), el “interés social” (artículos 6°, 27°, 99°, 185°, 923°, 925°, 1355°, 1357°), la “necesidad apremiante” de uno de los contratantes (artículo 1447°), la “necesidad y utilidad pública” (artículo 925°), la “solidaridad social” (artículo 1275°), etc. Constituyen una técnica legislativa privilegiada, mas no exenta de críticas<sup>(105)</sup>, en países donde la administración de justicia ha logrado gran desarrollo y permite mantener invariada una normativa con suficiente flexibilidad para adaptarse a los cambios históricos, políticos, sociales. No parece ser fructífera ni recomendable, en cambio, en contextos como el nuestro<sup>(106)</sup>, donde el poder judicial no se caracteriza por tener fuerza creadora ni por elaboraciones y razonamientos sofisticados. Por la fuerza de la buena fe, en la práctica jurídica alemana<sup>(107)</sup>, y en la de los países que han seguido con mayor fidelidad su marco normativo e importado su instrumental conceptual, como la portuguesa<sup>(108)</sup>, se puede, por ejemplo, aun contra la letra de compromisos firmados y formalmente igualitarios<sup>(109)</sup>, pretender la declaración judicial de inexigibilidad de una prestación. Es posible, igualmente, desestimar demandas o neutralizar, con invocación de la llamada *exceptio doli*, pretensiones de ejercicio de derechos legalmente o moralmente reprobables. ¿Son todos estos desarrollos posibles en el Perú? No creo que existan buenas bases, salvo la existencia del dato normativo equivalente, pero es obligatorio afirmar la necesidad de contar con esos instrumentos, a fin de promover la justicia contractual concreta en las operaciones económicas, aun cuando no sean pocas las vallas a superar. No debe causar extrañeza que, con un enfoque pragmático, ligado a las demandas del ejercicio de la abogacía como profesión, se haya escrito, desde el *common law* estadounidense, que los derechos derivados de la buena fe, en el ordenamiento alemán, “may help German contracts have fewer words, but perhaps only at

*the cost of limiting the parties' ability to get the deal they want, and of introducing some uncertainty as to how courts will interpret contractual obligations*"<sup>(110)</sup>.

- (iii) Como un acto de comunicación social, singularizado por la emisión de uno o más mensajes con contenido "performativo", es decir, encaminado a realizarse en el plano real (incluido el jurídico), tal como sucede con aquellas "fórmulas verbales de uso cotidiano que se caracterizan por el hecho de que su pronunciamiento, si efectuado correctamente, según lo prescrito por un conjunto de convenciones aceptadas en común, comporta una serie de consecuencias sociales y jurídicas"<sup>(111)</sup>.

El aporte de esta perspectiva –la última de la que me ocuparé– es el de ofrecer una visión interdisciplinaria del negocio jurídico, desde la filosofía del lenguaje. Liberado de la circularidad de las referencias a la "declaración de voluntad" y del logicismo de su consideración como "*Tatbestand*", el negocio jurídico muestra tener una mejor posibilidad de mostrar su singularidad como fenómeno comunicativo.

Italia ha sido un país especialmente afortunado en cuanto al florecimiento de doctrinas sobre el negocio jurídico<sup>(112)</sup>. Mientras que en el derecho civil alemán la pugna tradicional se ha desenvuelto principalmente y sucesivamente entre tres teorías (de la voluntad, *Willenstheorie*, de la declaración, *Erklärungstheorie*, y de la vigencia, *Geltungstheorie*)<sup>(113)</sup>, habiendo sido relevantes las dos primeras, desde el punto de vista de la política del derecho al trazarse la normativa del BGB sobre interpretación e ineficacia de los negocios jurídicos, en la experiencia itálica se han sucedido a través de los años, con desigual fortuna: (i) las teorías de la "responsabilidad" y de la "confianza", que buscan atenuar, respectivamente, la *Willenstheorie* y la *Erklärungstheorie*, y a las que se prestó atención al momento de elaborarse el Código Civil de 1942, y que, estrictamente, no comportan una reelaboración conceptual del negocio jurídico, pues el interés de sus defensores era resolver el problema de la primacía de la voluntad o de la declaración en la producción de los efectos jurídicos<sup>(114)</sup>, ya sea afirmando, en el primer caso, que el agente queda vinculado por lo que declara aunque esto, siempre que medie culpa de su parte, no guarde correspondencia con su voluntad, o bien sosteniendo que la relevancia del negocio depende de la confianza suscitada en el destinatario de la declaración, frente a la cual resulta innecesaria toda indagación espiritual adicional, sobre la voluntad del declarante; (ii) la teoría normativa, que ve en el negocio una norma jurídica<sup>(115)</sup>; (iii) la teoría preceptiva, de gran seguimiento en los países de habla castellana, las más de las veces inconscientemente e inconsecuentemente, debido a la fama imperecedera de su autor, Emilio Betti (1890-1968), quien considera al negocio como orden, precepto o mandato<sup>(116)</sup>; (iv) la teoría realista, que lo define como acto de autorregulación de intereses privados<sup>(117)</sup>; (v) la teoría axiológica-psicológica que lo perfila como comportamiento programático<sup>(118)</sup>; (vi) la teoría axiológica-funcional, que individualiza al negocio como "acto vinculante de reglamentación privada de intereses que asume 'relevancia' positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los que es portador sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa"<sup>(119)</sup>; y (vii) la teoría antropológica, que destaca el valor del negocio como acto humano autónomo<sup>(120)</sup>. Fue en Italia, asimismo, donde se dictaminó, en algún momento, la reducción del negocio jurídico a la condición de "categoría historiográfica", o sea, como instrumento interpretativo útil para entender el pasado o, en síntesis, para "la reconstrucción de una fase de la doctrina italiana"<sup>(121)</sup>.



**OFERTA**  
**S/. 54**  
**LIBRO IMPRESO**



**ENTREGA A DOMICILIO  
O LUGARES CÉNTRICOS**

**PEDIDOS:**

**993 258 125**

**944 787 051**

**info@acuedi.org**