

El Negocio Jurídico

Por: JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Principal

Resumen.— El Autor estudia qué es negocio jurídico; comprueba que en el Código Civil del Perú sólo se estatuye sobre el acto jurídico; y que el instituto del negocio jurídico ha sido olvidado, no obstante que se regula en muchas disposiciones la declaración o manifestación de la voluntad, que es propia de los negocios jurídicos.

Una de sus conclusiones es la de que el alumno sólo debe conocer del negocio jurídico, cuando ya sabe todo el derecho.

1.—*Introducción.*— El estudio que se hace está destinado a demostrar dos cosas. La primera, que es inconveniente mantener en la currícula de Derecho el estudio inicial del llamado “acto jurídico”. Y la segunda que la figura del acto jurídico tal como se encuentra legislada por nuestro vigente cód. civ., es insuficiente. Nuestro legislador de 1936 no la recogió del derecho germano, en el que claramente la doctrina y su ordenamiento diferencian entre hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos. El cód civ. alemán (BGB) contiene en su libro primero, sección tercera, “negocios jurídicos” y en esa sección tercera se ocupa de las declaraciones de voluntad, que son necesarias para el nacimiento del negocio jurídico. Esta es entonces, una lenta elaboración de la ciencia jurídica en Alemania, que se ha hecho al analizar la “declaración de voluntad”, concepto que nuestro cód. civ., ciertamente, contiene.

Para saber acto jurídico y negocio jurídico es necesario conocer, por lo menos, todo el derecho privado (aunque también existen negocios jurídicos de derecho público). Por consiguiente, para un alumno que recién se inicia en el estudio del derecho, esta materia es un hueso demasiado duro de roer. Para aprehender el acto y el negocio jurídico tiene que saber qué es un contrato; cuáles son las consecuencias que produce la muerte de una persona; qué es un testamento; en qué consiste una insti-

tución de heredero; cómo el tiempo es un hecho que aún cuando produce efectos jurídicos no puede ser considerado como acto jurídico; en qué consiste la filiación ilegítima y que ocurre cuando el padre reconoce voluntaria o judicialmente al hijo habido fuera de matrimonio.

Fácilmente se advierte que nuestro cód. civ. no regula convenientemente las relaciones jurídicas. Por ejemplo, el contrato y todos los otros negocios jurídicos además de contener declaraciones de voluntad, que no tienen los actos jurídicos, requieren de todas las disposiciones codificadas que norman los actos jurídicos. Así, la teoría de los vicios de la voluntad; las modalidades de los actos jurídicos; la nulidad y la anulabilidad; etc.

Es aconsejable, entonces, que preparándose una reforma de nuestro cód. civ., se distinga con claridad qué es acto jurídico y qué es negocio jurídico, incluyéndose disposiciones destinadas a regular las declaraciones de voluntad, que en el BGB son de tan rico contenido doctrinario.

2.—*Los hechos jurídicos.*— ¿Cómo nacen los hechos jurídicos?

Cualquier modificación jurídica tiene lugar en el espacio y en el tiempo, por lo que requiere de una actividad que sea perceptible por los sentidos. Esa actividad es el *hecho jurídico*. A él va ligado un *efecto jurídico*.

El hecho jurídico puede ser positivo o negativo.

Asimismo, el hecho jurídico es, v. g., el nacimiento de una persona; su muerte; una declaración; un siniestro en un almacén.

Existen hechos jurídicos negativos que consisten en omisiones de hechos positivos. V. g., el inquilino deja de pagar los alquileres pactados.

El hecho por sí solo, sea positivo o negativo, es la base necesaria para un *hecho jurídico*. Puede ser por sí solo, sin tener en cuenta los efectos ulteriores. Otras veces los hechos resultan hechos jurídicos por los resultados posteriores, de los cuales resultan que son la *causa*.

El hecho para ser hecho jurídico necesita una declaración de la ley que vincula tal hecho a determinado efecto jurídico.

Por consiguiente, el hecho jurídico necesita la actividad que produce el hecho y, además, el ordenamiento jurídico que establece que dicho hecho origina tal efecto jurídico.

Por ejemplo, el hecho es el nacimiento de una persona. Empero, ello no basta para configurarlo como *hecho jurídico*. Se necesita que la ley declare que el nacimiento determina la personalidad y aún la gravidez sin alumbramiento produce efectos conforme al art. 1º del C. C. Pero también el nacimiento hace nacer la patria potestad; el derecho alimentario; la falta de capacidad del que nace hasta cierto término; la necesidad de formalidades habilitantes para enajenar sólo a título oneroso sus cosas, etc.

El hecho jurídico puede consistir en un sólo acaecimiento, o en varios hechos. Por ejemplo, en el contrato en general se necesitan dos hechos, que en este caso son dos declaraciones que coincidan.

Si el hecho para producir efectos jurídicos requiere de otro hecho posterior e incierto habrá un estado de pendencia mientras el hecho venidero adviene. Así, el tiempo que dura mientras la condición se realiza está *pendente conditione*.

El contrato deriva de una oferta y de una aceptación; de los dos; no de uno solo de esos institutos. Pero la oferta es aisladamente considerada un *hecho jurídico*, que tiene su valor *per se*.

Conviene desde ahora conservar esta idea: ni el negocio jurídico ni el acto jurídico pueden existir sin uno o más hechos jurídicos. Por lo tanto, el negocio jurídico deriva de un hecho jurídico pero se distingue del acto jurídico en la voluntad negocial que contiene; ésta persigue un fin.

CARIOTA-FERRARA (1) da como noción del hecho jurídico la que sigue: es todo hecho que determina el nacimiento, la modificación o la extinción de un *status*, de una situación o posición de una cualidad de los sujetos, de un derecho subjetivo, de un poder jurídico o de una potestad jurídica. Esto viene a ser la relevancia jurídica, porque la relevancia determina un cambio en la situación que existía, que se produce porque se crean situaciones nuevas que son objeto de diversas calificaciones jurídicas sobrevinientes.

Para Emilio BETTI (2) son hechos jurídicos aquellos a los que el derecho atribuye trascendencia jurídica, para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nue-

(1) El Negocio jurí., Nº 1 p. 4.

(2) Teoría general del negocio jurídico, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1943, Nº 1, p. 6. También habla de situación jurídica y de relación jurídica.

vas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas. Constituye, modifica o extingue poderes y vínculos, o calificaciones y posiciones jurídicas.

En de RUGGIERO (3) nos encontramos con esta fecunda afirmación: El hecho jurídico se debe a la *causa*. Es ella la que produce efectos jurídicos. (En realidad, el derecho civil se asienta sobre hechos. Por tanto, el *ius civile* sólo se da en cuanto la realidad, —que está formada de hechos; de acontecimientos—, reclama al derecho que se aplique). La realidad en cuanto comprende la vida humana, va creando el derecho.

Toda relación jurídica tiene origen en un hecho, que puede ser hecho de la naturaleza o hecho del hombre (4). Hay quienes sostienen que el acto jurídico es "hecho del hombre" y que por el contrario, el "hecho jurídico" es hecho de la naturaleza.

Considera CANDIAN (5) que existen también hechos como el estado de la personalidad, la propiedad, de los que nacen relaciones. Y que existen otros hechos que son fuente de relaciones jurídicas. Por ejemplo, la obligación alimentaria nace del hecho del matrimonio, o del parentesco (no de todos los parentescos). Enunciativamente, son hechos jurídicos el nacimiento del ser; la mayoría de edad; la ausencia; la muerte; la enfermedad mental; la echazón y las averías en derecho marítimo; el transcurso del tiempo. Y son actos la ocupación de la propiedad ajena; la aprehensión mobiliaria; el pago; el contrato, el enriquecimiento torticero; el delito; la reparación del daño ocasionado sin culpa del autor; la tutela; la curatela; la adopción; la emancipación; la alienación fraudulenta de los bienes por el deudor insolvente o reducido a la insolvencia por esa alineación; la perturbación posesoria o el despojo; la quiebra; el acto constitutivo de las personas jurídicas; etc.

No es la ley la fuente de las relaciones jurídicas; son los hechos. Por ejemplo, el acto ilícito nace de un hecho causante del daño resarcible. La ley pre-existe y es el hecho natural o el acto humano el que hace nacer la relación jurídica. Por ejemplo, el testamento, en cuanto éste sea conforme a la ley, o en cuanto viole v.g. las disposiciones de la ley sobre herencia forzosa y preterición.

(3) Instituciones, I, § 24, p. 244. Sobre "hechos jurídicos" revísese también WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, I, § 67, p. 197.

(4) CANDIAN Aurelio, *Instituciones de D. Privado*, 1ª ed. en español, Unión Tipo, gráfica Editorial Hispano Americana, México, 1961, Cap. I, § 1, p. 79.

(5) *Inst. de D. Privado*, § 1, p. 79.

El derecho en el cambio de titular, por ejemplo, se modifica; y esa mutación se opera por virtud de un hecho jurídico.

ENNECCERUS Ludwig (6), que en Alemania tiene el lugar más elevado dentro de la jerarquía jurídica, como BAUDRY-LACANTINERIE en Francia, o como TEIXEIRA DE FREITAS y BEVILAQUA en Brasil, expresa que son los "hechos jurídicos" los elementos principales de un supuesto de hecho. Es hecho jurídico para ENNECCERUS el que tiene eficacia jurídica. Y uno o varios hechos jurídicos son los que determinan un efecto jurídico. En veces, además del hecho jurídico que sería la transmisión de un derecho, por ejemplo, deben concurrir ciertos requisitos jurídicos, como serían que exista el derecho en quien transmite (porque de lo contrario se aplicaría la regla de que nadie puede transmitir a otro un derecho que no tiene) y la capacidad de quien hace la transferencia. Hecho jurídico no sólo es la oferta y la aceptación, sino el mismo contrato. Hecho jurídico es también el conocer o no (por ejemplo, el adquirente no tiene derecho a saneamiento por evicción si al adquirir la cosa sabía, conocía que era litigiosa o ajena y el enajenante lo ignoraba o desconocía: art. 1376 inc. 3º cód. civ. del Perú). Los hechos jurídicos más importantes son los actos humanos. Pero hay hechos jurídicos que otros llaman hechos de la naturaleza y que para ENNECCERUS son hechos meramente exteriores, en contraposición a los actos humanos, como son el nacer, el morir, el transcurso del tiempo y la destrucción de las cosas. La obra de ENNECCERUS la revisó Hans Carl Nipperdey. No lo citamos sino en ciertos casos, por abreviar.

Es fundamental en ENNECCERUS (7) que los hechos jurídicos configuran el "supuesto de hecho" que hace nacer, extinguir o modificar una situación jurídica. Ese nacimiento, extinción o modificación de la relación constituye un efecto jurídico que proviene del ordenamiento jurídico. Este ordenamiento jurídico está formado por las proposiciones jurídicas abstractas (para nosotros las leyes; la costumbre en ciertos casos; los principios generales del derecho; la analogía no en demasía). Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico media el enlace lógico de fundamento o causa y consecuencia. Los requisitos abs-

(6) *Trat. de D. Civ.*, t. I, Part. gral., vol. 2, 1ª ed., Bosch., trad. de la 39ª ed. alemana, rev. por H. C. Nipperdey, Barcelona, 1944, § 127, II, tex. y n. 6 y ss., p. 6 s.

(7) *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 127, p. 5. Es una verdadera lástima que esta obra haya sido mal traducida. Nuestro castellano es difícil de entenderlo aquí. ¡Qué diferencia con la traducción de HEDEMANN!

tractos (del ordenamiento jurídico) pueden constituir en acontecimientos, como la declaración de transmisión que hace el *tradens*; o pueden ser estados, como la posesión del usucapiente; o autenticidades o verosimilitudes, como en el abono de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1323 de nuestro cód. civ.). Pueden ser los requisitos del ordenamiento jurídico positivo, como la interposición de una demanda; o negativos, como la omisión en la obligación de hacer.

Resumiendo: hay hechos jurídicos que forman un supuesto de hecho que produce un efecto jurídico que está previsto por el ordenamiento jurídico.

Para Luigi CARIOTA-FERRARA (8) hay hechos jurídicamente irrelevantes y hechos jurídicamente relevantes, o sea productores de efectos jurídicos. Por consiguiente, los que dan lugar a por lo menos un efecto jurídico son *hechos jurídicos*. Estos son numerosos. Cita como hecho no jurídico, la puesta del sol; y cuando el protesto se regulaba no por la ley de títulos-valores N° 16587, sino por el cód. de com., el inc. 1° del art. 491 de ese cód. decía que para que el protesto fuera eficaz debería hacerse antes de la puesta del sol. Por tanto, para nosotros, —por lo menos, en la época que rigió para las letras de cambio esa parte del cód. de com. ahora derogada—, la puesta del sol tenía relevancia jurídica, ya que el protesto diligenciado después de la puesta del sol resultaba nulo de pleno derecho. La lluvia tampoco sería siempre hecho no jurídico, si el seguro cubre ese riesgo.

Los hechos que carecen de consecuencias jurídicas se llaman "hechos no jurídicos" o, simplemente, "hechos".

CARIOTA-FERRARA (9) considera que la toma de posesión es no sólo acto jurídico, sino negocio jurídico, ya que necesita *animus rem sibi habendi, animus occupandi*. En verdad, aunque el cód. civ. peruano se afilia a la teoría objetiva, sin embargo, para usucapir su art. 871 exige en el poseedor que su posesión sea "como dueño", es decir con *intentio* de *dominus*; con voluntad de propietario. En todo caso, cree que es un acto jurídico en sentido estricto y no como los otros actos jurídicos, en que no hay ese factor espiritual del *animus*, como ocurre con la especificación elemental. También cree que es acto jurídico la *interpellatio* necesaria para cierta mora (*dilatio*).

(8) El Negocio jurí., N° 1, p. 3.

(9) El Negocio jurí., N° 13, p. 32 s.

BARBERO Domenico (10) llama al "hecho" "hecho jurídico" y que con él se ingresa a la fase dinámica del derecho; al devenir; con el hecho jurídico aparecerá el nacimiento, la modificación, la transferencia y la extinción. Toda relación jurídica requiere de un hecho. En realidad, por nutrirse de hechos es que el derecho es vida; es acontecer. Por ejemplo, la *praescriptio* se apoya en un hecho: el decurso del tiempo. Pero carece de importancia si ese transcurrir no afecta a las personas.

Son hechos jurídicos también la muerte de un hombre; un delito; un contrato; etc.

BARBERO (11) define el hecho jurídico como un acontecimiento cualquiera al que el ordenamiento jurídico vincula la aparición de consecuencias jurídicas.

Poseer durante 30 años una cosa inmueble lo hace al poseedor propietario por *usucapio*: art. 871 del cód. civ. peruano; lesionar a alguien obliga al autor a reparar el daño: art. 1136 del cód. civ. del Perú. Es entonces el derecho el que atribuye esos efectos a los hechos que se dejan enunciados.

Del hecho nace el derecho; es la traducción de la conocida frase *ex facto oritur ius*. El hecho es la razón, la causa que produce la aplicación de la norma jurídica (que es fuerza).

Para que se abra el procedimiento no contencioso de la declaratoria de herederos es necesario que hubiere ocurrido la muerte del que deja patrimonio. Y dentro de ese procedimiento hay que probar otros hechos: los nacimientos de cada uno de los que pretenden sucederle al finado y el parentesco en grado sucesible con el pre-muerto (hasta el 4º grado en la línea colateral: arts. 760, § 1º y 295, § 2º Perú; y *ad infinitum* los descendientes y los ascendientes: arts. 760, § 1º y 681 Perú código civil).

Para transferir la cosa (enajenarla) existen varios contratos: compra-venta; donación; permuta; *datio in solutum* (ésta en nuestro cód. civ. peruano es forma de pago: art. 1274).

Los hechos, por eso, deben procesalmente probarse por aquel a quien benefician los efectos o consecuencias jurídicas de esos hechos.

Los hechos jurídicos más importantes son los "actos humanos" y no los "actos naturales".

(10) Sistema del Derecho Privado, I, Ediciones Europa-América, B. Aires 1967, cap. IV, Nº 163, p. 331.

(11) Sistema, I, Nº 164, p. 332.

El contrato es hecho jurídico; es también acto jurídico. Empero, es más que eso: es negocio jurídico, porque tiene algo más.

El acto ilícito es hecho jurídico.

El acto ilícito es para OERTMANN (12) hecho jurídico que produce efectos contra aquel que obra violando el derecho. Esos efectos son: una sanción penal si el acto ilícito constituye delito; obligación de reparar el daño; o la invocación exculpatória de aquel a quien se le atribuye el acto ilícito de haber procedido en legítima defensa, o en el ejercicio regular de un derecho o en haber destruído la cosa ajena a fin de remover un peligro inminente: art. 1137 C. C. peruano. Los efectos que se producen en este caso del acto ilícito se deben a la ley; están señalados en la ley, a fin de corregir la conducta contraria al derecho del autor del acto ilícito. Por el contrario, en el contrato los efectos jurídicos se producen porque los contratantes los han señalado expresa o tácitamente y aún aunque no los hubieren previsto. Aquí la conducta del contratante está arreglada a derecho; es conforme a derecho. Y existen supuestos en que la ley ordena que se produzca el efecto jurídico no porque el sujeto lo quiera sino porque deriva del hecho o acto que ejecutó dicho sujeto. Por ejemplo, la *interpellatio* dirigida al deudor de la obligación cuyas consecuencias llegan hasta el extremo de responsabilizarlo *prima facie* de los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor: art. 1256, § 1º del C.C.

Hay hechos que no son hechos del hombre; que han dado en denominarse hechos de la naturaleza. Estos también, aunque menos trascendentes, son productores de efectos jurídicos. V. g., la muerte de un ser humano que cambia las relaciones jurídicas del pre-muerto y que actúa también sobre los que superviven, intensamente, cuando existe patrimonio relicto.

Conforme a la doctrina italiana no codificada del acto jurídico existen hechos, actos y negocios jurídicos.

MESSINEO (13) entiende por hechos jurídicos los acontecimientos que modifican la realidad jurídica. Son hechos jurídicos los que producen efectos jurídicos, por lo que son "jurídicamente relevantes". No habiendo hechos jurídicos el ordenamiento jurídico permanecerá inerte, o sea que no existirán "efectos jurídicos".

(12) Introduc. al D. Civ., § 31, Nº 2, p. 177.

(13) Manual de D. Civ. y Comercial, II, § 31, Nº 1, p. 321.

La propiedad es un hecho jurídico. El testamento es otro hecho jurídico, pero que debe completarse con la muerte del testador para que se produzca el efecto que genera el testamento.

El número de hechos jurídicos es considerable. Existen "hechos naturales" y hechos humanos".

Los "hechos humanos" son los llamados "actos jurídicos".

Existen hechos naturales que carecen de relevancia jurídica. V. g., la puesta del sol. Asimismo, existen hechos humanos irrelevantes jurídicamente. Por ejemplo, una invitación de carácter social.

Existen hechos humanos positivos y negativos. Ejemplo de estos últimos es el silencio opuesto a un acto cuando existe la obligación de explicarse; arts. 1077 y 1333 del cód. ci. peruano: el silencio opuesto a actos no importa manifestación de voluntad; y la oferta no rechazada de inmediato si el policitante dispensó a la otra parte de la aceptación da lugar a que el contrato se tenga por concluído.

Los hechos jurídicos pueden ser simples y complejos. Así, la prescripción importa un hecho complejo porque consta del decurso del tiempo y de la inercia de quien tiene el derecho; y la *usucapio* es todavía más compleja en cuanto requiere en el prescribiente la posesión.

Hechos naturales son el nacimiento de una persona; el transcurso del tiempo; la mayoría de edad; la muerte de una persona; la incapacidad sobreviniente de una persona; el perecimiento de la cosa (antes o después de celebrado el contrato de enajenación, por ejemplo). V. g., si la cosa vendida pereció antes de la celebración de la compra-venta, no habrá venta: art. 1390 del cód. civ. peruano.

Los hechos humanos si son relevantes jurídicamente son "hechos jurídicos". En los actos humanos nos encontramos con la voluntad.

En los hechos humanos existe, v. g., la voluntad de celebrar determinado contrato; de crear un derecho real; de constituir una obligación activa o pasiva.

El efecto jurídico se da en el hecho jurídico. Para que un hecho jurídico produzca un efecto jurídico debe existir un nexo de causalidad; un enlace causal en que el efecto es consecuencia del hecho jurídico.

El efecto jurídico puede ser real, es decir con efecto para

todos (*erga omnes*); o sólo personal, es decir con efecto para personas determinadas.

La nulidad y la anulabilidad son efectos jurídicos. Por ejemplo, lo nulo no sólo será nulo desde que el Poder Judicial por ejecutoria así lo declara, sino desde el mismo momento en que pretendió nacer. Por el contrario, lo anulable sólo será tal desde que exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que así lo declare. Sin embargo, existe doctrina que afirma que la anulabilidad se remonta a la fecha de la demanda judicial en que se pide.

MESSINEO (14) considera que no sólo son productores de efectos jurídicos los hechos naturales y los hechos humanos, sino el ordenamiento jurídico, es decir, la ley. Así, la hipoteca legal nace por la sola fuerza de la ley. Existen obligaciones como la de alimentos (en general, del derecho de familia) que derivan de la ley. Sin embargo, para que nazca la seguridad real o la obligación alimentaria, se requiere que ciertos hechos se realicen. Para la hipoteca legal, por ejemplo, si no se ha pagado por completo el precio en la compra-venta inmobiliaria: art. 1026, inc. 1º del cód. civ. peruano. Para la obligación, que el deudor incumpla la prestación de alimentos que le señala el art. 441 del cód. c. iv. peruano, existiendo para ciertos deudores de alimentos responsabilidad penal: ley N° 13906, de 24 de enero de 1962.

Se ocupa MESSINEO (15) especialmente del transcurso del tiempo y de su cómputo, al cual considera como "hecho jurídico natural".

El tiempo se cuenta en el Perú como en Italia conforme al calendario gregoriano: art. 1116, § 3º cód. civ. Este precepto dice que sólo los meses se cuentan con arreglo a dicho calendario. Para los días el § 1º del mismo precepto declara que si el plazo se señala por días a contar desde día determinado quedará dicho día excluido del cómputo.

Evidentemente, el tiempo es un hecho jurídico natural; no es un hecho jurídico humano. La cuenta del tiempo produce diversos efectos jurídicos. Así, la prescripción; la caducidad; la exigibilidad de ciertos derechos. Existen plazos que se cuentan por años, o por meses, o por días. Este es el llamado "tiempo móvil". Pero hay otros plazos que corresponden al llamado

(14) Manual de D. Civ. y Comercial, II, § 31, N° 6, p. 326.

(15) Manual, II, § 32, N° 1 y ss., p. 328 y ss.

“tiempo fijo”. Así, año de 1972; mes de diciembre de 1972; 24 de enero de 1973.

El día va de una media noche a otra media noche. desde el primer minuto de la primera hora de la media noche hasta la medianoche siguiente. Las horas que siguen a la medianoche en que termina el día corresponden al día siguiente.

Es comprensible que se estudie el valor jurídico del tiempo, que es un hecho natural que hace nacer o extingue determinados derechos o la vida misma, o concede ciertos *status*.

Hecho natural y no hecho del hombre es el hecho jurídico o acto jurídico que aparece con el transcurso del tiempo. Tiene trascendencia jurídica. El arriendo, el préstamo, la *usucapio*, la prescripción extintiva exigen el decurso de cierto tiempo. Lo mismo las caducidades. En otros casos, el primero en tiempo es mejor en derecho: *Prior tempore potior in ius*, pero no siempre. Por ejemplo, para la preferencia o el rango de los derechos reales. La mayoría de edad y la emancipación necesitan ciertas unidades de duración; el matrimonio puede ser disuelto mediante cierta forma después de cierto plazo, como acontece con el divorcio por mutuo disenso en nuestra ley civil; art. 270, inc. 2º cód. civ. peruano. La negación de la paternidad legítima sólo es admisible dentro de un cierto número de días: art. 302 del cód. civ. peruano. Vencido el plazo la acción sería rechazada por extemporánea.

El contrato, —que es el negocio jurídico por excelencia—, nace de dos hechos jurídicos: la *pollicitatio* y la aceptación. Con ambas aparece el consenso; y éste es tan trascendente entre nosotros, que existiendo en el contrato de compra-venta de inmuebles, el derecho de propiedad se desplaza del vendedor al comprador: art. 1172 cód. civ. peruano. No hay necesidad de *traditio* ni de inscripción (*tabula*).

OERTMANN (16) expresa que ni la oferta ni la aceptación constituyen por sí solas negocio jurídico, si bien la oferta está dotada de efectos como el de la irrevocabilidad: art. 145 del BGB. Para nosotros, hasta la oferta hecha a una persona ausente sin fijar plazo no puede revocarse por el oferente mientras no transcurra el tiempo suficiente para que llegara la respuesta a dicho oferente, si es que ella hubiere sido evacuada por el destinatario: art. 1330, inc. 2º del cód. civ. peruano.

(16) Introd. al D. Civ. § 36. p. 201. Lo afirmado por OERTMANN es exacto si la oferta ha dado origen a un contrato. Pero importa negocio jurídico y es eficaz para reclamar indemnización, por sí sola, en caso de negarse a contratar quien la formuló.

Divide CARIOTA-FERRARA (17) los hechos en naturales y voluntarios, sea que consistan en hechos de la naturaleza o hechos del hombre. Y además afirma algo muy importante: los hechos del hombre, o sea los que llama "hechos voluntarios", se denominan "*actos*". Y, más precisamente, "*actos jurídicos*".

Después, CARIOTA FERRARA (18) expresa que los "actos jurídicos", —no los hechos jurídicos—, se dividen en "actos jurídicos simples" y en "actos jurídicos compuestos", ya sea que estén formados de un solo elemento o de más de un elemento.

Los actos jurídicos simples se llaman también "actos jurídicos unitarios".

Dice que son actos jurídicos complejos el nacimiento de un ser humano; el robo; la prescripción; el contrato. Muchos de estos actos jurídicos complejos presentan el cuadro de que los hechos que los componen se realizan no del todo sino de una sola vez, como ocurre en la prescripción o en los contratos.

CARIOTA FERRARA (19) vuelve a la distinción de los hechos jurídicos ahora en hechos jurídicos positivos y hechos jurídicos negativos, según estén constituidos por acciones u omisiones. Y como hecho jurídico negativo examina la repetición en el pago indebido, en cuanto no existe la obligación por cuanto ya había sido pagada y que este hecho negativo da origen a la acción de repetición de lo indebido. CARIOTA FERRARA afirma que el hecho negativo por sí solo no produce un efecto jurídico, sino que existen también presupuestos que concurren con otros hechos positivos a la producción del efecto jurídico y que esto que dice sirve para explicar la oposición entre dos corrientes de doctrina, la una que considera hecho jurídico al hecho negativo; y otra doctrina que niega que un sólo evento pueda ser estimado como hecho jurídico negativo. Esta última doctrina razona así en la repetición del pago indebido: si no existe deuda y se ha cumplido con pagarla, la repetición se justifica no por la inexistencia de la obligación, que es hecho negativo, sino por el pago que ya se hizo, que es hecho positivo. Considera CARIOTA FERRARA que el efecto jurídico puede producirse por la concurrencia de varios hechos jurídicos, de los que unos serán positivos y otros negativos. Un hecho positivo o negativo produce en unión de otros hechos efectos jurídicos distintos. Ej., el pago (hecho

(17) El Negocio jur., N° 2, p. 5.

(18) El Negocio jur., N° 2, p. 6.

(19) El Negocio jur., N° 2, p. 6 s.

jurídico positivo) da lugar a la repetición de lo indebido si pretende extinguir una obligación ya extinta por un pago, por ejemplo. Y el no pago (hecho negativo) origina la constitución en mora y las consecuencias que le siguen (hasta embargo y remate).

Otra clasificación que hace CARIOTA FERRARA (20) es la de hechos constitutivos, hechos extintivos y hecho impeditivos.

Hecho constitutivo (hecho jurídico) es el mutuo, en que el mutuuario se obliga a devolver otro tanto de las cosas que recibiera de la misma calidad (es obligación de especie: *tantumdem*). También es hecho jurídico constitutivo el mandato.

Ejemplo de hecho jurídico extintivo el pago, ya que extingue la obligación; la revocación del mandato, que extingue a dicho contrato. Con respecto a la carga de la prueba se debe probar el hecho constitutivo, pero no se está obligado a probar la inexistencia del hecho jurídico extintivo.

Hechos jurídicos impeditivos son los que conspiran contra la eficacia y validez del negocio jurídico. Así, la incapacidad, los vicios de la voluntad, la simulación, etc.

BARBERO (21) clasifica los hechos jurídicos en positivos y negativos. Ejemplo de positivos, un contrato, la posesión. Ejemplo de negativos, el no uso; dejar que otro se convierta en dueño por *usucapio*. Adviértase que el contrato es también acto jurídico y negocio jurídico. Es el contrato el más importante de los negocios jurídicos. Otras clasificaciones de los hechos jurídicos, según el mismo BARBERO (22) son si se tiene en cuenta la función, constitutivos, translativos, modificativos, extintivos e impeditivos. Dentro de los constitutivos comprende los translativos, a los que después llama también adquisitivos. La clasificación dice que es importante para la prueba. En los constitutivos la prueba deberá darla quien afirma el derecho. Por el contrario, en los hechos extintivos e impeditivos la prueba corresponde a quien la niega. En general, la prueba corresponde a quien afirma la relevancia de los hechos en su propio interés. Esto es lo que dice el art. 2697 del cód. civ. italiano en su primera parte: "Quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento". Y quien deduce una excepción que ha modificado o extinguido el derecho deberá probar los hechos sobre los que funda la excepción.

(20) El Negocio jur., N° 3, p. 7 s.

(21) Sistema, I, N° I, p. 335.

(22) Sistema, I, N° II, p. 335 s

Otra clasificación de los hechos jurídicos que hace BARBERO (23) es la de hechos de adquisición a título originario y hechos de adquisición a título derivativo.

Ejemplo: se adquiere a título originario entre nosotros una cosa mueble *res nullius*: art. 877 cód. civ. peruano. La *usucapio* de 30 años (no la decenal; —art. 871 cód. civ. del Perú—, es también adquisición originaria; y no obstante que hasta el último día que completó el plazo de 30 años era el inmueble de quien sufrió la *usucapio*. No hay aquí transferencia; transmisión. Sólo existe aprehensión y posesión prolongada. Como no se adquiere de otro, no se responde de los vicios que afectaran el derecho del propietario anterior.

Adquisición derivada se da en la adquisición por donación o venta, o por sucesión. Aquí el derecho del dueño anterior se transmite al nuevo dueño. Este responderá de los vicios que tenía el derecho del enajenante o causante. Sólo en los títulos-valor no existe esto. El endoso constituye al adquirente del título, en dueño *ab initio*, si es endoso transmisivo de la propiedad del título de crédito. Por tanto, se encuentra libre de las excepciones que pudieren serle opuestas al endosante, o endosantes, salvo cuando se trate de ciertas excepciones que tienen el carácter de comunes.

En lo que respecta a la sucesión, que es también modo de adquirir derivado, el heredero adquiere activo y pasivo. No sólo bienes y créditos, sino también obligaciones pasivas garantizadas o no. Esta es la sucesión *mortis causa*. Empero, existe una sucesión inter vivos, en que las cosas se enajenan, se transfieren, por medio de la compra-venta, la permuta, la donación, el mutuo.

La sucesión *mortis causa* puede ser a título universal y a título particular (legado, en que quien recibe la ventaja patrimonial no es heredero, sino legatario).

La sucesión entre vivos es a título particular siempre y en todo caso.

La propiedad es derecho que se transfiere, como acontece en la herencia o sucesión, o derecho que nace en forma originaria.

Ahondando sobre esta materia de la sucesión debe establecerse que en la adquisición derivada campea la norma "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*". Si se tra-

(23) Sistema, I, Nos. III y IV, p. 336 ss

ta de transferir un derecho quien lo transfiera debe ser titular de ese derecho que habrá de pasar a otro.

Por el contrario, en la adquisición originaria aparece un derecho que no fué de nadie, porque, por ejemplo, la cosa era *res nullius*. En la prescripción adquisitiva el usucapiente (treintenario entre nosotros: art. 871 del cód. civ. peruano) adquiere un nuevo derecho de propiedad. No el prescribiente decenal, porque éste necesita justo título y buena fe. También es derecho originario la adquisición de cosas muebles por virtud del art. 890 del cód. civ. del Perú.

En la adquisición derivada dicese: la mano vacía no puede dar nada. Nadie puede transferir de su patrimonio lo que no tiene dentro de él.

En algunos casos la *usucapio* larga permite la adquisición originaria del derecho de propiedad sobre el predio; pero no la extinción de una servidumbre continua y aparente. Predomina el aforismo *res transit cum onere suo*. La cosa se transfiere, pero con sus cargas y gravámenes.

La enajenación es normalmente derivada. Nadie puede enajenar más de lo que tenía. Empero, existe una enajenación que hace nacer en el adquirente un derecho originario; un derecho autónomo o nuevo, como ocurre con la enajenación que se hace con endoso pleno en los títulos-valores o títulos de crédito (*papiers valcurs*).

3.— *Los actos jurídicos*.— Hace saber RAO (24) que con la teoría de los actos jurídicos se ha abandonado la vieja clasificación de las fuentes de las obligaciones haciendo provenir éstas del contrato, del cuasi-contrato, del delito y del cuasi-delito; que después se redujo a la dualidad de contrato y delito, que se transformó finalmente en la trilogía contrato, delito y ley. Que, asimismo, la teoría del acto jurídico abandonó el concepto de ser la ley en último término, la fuente única de todos los derechos que crea y reconoce. La ley resulta fuente indirecta en cuanto confiere a su titular los efectos jurídicos que determinados hechos producen porque la ley atribuye dichos efectos a tales hechos. Que lo cierto es que los derechos y las obligaciones tienen como fuente los hechos del hombre o los hechos de la na-

(24) *Acto Jurídico*, Nº 2, p. 16 ss. Este notable autor brasillero no trata de "negocio jurídico", que es denominación desconocida por su ordenamiento. Sus expresiones sobre acto jurídico comprenden, en muchos casos, los negocios jurídicos.

turalidad en cuanto éstos por efecto de las normas legales producen determinadas consecuencias o efectos.

Puede aceptarse que para el derecho brasileiro y para el nuestro, el acto jurídico corresponde al negocio jurídico; no obstante que en el derecho germano se distingue por sus doctrinadores, el hecho jurídico; el acto jurídico; y el negocio jurídico.

La norma que junto con el hecho hace nacer el acto jurídico o negocio jurídico, no es sólo la ley. Es todo el derecho; aún el derecho consuetudinario (observable específicamente en derecho mercantil y en ciertos casos de *locatio*). Y dentro del derecho están también los principios generales que se aplican al administrar justicia.

Para ENNECCERUS (25) el acto jurídico es exteriorización de la voluntad humana. Es la realización querida o al menos previsible de un resultado exterior. Para el acto jurídico se necesita la capacidad de obrar. Puede el acto jurídico consistir en una omisión negligente.

RAO (26) informa de cómo dividía el egregio TEIXEIRA DE FREITAS en su Esboço (arts. 432, 433 y 437) los actos jurídicos. Así, en exteriores, (necesarios o fortuitos) y actos humanos (que podían ser voluntarios e involuntarios). Después, subdividía los actos humanos voluntarios en actos lícitos y actos ilícitos. TEIXEIRA DE FREITAS sólo consideraba actos jurídicos a los actos lícitos que tuvieran por objeto adquirir, modificar o extinguir derechos.

Es evidente que existen autores que no admiten como actos jurídicos a los actos no voluntarios.

Los hechos naturales son los que no dependen de la voluntad; son hechos del mundo exterior. Ejemplo; el nacimiento, la edad, la muerte de la persona; el aluvión, la avulsión, la mutación de cauce; el deterioro o destrucción parcial de la cosa.

Entre los actos voluntarios debe distinguirse:

- a) Actos voluntarios lícitos y
- b) Actos voluntarios ilícitos.

Dentro de los actos voluntarios lícitos se encuentran las acciones materiales que recaen sobre cosas del mundo físico, o afectan la situación material de quien las practica; y las mani-

(25) Trat. D. Civ., t. I, Parte gral., vol. 2, § 128, Nº I, p. 8.

(26) Ato jurídico, Nº 3, p. 19.

festaciones de la voluntad que constituyen presupuestos de efectos ordenados por la ley.

Entre las acciones materiales se encuentran las que alteran las cosas del mundo físico a fin de obtener ciertas ventajas o utilidades, como ocurre con la especificación, el hallazgo, la construcción, la plantación. En otros casos, las acciones materiales hasta destruyen las cosas, como acontece en las acciones materiales practicadas en estado de necesidad (que no son actos ilícitos). Otros casos, en fin, se dan cuando con las acciones materiales se modifica una situación material del propio agente. V. g., el cambio de domicilio.

Dentro de los actos voluntarios lícitos existen las manifestaciones de voluntad que son presupuestos de efectos ordenados por la ley. Se trata de actos humanos voluntarios, que se han producido conscientemente. No se trata de efectos queridos por el agente, sino de efectos prefijados por la ley porque tales efectos legales producen esos actos voluntarios lícitos. Por ejemplo, son los requerimientos; las notificaciones, las convocatorias, los avisos, los protestos, las simples ofertas. Estos serían sólo actos jurídicos en sentido estricto, pero no negocios jurídicos dentro de la concepción alemana. Existe en ellos manifestación de la voluntad. En el negocio jurídico la persona haciendo uso de la autonomía de su voluntad puede formar el acto negocial fijando los efectos que habrá de producir. Ello no ocurre en los actos voluntarios lícitos cuyos efectos la ley señala y en que no existe posibilidad de elección por el agente.

En los actos voluntarios lícitos (que son los actos jurídicos en sentido estricto para cierta parte de la doctrina italiana (27), o actos no negociales (o sea que no son negocios jurídicos), existe siempre manifestación de voluntad. La intención del agente precede al acto y se realiza mediante la elección del medio, sin penetrar en la estructura propia del acto, como ocurre en el negocio jurídico. En el acto no negocial el efecto jurídico proviene de la ley. El negocio jurídico es una especie del acto (acto negocial) en que la persona procede mediante su poder de autonomía a elegir el acto que le conviene.

Otros actos voluntarios son ilícitos, o sea contrarios al derecho.

(27) PASSARELLI SANTORO, Francisco, en *Enciclopedia del Diritto*, 1959, vol. IV, p. 207. Este autor se refiere a la distinción entre acto jurídico stricto sensu y negocio jurídico. En ambos encontramos la voluntad, pero su significación es distinta.

Dice MESSINEO (28) que es "acto jurídico" un acto humano realizado consciente y voluntariamente (por un sujeto por lo general capaz de obrar), de cuyo acto humano nacen efectos jurídicos porque el sujeto al practicarlo quiso determinar un resultado que el derecho toma en consideración. Cita los arts. 1324, 1334 y 1703 del cód. civ. de Italia.

Agrega que existen actos humanos que no son actos jurídicos.

Faltaría por averiguar, —decimos nosotros—, si los llamados "hechos jurídicos naturales" son "actos jurídicos" o no. La respuesta es afirmativa. Pero lo que si, no son negocios jurídicos.

Los actos jurídicos son hechos voluntarios (hechos humanos, por contraposición a los hechos de la naturaleza).

La construcción en terreno ajeno es un acto jurídico; la compra-venta y el testamento son negocios jurídicos. Es acto jurídico que produce efectos jurídicos según sea el constructor de buena o de mala fe, pero que no hace adquirir la propiedad al constructor, salvo convenio posterior con el dueño del suelo: art. 868 cód. civ. peruano.

Negocio jurídico es el testamento, la *donatio*. Actos jurídicos son la toma de posesión (ocupación o aprehensión). En todos los ejemplos existe voluntad, pero en los que son negocios jurídicos se trata de la voluntad dirigida a un fin, que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. El contenido y el fin perseguido por la voluntad del sujeto corresponden al efecto jurídico en el negocio jurídico. El fin que la voluntad pretende conseguir se objetiva en la declaración de voluntad. Esta viene a ser el contenido del negocio.

Hay quienes como CARIOTA FERRARA (29) distinguen los actos jurídicos en sentido estricto y los negocios jurídicos. Así, en los negocios jurídicos se exige capacidad legal; en los actos jurídicos no. Por ejemplo, en la ocupación (prueba de la posesión). Y establece también diferencias entre los actos jurídicos en sentido estricto y los meros actos jurídicos. Ejemplo de estos últimos son, dice, los inventarios; las inscripciones; las oposiciones; las declaraciones de ciencia o de verdad y otros que no tienen vida en nuestra realidad jurídica.

No obstante la sutileza del maestro italiano y precisamente por ella misma, esta figura del negocio jurídico deviene más

(28) Manual, II, § 33, Nº 1, p. 332.

(29) El Negocio Juríd., Nos. 11 y 12, p. 28 y ss.

compleja de lo que ya es, al llevar el análisis del hecho voluntario a tales extremidades abisales.

Respecto a los "actos jurídicos" ENNECCERUS (30) dice que son la exteriorización o actuación de la voluntad humana (no son actos de la naturaleza), los que pueden ser actos jurídicos positivos (si consisten en un hacer) y actos jurídicos que se significan en un omitir. El acto jurídico que proviene de una omisión puede derivar de una omisión negligente, que se base en el simple olvido. El acto jurídico se define como la realización que hubiere querido el agente, o al menos que se pueda prever un resultado exterior.

No son actos jurídicos los hechos de la vida espiritual interna; lo que se hubiere hecho inconscientemente; y la observancia de una conducta que ha habido que adoptar forzosamente por la *vis* absoluta (violencia).

Los actos humanos pueden carecer de importancia jurídica; v.g., un paseo, una invitación de cortesía; o pueden dichos actos humanos producir un efecto jurídico conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico. Son éstos los actos jurídicos.

Puede ocurrir que la consecuencia jurídica no derive del acto mismo, sino del efecto de hecho que produce; y si se comprueba que el solo efecto de hecho produciría la consecuencia jurídica, no se estaría entonces frente a un acto jurídico. Ejemplo: si yo destruyo una cosa de mi propiedad esa destrucción no importa un acto jurídico, desde que la propiedad se pierde en todo caso de perecimiento de la cosa, aún en la hipótesis de que la cosa perezca no por mi decisión, sino por un acontecimiento imprevisible e insuperable. Lo mismo ocurre en los casos de unión, mezcla y confusión, o de enriquecimiento injusto. Sin embargo, estos hechos habrían de ser actos jurídicos si la cosa propia es debida y existiría entonces el deber de indemnizar.

Existen actos jurídicos lícitos, que necesariamente determinan consecuencias jurídicas *ex lege*. Son actos jurídicos en sentido estricto. No existe en ellos declaración de voluntad, como ocurre en los "negocios jurídicos". La declaración de voluntad y el negocio jurídico son una misma cosa (31). Por otra parte, el negocio jurídico no es una subespecie de los actos jurídicos, porque el negocio se compone, por lo general, de varios

(30) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, I, p 8 y ss.

(31) ENNECCERUS, Trat. de D. Civ., § 136, I, p. 53.

actos jurídicos. La subespecie de los actos jurídicos la componen las declaraciones de voluntad (32).

ENNECCERUS (33), sin embargo, se refiere a la existencia de tres grupos capitales de actos jurídicos, que serían: 1. Declaraciones de voluntad; 2. Actos de derecho; y 3. Actos contrarios a derecho.

Son declaraciones de voluntad las exteriorizaciones (emisión) de la voluntad de un sujeto que se dirigen a un efecto jurídico o consecuencia jurídica. Esta declaración de voluntad por sí sola es acto jurídico, pero al efecto jurídico que produce se le llama negocio jurídico. La declaración de voluntad es un acto negocial. Por sí o junto con otros requisitos forma un negocio jurídico, es decir, un supuesto de hecho que es el negocio jurídico.

Los actos de derecho son actos humanos lícitos, que producen efecto jurídico, pero ese efecto jurídico no se determina por la declaración de voluntad, sino por la ley. Es ésta la que les concede efecto jurídico.

Entre los actos jurídicos contrarios a derecho pone como ejemplo el deterioro o destrucción de una cosa ajena para evitar el peligro inminente de un daño mucho mayor que el producido, que obliga a indemnizar, no obstante que no es para nosotros ni siquiera acto ilícito: art. 1137 inc 3º de nuestro cód. civ. y que el BGB contiene en su § 228. ENNECCERUS (34) cita equivocadamente el § 231.

Los actos de derecho, que corresponden al segundo grupo, se dividen para ENNECCERUS en actos semejantes a los negocios y actos reales. Son los actos semejantes a los negocios los que contienen exteriorizaciones de un acontecimiento del espíritu y el efecto jurídico se produce no por efecto de la voluntad (la autonomía de la voluntad del derecho francés y de sus seguidores, sino porque así lo dispone la ley. Ejemplo de estos actos semejantes al negocio jurídico son la *interpellatio* que significa la mora para el deudor. Esta no se regula por la voluntad del acreedor, sino por la ley. También es ejemplo la reclamación para que se fije un plazo en el caso del art. 1115 del cód. civ. peruano; la demanda para que elija en la obligación alternativa: art. 1200 del cód. peruano; la prohibición para que la di-

(32) ENNECCERUS, Trat. de D. Civ., § 128, n. 4 de la p. 9.

(33) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, IV, p. 11 ss. y 15.

(34) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, 4, p. 15.

vorciada lleve el nombre del marido, ya que conforme al art. 254 de nuestro cód. la divorciada no puede llevar el apellido del marido.

Otros actos semejantes a los negocios jurídicos son para ENNECCERUS (35) a) la conminación de abandonar la posesión; b) la de rematar la cosa mueble; c) la negativa del acreedor a recibir la cosa; d) la del representado a ratificar el contrato para el cual el mandatario carecía de poder suficiente; e) la de señalar domicilio sin indicar el fin que se propone con ello; f) la del acreedor pignoraticio que restituye la prenda y extingue la garantía; más no la obligación; g) notificación del acreedor al deudor de que el crédito ha sido cedido a persona determinada; h) las notificaciones que no son declaraciones de voluntad, o en las que no se tiene en cuenta la declaración misma que contienen; i) la notificación del locador de haber vendido el predio urbano alquilado; j) la notificación al vendedor de la cosa del vicio que ésta tiene.

Los actos reales forman parte de la subdivisión del segundo grupo denominado actos de derecho. Son actos reales los que requieren que únicamente se lleve a efecto un resultado de hecho, —no de derecho—, pero que produce efecto jurídico. ENNECCERUS (36) los define como actos lícitos que originan un resultado de hecho que no pertenece a la esfera del derecho, pero que, según disposición forzosa del derecho, determinan efectos jurídicos. Ejemplo: la especificación, que se significa en hacer una cosa nueva que resulta de un hecho del cual deriva el efecto jurídico de que el especificador adquiera la propiedad de la *nova specie*. Asimismo, son actos reales la adquisición de la posesión; la *traditio* posesoria; el abandono de la posesión; el tesoro para quien lo descubre; el hallazgo.

Dentro de los actos reales están para ENNECCERUS (37) los actos contrarios a derecho, que se dividen en delitos casi siempre culposos (para la doctrina germana la culpa incluye el dolo) (nótese el *casi*), que produce el deber de indemnizar el daño. Además, es delito no sólo en el área penal, sino también civil. También los actos contrarios a derecho se dividen en infracción de obligaciones personales que también dan lugar a la indemnización; y en caducidades, en las que el derecho se pierde por la comisión de ciertos hechos.

(35) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, a), p. 12 ss.

(36) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, b), p. 14.

(37) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, 3, a), b) y c, p. 14 y s.

BARBERO (38) define el acto jurídico no como "manifestación de voluntad", sino como comportamiento voluntario del sujeto al que el derecho vincula determinados efectos jurídicos en cuanto precisamente y sólo porque es voluntario. El acto jurídico es voluntario porque es acto humano. Por ejemplo para él es un hecho jurídico la especificación, que no es relevante sino como hecho, aunque en ella existiese voluntariedad. Véase arts. 881 y ss. del cód. civ. peruano (39).

Por voluntariedad entiende BARBERO cumplimiento voluntario del acto. No es voluntariedad la persecución de determinados efectos jurídicos. Eso es algo más; es intención.

Los actos jurídicos no sólo son los actos ilícitos. Existen también actos lícitos que son actos jurídicos. Así, las llamadas declaraciones de ciencia, como las pericias, los informes, el reconocimiento de hijos naturales; también lo son las denuncias, la confesión, la declaración testimonial (40). Es claro que muchos de ellos no sólo son actos jurídicos, sino negocios jurídicos.

Existen comportamientos de hecho que sólo son actos jurídicos. Existe en ellos voluntariedad, pero no intención; por lo menos, la intención no es relevante. Así, la aceptación tácita de la herencia cuando enajena las cosas relictas; la destrucción del testamento importa su revocación: art. 749 del cód. civ. del Perú; la enajenación por el testador del bien de que dispuso en testamento importa revocar la disposición pero no el testamento mismo: art. 750 cód. civ. peruano. Agrega que son actos jurídicos la gestión de negocios y el pago indebido (aunque esto es cuestionable, ya que por lo menos en la gestión de negocios la *intentio* es notoriamente relevante (41)).

Para BARBERO (42) no son actos jurídicos el descubrimiento de tesoro, el hallazgo, la mezcla y especificación, la percepción de frutos. Estos, dice, son hechos. Si no se le busca, el tesoro encontrado no denota en el descubridor ni voluntad ni intención. Y en los otros casos, la voluntariedad o involuntariedad no cambian los efectos. Otros hechos entran en la categoría de negocios. Así, la ocupación de cosa mueble de nadie (entre nosotros, no existen inmuebles *res nullius*. Hay, dice, inten-

(38) Sistema, I, Nº 200, p. 423.

(39) Sistema, I, n. de la p. 423.

(40) Sistema, I, Nº 203, a), p. 425.

(41) BARBERO, Sistema, Nº 203, b), p. 427.

(42) BARBERO, Sistema, I, Nº 205, a) y b), p. 428 s.

ción de tener la propiedad sobre ella. Este es un negocio jurídico de actuación.

CARIOTA FERRARA (43) señala también como actos jurídicos *stricto sensu* el requerimiento o intimación del acreedor, que produce en el deudor la mora, estado que lo hace responder del *casus*; el requerimiento del deudor que origina la mora *credendi*; determinadas oposiciones al pago o al matrimonio. Es evidente, empero, que no son negocios jurídicos.

En cuanto al pago que hace un tercero, si tiene carácter negocial. Allí se necesita una voluntad conciente, ya que no existe obligación entre el *solvens* y el *accipiens*. Propiamente, existiría una declaración de voluntad, aunque esta afirmación no resulta muy neta.

Existe la siguiente gradación:

1. *Hechos naturales y hechos voluntarios o humanos.* Estos pueden ser hechos simples y hechos complejos. Hechos positivos y hechos negativos. Hechos constitutivos, hechos extintivos y hechos impeditivos.

2. *Actos lícitos y actos ilícitos; que son actos jurídicos.*

CARIOTA FERRARA (44) agrega "actos jurídicos en sentido estricto" a los "actos jurídicos ordinarios" y expresa que es asunto delicado decidir si junto a la categoría de los negocios jurídicos debe admitirse una segunda categoría: la de los actos jurídicos en sentido estricto. Ambos son voluntarios, pero en el negocio jurídico no existe cualquier voluntad sino una voluntad dirigida a un fin que se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico. De otro lado, existen actos jurídicos que no llegan a ser negocios jurídicos, pero que tampoco pueden identificarse con los actos jurídicos frecuentes o comunes. En el negocio jurídico existe voluntad negocial.

Todo hecho jurídico produce efectos jurídicos. Unos hechos se quedan en actos jurídicos; otros hechos, por el contrario, son negocios jurídicos.

Los efectos jurídicos son los que originan un cambio en la situación que existía y que crean nuevas situaciones a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas. Los efectos jurí-

(43) El Negocio jur., Nº 13, p. 33.

(44) El Negocio jur., Nº 11, p. 28.

dicos se traducen en la adquisición, pérdida o modificación de derechos.

Los hechos jurídicos naturales no serían jamás actos jurídicos. En cambio, los hechos humanos o hechos voluntarios pueden ser actos jurídicos o algo más: negocios jurídicos. Estos hechos humanos son hechos jurídicos que el hombre los realiza durante su hacer; son hechos jurídicos voluntarios porque todo ser humano se encuentra dotado de voluntad. Es hecho natural, por ejemplo, la muerte; y ésta produce innúmeros efectos jurídicos. Los hechos jurídicos *naturales* pueden, sin embargo, dar lugar a actos jurídicos y aún a negocios jurídicos.

4. *Negocios jurídicos.* Existen quienes creen que lo importante en ellos no es sólo la voluntad, sino la declaración de voluntad. Otros consideran que lo substancial es que reflejan la autonomía privada, por cuanto con ellos se autorregulan los propios intereses. Así, se dispone con ellos de los propios bienes. El Estado por medio de su ordenamiento, reconoce el valor de los negocios jurídicos. La autonomía privada tiene límites en el ordenamiento.

El contrato es uno de los negocios jurídicos bilaterales patrimoniales. No es el contrato el único negocio jurídico bilateral. El matrimonio es un negocio jurídico bilateral aunque no inmediatamente patrimonial; lo mismo los esponsales. Por el contrato se realizan determinados fines económicos que producen efectos jurídicos. El contrato presupone el acuerdo de dos o más partes, realizado por lo menos en igualdad jurídica, aunque no siempre en igualdad económica. El acuerdo supone el consentimiento, que nace de la mezcla de las voluntades intervinientes en el contrato. No hay una voluntad contractual que nace de las voluntades participantes, porque cada voluntad integra a las otras.

Antes de estudiar la clasificación del "acto jurídico" CANDIAN (45) lo define como "energía fisiopsíquica del acto, que al externarse, el ordenamiento jurídico recoge el resultado que ha producido en el mundo exterior, algunas veces en sentido substancial y otras en sentido formal".

CANDIAN clasifica el acto jurídico en acto lícito y acto ilícito. En el acto ilícito puede darse aquel que es reprimido penalmente (en la esfera penal se sanciona el acto ilícito que ha

(45) Inst. de D. Priv. § 2, p. 81.

sido cometido no sólo por dolo, sino también por culpa; empero, la culpa sólo se castiga en los casos taxativamente señalados por la ley penal: art. 82, § 1º del C. P. del Perú). (Existe en el C. P. peruano el art. 87 que castiga aún a quien no sólo no ha cometido dolo, sino tampoco culpa y que la verdad es que es doctrinariamente inexplicable).

Otra clasificación para CANDIAN es la de acto "facultativo" y acto "obligatorio" (46). El acto facultativo puede o no cumplirlo el obligado. El segundo deberá cumplirlo porque la ley lo establece, o el negocio jurídico así lo dispone. Pagar una deuda es acto obligatorio. Recibir una herencia o legado es un acto facultativo.

CANDIAN (47) de entrada conviene en que el acto ilícito es un acto jurídico, ya que a la letra dice: "Acto ilícito es el que, entre los actos jurídicos, tiene por contenido o evento la lesión injusta de un interés ajeno".

El acto ilícito es para MESSINEO (48), en cuanto se contrapone al acto lícito, un acto jurídico. Es querido por el sujeto que lo realiza. Produce un daño a otro y existe en el autor la obligación de repararlo. Es deber nuestro expresar que MESSINEO no dice claramente si el acto ilícito es acto jurídico. Sin embargo, lo estudia dentro del § 33, que trata de los actos jurídicos. Apunta que el acto ilícito es querido por el que lo comete, pero esto no se da en el incapaz, que realmente carece de voluntad jurídicamente eficaz. Se refiere el autor italiano a un acto ilícito extra-contractual y a otro acto ilícito contractual, manifestando que en éste último existe el incumplimiento voluntario de una obligación emergente del contrato.

El acto ilícito es un acto jurídico que viola una norma y produce daño a otro. Puede ser realizado por un incapaz de entender y querer, o por un capaz, en cuyo caso puede deberse a dolo o a negligencia. El acto ilícito no sólo es un hecho; es un acto voluntario.

Dícese que la incapacidad excluye la ilicitud del acto, por lo que el incapaz no debe resarcimiento. La reparación corre a cargo de quien lo cuida. Y que sólo en caso de no poder pagar éste, condena al autor del daño (que es incapaz) a pagar una indemnización equitativa (art. 2047-2º cód. civ. italiano de 1942; y art. 1140 del cód. civ. peruano de 1936).

(46) Inst. de D. Priv., § 2, p. 82.

(47) Inst de D. Priv., cap. III, Nº 69, p. 114.

(48) Manual, II, § 33, Nº 4, p. 337.

RUGGIERO R. de (49) expresa que con el acto ilícito se consigue algo que la ley no permite. No es un negocio jurídico. Está comprendido dentro del acto jurídico, pero no es acto jurídico lícito, como lo son, v.g., la siembra y la plantación (véase art. 870 del cód. civ. peruano).

Para CARIOTA FERRARA (50) existen negocios jurídicos ilícitos, pero que no están comprendidos dentro de los actos ilícitos. El negocio ilícito es nulo; inválido: art. 1123, inc. 2º del cód. civ. del Perú. Por tanto, no habría de transferir el derecho de propiedad, si ese es su propósito; o hacer nacer obligaciones activas y/o pasivas para las partes. El negocio ilícito no sólo sería anulable; es nulo de pleno derecho.

La responsabilidad en el acto ilícito en el cód. civ. peruano no es sólo subjetiva (*dolus* y/o *negligentia*), sino objetiva. Su art. 1137 enumera cuáles no son actos ilícitos. Empero, pese a no serlo, el autor de esos hechos no ilícitos está obligado a reparar los daños que cauce sea por el deterioro o destrucción de la cosa ajena para remover un peligro inminente, sea por ejercer la legítima defensa, etc. Por tanto, debe reparar o indemnizar aún aquel cuyo hecho es lícito. Por ejemplo, el art. 858 del cód. civ. del Perú autoriza que se ejecuten actos en propiedad ajena, que conjuren un peligro actual, pero obliga al autor de esos hechos a indemnizar daños y perjuicios. Es incuestionable, sin embargo, que su acto es lícito, ya que la ley lo autoriza.

Considera RUGGIERO (51) que si el acto jurídico es conforme al derecho objetivo, será un "acto jurídico lícito"; y si no lo fuera puede ocurrir, porque eso no se da siempre, que sea un "acto jurídico ilícito".

5.—*Negocios jurídicos propiamente dichos.*— Las obligaciones en cuanto provienen de cualesquiera de los contratos, sólo se entienden exigibles como derivadas de un contrato. Este es el negocio jurídico; o sólo el acto jurídico conforme a la denominación de nuestro cód. civ. En el contrato está manifestada la voluntad; se encuentra declarada. No es el contrato la voluntad unilateral; es la voluntad bilateral o multilateral, como acontece en el contrato de sociedad. El ordenamiento se-

(49) Instituciones de Derecho Civil, I, trad. del italiano, Madrid, § 25, p. 249.

(50) El Negocio Juríd., Nº 9, p. 23.

(51) Instituciones, I, § 24, p. 247.

ñala qué obligaciones derivan de los contratos. Sin embargo, las partes pueden crear otras o modificarlas. Lo mismo en el *testamentum*.

RAO Vicente (52), civilista brasileiro —paulistano por más señas— habla sólo de actos jurídicos que pueden ser o no voluntarios y a los que denomina precisamente “actos jurídicos”. Actos que producen efectos creadores, adquisitivos, modificadores o extintivos de derechos, por disposición directa e inmediata de la ley. Y en la actuación subsecuente de esos efectos interviene la voluntad de los respectivos sujetos o titulares (53). Por ejemplo, la muerte no es hecho voluntario; no es hecho humano; es un hecho de la naturaleza que cuando incide en un ser humano produce, v.g., el fenómeno de la sucesión, o la extinción de ciertos derechos reales como el usufructo, el uso o la habitación. Posteriormente, sin embargo, los herederos pueden provocar una multiplicidad de efectos jurídicos en los que sí interviene su voluntad declarada.

El codificador peruano bebió la teoría del acto jurídico, del cód. civ. del Brasil; que nada dice del negocio jurídico.

Para nosotros, no existiendo en el cód. civ. ni siquiera la denominación de “negocio jurídico” resulta evidente que el negocio jurídico queda comprendido en el concepto de acto jurídico, haciendo más compleja y difícil esta figura del acto jurídico.

Nicolás COVIELLO (54) no sólo no se ocupa de actos jurídicos, sino que ni siquiera los nombra. Y refiriéndose a los negocios jurídicos hace notar que no están en las leyes (en las de Italia, evidentemente, y lo decimos porque COVIELLO es de ese país). Sólo la doctrina alemana, comprueba, ha elaborado el concepto de *negocio jurídico*; ha esclarecido y encontrado sus reglas comunes; y ha construido una teoría general. Advierte que ese concepto del negocio jurídico es muy controvertido. Seguidamente, dice del negocio jurídico que es manifestación de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas. Y lo distingue de los “actos ilícitos” porque éstos no están destina-

(52) Ato jurídico, 2ª tiragem, Max Limonad, Editor, Sao Paulo, Brasil, 1961, Nº 1, p. 16.

(53) RAO, *ibidem*. Agrega que el análisis que hace es más profundo cuando se enfrenta con los actos jurídicos voluntarios, porque en ellos la voluntad de los agentes está inmediatamente dirigida a conseguir los efectos prácticos definidos y tutelados por el derecho.

(54) Doctrina general del Derecho Civil, trad., Uteha, México, 1938 §§ 101 ss., p. 342 ss. Cf. RUGGIERO-MAROI, *Instituzioni*, I, § 26, p. 95.

dos a producir consecuencias jurídicas; que esas consecuencias nacen por fuerza de la ley y contra la voluntad del autor del acto ilícito.

RUGGIERO R. de (55) define el negocio jurídico como una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico. Agrega que el momento predominante es la voluntad. Para nosotros, no bastaría la *voluntad*; debe existir "declaración de voluntad" y ésta encaminada a un fin susceptible de producir efectos jurídicos previstos y aún imprevistos e imprevisibles.

WINDSCHEID Bernardo (56) considera que es una declaración *privada* de voluntad el negocio jurídico; y cuya mira es la de producir un efecto jurídico.

Es constante, como vemos, en el negocio jurídico, la existencia de una declaración de voluntad. Para de RUGGIERO (57) la voluntad debe ser manifestada. La voluntad interna aunque legítima, carece de valor. Es sólo proposición la voluntad interna. Tiene entonces que exteriorizarse la voluntad, o sea que deberá ser "declaración de voluntad".

El negocio jurídico es manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico. Es la voluntad lo más importante en el negocio jurídico.

Los negocios jurídicos estarían comprendidos entre los actos jurídicos lícitos. Empero, son más que los actos jurídicos. El mismo negocio jurídico ilícito no sería acto jurídico ilícito (58).

Para CARIOTA FERRARA (59) el negocio jurídico es manifestación de voluntad tutelada por el ordenamiento jurídico, con la que se persigue regular los propios intereses de la vida social; v. g., disponer de los propios bienes. Con el negocio jurídico circulan los bienes.

El negocio jurídico es el instrumento más importante para expresar la voluntad del sujeto dentro de su esfera jurídica; representa la autonomía privada.

(55) Instituciones de D. Civ., I, trad., Madrid, § 25, p. 249.

(56) Diritto delle Pandette, I, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1930, § 69, p. 202 s. En la n. 1 de la p. 202 una extensa bibliografía en idioma alemán, sobre negocio jurídico.

(57) Instituciones, I, § 25, tex. y n. de la p. 250.

(58) WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, I, § 101, p. 344.

(59) CARNELUTTI, Teoría generale della circolazione, p. 55 ss., cit. por CARIOTA FERRARA, en Negocio jur., Nº 15, n. 5 de la p. 43.

El derecho reconoce la validez de las regulaciones individuales que hacen los sujetos por medio de los negocios jurídicos. Y hasta son regulaciones que se hacen por el sujeto hasta para después de su muerte. Así, el testamento.

Los negocios jurídicos sólo producen efectos entre las partes y quienes de ellas derivan su derecho. Para los terceros todo negocio es irrelevante. Sólo por excepción producirá efecto para terceros. Hay el aforismo *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*.

La declaración de voluntad en el negocio es eficaz si el que la formula es persona capaz y si se han cumplido las exigencias de forma, objeto, etc., reclamadas por la ley: art. 1075 del cód. civ. peruano.

La sola voluntad no basta para hacer nacer el negocio jurídico. Es necesario que exista manifestación de voluntad. La voluntad valdrá en tanto y en cuanto se encuentra manifestada en la declaración de voluntad.

No debe olvidarse que el negocio jurídico es manifestación de voluntad. Si no está manifestada y sólo existe psíquicamente en el sujeto, es como si no hubiere voluntad. Es elemento esencial del negocio jurídico.

Por eso CARIOTA FERRARA (60) define el negocio jurídico como "manifestación de voluntad que se dirige a un fin práctico, y que el ordenamiento jurídico tutela, teniendo en cuenta también la responsabilidad del o de los sujetos y la confianza de los demás".

Acerca de la expresión "negocio jurídico" RUGGIERO (61) dice que ella es extraña a la terminología usada en la legislación italiana. Agrega que en Italia se habla de "acto"; no de "acto jurídico"; Adviértase que la obra de RUGGIERO es anterior al cód. civ de Italia de 1942, que también ignora el concepto de "negocio jurídico"; y que, sin embargo, sus doctrinadores lo han estudiado intensamente. Nosotros, estamos mejor ya que no sólo el cód. civ. regula el acto jurídico como el BGB, sino que muchos de sus preceptos se refieren específicamente a la "declaración de voluntad".

BARBERO (62) define el negocio jurídico como manifestación voluntaria de intención a la cual el orden jurídico vincula

(60) En Negocio jur., Nº 20, p. 58.

(61) Instituciones, I, § 24, n. 1 de la p. 247.

(62) Sistema, I, Nº 207, III, p. 434.

los efectos reconocidos necesarios o convenientes para su mejor realización en forma jurídica.

En otro lugar, dice (63) que en importancia y complejidad supera al hecho y al acto jurídico. Es la manifestación voluntaria de una intención. Y es ésta la que lo caracteriza como negocio. Empero, necesita de la manifestación para que exista el hecho; y necesita también de la voluntariedad para que exista acto jurídico. Es decir, los tres elementos coexisten en el negocio jurídico. El acto jurídico no puede desarrollarse como lo hace el negocio. No existe *numerus clausus* en los negocios. Con el negocio las partes expresan una intención de conseguir una finalidad determinada que la ley tutela.

Dice que el contrato es la especie más importante del negocio jurídico (64).

Existen negocios jurídicos de índole personal, como son el matrimonio, la adopción, la declaración de legitimidad de los hijos por declaración judicial. Esta última está legislada en nuestro cód. civ. en los arts. 314 y ss. Otros negocios son de índole patrimonial, como el arrendamiento. Existen negocios jurídicos atípicos: los contratos innominados: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, do ut des et facias, do et facio ut des*. Negocios entre vivos y por causa de muerte; consensuales y reales; de eficacia real y de eficacia obligatoria; formales y no formales; de administración y de enajenación; a título gratuito y a título oneroso; etc. (65).

Expresa RUGGIERO (66) que son negocios jurídicos el contrato; el testamento; la renuncia de un derecho; el reconocimiento de hijo natural; el pago de una deuda; la asunción de una tutela; la promesa de contratar, v. g. la promesa de venta (que es contrato preparatorio); la aceptación de la herencia (que para nosotros impediría renunciar, porque no es necesario manifestar que se acepta la herencia para heredar).

BETTI (67) impugna la definición del negocio jurídico como manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, que se inspira en el dogma de la voluntad. Que lo esencial en el negocio jurídico es la autonomía; la autoregulación de intereses en las relaciones privadas. Que la autoregulación no

(63) Sistema, I, Nos. 207 y 209, p. 433 y 436 s.

(64) BARBERO, Sistema, I Nº 209, p. 436.

(65) BARBERO, Sistema, I, Nº 210, p. 438 ss.

(66) Instituciones, I, § 25, p. 249.

(67) Teoría general del negocio jurídico, Nº 3, p. 53.

supone que el individuo debe limitarse a querer, a desear, sino a disponer, o sea a actuar objetivamente. El negocio señala para el individuo que en él interviene un criterio de conducta.

Karl LARENZ (68) hace notar que como se afirma en la parte general del BGB, son negocios jurídicos los actos, en especial las declaraciones de una persona, por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos. Agrega que son negocios jurídicos obligatorios los que se dirigen a una obligación del actor, de los que nace una relación obligatoria cuando asume un deber de prestación. Siguiendo la doctrina alemana, expresa que hay negocios jurídicos unilaterales, a los que pertenecen la mayoría de las declaraciones constitutivas de derecho, como la impugnación, la denuncia, el consentimiento, el asentimiento; y que existen negocios jurídicos bilaterales o contratos (nótese que identifica a todos los contratos con los negocios jurídicos bilaterales); y negocios jurídicos plurilaterales, como los acuerdos. Cita con respecto al negocio jurídico contrato el § 305 del BGB, por el que salvo disposición legal en contrario, se precisa la existencia de un contrato entre las partes interesadas para establecer o modificar una obligación mediante un negocio jurídico. No basta, pues, de acuerdo con el precepto citado, la promesa de cumplir una obligación para que exista el deber de cumplirla, sino porque para ello debe existir la aceptación de la promesa por parte del destinatario; y ello obedece a que nadie puede adquirir una obligación activa mediante la simple promesa del deudor, sin que medie el consentimiento del beneficiario. Las excepciones (y por serlo son taxativas) son las obligaciones que nacen de la declaración unilateral de voluntad en el cód. civ. del Perú: promesa de recompensa y títulos al portador.

Es evidente que los hechos jurídicos humanos que consisten en declaraciones de voluntad que persiguen la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o de un derecho subjetivo, o de un *status*, son "*actos jurídicos*"; y son también "*negocios jurídicos*".

Entre los negocios jurídicos hay unos que no consisten en declaraciones de voluntad. Son actos reales; actos materiales;

(68) D. de Obligaciones, I, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, cap. I, A, § 4, obligaciones derivadas de los negocios jurídicos, p. 55 s., trad. del alemán. Véase también del mismo LARENZ, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los obligaciones; E. BETTI, Teoría general del negocio jurídico; G. STOLFI, Teoría del negocio jurídico; E. DANZ, La interpretación de los negocios jurídicos.

así, la *traditio*, o la ocupación inmobiliaria o la aprehensión mobiliaria; o la construcción en suelo ajeno; o la invasión del suelo colindante; etc.

Existen otros negocios jurídicos que son actos que contienen declaraciones de voluntad dirigidas a obtener un efecto predeterminado. Estos son, según MESSINEO (69) actos jurídicos stricto sensu, a los que ordinariamente no se les aplican los principios de los negocios jurídicos. Ejemplo, la *interpellatio* que el acreedor dirige al deudor para constituirlo en mora.

Para los "negocios jurídicos" MESSINEO (70) cita también los arts. 1324, 1334 y 1703 del cód. civ. italiano, agregando los arts. 818 y 1414, § 3º del mismo cód.; y advierte que la ley llama "acto" al negocio jurídico. Pero se trata de un acto en el que existe declaración de voluntad privada.

Es interesante examinar los preceptos citados por MESSINEO (71), no obstante que comprueba que el cód. civ. de Italia llama al negocio jurídico "acto"; ni siquiera "acto jurídico" dice. Veámoslos:

Art. 818.—Régimen de las pertenencias.— Los *actos* y las relaciones jurídicas que tienen por objeto la cosa principal comprenden también las pertenencias, si no se ha dispuesto otra cosa.

Las pertenencias pueden constituir objeto de *actos* o relaciones jurídicas separados.

Esta disposición contiene un tercer párrafo que no menciona el vocablo "acto".

Art. 1324.—Normas aplicadas a los actos unilaterales.— Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los *actos* unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial.

Art. 1334.—Eficacia de los *actos* unilaterales. — Los *actos* unilaterales producirán efecto desde el momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que van destinados".

Art. 1414.—Párrafo 3º: Las disposiciones precedentes se aplicarán también a los *actos* unilaterales destinados a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

(69) Manual, II § 33, Nº 2, p. 333.

(70) Manual, II, § 34, Nº 1, p. 338.

(71) Manual, II § 34, Nº 1, p. 338.

Art. 1703.—Noción.— El mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más *actos jurídicos* por cuenta de otra.

Como se observa, la legislación italiana, pese a su reciente fecha de vigencia, es notoriamente pobre en negocio jurídico. Sin embargo, ello no ha impedido que sus comentaristas construyan la teoría de esta figura. Un solo precepto habla de “acto jurídico”; los demás artículos se refieren a “actos”. La declaración de voluntad no ha sido mencionada. Nosotros, quedamos situados más cerca, ya que el código regula pormenorizadamente el acto jurídico y específicamente menciona las declaraciones de voluntad.

El negocio jurídico no es una acción que se comete para producir un determinado efecto jurídico. Por ejemplo, robar con la intención de ser castigado; lesionar para deber una indemnización pecuniaria; éstos no son negocios jurídicos (72).

También WINDSCHEID (73) expresa que el fin último del negocio jurídico es producir un efecto jurídico; y que no siempre el negocio jurídico se dirige *inmediatamente* a crear, extinguir o modificar un derecho o un complejo de derechos.

La extinción es la cesación del derecho subjetivo. Se acaba, se muere éste.

La pérdida supone la extinción. Por ésta el titular del derecho se separa de él.

La extinción puede deberse a inercia del titular, como acontece en la prescripción extintiva. También se extinguen las cosas porque su propietario hace uso de su derecho de goce, en las cosas muebles consumibles.

El derecho de crédito se extingue mediante cualquier modo de extinción: pago, novación, *transactio*, etc.

Se pierde, por ejemplo, el derecho de propiedad con la enajenación de la cosa en que estuvo localizado. O también por la expropiación, o por la caducidad.

Para MESSINEO (74) “negocio jurídico” es una especie del acto jurídico que de ordinario consiste en una declaración de voluntad. Pueden ser varias declaraciones de voluntad dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos (que pueden o no haber sido previstos) y que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza.

(72) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I § 69, n. 1^a de la p. 203.

(73) *Diritto delle Pandette*, I, § 69, p. 204.

(74) *Manual*, II, § 34, N^o 1 y s., p. 338 y s.

El negocio jurídico es, pues, un acto jurídico, como cualquier otro. Dicho negocio jurídico no produce efectos por sí, sino porque el ordenamiento jurídico lo reconoce y le presta su fuerza. Está contenida en él la voluntad del sujeto, pero los efectos del negocio derivan de la ley.

Se discute entre los juristas alemanes que sea sólo la voluntad la que produce los efectos no legales del negocio jurídico. BECHMANN, LENEL, SCHLOSSMANN, EHRLICH, ISAY, MANIGK se oponen a esta afirmación absoluta. Dícese por éstos que la voluntad no es esencial y sólo basta el fin empírico (75).

En general, el negocio jurídico es una clase del hecho jurídico.

No existe negocio jurídico sin voluntad negocial.

Todo negocio jurídico crea una relación jurídica.

El negocio jurídico sólo puede perfeccionarse si la ley lo autoriza y le da efectos jurídicos. Vale el negocio jurídico en tanto la ley lo reconoce. Pero no ocurre como en el área de los derechos reales, en que para éstos existe *numerus clausus*: el art. 852 del cód. civ del Perú prohíbe que por los actos jurídicos se puedan establecer otros derechos reales que los reconocidos por el código. Adviértase que se refiere a "actos jurídicos", cuando el derecho de propiedad se transfiere por medio de negocios jurídicos: venta, donación, permuta, mutuo, adjudicación en pago, transacción.

Expresa Paul OERTMANN (76) que es negocio jurídico el hecho producido dentro del ordenamiento jurídico que, con arreglo a la voluntad de los interesados, manifestada en dicho negocio, debe provocar tales o cuales efectos jurídicos; y, a no ser que concurren ciertos vicios, efectivamente provoca dichos efectos.

Esta definición es de una notable claridad.

Conviene decir que nuestro cód. civ. de 1936 no conoce dentro de su articulado esa expresión "negocio jurídico". Se quedaron nuestros legisladores con la expresión "acto jurídico". A nada denomina el nuevo cód. como negocio jurídico.

(75) Véase PONTES DE MIRANDA, Tratado, III, §252, p. 38, quien cita a los autores que dejó relacionados, con indicación de sus obras y números de los parágrafos y de las páginas.

(76) En Introducción al D. Civ., Editorial Labor, Barcelona, B. Aires, trad. de la 3ª ed. alemana, § 35, p. 194.

OERTMANN (77) hace notar, de entrada, que el concepto de "negocio jurídico es uno de los más importantes en la moderna ciencia del derecho y que forma parte de la terminología del BGB (abreviatura del cód. civ. germano), aunque este cuerpo de leyes no es claro al tratar del negocio jurídico. Agrega el autor alemán que es necesario esclarecer si el negocio jurídico es un elemento de hecho (un hecho) productor de efectos jurídicos; o que negocio jurídico es frase constituida por las consecuencias jurídicas de ese elemento de hecho (de un hecho), creyendo OERTMANN que el primer pensamiento es el que estima verdadero.

El negocio jurídico descansa en la voluntad de las partes. Además, no toda declaración de voluntad es un negocio jurídico. El concepto de negocio jurídico no se determina por el de *declaración de voluntad*.

Por ejemplo, es declaración de voluntad la que una persona hace en su testamento; o también la aceptación que una persona da a una oferta de contrato. Se vinculan declaración de voluntad y negocio jurídico; pero ambas no son susceptibles de equipararse. El hacerlo importa un error.

Hay declaraciones de voluntad que no son apropiadas para producir efectos jurídicos. Y hay también negocios jurídicos que están formados por varias declaraciones de voluntad. Ejemplo de esto último lo tenemos en el contrato, en que las declaraciones de voluntad son coincidentes.

En el negocio jurídico hay una voluntad: la voluntad contractual. Para esclarecer este problema existen dos teorías: una, la de la declaración; y otra, la de la voluntad.

Las consideraciones psicológicas que determinan la voluntad, los motivos para la declaración de voluntad que llevan a contratar a un sujeto, no reclama la ley que sean correctos, o que correspondan a la realidad. Si así fuera no existiría seguridad en la contratación. Como dice OERTMANN Paul (78), no se puede a base de procesos espirituales internos sustraídos a toda posibilidad de control y, por lo general, no susceptibles de conocimientos en el exterior, derribar todo el edificio del negocio jurídico con todos los intereses a él ligados. Y pone estos ejemplos: X ante la perspectiva de ser llamado como profesor a la ciudad Y procede a vender su casa en la ciudad en que ac-

(77) Introduc. al D. Civ., § 35, p. 193.

(78) Introduc. al D. Civ., § 39, p. 217 y s.

tualmente vive y alquila una habitación en la ciudad, donde va a ser llamado. Empero, este posible empleo de profesor no llega a conseguirlo X. Es evidente que no van a quedar nulos por eso, los contratos de venta y de locación que ha celebrado. Asimismo, A lee en un periódico el número premiado de la lotería y comprueba que es el mismo número que tiene el billete que él ha adquirido. De inmediato procede a comprar un collar de brillantes, pero resulta que el guarismo indicado en el diario es equivocado. Es incuestionable que no podría A impugnar la compra por el equívoco que ha sufrido.

Los motivos son, pues, indiferentes. Sin embargo, puede existir anulabilidad del contrato si el motivo fué provocado mediante ilícitas maquinaciones, sea por la parte contraria, sea por el tercero. En este caso podría existir intimidación o dolo. Asimismo, habría anulabilidad si se emitió la declaración de voluntad para el caso de una hipótesis determinante de ella, que está expresada en el instrumento que contiene el negocio jurídico. Ejemplo: X compra a Z un predio urbano a condición de que tenga determinada cabida, o sea que ésta es condición determinante de la declaración de voluntad de X. Véase que se trata no de una verdadera condición, que está siempre situada en el futuro, sino que esta es una condición o cualidad que está situada en el pasado o en el presente. Es obvio que este negocio es ineficaz desde el principio si el inmueble carece del área puesta como condición, aunque los contratantes ignoren el área verdadera. Adviértase que ésta constituye una modalidad peculiar de la venta de cosa inmueble con arreglo a la cabida.

En el negocio jurídico es indispensable la manifestación de la voluntad, que puede ser de uno o de varios sujetos. El contrato es un negocio jurídico.

El negocio jurídico es una declaración de voluntad que está encaminada a producir determinados efectos jurídicos, estén o no éstos previstos.

En cuanto a las declaraciones de voluntad, existen declaraciones de voluntad recepticias. V. g., la oferta o policitud de contrato; la aceptación, el otorgar y el revocar un mandato. Estas declaraciones de voluntad deben ser recibidas por otra persona para que produzcan efecto. Por el contrario, existen declaraciones de voluntad no recepticias. Aquí resulta que el acto de una persona, que es un negocio jurídico, influye en la esfera jurídica de otra persona, sin que pueda estimarse que existe una parte contraria. Ejemplos de estas declaraciones de

voluntad no recepticias son el testamento, la promesa pública de recompensa, la emisión de títulos al portador.

Al ocuparse del "negocio jurídico", ENNECCERUS y NIPPERDEY (79) anotan que el derecho privado concede al ser humano poder para crear sus propias relaciones jurídicas, mediante su propia voluntad exteriorizada. Y que el medio de que se vale el hombre para exteriorizar su propia voluntad es una *declaración de voluntad* que por sí sola o en unión de otras declaraciones de voluntad sirve de base a un efecto jurídico querido. Todo este conjunto es un "negocio jurídico".

Debemos recordar que ENNECCERUS (80) ya ha dejado sentado que el negocio jurídico no es una subespecie de los actos jurídicos, sino que la subespecie de los actos jurídicos está constituida por las declaraciones de voluntad. También ha expresado ENNECCERUS (81) que *declaración de voluntad* y *negocio jurídico* son lo mismo en el fondo y en la forma.

Hacen saber ENNECCERUS y NIPPERDEY (82) que en los derechos extranjeros la doctrina del negocio jurídico se examina principalmente en el derecho de obligaciones o dentro de los contratos.

En esencia, el negocio jurídico es declaración de voluntad. Por ejemplo la revocación unilateral del contrato por el mandante es no sólo declaración de voluntad sino negocio jurídico.

Ocurre en veces que no basta una declaración de voluntad para producir el efecto jurídico, sino que necesita otras declaraciones de voluntad para que se dé el supuesto de hecho. Por consiguiente, esa sola declaración de voluntad no sería suficiente para calificarla como negocio jurídico. Por ejemplo, los contratos se componen de varias declaraciones de voluntad. Obviamente, los contratos son negocios jurídicos; no son simples declaraciones de voluntad.

En ciertos casos, basta una sola declaración de voluntad para extinguir el negocio jurídico contrato. Así, en el mandato. Empero, otros negocios jurídicos contractuales requieren de declaraciones de voluntad concordadas, emitidas por las dos partes. Así, *mutuus disensus*.

(79) Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, I, p. 52 s.

(80) Trat. de D. Civ., I, 2, § 128, n. 4 de la p. 9.

(81) Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, I, p. 53.

(82) Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, I, (x) de la p. 53 *in fine*. Para el derecho galo véase DEMOGUE R., *Traité des obligations*, I p. 75.

ENNECCERUS (83) define el negocio jurídico en estos términos: "... es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido".

Reconoce que la definición debe ser explicada y lo hace en la siguiente forma:

En lo que respecta a la declaración de voluntad dice que el negocio jurídico la exige como parte esencial de él; y que la tal declaración debe provocar una consecuencia jurídica. Agrega que pueden existir dentro del mismo negocio jurídico varias declaraciones de voluntad.

ENNECCERUS (84) sienta algo muy importante sobre la exteriorización de la declaración de voluntad. Reconoce que para la seguridad del tráfico (seguridad jurídica) se tiene por válida y eficaz una declaración de voluntad pese a que en dicha declaración no exista propiamente voluntad alguna o que la declaración de voluntad no tenga el contenido que la voluntad humana del emisor quiso darle. Esto es, ciertamente, contrario a la ley moral y al bien general, pero al reconocer la validez del negocio jurídico contribuye a la seguridad. Se le da valor a lo que se hubiere exteriorizado; no a lo interno de la personalidad de quien emitió la declaración de voluntad.

Cita ENNECCERUS (85) la definición de negocio jurídico que dan PLANCK-FLAD: "una declaración de voluntad privada dirigida a producir un resultado jurídico, que el ordenamiento jurídico dispone precisamente porque es querido". Advierte que el negocio jurídico incluye también un supuesto de hecho y no sólo consta de declaraciones de voluntad y de efectos jurídicos "calificados como queridos".

Toda declaración de voluntad debe provocar un efecto jurídico, constituyendo, extinguiendo o modificando una relación jurídica. Es una "declaración de voluntad de negocio". No se encuentra encaminada únicamente a los hechos. Se exige un querer, o, más exactamente, declarar algo querido, que tiene significación económica o social (86).

(83) *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 136, II, p. 54.

(84) *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 136, II, p. 53.

(85) *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 136, n. 2 de la p. 54.

(86) Así lo expresan LENEL, THON, SCHLOSSMANN, EHRLICH y DANZ, citados por ENNECCERUS, en *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 136, n. 3 de la p. 54.

Una declaración que tan sólo se dirige a un hecho no se denomina declaración de voluntad.

La declaración de voluntad no se refiere a todas las consecuencias mediatas o inmediatas que el negocio jurídico habrá de producir. V. g., en el negocio jurídico compra-venta la responsabilidad del vendedor por los vicios redhibitorios es una consecuencia legal accesoria; o la transferencia junto con el derecho de propiedad de las servidumbres prediales (para nosotros, no hay otras servidumbres), del vendedor al comprador (ésta sería una consecuencia legal inmediata).

Al decir declaración de voluntad se entiende que es *exteriorización* de la voluntad negocial.

La exteriorización importa un acto humano que se significa en la voluntad de obrar, o sea es la ejecución de una conducta externa; no interna; que se traduce en actos positivos o en omisiones (aún omisiones negligentes). Se trata de una realización querida o al menos previsible de un resultado exterior. Por tanto, no es exteriorización el hecho de la vida espiritual que está en lo interno, en lo íntimo; o lo que se ha hecho inconscientemente; o lo que se ha hecho porque se utilizó la violencia contra quien tuvo que hacerlo.

Asimismo, se entiende que se ha ejecutado una conducta externa que hace inferir una declaración de voluntad si existe una exteriorización de la voluntad (que se hace con la propia declaración); y si quien procede a la exteriorización está consciente que de ella ha de deducirse la declaración de voluntad de negocio. Se tiene conciencia de la exteriorización. Hay conciencia de la declaración de voluntad; existe conciencia de la actuación a que da lugar la declaración de voluntad.

La exteriorización es acontecimiento que permite inferir la declaración de voluntad del negocio.

Toda declaración de voluntad debe ser exteriorizada (87). Con la exteriorización la declaración de voluntad es comprobada. La exteriorización es la prueba de esa declaración de voluntad exteriorizada. Existen declaraciones de voluntad expresas y declaraciones de voluntad tácitas. Nuestro art. 1076 del cód. civ. le llama "manifestación de la voluntad" que puede resultar de la ejecución de un hecho material (conducta), o de la presunción de la ley. Por ejemplo, el silencio no importa declaración de voluntad sino en ciertos casos; uno de ellos sería que la

(87) ENNECCERUS, *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 144, I, p. 110 s.

oferta se tenga por aceptada si el oferente hubiere dispensado de la aceptación a quien va dirigida: arts. 1077 y 1333 del cód. civ. del Perú. En este último caso, se tendría por perfeccionado el contrato, o sea el negocio jurídico.

La declaración de voluntad se hace con palabras o con otros signos que la costumbre comercial reconoce como válidos en ciertas enajenaciones. Así la inclinación de cabeza como signo de aceptación; o el golpe de martillo que da el oficial público en los remates de cosas muebles; o la expiración de la hora señalada por el juez (que es el momento preciso en que se cerrará el remate y que el juez hará saber a los postores después de transcurrido el plazo de una hora transcurrido después de abierto el remate: art. 702, inc. 5º del cód. de proc. civ. del Perú).

Hay declaraciones de voluntad directas o inmediatas e indirectas o mediatas.

La conducta que observa quien formula la declaración de voluntad es digna de apreciar. Por ejemplo, quien hace la remisión al deudor de la herencia de su obligación, comporta una aceptación tácita de la herencia; la aceptación por el acreedor de continuar recibiendo intereses por cierto lapso futuro importa una declaración tácita de no exigir el capital sino después de expirado todo el tiempo a que correspondería ese ofrecimiento de pago de intereses. Más claro aún, si el acreedor recibió la suma representativa de los intereses correspondientes a 2 años y acusó recibo de intereses.

La declaración de voluntad tácita es eficaz cuando no se exige por la ley una forma específica. En derecho mercantil germano el silencio de quien recibe un abono en cuenta se reputa como que consiente, aunque ello signifique algo distinto de lo regulado por un convenio anterior. Pero no se observa esta solución si ya la oferta de contrato que da lugar a ese abono en cuenta hubiere sido rechazada (88).

Es declaración de voluntad tácita si el inquilino de predio urbano locado para el ejercicio del comercio o de la industria, no devuelve el predio al vencerse el contrato y pasan quince días (tácita reconducción: art. 1532 cód. civ. peruano), o sea que se entiende prorrogado el arrendamiento, pero será contra-

(88) ENNECCERUS, *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 144, n. 8 de la p. 112. Véase también sobre negocios jurídicos FERRARA Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*, Librería Gral. de V. Suárez, Madrid, 1926.

to de duración indeterminada, con los efectos del art. 961 del cód. de proc. civ. peruano.

En sustancia, la conducta externa del emisor de la declaración de voluntad no debe admitir duda. De lo contrario, no existirá declaración de la voluntad. Empero, no se debe distinguir entre declaración de voluntad y actuación de la voluntad.

La revocación del testamento cerrado u ológrafo que se hace rompiéndolo por el testador, importa una declaración de voluntad. En ciertos casos el testamento cerrado no quedaría revocado, porque podría valer como testamento ológrafo. Por ejemplo, si el testador al revocar el testamento cerrado no lo rompe en su integridad, sino que sólo rompe el sobre que lo contiene, pero el pliego en que consta el testamento reúne todos los requisitos que la ley exige en el testamento ológrafo. No obstante la revocación-declaración de voluntad, el testamento vale si no se pudiere probar que el propósito del testador fué revocarlo. Esta doctrina fluye del art. 693 del cód. civ. peruano.

También existirá declaración de voluntad si el comprador usa de la cosa que se le vendió a prueba. No sería exigible ya una declaración de voluntad expresa e instrumentada: art. 1384 del cód. civ. del Perú.

En cuanto al silencio importaría declaración de voluntad si el que permanece silencioso, debía haber expresado algo; estaba obligado por ley o por el contrato a hacerlo. Por ejemplo, pedida la absolución de posiciones, si no concurre el obligado a la segunda citación se opera, siempre que lo pida el contrario, la confesión ficta, o sea que se tendrán por respondidas en sentido afirmativo las interrogaciones propuestas: arts 373 y 375 del cód. de proc. civ. del Perú.

Asimismo, declaración de voluntad es igual a exteriorización de voluntad. No toda exteriorización importa una declaración de voluntad. Sólo lo será la que está destinada a ser conocida por otras personas.

Existen declaraciones de voluntad llamadas recepticias, que son las emitidas para una persona a quien afectan; por ejemplo, la oferta, la aceptación, la renuncia. Por el contrario, existen declaraciones de voluntad no recepticias como la promesa pública de recompensa, la ocupación de una cosa mueble sin dueño, la derelicción (abandono de la posesión de un bien con el ánimo de perder la propiedad sobre él).

Es útil saber que la declaración de voluntad no recepticia se perfecciona apenas se exterioriza la voluntad, o sea cuando

conscientemente se le hace susceptible de ser conocida. En cambio, cuando se trata de declaraciones de voluntad recepticias, específicamente en los contratos entre ausentes (celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica, o cualquier otro medio electrónico), en que el Perú se afilia a la teoría de la expedición (desde que fué expedida la aceptación: art. 1335 del cód. civ. Por el contrario, en Alemania su BGB ha instalado la teoría de la recepción; no la teoría de la exteriorización, o la teoría del conocimiento: BGB § 147, ap. 2. ENNECCERUS (89) cita el § 130, ap. 1 del BGB, que también debe tenerse en cuenta. Aclara que no es necesario tener la posesión del documento, sino el conocimiento. Basta que sea entregado el documento en su domicilio. Tratándose de presentes, nuestro cód. civ. peruano es muy claro: la *pollicitatio* no obliga si no es de inmediato aceptada, a no ser que se hubiere concedido un plazo: art. 1330, inc. 1º. En el BGB no está previsto esto.

Es importante distinguir si una declaración de voluntad es o no recepticia, para el efecto de saber cuándo se encuentra consumada, o cuándo puede ser impugnada, o también para su interpretación. Por ejemplo, para la interpretación puede existir un lenguaje especial en determinado lugar que deberá tenerse en cuenta sólo para las declaraciones de voluntad no recepticias; por ejemplo, los testamentos. Pero tratándose de declaraciones de voluntad recepticias sólo podrían valer si se dirigen a determinada persona, en que el destinatario tiene que pasar por el carácter decisivo del lenguaje del declarante (90).

No son declaraciones de voluntad recepticias la constitución de una deuda inmobiliaria de propietario, pese que hay que dirigirse al registro; ni la repudiación de una herencia, que se hace por ante el Poder Judicial; ni el abandono de la propiedad de una finca, que en Alemania también se hace por ante el registro inmobiliario.

Vemos negocios jurídicos en que basta una sola declaración de voluntad. Así, la promesa de recompensa, la institución de heredero. O también hay negocios jurídicos con una pluralidad de declaraciones de voluntad, como los contratos de compra-venta, de locación, de sociedad. Pero existen otros negocios jurídicos que necesitan que además de las declaraciones de voluntad aparezca un efecto jurídico previo que determina el efec-

(89) Tratado de D. Civ., I, 2, § 149, II, 1, p. 141.

(90) ENNECCERUS, Trat. de D. Civ., I, 2, § 193, I, 1 y 2, p. 405 s.

to final. Ejemplos: el pago, que además de las declaraciones de voluntad de las partes, reclama como elemento real no sólo que la deuda se extinga, sino la satisfacción del interés del acreedor. Si es obligación dineraria, que el dinero se transfiera en propiedad al acreedor. El mutuo reclama la transferencia de propiedad de las cosas muebles del mutuante, mediante la *traditio*, a fin de que éste se obligue a devolver lo fungible (91).

La transmisión de una cosa mueble además de las declaraciones de voluntad requiere la adquisición de la posesión por el adquirente del dominio.

Otros negocios exigen la intervención de la autoridad. V. g., el matrimonio reclama la intervención del alcalde, entre nosotros; la compra-venta inmobiliaria puede exigir la intervención registral.

Un testamento sólo produce efectos a la muerte de su autor, pero a nadie se le ocurre opinar que la muerte es elemento necesario del negocio jurídico.

El negocio jurídico sólo tiene eficacia, es válido, si el ordenamiento jurídico reconoce las consecuencias jurídicas a las que se ha dirigido la declaración de voluntad. Si el ordenamiento le niega el efecto jurídico ese negocio jurídico es nulo (92). El BGB sólo lo tiene por nulo al negocio jurídico si no es válido por incapacidad o inconsciencia de uno de los que obran; o por falta de la voluntad; o por defecto de forma; o por tener un contenido prohibido, inmoral o reprobado; o a causa de la imposibilidad de la prestación.

El ordenamiento jurídico es el derecho vigente.

Existen negocios jurídicos como la transacción judicial que, por un lado se encuentra sujeta al derecho civil y por el otro al derecho procesal en cuanto esta figura surte efectos en juicio. También en juicio puede ejercitarse acción como la de *quantum minoris* o la redhibitoria, la *exceptio* de compensación.

Un negocio nulo es siempre un negocio jurídico. Se llama negocio jurídico también al acto externo de su formación, sin que se tenga en cuenta si es o no eficaz.

DEMOGUE (93) refiere la autonomía de la voluntad y la declaración de voluntad no al negocio jurídico, sino al acto ju-

(91) ENNECCERUS, Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, B, 1, p. 61 s.

(92) ENNECCERUS L., Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, C, p. 63 ss.

(93) Traité, I, Nº 27, p. 80. DEMOGUE es siempre importante para el estudio de la voluntad y, en general, de la declaración de voluntad.

rido. En otro lugar, DEMOGUE considera que el estudio de los contratos contribuye al estudio del acto jurídico en general; y agrega que la teoría de los contratos es un aspecto muy importante de la teoría general de los actos jurídicos. (94)

Para LEHMANN (95) la declaración de voluntad es una exteriorización con fines de notificación de una determinada voluntad de negocio jurídico. La declaración de voluntad deberá ser entendida por las personas a quienes va dirigida.

Las palabras no siempre tienen un sentido inequívoco al considerarlas aisladamente. Por tanto, deben relacionarse todos los medios de declaración que han sido utilizados con las circunstancias del caso concreto. El significado de la conducta de quien emite la declaración de voluntad se establece relacionando los medios con las circunstancias. Tratándose del silencio sólo por excepción se considera asentimiento.

La interpretación del negocio supone el averiguar el sentido del contenido exacto de la declaración de voluntad.

La declaración de voluntad debe valer en contra de quien la emite, tal como tuvo que interpretarla la otra parte, según la buena fe.

Para la interpretación se tiene en cuenta la costumbre del lugar en donde se celebró el contrato. Si la contratación se hace entre ausentes, el art. 1336 del cód. civ. del Perú previene que el contrato se ha celebrado en el lugar en donde se formuló la oferta.

Es necesario distinguir declaración de voluntad de manifestación de voluntad. En la manifestación de voluntad se trata de una conducta, de un comportamiento que significa que el sujeto tiene determinada voluntad. Es un hecho positivo, concluyente y unívoco. Ejemplo: la aceptación de herencia, que se infiere de que no renuncia el sujeto durante cierto término que señala el art. 672 del cód. civ.; este silencio por un tiempo pre-determinado importa manifestación de voluntad desde que existiría la obligación de explicarse, o sea renunciar: art. 1077 del cód. civ., O también se comienza a ejecutar el contrato cuya propuesta no ha sido expresamente aceptada; ésta sería la ejecución de un hecho material para que exista manifestación de voluntad tácita, a la que se refiere el art. 1076 del cód. civ. Asimismo, en el art. 1333 del cód. civ. se entiende que existe acepta-

(94) *Traité*, I, Nº 24, p. 77.

(95) *Trat. de D. Civ.*, vol. I, § 30, p. 296, 297, 300, 301, 305.

ción, o sea que el contrato se entenderá perfeccionado (a no ser que necesite otros requisitos de forma o de *traditio*), si el contrato es uno de aquellos en los que no se acostumbra aceptación expresa, o si el oferente hubiere dispensado de la aceptación y la oferta no fué rehusada de inmediato.

En cambio, la declaración de voluntad consiste en el empleo de palabras pronunciadas o escritas.

Hay quienes diferencian la declaración tácita del silencio, que es inercia, inactividad (95 bis).

OERTMANN (96) hace saber que no puede exigirse una declaración en todo negocio jurídico; que la declaración se hace cuando las partes persiguen hacer saber al mundo exterior o a determinada persona la voluntad de ellas que está dirigida a conseguir un efecto jurídico; y que existen casos en que la conducta externa del sujeto conduce directamente a la realización de su voluntad, sin necesidad de que hubiere que notificar a determinada persona. Estos últimos son también negocios jurídicos, que se llaman "negocios de voluntad". Por ejemplo, cuando alguien ocupa una cosa mueble *nullius*, o cuando alguien hace abandono de una cosa de su propiedad. Estos son también "negocios jurídicos", en los que no se necesita dar a conocer la declaración de voluntad. En cambio, es distinto negocio jurídico aquel en que el locador no sólo quiere provocar un resultado jurídico cuál es el de poner fin al contrato, sino informar al arrendatario de que esa es su voluntad. Por consiguiente, existen negocios jurídicos fundados en una declaración y negocios jurídicos fundados en una voluntad. Esta división es importante. Así, en el negocio jurídico de voluntad dicha voluntad se dirige, por un lado, a la conducta externa del que realiza el negocio (la aprehensión del molusco en el mar); y, de otro lado, el resultado jurídico de esa aprehensión o toma de posesión, que es la adquisición de la propiedad de la cosa aprehendida.

En los negocios jurídicos fundados en una voluntad se tiene en cuenta que determinada conducta, es la expresión de la voluntad de quien observa dicha conducta. Así, el hecho de alzar la mano en un remate significa según la costumbre que el que lo hace debe formular una oferta o puja.

Hay negocios jurídicos como el contrato y el testamento en que el interés de los terceros exige que la voluntad se manifieste

(95 bis) MESSINEO F., Manual, II, § 37, N° 4 bis, p. 361.

((96) Introduc. al D. Civ., § 35, p. 196 y ss.

ante ellos. Empero, en el acto del abandono de una cosa no existen terceros interesados.

Para Domenico BARBERO (97) la diferencia entre "hecho jurídico" (puro y simple), "acto jurídico" y "negocio jurídico" reside en la relevancia o irrelevancia de tres elementos a los que denomina "fenomenicidad exterior" del evento, "voluntariedad" e "intención". Si lo relevante es la fenomenicidad se trata de "hecho jurídico". Si son relevantes "fenomenicidad" y "voluntariedad" existirá "acto jurídico". Y si son relevantes los tres elementos, o sea la "fenomenicidad", la "voluntariedad" y la "intención" se tiene el "negocio jurídico". Observa que existen autores que sólo distinguen entre "hechos" y "actos jurídicos" y que dentro de los "actos jurídicos" comprenden a los "negocios jurídicos". Otros autores si bien distinguen entre "actos jurídicos" y "negocios jurídicos" sólo consideran a los "actos ilícitos" entre los "actos jurídicos".

La irrelevancia no quiere decir falta. Por ejemplo, en el hecho pueden estar presentes la voluntariedad y la intención, pero son jurídicamente irrelevantes porque el derecho no las toma en cuenta.

La muerte de alguien puede provenir de un delito, v. g., de un homicidio intencional y esto para el derecho penal tiene trascendencia para la imposición de la sanción; o también para el derecho civil, como acto ilícito, o para la apertura de la sucesión, o para la extinción de la sociedad de gananciales si el finado era casado. Sin embargo, la muerte es siempre un hecho, porque esos efectos se producen aún cuando la muerte ocurra por otras causas que no importan delito, o acto ilícito. La muerte entonces es un "hecho".

Atendidos los efectos que producen existen dos hechos importantes: el transcurso del tiempo y la posesión. Para BARBERO no es un hecho el tiempo como fenómeno. Aquí el derecho se conecta con la filosofía. ARISTÓTELES (98) escribía "Una

(97) Sistema, I, N° VI, p. 341.

(98) Física, IV, 10. En el APOCALIPSIS, 10: 6, un ángel juró por el que vive por los siglos de los siglos, por el que creó el cielo y la tierra y el mar y las cosas que hay en ellos "que el tiempo no sería más". Ya no habría más una clase de vida limitada por el tiempo. El tiempo tiene dentro de sí la muerte. Parece grave tener que vivir siempre; no morir jamás. Asimismo, la eternidad no importa una duración permanente, infinita. También en APOCALIPSIS, 20: 1 el mar no existía más. Mientras se vive estamos entre el existir y el no-ser. Cf. Martín HEIDEGGER, El ser y el tiempo, trad. de J. Gaos. El reposo o la velocidad derivan del tiempo. En la Biblia existe otro pasaje sobre lo finito. Hubo un tal Melquisedec "Sin padre, sin madre, sin genealogía; que ni tiene principio

parte del tiempo ya ha sido, y por tanto no es ya; la otra parte es futura, y por tanto no es todavía. Pero de estas partes está compuesto el tiempo. Ahora bien, lo que está compuesto de no-ser parece imposible que puede ser algo, que participe en el ser". El tiempo fluye; transcurre. Ciertamente, el tiempo en sí mismo no puede transcurrir rápido o lento. Es la medida del tiempo la que es corta o larga. Con el tiempo vemos que el futuro se acerca, se hace presente y después se convierte en pasado.

Con el tiempo tienen que ver institutos jurídicos como la prescripción, la usucapión, los términos, las condiciones, los cargos, la capacidad de las personas, los contratos de tracto sucesivo, el cumplimiento de las obligaciones, la indemnización de daños y perjuicios (que aumenta con el tiempo); los derechos reales vitalicios, la suspensión y la interrupción de la prescripción, la posesión para ser protegida interdictalmente, etc.

El hombre recorre el tiempo de vida que le es otorgado, entre dos fechas: la de su nacimiento y la de su muerte. Es interesante anotar que, por ejemplo, la noción de la negligencia en el art. 1322 del cód. civ. del Perú (aunque es errónea porque no aparece de la comparación con un patrón o *standard*), está subordinada entre otras circunstancias, al tiempo y al espacio (lugar). Precisamente, esta es otra de las muestras de que el derecho vive pegado a la realidad. Más que eso: sólo existe en cuanto se objetiva; se realiza.

La posesión es otro hecho importante para BARBERO (99), cuyo estudio se hace in extenso dentro de los derechos reales. Es importante por cuanto no existiendo título que acredite el dominio en el extraño, se presume que el poseedor es dueño: art. 827 del cód. civ. del Perú; y en el derecho agrario la posesión inmediata o directa (aunque fuere detentación) triunfa sobre el derecho de propiedad, aunque éste se encontrase registrado.

6.—*Diversas clasificaciones de los negocios jurídicos.*— El negocio jurídico contiene siempre una declaración de voluntad o varias declaraciones de voluntad que tendrán necesariamente

de días, sino hecho semejante al Hijo de Dios...". Hebreos, 7: 3. Asimismo, en la Biblia, Primera de San Juan, 2: 18, se lee: "Hijos, ya es el último tiempo".

Y en el Quijote también se lee: "... que a sólo Dios está reservado conocer los tiempos y los momentos, y para El no hay pasado ni porvenir, que todo es presente". Parte II: cap. XXV.

Y de Cristo se dice: "... tiene un sacerdocio inmutable, por cuanto permanece para siempre". Hebreos, 7: 24.

(99) Sistema, I, N° 183, p. 377 ss.

que producir ciertos efectos jurídicos, hubieren o no sido éstos previstos por los emisores de dichas declaraciones.

Para que se configure el negocio jurídico basta en el emisor que tenga la intención empírica (vulgar) de que la voluntad que emite se dirija a un fin o efecto; no siendo necesario que el emisor tenga intención jurídica. Sin embargo, los efectos jurídicos nacen del negocio porque el ordenamiento jurídico los contiene expresa o tácitamente.

Negocios jurídicos que el ordenamiento jurídico no reconoce, son atípicos; —por ejemplo, un contrato innominado—. Empero, los efectos jurídicos siempre nacen, ya que se aplican los principios generales del derecho: art. XXIII del T. P. del código civil, además de los preceptos que regulan los contratos típicos.

Con el negocio jurídico una persona consigue determinados efectos jurídicos dentro del campo de su actividad negocial. Así, modifica, adquiere, constituye, extingue derechos u obligaciones. Y todo ello dentro del principio de la autonomía de la voluntad. Esa variedad de fines debe ser clasificada para su más fácil comprensión.

El negocio jurídico es lo mismo dentro del área del derecho privado, que el acto administrativo dentro del derecho público.

Existen negocios jurídicos que traducen una manifestación de voluntad no instrumentada, sino que suponen una conducta del sujeto. Así, se revoca el testamento cerrado rompiendo el instrumento que lo contiene: art. 749 cód. civ. peruano.

Pueden darse efectos jurídicos sobrevinientes, los que pueden o no aparecer. V. g., en un contrato de compra-venta aparece el saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios.

Varias son las clasificaciones de los negocios jurídicos.

Si se atiende al número de declaraciones de voluntad los negocios pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

Unilateral es el negocio si contiene la manifestación de voluntad de una junta general de accionistas, no obstante que son muchos los miembros de la junta.

Es unilateral la renuncia a una herencia o a un derecho; la confirmación del acto jurídico (del contrato, por ejemplo: art. 1132 cód. civ. peruano); la revocación del poder o de ciertas donaciones; la voluntad de recobrar la cosa enajenada con *pactum de retrovendendo*; el reconocimiento de deuda; las policitaciones; la promesa de recompensa; etc. Se controvierte si

la oferta es negocio jurídico, porque se dice que necesita de otra declaración que es la del aceptante.

Hay negocios jurídicos unilaterales como el testamento, en los que es bastante una declaración individual.

Pero también hay negocios jurídicos bilaterales como los contratos, en los que se necesitan dos declaraciones de voluntad coincidentes. Las declaraciones de voluntad se sujetan recíprocamente. Cada declaración de voluntad autónomamente es válida y eficaz. Para que el contrato aparezca debe haber una coincidencia de fondo; debe existir acuerdo en todos los extremos del contrato: art. 1344 del cód. civ. No existiendo esa coincidencia el contrato es anulable. Así, si existió error. Las declaraciones que forman el contrato no sólo deben coincidir en el contenido sino que una declaración de voluntad se emite en relación con la otra (100).

Ejemplo de negocio jurídico bilateral es el contrato. Este es el más importante de los negocios bilaterales. Empero, lo son también las convenciones del derecho de familia.

Ejemplo de negocio jurídico plurilateral es la cesión del contrato, en el que además de los contratantes originarios interviene el contratante cesionario. Otro ejemplo: la delegación acumulativa; la garantía real o personal dada por tercero; la cesión de crédito cuando el deudor interviene en ella.

Otra clasificación de los negocios jurídicos consiste en que para que tengan efecto se opere la muerte de una persona. Así, el testamento es un negocio jurídico por causa de muerte; y un contrato (salvo el de donación que produce en ciertos casos efecto a la muerte del donante) es un negocio jurídico entre vivos: art. 1467 del cód. civ. peruano.

Existen negocios jurídicos de derecho patrimonial como un contrato de compra-venta (en general, todos los contratos); y negocios jurídicos de derecho de familia, como un matrimonio, una adopción, un reconocimiento de hijo ilegítimo, una legitimación.

También se dan negocios jurídicos de disposición, de enajenación, como la venta, la adjudicación en pago, la donación, el mutuo, la permuta; o negocios jurídicos de administración, como un arriendo.

Otra clasificación es la de negocios jurídicos a título oneroso y negocios jurídicos a título gratuito. Es muy importante para

(100) OERTMANN Paul, Introd. al D. Civ., § 36, 2, p. 201.

los efectos de la revocabilidad por fraude a los acreedores. Más adelante ampliamos este concepto.

Existen negocios jurídicos extintivos. Así, el cierre de una cuenta corriente entre comerciantes.

Negocios típicos o nominados y negocios jurídicos atípicos o innominados, se refieren específicamente a los contratos.

El negocio jurídico contiene cláusulas. Unas son esenciales; otras son accidentales; y otras, en fin, son naturales. El negocio jurídico vale si contiene las cláusulas esenciales. Empero, en contratos debe haber consentimiento en todo para que sea operante. La inteligencia sobre puntos aislados, aunque fueren importantes y se hubieren instrumentado, carece de valor y exigibilidad: art. 1344 del cód. civ.

Cláusulas o proposiciones accidentales son las que pueden faltar sin atentar contra la eficacia del negocio jurídico. Empero, cabe que lo accidental resulte esencial para una de las partes. Cláusulas naturales son las que se encuentran implícitas en todo negocio jurídico; por ejemplo, en la compra-venta.

Los negocios jurídicos son unilaterales o son contratos. Esta es una primera clasificación.

Son negocios unilaterales los que contienen la declaración de voluntad de una sola parte.

No debemos olvidar que el negocio jurídico no sólo consta de declaraciones de voluntad, sino también de supuestos de hecho y de efectos jurídicos calificados como queridos. Ejemplo, el testamento, la promesa pública de recompensa, la ocupación, la *derelictio*.

Los contratos son negocios jurídicos bilaterales en cuanto contienen declaraciones de voluntad correlativas y recíprocas de dos o más partes. ENNECCERUS (101) enumera como esenciales en un contrato;

- 1) Que se encuentren frente a frente dos o más partes;
- 2) Que las partes declaren sus voluntades recíprocas. Que esas declaraciones de voluntad sean coincidentes. En el tiempo, precede la oferta. A ella sigue la aceptación; y
- 3) El supuesto de hecho en el contrato, como ocurre, en general, en el negocio jurídico, comprende además de las declaraciones de voluntad de los contratantes, otros requisitos como serían una obligación o la intervención de una autoridad. Por ejemplo, entre nosotros el contrato de compra-venta produce

(101) Trat. de D. Civ., I, 2, § 137, p. 69 ss.

de inmediato un efecto real, cuando lo que se enajena es inmueble, ya que el comprador por efecto del consentimiento ya adquiere la propiedad. No es necesaria la inscripción registral, ni menos forma alguna. Véase art. 1172 del cód. civ. La autoridad del trabajo deberá intervenir para la validez de los contratos colectivos.

Para nosotros, la venta inmobiliaria queda perfecta sólo con el acuerdo. Basta el *consensus*; con él no sólo hay contrato de compra-venta sino transferencia de la propiedad. El acuerdo no es una parte del contrato de compra-venta de inmuebles; es el mismísimo contrato.

Los acuerdos de las asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas no son contratos, aunque exista una voluntad vinculante adoptada, por lo general, por mayoría.

Otra clasificación de ENNECCERUS (102) es la de negocios jurídicos *inter vivos* y negocios jurídicos *mortis causa*.

Los negocios *mortis causa* regulan las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio. Adquieren esos negocios eficacia con la muerte del sujeto y siempre que el beneficiario sobreviva. Se trata de disposiciones unilaterales de última voluntad. También se refiere ENNECCERUS a una disposición contractual de herederos, que es para nosotros desconocida e imposible de darse, por la prohibición de pactar sobre la herencia de una persona que vive; arts. 1338 y 1396 cód. civ. del Perú. Los negocios *mortis causa* deben llenar formas específicas; su omisión acarrea la nulidad radical.

Son *inter vivos* todos los demás negocios jurídicos, aunque se perfeccionen teniendo en cuenta la muerte.

Otra clasificación de los negocios jurídicos para ENNECCERUS (103) es por el fin que persiguen. Son, dice, de derecho de familia, como el matrimonio, la adopción; y negocios de derecho patrimonial, que, a su vez, se subdividen en obligaciones, reales o sucesorios. Estos últimos, repetimos, repugnan a nuestro sistema.

Existen también negocios jurídicos destinados a enriquecer el patrimonio de otra persona. Así, la transmisión de la propiedad; la transmisión de otros derechos reales; la cesión de créditos; la constitución de un crédito a favor de otro; la remisión de deuda; y ésta es negocio jurídico.

(102) Trat. de D. Civ., I, 2, § 138, I, 1, p. 73 ss.

(103) Trat. de D. Civ., I, 2, § 138, II, p. 74.

Los negocios jurídicos por los que se enriquece el patrimonio de otra persona son en su mayoría onerosos, o sea que confieren una ventaja a cambio de una contra-prestación. Así, compra-venta, arriendo, mutuo con interés. No se exige que objetivamente el valor que se da equivalga a la prestación que se recibe. La venta siempre es contrato o negocio jurídico oneroso, aunque por error o conscientemente se venda en menos precio del valor real de la cosa.

Lo contrario a los negocios jurídicos onerosos son los negocios gratuitos o lucrativos. Ejemplo: donación, legado, mutuo sin intereses, condonación.

Hay negocios jurídicos de obligación y otros de disposición. Son de disposición los negocios que transmiten, gravan, modifican o extinguen el derecho, mediante la declaración de voluntad correspondiente.

Para WINDSCHEID (104) la más importante división del negocio jurídico es en unilateral y bilateral. V. g., es negocio jurídico bilateral el contrato (aunque para cierta doctrina el contrato sólo se reputará bilateral cuando en ambos contratantes existan obligaciones pasivas recíprocas). El autor germano dice que el negocio jurídico que se forma con una declaración de voluntad es unilateral. Y será bilateral cuando es menester la reunión de las declaraciones de voluntad de varios. En este caso, la declaración de voluntad de una de las partes es tomada en cuenta, aprehendida por la declaración de voluntad de la otra parte. Esta es la substancia del *pactio*; es la *conventio* en su médula.

El contrato no consiste en la simple coincidencia de cada una de las voluntades. Es la *reunión* de las voluntades (105).

Se dividen también en negocios jurídicos onerosos y negocios jurídicos lucrativos. En los primeros se opera el intercambio de cosas y el beneficio que recibe una de las partes es compensado mediante una contra-prestación para la otra. En cambio, los lucrativos importan un beneficio, una ventaja para una parte a costa de la otra. Ejemplo de los primeros, la compra-venta; y de los segundos, la donación.

Por el peligro de la prodigalidad que encierran los negocios jurídicos lucrativos se encuentran sometidos a reglas restrictivas. Así, de forma y de *quantum*. Además, la acción revocato-

(104) *Diritto delle Pandette*, I, §. 69, p. 205.

(105) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, § 69, n. 2 de la p. 205.

ria funciona y prospera fácilmente en los negocios jurídicos lucrativos.

Ocurre que en los negocios lucrativos se impongan al beneficiario (por ejemplo, al donatario) una carga o modo. Ejemplo, a cambio de la donación se obliga a dar una pensión alimentaria por los días de su vida a una persona que se designa.

Otros negocios jurídicos son *inter vivos* o *mortis causa*, Ejemplo de estos últimos, es el testamento.

Hay negocios jurídicos de disposición o alienación y negocios jurídicos de simple administración.

Según WINDSCHEID (106) existen diversos conceptos sobre el negocio jurídico de alienación. Un primer concepto considera al negocio jurídico de alienación aquel por el cual alguien transmite a otro un derecho que le competía. Un concepto más lato de alienación la hace residir en la renuncia de un derecho, aunque ella no vaya unida a una transmisión. Existe también otro sentido más amplio todavía de alienación, por lo que se puede afirmar que la alienación consiste en un hecho voluntario que produce la pérdida de un derecho.

Otra clasificación de los negocios jurídicos es la de abstractos y causales.

Son causales los negocios que tienen un fin, una causa. Esta es un fin no subjetivo, sino un fin objetivo. Todo negocio jurídico tiene un motivo; existen en él circunstancias determinantes, pero que carecen de toda influencia en la declaración que contiene.

Como dice OERTMANN (107) la causa no es subjetiva, o sea lo que cada parte persigue personalmente en el negocio jurídico. V. g., en la compra-venta cada parte persigue hacer una ganancia; o comprarle un cuadro a un pintor en la miseria; o venderle una casa a precio vil a un amigo. Esto es subjetivo y es tan difícil de captar como el motivo. El fin objetivo en la venta sería para el vendedor que se realice el cambio de la cosa vendida por dinero. El fin de una entrega de dinero puede ser o un préstamo, o un pago.

El fin puede constituir parte integrante del negocio jurídico; o que se encuentre fuera de los requisitos materiales del negocio jurídico. En este último caso, la ineficacia del fin no siempre daña la validez del negocio jurídico. V. g., es parte in-

(106) Diritto delle Pandette, I, § 69, p. 206.

(107) Introduc. al D. Civ., § 41, p. 228 y ss.

tegrante del negocio la declaración de obligación de parte del vendedor y del comprador.

La transmisión de las cosas, la cesión de créditos son negocios jurídicos; son operaciones que forman parte integrante del negocio jurídico.

Los negocios jurídicos abstractos no son indiferentes al fin, o sea a la causa, sino que la validez de éstos no depende del fin. El negocio jurídico abstracto es eficaz independientemente de su causa. Empero, si se probara que en el negocio jurídico falta la causa el acto de disposición a que dicho negocio estaba dirigido aparece intrínsecamente injustificado y el adquirente se encuentra en la obligación de devolver el importe de la prestación, conforme a la doctrina del enriquecimiento ilícito o enriquecimiento injusto, BGB art. 821.

La contraposición entre negocios jurídicos causales y negocios jurídicos abstractos sólo tiene interés tratándose de negocios jurídicos de disposición (enajenación, transferencia del dominio). Es en estos negocios en que un bien del patrimonio pasa de un titular a otro titular. Pero carece de trascendencia en los negocios como el abandono de las cosas, la ocupación, que no se refieren a una relación entre dos personas. Tampoco la distinción entre negocios causales y negocios abstractos tiene importancia si no se trata de negocios patrimoniales.

Por ejemplo, son negocios jurídicos abstractos para el derecho alemán la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda: BGB, arts. 780 y 781; la cesión de créditos.

Una clasificación de la que se ocupa ENNECCERUS (108) es la de negocios jurídicos abstractos, causales y fiduciarios.

La declaración de voluntad sólo tiene por fin producir la finalidad jurídica a la que va dirigida inmediatamente. Ejemplo, se adopta al niño para que sea hijo del adoptante; alguien se casa para tener cónyuge.

Empero, existen otras declaraciones de voluntad que no tienen su fin en sí mismas, sino que persiguen a través de ellas, otras consecuencias jurídicas que con arreglo al ordenamiento jurídico pueden alcanzarse mediante esas declaraciones de voluntad. Son las declaraciones por medio de las que se enriquece el patrimonio de otra persona. V. g., se transmite una cosa para cumplir una obligación, o para procurar un enriquecimiento gratuito en quien la recibe (compra-venta o donación); se prome-

(108) *Trat. de D. Civ.*, I, 2, § 139, p. 76 ss.

te una prestación en dinero para obligar al que la recibe a una contra-prestación de mercancías. La intención con que se hace esa declaración de voluntad se le llama *causa* del negocio jurídico, o sea fin jurídico del mismo; o también se llama fundamento jurídico del negocio.

Afirma ENNECCERUS (109) que el ordenamiento jurídico sólo establece la causa, o sea la consecuencia jurídica a que la intención del sujeto se dirige mediatamente cuando se ha convenido que se produzca; y que esto se olvida casi generalmente; por lo que para exigir la causa es indispensable que exista lo que llama un *convenio de fin*, que se denomina causa.

Usualmente, se distinguen la *causa donandi*, en la que el negocio produce un enriquecimiento gratuito; la *causa credendi*, que obliga a la otra parte a una contra-prestación; y la *causa solvendi*, destinada a extinguir una deuda. Pero hay otras causas, como la *causa novandi*, la *dotis constituendae*.

La causa es un motivo de la voluntad de enriquecer el patrimonio de otra persona; pero se distingue de otros motivos en que representa una voluntad de negocio jurídico; voluntad que se dirige a un efecto jurídico, que es mediato y que se significa en el enriquecimiento del patrimonio de otra persona.

LEHMANN Heinrich (110) después de hacer saber que la clasificación en negocios jurídicos causales y abstractos sólo tiene interés en los negocios de enriquecimiento, que son aquellos en los que uno proporciona a otro, a su costa, alguna ventaja patrimonial, expresa que estas atribuciones del patrimonio no se producen por sí mismas, sino que siempre existe en ellas un fin, o sea para obtener un resultado ulterior. Ese fin constituye el móvil para hacer la atribución patrimonial.

A le da a B cierta suma de dinero porque quiere enriquecerlo gratuitamente; ésta es una donación. O se lo da el dinero por haberle devuelto un reloj que halló, en cuyo caso la entrega importa una gratificación ofrecida o adecuada a las circunstancias.

Agrega LEHMANN que no todos los fines son del mismo valor cuando se enriquece el patrimonio de otro. Unos son fines personales (subjetivos); otros son fines que se persiguen con toda atribución patrimonial. Estos últimos son los que se de-

(109) Trat. de D. Civ., I 2, § 139, 3, p. 77. Véase también nota 2 de página 77.

(110) Trat. de D. Civil, vol. I, Parte general, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1956, § 25, p. 232.

nominan desde el Derecho Romano "causa". V. g., se hace la atribución para conseguir un contra-valor; una contra-prestación; un crédito de restitución. Existiría entonces una "*causa credendi*" o "*causa acquirendi*". Si la adjudicación o atribución patrimonial se hace para pagar una obligación, será "*causa solvendi*"; y si la atribución se hace para enriquecer gratuitamente al que la recibe sería "*causa donandi*". Son éstas las causas más importantes, aunque no son todas.

LEHMANN (111) expresa en sustancia que la causa es la finalidad usual (típica) del tráfico que se persigue con la atribución, es decir la consecuencia jurídica mediata que con la atribución pretende conseguir quien hace dicha atribución.

El ordenamiento jurídico no tiene en Alemania en cuenta esta "causa" o consecuencia jurídica indirectamente perseguida con la atribución patrimonial, salvo el caso de que dicha consecuencia hubiere sido estipulada entre quien hace la atribución y quien la recibe. Por tanto, LEHMANN (112) dice que para que exista negocio jurídico causal es necesario que la consecuencia, la causa, se pacte, se convenga entre las partes. Así nace el negocio jurídico causal (113).

Por tanto, ENNECCERUS y LEHMANN coinciden en que para que el negocio jurídico sea causal, es decir, sea investigada la causa, es necesario que el contrato lo exprese.

Hay ciertos principios del derecho alemán que para nosotros resultan inaprehensibles. Por ejemplo, LEHMANN (114) anota que el ordenamiento jurídico independiza la causa, la abstrae, la elimina, de los negocios jurídicos de atribución patrimonial. Que éstos son los negocios abstractos, como ocurre con los negocios de disposición. Y ejemplifica: A cede un crédito fundado en un contrato de compra-venta nulo; y concluye afirmando que la cesión es válida. Agrega algo que también sería verdad entre nosotros: que así se protege el tráfico inmediato de bienes contra los ataques sobre su existencia; se asegura la situación jurídica frente a la generalidad; y se refuerza la posi-

(111) Trat. de D. Civ., § 25, p. 233.

(112) Trat. de D. Civ., I, § 25, d), p. 233.

(113) Para nosotros, cuya actividad legislante deriva del cód. civ. francés, la causa siempre es argüida en cualquier contrato o, en general, liberalidad. En Alemania se indaga la causa si el negocio es causal. "La falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición" dice el art. 1084 de nuestro cód. civ. Sin embargo, la dirección de la jurisprudencia es distinta. Esta disposición vendría bien en el BGB.

(114) Trat. de D. Civ., I, § 25, p. 235.

ción del adquirente, ya que éste para probar su adquisición le bastaría probar la atribución patrimonial. Que esta sería la gran ventaja.

Dice también LEHMANN (115) que los negocios de obligación son en principio causales; que una obligación puede ser abstracta en virtud de pacto expreso, lo que en principio se encuentra sujeto a forma; que es coactivamente abstracta la asunción de una obligación cambiaria; que los actos de disposición son, en principio, abstractos.

En el negocio jurídico abstracto se puede conseguir la nulidad de la causa, pero ello no repercute contra los sub-adquirientes; sólo existiría una pretensión de enriquecimiento si existe nulidad del negocio por efecto de la causa.

Para nosotros, los negocios jurídicos de disposición de cosas muebles podrían reputarse abstractos, en cuanto el tercer comprador queda libre de cualquier acción de nulidad o rescisoria (resolutoria) que consiguiera el primer enajenante, aún por falta de pago de precio de las cosas muebles. Lo que sí es para nosotros difícil de entender es que los negocios de disposición (ventas, v. g.) de cosas inmuebles sean negocios abstractos, si en el Perú no es requisito necesario para la transferencia del dominio la inscripción registral, sino que basta el simple consentimiento, que debe instrumentarse pero no obligadamente en escritura pública (instrumento auténtico).

En cuanto a los llamados negocios fiduciarios, nuestro derecho los desconoce, razón por la que omitimos describirlos.

En el art. 1988 del cód. civ. italiano de 1942, se presume la existencia de la relación fundamental mientras no haya prueba en contrario, en toda promesa unilateral de una prestación.

Ello importa el desplazamiento de la carga de la prueba, por lo que quien deberá probar la eventual inexistencia de la relación fundamental, —o sea de la causa—, es quien hizo la promesa de pago o el reconocimiento de deuda.

Se trata evidentemente de negocios procesalmente abstractos, o sea que son negocios válidos, eficaces, aunque el acreedor no prueba la causa (declaración fundamental); y serán inválidos, ineficaces, si el deudor consiguiera probar (no bastaría que alegue), que no existe la causa o relación fundamental por la que resultó obligado (116).

(115) *Trat. de D. Civ., I, § 25, p. 239.*

(116) *MESSINEO, Manual, VI, § 164, Nº 5, p. 220.*

Esta sería la ventaja del negocio procesalmente abstracto (por ejemplo, el que da lugar a la emisión de un título-valor (específicamente, una letra de cambio), con respecto al negocio causal. Quien debe probar la causa es el acreedor. En el abstracto no; la carga de la prueba se invierte; corre a cargo del deudor. Es claro que el negocio abstracto es también causal, pero la causa no necesita probarla el acreedor para cobrar.

La relación fundamental (causa) es la relación patrimonial preexistente o contemporánea entre el deudor y el acreedor; es la razón de la obligación.

Es para los juristas formados en el clima del cod. civ. abrogado duro admitir que una declaración unilateral de voluntad obligue (que sea vinculante para quien la emite), no obstante que aún no ha sido aceptada por aquel a quien ha sido dirigida. Esta promesa unilateral es obligatoria aún antes de haber sido aceptada por el destinatario y aunque aún no hubiere llegado a su conocimiento.

En este sentido, podemos citar algunas ofertas o peticiones; la promesa de recompensa y la emisión de títulos al portador; y ahora la letra de cambio, vale, pagaré y cheque (títulos-valores) que tienen una nueva ley. Ciertamente, estos títulos contienen promesas unilaterales de efectuar prestaciones, es decir, cumplir obligaciones. Proviene, además, de un negocio unilateral no recepticio, vinculante e irrevocable (117).

Para el cód. civ. de Italia, las obligaciones nacidas de una declaración unilateral de voluntad que no necesita ser aceptada, derivan de los arts. 1987 y 1988, que reproducimos.

Art. 1987. "Eficacia de las promesas.— La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley".

Art. 1988. "Promesa de pago y reconocimiento de deuda.— La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda dispensa a aquel a favor del cual se hace, de la carga de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario".

Para nuestra ley de títulos valores N° 16587, de 15 de setiembre 1967, su art. 20 relaciona las excepciones que puede hacer valer el obligado; y entre ellas se encuentra como excepción personal la causal. Empero, corresponde al deudor cambiario acreditar la inexistencia de la relación fundamental. No basta-

(117) MESSINEO, Manual, VI, § 164 bis, N° 1, p. 227.

ría que la alegue, a fin de obligar al tenedor (acreedor) a probar que existe la razón de dicha prestación que cobra. Además, su art. 61, inc. 2º, entre los requisitos que debe contener la letra de cambio está la orden incondicional de pagar determinada cantidad de dinero; su art. 129, inc. 3º, en cuanto al pagaré o vale a la orden señala el requisito que consiste en la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero; y el art. 136, inc. 2º en lo que respecta al cheque, indica como requisito "la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero". Esto es propio de la promesa unilateral de deuda, evidentemente. La emisión de todos estos títulos-valores tiene carácter abstracto, como lo tienen también todas las sucesivas negociaciones (endosos). Es claro que en el caso que el deudor cambiario, sólo alegue que no hay causa para que se hubiere obligado si el tenedor de la letra incurre en la torpeza de invocar cierta causa y no consigue probarla, la acción de cobro de la cambial se declarará sin lugar.

7.—*Elementos del negocio jurídico.*— Entre los elementos del negocio jurídico CARIOTA FERRARA (118) distingue los siguientes:

Voluntad y manifestación, capacidad y legitimación, causa y objeto.

De voluntad y manifestación aparece lo que ha dado en llamarse manifestación de voluntad. O sea exteriorización de la voluntad. En algunos casos esa manifestación de voluntad debe constar por escrito: el contrato de fianza según el art. 1776 del cod. civ. peruano debe constar por escrito bajo pena de nulidad. En otro caso, el silencio importaría manifestación de voluntad; así, cuando se recibe una oferta de contrato en que no se acostumbra la aceptación o en la que el oferente la hubiere dispensado y no se rehusa sin dilación: art. 1333 del cód. civ. del Perú.

La voluntad puede no comprender todos los efectos jurídicos del negocio; ello queda a merced del ordenamiento.

La capacidad de obrar cuando falta produce o la nulidad absoluta o la anulabilidad: arts. 1123 y 1125 del cód. civ. del Perú.

La legitimación se reclama por la ley para dar vida al negocio jurídico, obedeciendo a una relación entre el objeto y el su-

(118) El Negocio jur., N° 20, p. 58 ss.

jeto: véase arts. 596 y ss., 1471 y 1478 del cód. civ. de Italia de 1942.

La causa es la razón del negocio y debe ser lícita. De lo contrario sería un negocio nulo, a no ser que se trate de los negocios jurídicos abstractos.

El objeto también deberá existir y debe ser lícito, determinado y determinable.

La ilicitud de la causa y del objeto aparecen cuando son contrarios al orden público y a las buenas costumbres: art. III del T. P. del cód. civ. del Perú.

Entre los requisitos para la conclusión o perfeccionamiento del negocio jurídico, ENNECCERUS (119) enumera los siguientes:

1. Capacidad para celebrar negocios jurídicos y si dicha capacidad se encuentra limitada estará representado el incapaz por su representante legal: padre que ejerce la patria potestad, tutor o curador.

2. La declaración de voluntad negocial.

3. Los contratos requieren además la coincidencia de las declaraciones de voluntad recíprocas (lo que nosotros llamamos consentimiento).

Anota este famoso autor que el derecho alemán (el BGB) ha aumentado los casos en que el negocio jurídico es válido no obstante que se comprueba que falta en él una voluntad dirigida a la consecuencia jurídica que se califica como querida; y ello lo hace por razones de seguridad del tráfico. Se consideran válidas las declaraciones de voluntad que el declarante ignora que no traducen su propia voluntad; sólo le concede a dicho declarante un derecho de impugnación.

LEHMANN (120) al tratar de los requisitos del negocio jurídico señala la capacidad de celebrar negocios jurídicos; y la facultad de disposición si es que el negocio hace esa declaración. Es un poder de disposición si el negocio es de disposición. Debe tenerse el señorío jurídico de lo que se dispone.

Es evidente que la forma establecida por el ordenamiento jurídico es también requisito; y tratándose de contratos (que es una variedad del negocio jurídico) debe existir oferta y aceptación; y considerar el contrato como un todo; debe existir coincidencia en todos los extremos del contrato; la inteligencia sobre

(119) Trat. de D. Civ., I, 2, § 140, I s., p. 91.

(120) Trat. de D. Civ., vol. I, § 28, p. 269 y 279.

puntos aislados aunque conste por escrito no obliga, lo dice el art. 1344 de nuestro cod. civ. peruano. Ejemplo: existe venta sobre el precio a pagar por partes, pero no se pactó que decurraría tal tipo de interés sobre los saldos deudores del precio y el vendedor pretende exigirlos, el contrato sería nulo si se prueba que las partes olvidaron pactar sobre este extremo, pero no si en verdad no hubo el propósito de establecer ese pago adicional.

En el derecho alemán como en el nuestro, existe libertad de forma: art. 1122 del cód. civ del Perú. Esta es la mejor solución legislativa, porque la forma entorpece el tráfico y deja desamparado al contrayente de buena fe, para quien vale la obligación asumida cualquiera que sea la forma, pero el de mala fe se aprovecha para decir que no está obligado; si la ley no exige la forma *ad substantiam*, la nulidad del instrumento no atenta contra la validez del negocio: art. 1131 C.C.

En el BGB un negocio jurídico es nulo sólo en determinados casos. Así, si existe incapacidad o inconsciencia de uno de los que intervienen; o por falta de voluntad; o por defecto de forma; o por tener un contenido prohibido, inmoral o reprobado, o a causa de la imposibilidad de la prestación. En los demás casos, el negocio jurídico no es nulo, sino ineficaz (así lo califica el cód.), negándole el efecto jurídico que corresponde a su contenido. Observa ENNECCERUS (121) que esta declaración de ineficacia está en todo sujeta a las mismas reglas que la nulidad y es, en resumidas cuentas, nulidad, por lo que es lamentable que no se emplee por la ley esta expresión en todos los casos.

HOLDER distingue que una declaración es ineficaz cuando carece de validez jurídica y será nula cuando queda excluida la posibilidad de una validez futura. En cambio, LEONHARD cree lo contrario: el negocio ineficaz no es susceptible de conversión ni de ratificación y el negocio nulo si admite la conversión y la confirmación (122).

Para nosotros, sólo lo anulable, —no lo nulo—, es susceptible de confirmación: art. 1132 del cód. civ.

La capacidad es un presupuesto del negocio jurídico. Así, la firma de una letra de cambio por un niño no es un negocio jurídico; y un incendio provocado por un niño o por un loco no es un acto ilícito.

No responde del acto ilícito el que no tiene conciencia o vo-

(121) Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, p. 63 y s.

(122) Cit. por ENNECCERUS en su Trat. de D. Civ., I, 2, § 136, n. 26 de la p. 64, ambos autores.

luntad en el momento en que lo comete, salvo que le falte la conciencia o la voluntad por su propia culpa.

Hay que distinguir entre responsabilidad e imputabilidad. Se puede ser penalmente inimputable; pero civilmente se es responsable.

8.—*Forma de los negocios jurídicos.*— La voluntad sólo adquiere relevancia cuando ha sido declarada; cuando ha sido exteriorizada; cuando asume una forma exterior.

Ahora bien; la exteriorización de la voluntad debe exigirse que conste en una forma tal que sea fácil probarla; desde que si no se puede probar es como si no existiera.

Para ciertos negocios jurídicos o actos jurídicos, la ley exige determinada forma. Estos son los menos. Por lo general, la ley reclama la forma no *ad solemnitatem*; no *ad substantiam*; sino *ad probationem*. Sólo excepcionalmente la forma es la cosa: *forma dat es res*.

La forma, pues, en ciertos casos, imprime al negocio jurídico eficacia. Y en el caso de no observarse, es nulo dicho negocio: art. 1123, inc. 3º cód. civ. peruano. Nuestro cód. de proc. civ. previene en su art. 407 que si la ley exige como solemnidad de un acto el otorgamiento de instrumento público, éste sería el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto. Se presenta, entonces, el problema de esclarecer si la ley exige *ad solemnitatem* o sólo *ad probationem* una escritura pública. La que sí tiene una tradición legislativa muy antigua es la donación inmobiliaria. Se ha estimado siempre que dicha donación debe constar en escritura pública para reputarse que existe.

La finalidad de la *forma* del negocio jurídico se apoya en el hecho de conseguir una mayor certeza, una más cabal determinación de todos los extremos del negocio; y en otros casos cierta forma se reclama a fin de que exista una mayor reflexión del negocio que se está perfeccionando. Ejemplo de esto último es la donación inmobiliaria, la que debe ser por escritura pública según el art. 1474, § 3º de nuestro cód. civ. La omisión de la forma acarrea la nulidad radical; no sólo la anulabilidad: art. 1123, inc. 3 del cód. peruano. Aquí la forma es *ad substantiam*; tiene valor constitutivo. En otros casos, la forma se reclama *ad probationem*.

El principio sentado por todas las legislaciones es el de la libertad de la forma para expresar la voluntad. Por tanto, la manifestación de la voluntad en el negocio jurídico puede cons-

tar en la forma que viere convenirles a los interesados. Lo dice el cód. civ. del Perú en su art. 1122, que es la única disposición de un título que se llama "De la forma de los actos jurídicos", cuando en verdad es de la forma de los negocios jurídicos, o sea algo más que los actos jurídicos.

Lo importante es que la voluntad se encuentre manifestada, expresada, a fin de que pueda ser captada por aquellos a quienes va dirigida. Puede entonces ser de viva voz, por teléfono; por telégrafo; por cable; por radio; por medio de claves; por señales; por signos; etc.

Ocurre, sin embargo, que existen negocios jurídicos solemnes, en los cuales la forma es reclamada *ad substantiam*. Es evidente que siempre la forma es necesaria, en cuanto ella revela la existencia de la voluntad del sujeto. Ningún negocio jurídico deberá confiarse a la prueba débil de la confesión, o del juramento decisorio, o a la todavía menos segura de testigos. Por consiguiente, todo negocio jurídico requiere forma. Por eso, ciertamente, nuestro art. 1122 declara que si no existe disposición en contrario, las partes pueden usar cualquier forma, pero siempre alguna forma.

En los negocios solemnes la forma es requisito esencial; y no cualquier forma, sino cierta forma (la que la ley enuncia). Omitida esa forma reclamada por el ordenamiento jurídico, cualquier otra forma huelga. En alguna hipótesis omitida la forma ya no se podría perfeccionar el negocio jurídico. Por ejemplo, la renuncia de la herencia reclama escritura pública o acta por ante el juez que está conociendo del proceso hereditario (declaratoria de herederos y/o ejecución de la voluntad testamentaria). Ello no obstante, el heredero o los coherederos proceden a vender de inmediato uno o varios de los bienes relictos o su derecho a la herencia. Es obvio que en ese caso no podrían ya renunciar a la herencia, aunque el plazo para hacerlo todavía se encuentre decursando. Solución a contrario del art. 677 del cód. civ. peruano.

No siendo la forma reclamada *ad solemnitatem*, se puede utilizar válidamente el instrumento público o el instrumento privado. El primero es instrumento auténtico. El privado no, a no ser que hubiere sido reconocido en diligencia preparatoria. No lo sería, empero, si el otorgante no reconoce su firma; y entonces su autenticidad quedaría librada a un proceso ordinario, con prueba pericial que no es prueba plena: art. 504 del cód. de proc. civ. del Perú.

Es claro que también dentro del proceso y no sólo en diligencia preparatoria, puede pedirse el reconocimiento de un instrumento privado.

El instrumento público tiene fecha cierta; el privado no.

Existen casos en que la ley exige la escritura pública pero sólo *ad probationem tantum*. Por consiguiente, la falta de la escritura pública no acarrea la nulidad del negocio jurídico, por ser inaplicable en este caso el inc. 3º del art. 1123 del cód. civ. peruano. Ejemplo de esto lo tenemos en el contrato de sociedad civil, en el que el art. 1689 del cód. civ. del Perú dice que el contrato se celebrará por escritura pública; pero el art. 1732 del mismo cód. declara que cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse por falta de instrumento, los socios pueden pedir la restitución de sus aportes y la partición de utilidades si existe un principio de prueba escrita. Nótese que no son los terceros extraños (acreedores) sino los que la ley llama "cointeresados".

La forma se conecta con la manifestación de la voluntad. Con la forma la voluntad negocial se exterioriza; adquiere existencia dentro de la realidad.

Si la manifestación de voluntad es recepticia se tendrá por tal cuando llega a conocimiento de la otra parte.

La oferta de contrato entre ausentes obliga desde que llega a conocimiento de la otra parte y la obligación en el peticitante existe hasta que transcurra el tiempo suficiente para que llegue la respuesta a su conocimiento; así lo dispone el inc. 2º del art. 1330 del cód. civ. peruano, si es que la oferta se hizo sin plazo. Empero, el oferente puede haber fijado plazo en cuyo caso está obligado por todo el tiempo que dure el plazo, pero no en el lugar en que domicilia el oferente, sino en el lugar que domicilia el destinatario, ya que la respuesta debe expedirla el destinatario dentro del plazo, entendiéndose que la expide desde que deposita en el correo dicha respuesta: art. 1330, inc. 3º del cód. civ. peruano. También la oferta no obliga a quien la hace a un ausente sí antes de ser recibida dicha oferta o al mismo tiempo que ésta, el destinatario recibe la retractación del peticitante. Propiamente, es una revocación hecha antes o al mismo tiempo que la oferta. Empero, la oferta sería irrevocable si la comunicación en que se retracta el peticitante llegara después de recibida por el destinatario.

En cuanto a la aceptación del contrato entre ausentes (que es el más importante de los negocios jurídicos) existe el contra-

to (está perfeccionado siempre que la aceptación sea perfecta) desde que el destinatario expide la aceptación (entrega al correo en el lugar de su domicilio, la carta que contiene su aceptación). Empero, el aceptante también puede retractarse (revocar su aceptación) si antes que la conozca el ofertante o junto con la aceptación recibe la misiva de retractación. Insistimos en que la aceptación entre ausentes debe ser perfecta y total, por cuanto según el art. 1344 del cód. civ. sólo se tiene por perfeccionado el contrato cuando las partes están conformes sobre todos sus extremos. La inteligencia o acuerdo sobre puntos aislados aunque sean esenciales, no obliga, aunque se hubieren redactado y firmado por escrito.

9.—*Conclusión.*— Son las leyes, es la masa legislativa, la que dota de eficacia (de efectos jurídicos) a la voluntad del hombre, que realiza un acto jurídico o que perfecciona un negocio jurídico. No basta la voluntad del hombre para crear efectos jurídicos; es necesario que el ordenamiento jurídico no sólo autorice la autonomía privada (autonomía de la voluntad) sino que señale cuáles son los efectos jurídicos en cada negocio. Los dos factores, —voluntad y ordenamiento—, son necesarios para la eficacia del acto jurídico o del negocio jurídico. En cada negocio jurídico debe indagarse, examinando la ley, cuáles son los efectos que produce. Además, la voluntad es necesaria, indispensable, en todo negocio jurídico. Precisamente, la anulabilidad del negocio jurídico se produce por vicios de la voluntad. De conformidad con el cód. civ. peruano los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude) producen la anulabilidad de lo que ese cód. llama “acto jurídico”, según el art. 1125, inc. 2º y el mismo inc. 1º del art. 1125, que se refiere a que también la anulabilidad se declara por incapacidad relativa del agente, tiene que hacer con la falta de voluntad negocial en el sujeto que concluye el negocio jurídico. Y en cuanto a la nulidad radical (art. 1123, inc. 1º del cód. civ. del Perú), se declara por incapacidad absoluta de la persona que concluye el llamado acto jurídico; y es obvio que esa incapacidad refleja ausencia de voluntad negocial.

Insistimos: el acto jurídico se distingue del negocio jurídico que en éste no sólo encontramos una expresión de la voluntad del hombre, sino que se trata de una voluntad que persigue un fin que la ley protege y que es una voluntad manifes-

tada, expresada, exteriorizada. No es posible concebir un negocio jurídico sin declaración de voluntad.

La voluntad en el negocio jurídico se dirige a conseguir un resultado; un efecto jurídico. Tiene la voluntad negocial un propósito. No es sólo la voluntad que realiza un hecho; que lo ejecuta. En verdad, la persona al perfeccionar el negocio jurídico no tiene presente los efectos jurídicos, en todos los casos; sólo se dirige a conseguir un resultado práctico.

"Tráfico negocial", "conducta negocial"; "espíritu negocial" son frases propias de los negocios jurídicos; y éstos no sólo se encuentran en el derecho de obligaciones, sino en el de familia (ej., el matrimonio) y en el de sucesiones (ej., testamento).

El concepto "tráfico" supone enajenación, transferencia, cedibilidad, traslación, disposición, es inherente al negocio jurídico. Enajenación o disposición no sólo se da en los contratos de compra-venta, permuta, donación, sino en la institución de heredero a un *extraneus*. Empero, "tráfico negocial" también sería sólo la transferencia del uso como en la *locatio*.

Los hechos jurídicos generan, suprimen o modifican el derecho. Por ejemplo, el derecho de propiedad se modifica, pero la sustancia de él permanece idéntica. Es importante distinguir si sólo se modifica el derecho, o está naciendo un nuevo derecho. El derecho se modifica sea en cuanto a su contenido, sea en cuanto al sujeto. La modificación del contenido puede ser cualitativa o cuantitativa. Por ejemplo, si la cosa inmueble recibe un aumento por aluvión, sería una modificación cuantitativa. En cambio, habría modificación cualitativa si el precepto de la ley que regula el derecho recibe un contenido de especie diversa. Así, si la violación del derecho de propiedad origina diversas consecuencias.

Se cambia el sujeto del derecho por ejemplo en el derecho de obligaciones. Subentra otro sujeto activo o pasivo; acreedor y/o deudor. Esto se denomina técnicamente la sucesión en el derecho. (123)

Los hechos humanos derivan del *facere* o del *non facere*. El ser humano hace el hecho humano. En el castellano antiguo existían las voces *facer* y *fecho*. Esta úsase hasta ahora en nuestro derecho. Asimismo, la *fechoría* es un hecho; la obra es también un hecho.

(123) Cf. WINDSCHEID, Pandette, I, § 64, p. 192.

Todos los hechos, inclusive los de la naturaleza, sobrevienen; acaecen. Si los hechos han acontecido hay que acreditarlos, si aquellos que sufren sus efectos los niegan.

Los hechos son innegables, porque han ocurrido realmente. El derecho, como toda ciencia, se basa en hechos.

Probados los hechos en el proceso, el juez habría de aplicar las normas del ordenamiento jurídico que señalan para esos hechos determinados efectos legales.

No obstante que el cód. civ. italiano de 1942 ni siquiera contiene una sección sobre actos jurídicos, sus más calificados autores de derecho civil contemporáneos, se han dado a la tarea de estudiar intensamente los hechos jurídicos; los actos jurídicos; y los negocios jurídicos, siguiendo, como es comprensible, al derecho germano, que es indudablemente el creador de esta nueva y trascendente categoría jurídica.

Por lo que hace el Perú, la tarea de nuestros doctrinadores es menos difícil por cuanto en el libro quinto del vigente código civil, que trata del derecho de obligaciones, la sección primera se denomina "De los actos jurídicos"; y consta de diez títulos, uno de los cuales regula los actos ilícitos (título IX), por lo que se infiere que también son considerados actos jurídicos los actos ilícitos. Nuestro cód. civ. vigente no carece de la regulación de las declaraciones de voluntad, —que son las que dan nacimiento a los negocios jurídicos—, pero el legislador peruano de 1936, recogió la doctrina del acto jurídico del cód. civ. del Brasil, cuyos redactores olvidaron que lo trascendente es el "negocio jurídico".

Conviene consignar que el nuevo cód. civ del Perú en sus arts. 1076 y 1077 denomina a la "declaración de voluntad" *manifestación de voluntad*; al tratar de los vicios de la voluntad su art. 1079 dispone que el acto jurídico (no el negocio jurídico) es anulable cuando la "*declaración de voluntad*" (así la llama) emane de error substancial. Y el art. 1080 considera error substancial además de otra causal, al que se refiere el objeto principal de la declaración (de voluntad, ciertamente), o a alguna de sus cualidades esenciales. También se refiere a la declaración de voluntad (la llama así) el art. 1082. Y el art. 1089 alude tácitamente a contratos, porque el consentimiento es propio de ellos (y el contrato es negocio jurídico), cuando expresa que será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o por intimidación.

Entonces, resulta que el cód. civ. del Perú lo único que ignora es el negocio jurídico, como también lo ignoran todos los códigos del mundo menos el BGB; éste dedica toda una sección a las declaraciones de voluntad; y su doctrina reputa como la figura más importante no al acto jurídico, sino al negocio jurídico. (124)

Conviene conocer las disposiciones del cód. civ. alemán que han originado el profundo estudio de los hechos, los actos y los negocios jurídicos que importa evidentemente una creación de la ciencia del derecho en ese país. Sí; son los preceptos del BGB los que originaron la elaboración teórica del "negocio jurídico". (125)

El libro II del cód. civ. alemán (BGB) se titula "Derecho de las relaciones obligatorias", pero el que interesa en primer término es el libro primero llamado Parte General; y su sección tercera se denomina "Negocios jurídicos", la cual consta de seis títulos, que son los siguientes:

Título I: Capacidad negocial, §§ 104 a 115.

Título II: Declaración de voluntad, §§ 116 a 144.

Título III: Contrato, §§ 145 a 157.

Título IV: Condición. Determinación de tiempo, §§ 158 a 163.

Título V: Representación. Poder, §§ 164 a 181.

Título VI: Consentimiento. Ratificación, §§ 182 a 185.

De primer intento, se observa que la condición se comprende al lado de la determinación de tiempo; y que la sección cuarta del libro primero del cód. trata de "Plazos. Términos, §§ 186 a 193. Los modos o los cargos los regula en el libro quinto, que trata del derecho sucesorio.

Geschäftsfähigkeit equivale traducido rectamente a "capacidad negocial", o sea capacidad para celebrar negocios jurídicos. Esta es nuestra "capacidad de obrar", que es distinta de la capacidad jurídica, que en alemán es "*Rechtsfähigkeit*".

(124) Es evidente que el cód. civ. de Brasil está más cerca que el nuestro del negocio jurídico. V. g., nuestro art. 1039 sólo se refiere a la ineficacia del consentimiento, cuando es ineficacia de la declaración de voluntad.

(125) MAITLAND decía del BGB: "...es la más cuidadosamente considerada exposición de las leyes de una nación que el mundo haya jamás visto".

Este parecer continúa vigente hasta hoy, no obstante las reformas de la ley civil que se han hecho en muchos países después de la promulgación de la ley germana.

Los países de habla castellana necesitan buenos traductores del alemán. Algún me decía que lo mismo ocurre con la Paideia, cuya traducción al español es tan deplorable que se busca la traducción al italiano.

Adviértase que el BGB no habla de "acto jurídico". Tanto el acto jurídico como los hechos jurídicos son creaciones de la doctrina germana, que era necesario establecer a fin de estudiar mejor el instituto "negocio jurídico".

En verdad el derecho está constituido por hechos. Es por ello que el derecho se realiza en la vida. Son hechos que tienen repercusiones o efectos reconocidos y dados por el ordenamiento jurídico. Los hechos humanos unidos a la voluntad expresada, manifestada, dan nacimiento a los negocios jurídicos. Los otros hechos, —los hechos de la naturaleza—, a lo más son el origen de los actos jurídicos. El derecho no podría funcionar en la nada; se aplica en lo que existe. Está destinado a regular la vida.

La carga de la prueba importa probar "hechos"; y es la prueba la esencia del derecho.

El negocio jurídico en cuanto categoría de derecho es creación de los juristas germanos. Es con esta figura que han superado y excedido el derecho romano. El cód. civ alemán (BGB) regula los negocios jurídicos y las declaraciones de voluntad. Conviene entonces ahondar el estudio de este nuevo instituto e incorporarlo dentro de la reforma de nuestro Código Civil, que sólo se quedó en la noción del acto jurídico (126). Debemos terminar este ensayo reafirmandonos en la creencia que jamás pueblo alguno creó un cuerpo de leyes tan notable como lo es el cód. alemán.

(126) Tenemos la sospecha que una desafortunada traducción del BGB fué la causa de que los juristas brasileros y sus seguidores en el Perú, instalaran en sus respectivos códigos, disposiciones sobre acto jurídico y no sobre negocio jurídico. El daño que hacen los traductores es incommensurable. La sospecha ha nacido de que tenemos a la mano una vieja edición en castellano del BGB. Se denomina: "Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán", promulgado el 18 de agosto de 1896, traducción directa del alemán revisada por D. Alejo García Moreno, doctor del claustro de la Universidad Central, anotada y comentada por la redacción de la Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1897. Alemania no ella he trabajado durante muchos años y es la causante de mis dificultades con el derecho alemán.

Debemos nosotros buscarnos buenos traductores del alemán. Un profesor de literatura me decía que lo mismo ocurre con la Paideia, cuya traducción al español es tan deplorable e ininteligible, que ha buscado una traducción al italiano.

BIBLIOGRAFIA

- BARBERO, Domenico.— *Sistema de Derecho Privado*, tomo I, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BETTI Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- CARIOTA FERRARA, Luigi.— *El Negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.
- CANDIAN, Aurelio.— *Instituciones de Derecho Privado*, 1a. ed. en español, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.
- COVIELLO, Nicolás.— *Doctrina general del Derecho Civil*, trad. del italiano, Uteha, México, 1938.
- DEMOGUE, René.— *Traité des Obligations en général*, tome I, Rousseau & Cie, Paris, 1923.
- ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, Giuffrè Editore, 1959.
- ENNECCERUS Ludvig, H. C. Nipperdey, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Parte general, volumen 2, Bosch, Barcelona, 1944.
- FERRARA, Francesco.— *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*, Librería General de V. Suárez Madrid, 1926.
- LARENZ, Karl.— *Derecho de Obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LEHMANN, Heinrich.— *Tratado de Derecho Civil*, volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- MESSINEO Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- MESSINEO, Francesco.— *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- MIRANDA, Pontes de.— *Tratado de Direito Privado*, tomo III, 2ª ed. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.
- OERTMANN, Paul.— *Introducción al Derecho Civil*, Editorial Labor, Barcelona:
- RAO, Vicente.— *Ato jurídico*, 2ª tiragem. M. Limonad. Editor, Sao Paulo, 1961.
- RUGGIERO, Roberto de-MAROI, Fulvio.— *Istituzioni di Diritto Privato*, volume I, sexta edizione rinnovata secondo il nuovo codice, Casa Editrice Giuseppe Principato, Milano, Messina, 1947.
- RUGGIERO, R. de.— *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, trad. del italiano, Instituto Editorial Reus, Madrid 1944.
- WINSCHIED, Bernardo.— *Diritto delle Pandette*, volume I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930.