



FORT NINAMANCCO C RDOVA



# LA INVALIDEZ Y LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

en la jurisprudencia de la Corte Suprema





**FORT NINAMANCCO CÓRDOVA**

# LA INVALIDEZ Y LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

en la jurisprudencia de la Corte Suprema

**GACETA**  
**JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

**GACETA**  
**CIVIL**  
& procesal civil  
INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

**LA INVALIDEZ Y LA INEFICACIA  
DEL NEGOCIO JURÍDICO  
EN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE SUPREMA**

PRIMERA EDICIÓN  
MAYO 2014  
4,440 Ejemplares

© **Fort Ninamancoco Córdova**  
© **Gaceta Jurídica S.A.**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN  
TOTAL O PARCIAL  
DERECHOS RESERVADOS  
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
2014-06673

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN:  
978-612-311-149-6

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL  
31501221400393

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA  
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES  
Rosa Alarcón Romero

**GACETA JURÍDICA S.A.**

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: [ventas@gacetajuridica.com.pe](mailto:ventas@gacetajuridica.com.pe)

Impreso en:  
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.  
San Alberto 201-Surquillo  
Lima 34-Perú

*A María José, con cariño y  
profunda gratitud  
por haberme rescatado  
de la fría celda de la soledad*



## PRÓLOGO

Solo por la benevolencia y deferencia del autor, que me lo ha pedido, puede justificarse mi presencia en este lugar privilegiado, encabezando el presente libro; petición que me halaga tanto por venir de un joven civilista cuya voz ha de hacerse oír, sin duda, con vigor en un próximo futuro, como por los temas interesantes que trata, sobre los cuales siempre hay mucho que decir, y él lo viene diciendo en estos y anteriores trabajos.

Un prólogo clásico requiere relacionar al autor con la obra prologada. En este caso es muy poco lo que yo puedo decir de Fort Ninamancco Córdova, a quien no conozco personalmente –solo algunos datos académicos y profesionales suyos– y sus trabajos jurídicos, los incluidos en este libro (y algún otro), de los que he podido intuir (y creo que también el futuro lector) su formación amplia y rigurosa. Por ello, y porque quiero despojar estas breves páginas de todo lo que pueda tener de acto protocolario y compromiso social, centraré mi atención en los trabajos que aquí publica –su mejor carta de presentación–, de gran relevancia en la dogmática jurídica, con problemas de varia índole donde explora y da un tratamiento equilibrado y lúcido a las cuestiones más importantes y fines a que están circunscritas las instituciones que estudia.

Creo innecesario hacer un comentario individual de todos esos trabajos, porque no lo precisan y porque no quiero hurtar al futuro lector el encanto de ir descubriendo las expectativas que ofrecen, y directamente, cada uno de sus capítulos. Pero permítaseme hacer algunas consideraciones relativas solo a aquellos que presentan mayor interés, tanto objetivo, por la materia que tratan, como desde la perspectiva de su autor, y que yo he leído con mayor satisfacción: me refiero, sustancialmente, a los relativos a la nulidad de los actos jurídicos (con los que buena parte de ellos van relacionados directa o indirectamente) y a la representación sin poder (sea en general o referida al gerente de una sociedad mercantil), tema este por el que muestro particular predilección desde hace tiempo. El haberse atrevido a abordar ambas cuestiones en plena juventud (pienso en la académica más que en la cronológica), y salir airoso, es



muestra de una madurez y valentía tan laudables como infrecuentes en los tiempos que corren.

- a) La preocupación del Sr. Ninamancco Córdova por los problemas de la nulidad del acto jurídico, de variada etiología, están presentes tanto en su inicial delimitación conceptual y normativa –por un lado respecto de la inexistencia y por otro en relación con la anulabilidad–, como en el ámbito de su eficacia/ineficacia; más importante este aspecto, una vez diferenciadas invalidez e ineficacia, tanto desde el punto de vista práctico (incidencia en la realidad social y para sus protagonistas) como por su concomitancia con la primera cuestión, en recíproca influencia e interacción. En este punto aplaudo el planteamiento de nuestro autor al optar por una visión funcional al lado de la conceptual, precavido de los riesgos que comporta un estudio de esa clase, donde hubo, como es sabido, demasiado dogmatismo y “jurisprudencia de conceptos”, de los que no abjuro de forma absoluta pero en los que creo que hay que evitar caer, en lo posible.

Con tal presupuesto, no entro a analizar y valorar críticamente esos trabajos porque sus reflexiones van referidas a un ordenamiento (Código civil peruano) que no conozco tan bien como debiera a ese efecto, y porque no encuentro, tampoco, objeciones importantes que hacer a sus argumentos y conclusiones, que me parecen, en principio, correctos. Solo me atrevo a hacer una pequeña sugerencia relacionada con el debate doctrinal y jurisprudencial a que alude sobre la apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, visto tal problema en alguna medida, por lo que me concierne, desde la perspectiva del Derecho español (y europeo, pues es prácticamente general ya).

Conocí antes de ahora el planteamiento de la nulidad de oficio del negocio jurídico en la doctrina y pronunciamientos de la Corte de Casación de Perú –en lo que me ha instruido mejor el trabajo “¿Cuándo es ‘manifiesta’ la nulidad del acto jurídico? (sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 220 del Código Civil)”–, y el debate, por un lado, sobre el papel que en este terreno tienen la exigencia y concepto de “nulidad manifiesta” del artículo 220 del CC, y, por otro, el de la relevancia o irrelevancia del principio de congruencia procesal en la posibilidad de apreciación de

oficio de aquella nulidad por los tribunales. Pienso al respecto que el mencionado elemento “nulidad manifiesta” (concepto jurídico indeterminado, complejo y sutil) es difícilmente generalizable como principio o criterio general determinante: habrá que ir indefectiblemente a una valoración concreta caso por caso, cuestión de hecho, con todos los riesgos que ello comporta -idea que parece asumir el propio autor-. Más correcta jurídica y procesalmente me parece la argumentación sobre la relevancia o no del principio de congruencia (procesal); pero tengo la impresión de que ese principio y argumento es insuficiente para resolver no pocos casos que pueden presentarse en la práctica sobre aquella cuestión.

La sugerencia anunciada que me permito hacer proviene de un problema y planteamiento semejante en el Derecho español, en el que doctrina y jurisprudencia venía sosteniendo que la nulidad radical del negocio jurídico podía ser apreciada de oficio en ciertos casos, tesis procedente de la teorización y de la escuela de la exégesis sobre la categoría de la inexistencia del negocio. En los años ochenta empezó a defenderse con rigor jurídico que la apreciación de oficio de la nulidad debía considerarse excepcional -quizá solo en litigio entre los propios contratantes que piden la ejecución de contratos delictivos o con causa torpe-, y varias sentencias del Tribunal Supremo español, basándose en el artículo 24 de nuestra Constitución de 1978, que proclama como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva de los intereses legítimos, insisten en el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada, si acaso, por el juzgador la facultad de apreciación de oficio, ya que hay que dar oportunidad a la parte interesada para su defensa por mor del mencionado derecho fundamental y su interpretación por el Tribunal Constitucional, amplia y exigente. Reformada en el año 2000, la Ley de enjuiciamiento civil española, que no menciona siquiera la posibilidad de su apreciación de oficio, hay que considerar esta limitada a casos realmente extraordinarios, en que el juez deberá oír y permitir a las partes procesales tomar posición a ese respecto. Este criterio y jurisprudencia se van generalizando en la doctrina y tribunales europeos, ya que en varias Constituciones está recogido el aludido principio y derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

Habida cuenta que no se puede trasplantar una tesis y soluciones normativas de un sistema jurídico a otro, muy distintos a veces, pienso que el enfoque y doctrina que acabo de apuntar apenas pueda servir como punto de vista de aquella cuestión y como consideración general en el debate de la doctrina peruana sobre el tema aludido. Y me excuso si, por no conocer mejor su doctrina y jurisprudencia, digo ahora algo ya sabido.

- b) En lo que concierne a la **representación sin poder** –donde el Sr. Nimanacco Córdova presta benévola atención a mis propias ideas–, comparto su posición sobre la ineficacia del contrato del *falsus procurator* por inacabado, de formación sucesiva (le falta voluntad negocial, la del representado, imprescindible), negocio que solo devendrá eficaz si llega a tiempo la ratificación –tesis predominante en la doctrina alemana, italiana y española de las últimas décadas; la francesa se mueve en otros meridianos (método, argumentos, conclusiones) y resultado no muy diferente, sin embargo–. En cuanto a la situación y grado de invalidez/ineficacia del contrato del gerente de una sociedad mercantil sin poder suficiente, dependerá –como dice bien nuestro autor– de la calificación que merezca, de representante o no, para lo cual el concepto matriz es el de representación orgánica y la naturaleza de esta (¿representación técnico-jurídica?). Para responder a esa cuestión hay que partir, evidentemente, de la legalidad aplicable –en Derecho peruano parece ser el artículo 12 de la Ley General de Sociedades, enfrentado al artículo 161 del CC–, punto en que no me atrevo a opinar, pues doctrina solvente es la peruana, a la que remito. Por lo que atañe al Derecho español, punto de referencia inevitable para mí, he encontrado argumentos y normas suficientes para defender, como he dicho en otro lugar, que se trata de verdadera representación y que el acto del gerente sin legitimación suficiente será también ineficaz por las razones antes aludidas, y susceptible de ratificación sanadora (eficacia). Mas esto tiene menos importancia aquí en donde el protagonismo corresponde al autor prologado, sus ideas y opiniones (referidos al ordenamiento peruano), a los que nada tengo que objetar.
- c) En el plano metodológico –que quiero relacionar con la obra comentada–, pienso que es el juego funcional y práctico de las instituciones el que pone de manifiesto su verdadera entidad y enjundia jurídica,

lo acertado o erróneo de su construcción doctrinal, la racionalidad de su predicada naturaleza y la corrección de una supuesta estructura. Es, al propio tiempo, en ese terreno dinámico y funcional más que en el aspecto estático donde las instituciones muestran su elasticidad, su verdadero juego jurídico como algo vivo –porque el Derecho es para la vida y el fenómeno jurídico va ceñido a ella–, no como mera elucubración pensada y creada artificialmente con más o menos imaginación y fortuna. Creo, con convicción creciente con el paso de los años, que ese realista enfoque de las instituciones jurídicas, frente al formalismo de cualquier visión estrictamente normativista, es una de las opciones metodológicas más importantes y, en todo caso, más eficaz y fecunda que otras posibles (que no ignoro, y respeto). No se olvide que el Derecho es quizá la más pragmática de las ciencias humanas, pues solo se justifica en tanto que contribuye a prevenir y resolver conflictos de intereses interpersonales (que son problemas prácticos, realidad social diaria). Pues bien: esa es, eminentemente aunque no de forma exclusiva, la metodología seguida por el Sr. Ninamancco Córdova, que se ha acercado a dos grandes y difíciles temas relacionados con el negocio jurídico desde una perspectiva funcional que le ha permitido ver mejor que en un negocio “sano” la patología y disfunciones (nulidad, ineficacia) que pretendía estudiar, y las consecuencias respectivas. Para ello ha manejado, junto a una dialéctica ya comentada más arriba, una muy amplia información y bibliografía, nacional y foránea –en la que echo de menos alguna de origen anglosajón, donde hay aportaciones interesantes–, con citas precisas, incluso con algunas notas de humor, que no vienen mal en materia tan compleja y árida a veces.

He creído siempre, por otro lado, que todo trabajo científico debe ser crítico y valorativo, no mera exposición aséptica y acrítica de materiales normativos y doctrinales, aun valiosos. Y ese espíritu crítico que estimo imprescindible, racional y práctico a la vez, se manifiesta en nuestro caso en el análisis de los textos legales y de la jurisprudencia interpretadora con los que ha debido encararse nuestro autor. Lo hace con respeto, pero también con una valentía responsable cuando había que disentir de Altos Tribunales o de autorizada doctrina. Se estará o no de acuerdo con las opiniones sostenidas por el Sr. Ninamancco Córdova, pero no se podrá negar la sensatez de las soluciones que propone, la racionalidad de su argumentación y

la coherencia de sus postulados. Como en todo trabajo científico y en materia opinable, y más en el ámbito jurídico, donde no existe la **verdad** ni hay patente de certeza, solo cabe exigir al estudioso serio una exposición inteligible y una defensa razonable de sus tesis, que en los trabajos comentados se cumple con rigor. Creo que, con independencia del acierto o del error –a veces, aleatorio–, oportunidad o no en la elección de los temas estudiados, sugerencias y críticas que hace, se cumplen holgadamente en este libro tales requisitos y no puede negarse al autor de constante referencia el acierto de sus planteamientos, la seriedad de su investigación y la sensatez de las conclusiones que propone. Todo ello, y otros valores que el lector irá descubriendo a medida que se adentre en los capítulos y problemas abordados, añaden interés a este libro que me honro en prologar, al que cabe augurar una utilidad y repercusión notable no solo entre los estudiosos teóricos sino también (quizá más aún) entre los juristas prácticos, en particular los dedicados al ámbito forense.

Barcelona, marzo de 2014

**Francisco Rivero Hernández**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

## PALABRAS PRELIMINARES

En la presente obra, el amable lector o lectora encontrará ocho capítulos, divididos en dos partes de cuatro capítulos cada una, donde se analizan críticamente diversos aspectos de la invalidez y la ineficacia del acto o negocio jurídico, una materia que, como se sabe, es altamente contenciosa.

Mi objetivo es que usted llegue a tener una visión distinta a la usual en cada uno de los temas que abordo, tanto desde un nivel doctrinal como jurisprudencial. No pretendo establecer soluciones definitivas ni mucho menos. En este aspecto, por el contrario, coincido plenamente con el profesor Francisco Rivero, a quien agradezco sentidamente por sus amables palabras contenidas en el prólogo. Y es que, en verdad, es un despropósito buscar establecer “verdades absolutas” en el campo del Derecho.

No se puede negar que es bastante lo que se ha escrito sobre la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos, pero creo firmemente que existen varios puntos que no han recibido suficiente atención o que, pese a ser objeto de no pocas reflexiones en nuestra doctrina, pueden ser replanteados. Esto último asume importancia meridiana para todo aquel que se disponga a indagar acerca de cualquier tema, ya que muchas veces se cree, erróneamente, que el hecho de que un tema haya sido abordado en muchas ocasiones hace que alguna nueva indagación sobre este no pueda aspirar a más que ser mera repetición de lo que otros ya han dicho.

Discrepo con semejante manera de ver las cosas, puesto que tan nocivo es creer en los “intocables” del Derecho (es decir, aquellos que se consideran a sí mismos como portadores de la “verdad absoluta” y cuando se les critica son, inclusive, capaces de llevar la polémica al plano personal), como creer en la existencia de temas -jurídicos- “absolutamente zanjados”. Insisto, no hay “verdades absolutas” en nuestra disciplina, de modo que siempre es posible, por lo menos, dar

un enfoque o visualizar desde otra arista los temas aparentemente “agotados”\*.

Sin más preámbulo, procedo a hacer una referencia breve de cada una de las partes de este libro.

La primera parte se refiere a cuestiones relativas a la invalidez del acto jurídico.

¿La nulidad del acto jurídico es lo mismo que su inexistencia? ¿Tiene sentido práctico entender que la inexistencia es una figura completamente diferente a la nulidad? ¿Qué normas del Código Civil pueden ayudarnos a responder a estas preguntas? ¿Qué dice nuestra doctrina al respecto? ¿Cómo aborda este asunto la Corte Suprema de Justicia? Estas interrogantes tratan de ser respondidas en el capítulo I.

En el capítulo II me aproximo a estas cuestiones: ¿qué clase de efectos produce el acto jurídico nulo? ¿Qué tan cierta es esa famosa frase que dice: “el acto jurídico nulo nace muerto”? ¿Por qué algunos autores sugieren que, por el contrario, el acto jurídico nulo nace “vivito y co-leando”? ¿Qué consideraciones ha manejado nuestra Corte Suprema de Justicia sobre el particular?

En el recientemente publicado IV Pleno Casatorio Civil se dice, entre otras muchas cosas, que el juez que está a cargo del trámite de un proceso de desalojo debe evaluar si los títulos presentados por las partes adolecen o no de nulidad “manifiesta”, conforme al artículo 220 del Código Civil, para desestimar o no la demanda. Pero ¿cuándo puede decirse que una causal de nulidad de acto jurídico es “manifiesta”? Nótese que no pregunto cómo debe actuar el juez si advierte una causal “manifiesta” de nulidad de acto jurídico. Esta cuestión sí que ha sido debatida en nuestro medio. Mis preguntas son otras ¿lo que es “manifiesto” para el juez, tiene que ser “manifiesto” para las partes? ¿Por qué? ¿Cómo ha entendido la Corte Suprema de Justicia el adjetivo “manifiesta”? El amable

---

\* La posibilidad de insertar elementos nuevos en to no a temas “trillados” ha sido resaltada por Umberto Eco quien tiene firmemente que el hecho de que un determinado tema haya sido objeto de muchos estudios no es suficiente para descartarlo como objeto de una nueva investigación (Ver: ECO, Umberto *Cómo se hace una tesis*. 6 edición. Traducción de la edición italiana de Luiana Baranda y Alberto Clavero. Gedisa, Barcelona, 1993).

lector o lectora podrá apreciar el análisis de estas interrogantes en el capítulo III.

¿Puede una norma legal modificar los términos de un contrato en ejecución y celebrado antes de su puesta en vigencia? ¿Hasta qué punto es aplicable la denominada “santidad” contractual? ¿Por qué nuestros autores discrepan tanto acerca del sentido de esta “santidad”? ¿Puede un contrato nacer válido y eficaz para, posteriormente, devenir en nulo por sucesivas modificaciones normativas? ¿Es posible, entonces, hablar de una invalidez sucesiva del acto jurídico? ¿Cómo ha enfocado este problema nuestro Tribunal Constitucional? El capítulo IV es materia de estas cuestiones.

La segunda parte del libro se centra en asuntos vinculados a la ineficacia del acto jurídico.

¿El acto de un gerente de sociedad anónima sin poder puede, sin más, considerarse ineficaz? ¿Acaso no existen razones para sostener que tal acto es, en realidad, nulo? Si la doctrina peruana mayoritaria sostiene que un gerente no es un representante verdadero, ¿por qué aplica la normativa de la representación al acto del gerente sin facultades? ¿No debería aplicarse, más bien, la regla que establece la nulidad por falta de manifestación de voluntad? ¿Por qué no puede decirse que se trata de un supuesto especial de anulabilidad, ya que es viable la ratificación de tal acto? ¿Realmente hay inconveniente en equiparar la confirmación a la ratificación? ¿Qué ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia al respecto? ¿Qué luces puede brindarnos la figura, prácticamente desconocida en el Perú, del acto jurídico bajo nombre ajeno? Todas estas interrogantes son tratadas en el capítulo I.

Uno de los presupuestos de la denominada acción pauliana es el “perjuicio al acreedor”. Un acreedor que no ha sido “perjudicado” por el acto dispositivo de su deudor no puede impugnar tal acto mediante la mencionada acción. Pero ¿cuándo puede afirmarse que hay “perjuicio” al acreedor? ¿Es correcto, hoy en día, entender al “perjuicio” en función de la idea de insolvencia, como se hacía en el siglo XIX? Parte de nuestra doctrina, siguiendo la huella de las reflexiones civilistas foráneas, sostiene que el “perjuicio” se configura por un acto de disminución “cualitativa” (ya no “cuantitativa”) del patrimonio del deudor. Así se dice que si el patrimonio del deudor queda configurado por bienes



que son fáciles de esconder o sustraer, habrá una disminución del patrimonio ejecutable que configura el “perjuicio”. Sin embargo, ¿qué tan exacta es esta idea? Si el deudor pasa de tener bienes inmuebles inscritos a tener solo lujosos bienes muebles –imagínese el caso de relojes marca Rolex–, realmente puede decirse que estamos ante un patrimonio con escaso valor ejecutable ¿Alguien puede explicarme cómo un reloj marca Rolex puede tener escaso valor ejecutable? Ciertamente hay algo que tiene que precisarse. Pero hay más, nuestra Corte Suprema ha dicho que la constitución de un patrimonio familiar puede ser materia de impugnación vía acción pauliana ¿Es esta idea aceptable? ¿No se supone que el patrimonio familiar, una vez constituido, es inembargable bajo cualquier circunstancia? Incluso la máxima instancia judicial ha sostenido que la disminución de expectativas (mal llamados “derechos expectaticios” en el ámbito forense) es causal para plantear con éxito la acción pauliana. ¿Puede aceptarse este criterio sin ningún reparo? En el capítulo II me dedico a tratar de esbozar alguna respuesta para todas estas preguntas.

¿El contrato, conforme al marco legal peruano vigente, es capaz de producir efectos reales? ¿Puede el contrato, por sí mismo, transmitir el derecho real de propiedad sobre bienes inmuebles? ¿No se supone que el contrato produce solamente efectos *inter partes*, y no *erga omnes*, por lo que mal podría transmitir por sí mismo un derecho real? ¿Por qué buena parte de la doctrina nacional afirma que la “obligación de enajenar” del artículo 949 del Código Civil no es más que una ficción? ¿Qué argumentos se han presentado en nuestra doctrina para sostener, por el contrario, que tal obligación sí tiene una sustantividad propia? ¿Cómo han enfocado el asunto nuestros tribunales de justicia? Estas y otras cuestiones en torno a la eficacia real del contrato son tratadas en el capítulo III.

No menos importantes son las siguientes interrogantes, que son objeto del capítulo final: ¿Cómo entender la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil? ¿Se está condicionando suspensiva o resolutoriamente la eficacia del acto o negocio jurídico que incide sobre el concebido? ¿Puede aceptarse sin condiciones la tesis dominante que asevera que se trata de una condición suspensiva? ¿Por qué Carlos Fernández Sessarego reniega de esta tesis y postula que el condicionamiento

es resolutorio? ¿Qué doctrina ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia? ¿Cuál doctrina protege mejor los intereses del concebido?

Si logro convencer al amable lector o lectora de seguir mis puntos de vista para resolver los diferentes problemas que he referido, sin duda alguna me sentiré complacido. Pero hay algo que me puede complacer mucho más: que el amable lector o lectora discrepe de mis ideas sobre la base de consideraciones que quizá no he podido tener en cuenta. Y es que si bien busco que usted tenga una mejor perspectiva de los temas abordados, que le será útil en su ejercicio profesional, también tengo una finalidad más profunda: contribuir en algo en el desarrollo de la doctrina del Derecho Civil en nuestro Perú. Y la mejor manera de lograr esto, a despecho de los “intocables” del Derecho, es propiciando una cultura de debate y saludable discrepancia. Así que si usted tiene alguna crítica que hacerme, será más que bienvenida. Para tal efecto, ruego a usted se sirva contactarse conmigo al siguiente correo electrónico: <fort.ninamancco@gmail.com>.

Para concluir, no puedo dejar de expresar mi especial agradecimiento a Manuel Muro Rojo y Manuel Torres Carrasco, mis amigos de Gaceta Jurídica, que una vez más han confiado en este modesto servidor y no dudaron en hacer posible que usted tenga este libro en sus manos.

**El autor**



**PRIMERA PARTE**  
LA NULIDAD  
DEL ACTO JURÍDICO



**CAPÍTULO I**  
**LA DIFERENCIA ENTRE NULIDAD**  
**E INEXISTENCIA**  
**DEL ACTO JURÍDICO:**  
¿Cuestión práctica o meramente teórica?



## I. INTRODUCCIÓN

La escena IV del acto III del drama más extenso y, según creo, importante de William Shakespeare, *Hamlet*, empieza con la que seguramente es la frase más famosa de una pieza teatral en la cultura occidental: “Ser o no ser, esa es la cuestión”<sup>1</sup>.

Este dicho es el reflejo paradigmático del lamento que siente el protagonista al sentirse abrumado por la duda respecto a la conveniencia de matar a su tío Claudio. Como se sabe, al inicio de la obra se relata que el fantasma del muerto rey Hamlet se aparece a su joven hijo (escena X del acto I), el príncipe Hamlet, para revelar que la muerte del rey no fue debido a ninguna accidental mordedura de serpiente, sino que fue víctima de un fratricidio perpetrado por Claudio (escena XII del acto I). El príncipe está decidido a hacerse justicia con sus propias manos para que semejante crimen no quede impune, pero de inmediato la duda lo asalta: ¿realmente cabe creerle a un fantasma? ¿Debe matar a su propio tío sobre la base de lo dicho por una sombra?

Me resulta llamativo que la célebre frase que muestra la duda de Hamlet se relacione bastante con uno de los más interesantes puntos sobre la eficacia del negocio jurídico (o acto jurídico, siendo fiel a la nomenclatura empleada por nuestro Código Civil): la distinción entre la nulidad y la inexistencia, el ser y el no ser del negocio jurídico, junto a la gran cuestión o duda que se refiere a la necesidad de tal distinción (“¿realmente es indispensable diferenciar la nulidad de la inexistencia?”). Pero no se crea que dicha cuestión sea producto de las últimas reflexiones de la doctrina foránea más actual. Al contrario, la inexistencia, como una categoría diferenciada de la nulidad, es muy antigua en los discursos de los juristas europeos, originándose dentro del ámbito

---

1. Por cierto en la bibliografía se consigna la frase *To be or not to be. That is the question*, que ha sido traducida de diferentes maneras, pero claro está, la que he tomado para este ensayo es la versión más conocida, aunque no sea la que normalmente se maneja en las más importantes traducciones. Así, por ejemplo una de las primeras versiones en nuestra lengua indica “Ek stir o no ek stir. Esta es la cuestión” (WILLIAM SHAKESPEARE. *Hamlet*. Traducida e ilustrada, con la ayuda del autor y notas críticas de Inarco Celenio [que no es el responsable del añadido de Fernández de Moratín]. Oficina de Villalpando Madrid, 1977).



de la regulación de los vicios que puede padecer la celebración del matrimonio en el Derecho Canónico.

En nuestro medio, desde hace ya buen tiempo, ha venido ganando mucho terreno la corriente de opinión que –siguiendo los pasos de un importante sector de la doctrina extranjera, sobre todo la italiana– resalta la importancia de la distinción no solo a nivel teórico, sino también en la praxis, toda vez que entiende que si nos valiéramos solamente de la nulidad, ello importaría inaceptables consecuencias de orden práctico. Entonces, conforme a esta postura doctrinal, no habría lugar a duda alguna respecto a la necesidad de la distinción.

El éxito de esta postura se ha dado principalmente en nuestros círculos académicos porque de inexistencia se suele hablar poco en la práctica legal diaria. La gran mayoría de los operadores jurídicos (hago referencia principalmente a jueces, fiscales y abogados litigantes) no acostumbra utilizar el concepto de inexistencia, usando solo el de nulidad cuando se trata de designar al negocio jurídico que carece de efectos de modo definitivo. De hecho, ninguno de los textos peruanos que suelen contener interesantes análisis jurisprudenciales sobre casos relativos al acto jurídico hace referencia a una decisión judicial que maneje el concepto de inexistencia<sup>2</sup>.

Hay algunas decisiones de la Corte Suprema que utilizan el término inexistencia, pero indicando de forma clara su asimilación al concepto de nulidad.

Así, por ejemplo, puedo hacer referencia a la Casación N° 907-2006-Huánuco del 20/10/2006, en la que se afirma, sin ninguna vacilación, que la nulidad implica inexistencia:

“Quinto: Que, en cuanto a la acumulación de pretensiones, nuestra normativa a través de los artículos 219 y 221 del Código Sustantivo, distingue claramente los actos jurídicos nulos de los anulables; siendo nulos, y por tanto inexistentes, aquellos en que falta alguno de

---

2 No p recen h b r h llado na decisión jdi cial q maneje el cnc ep o de inek stencia: ESPINOZA ESPINOZA, Ja n. *El acto jurídico negocial*. 3 edición, Rdh s, Lima, 0 p 8 5 TORRES VÁSQUEZ, Anib l. *Acto jurídico*. 4 edición, Idemsa, Lima, 0 p 8 8 y TORRES VÁSQUEZ, Anib l. *Teoría General del Contrato*. Tm d I,P acíficd. ima,00 0

los requisitos esenciales para su validez, que establece el artículo 140 del mismo cuerpo de leyes o falte a los mismos el consentimiento”.

De igual manera, la Casación N° 526-2007-Lima del 07/11/2007, en la cual se asevera que la declaración de nulidad de un acto jurídico se traduce en la constatación de su inexistencia:

“Quinto.- Entonces, se llega a la conclusión que hablar de ineficacia y/o nulidad de acto jurídico es hablar de género a especie, puesto que la declaración de ineficacia no necesariamente conlleva a la declaración de nulidad del mismo porque –como se ha anotado– la ineficacia puede ser relativa, esto es, puede ser ineficaz frente a una de las partes o frente a terceros, mientras que al haberse declarado nulo un acto, este no tiene efectos para nadie, pues nunca existió”.

También puedo mencionar a la Casación N° 1147-2008-Ucayali del 12/06/2008, en la que se alcanza a distinguir en cierto grado el concepto de inexistencia como distinto al de la nulidad, pero sin más se concluye que para nuestro Código Civil ambos conceptos son asimilables. O sea, la inexistencia no es conceptualmente idéntica a la nulidad, pero se admite que para la ley sí lo sería:

“Quinto: Que, la falta de manifestación del agente supone, en principio, no la nulidad del negocio sino la inexistencia del mismo, pues sin aquella resulta imposible que se forme el supuesto de hecho en el que se resuelve este último; considerando este inciso que el negocio es nulo cuando no está presente el componente volitivo”.

No obstante lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que sería cuestión de tiempo para que la corriente de opinión reseñada también prospere fuera de los círculos académicos.

A pesar de ello, cual Hamlet, sigo albergando la gran duda sobre este tema. Es más, diría que la respuesta negativa es la correcta, es decir, que no es esencial distinguir entre nulidad e inexistencia. Y mi situación se mantiene más aún cuando recuerdo mi asistencia a la I Convención Latinoamericana de Derecho Civil, donde distinguidos profesores

concluyeron que la figura de la inexistencia era prescindible, básicamente a nivel práctico<sup>3</sup>.

Ahora bien, tal como Hamlet intentó quitarse la duda sometiendo a un singular examen a su tío Claudio aprovechando la llegada de una compañía de actores itinerantes a Elsingor (escena XI del acto II), en el presente capítulo –que no pretende ser exhaustivo– trataré de esbozar una respuesta a la gran duda, para lo cual llevaré a cabo un examen de las más recientes consideraciones que nuestra doctrina ha efectuado para sostener la necesidad de la distinción a nivel de nuestro Código Civil.

## II. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO

Aunque sé bien que voy a pecar de decir lo obvio, algo quiero dejar en claro desde ahora a usted, amable lector. La distinción entre nulidad e inexistencia, en el plano teórico, es algo que difícilmente se puede negar toda vez que es una diferenciación que cuenta con cierta claridad que no es difícil de captar. La cuestión radica en si la distinción tiene un relevancia fuera del ámbito estrictamente conceptual, fundamentalmente a la luz de la normativa que contempla nuestro Código Civil. A continuación efectuaré un pequeño esbozo sobre la manera como se ha desarrollado la categoría de la inexistencia en la doctrina, teniendo bien presente la doctrina del país donde se originó y ha sido objeto de mayores reflexiones por parte de los juristas: Francia. De hecho, creo que no es del todo exagerada la siguiente afirmación:

“(...) la teoría de la inexistencia, expresión viviente de los principios del derecho natural, es obra exclusiva de la doctrina francesa. A esta exclusivamente se deben sus primeras manifestaciones en el campo

---

3 La I Convención Latinoamericana de Derecho Civil, que también fue un homenaje al p d eso argentino Ricardo Luis Lorenzetti, fue organizada por el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano (IDPL) y realizada en Lima los días 3, 4 y 5 de noviembre de 1988 en el Auditorio de Telefónica del Perú. A las respectivas actas de dicho instituto se remite.

del Derecho patrimonial; solo a esta debe su éxito y por esta perderá también la aceptación de la que había gozado ampliamente”<sup>4</sup>.

Siguiendo a una acreditada doctrina en nuestra región<sup>5</sup>, parece que la idea de distinguir entre nulidad e inexistencia se instaló primero en el Derecho Canónico a través de la distinción entre *matrimonium nullum* y *matrimonium non existens*. Se consideraba que, a diferencia de otros componentes, el consentimiento era el elemento esencial de la celebración del matrimonio, por lo que su ausencia no implicaba un matrimonio nulo, sino uno aparentemente existente. Por ejemplo, tal ausencia se apreciaba en el caso del matrimonio contraído por un demente. La diferenciación resalta claramente en una famosa decretal del papa Inocencio III (siglo XIV), donde antes de calificar como nulo un matrimonio donde el hombre intencionalmente había dicho mal el nombre de su esposa en el sacramento, se dijo que no había ni la forma ni la sustancia de un matrimonio.

La distinción fue “afinada” por vez primera en el Derecho moderno por Karl Zachariae, a inicios del siglo XIX. Este jurista sajón señaló la necesidad de diferenciar entre las condiciones esenciales y las condiciones de validez del matrimonio. Las primeras representan una cuestión de hecho, mientras que las segundas una cuestión de Derecho. Antes de evaluar la validez del matrimonio, debe previamente establecerse si este existió o no (o sea, si el matrimonio celebrado de hecho debe ser considerado válido en Derecho), no pudiéndose evaluar la validez de matrimonios que ni siquiera existen de hecho (únicamente pueden ser válidos o inválidos los matrimonios existentes en el plano de los hechos). Para que el matrimonio pudiera ser considerado de hecho celebrado debía, pues, reunir tres condiciones esenciales: el consentimiento de las partes y la capacidad civil y física de estas. La carencia de condiciones de validez acarrearía la nulidad del matrimonio, pero la falta de condiciones esenciales determinaría su inexistencia<sup>6</sup>.

---

4 LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*. Traducido de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Porruá, México, 1974.

5 Para la reseña que se hace a continuación se consultaron las interesantes líneas de: BELLUSCIO, Agustín. *Derecho de Familia*. Tomo de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1955.

6 En nuestro medio citando a Luis Jorrand, se ha dicho que: “(…) la diferenciación entre inexistencia y nulidad no tiene ningún significado en el momento de la elaboración del Código Civil francés, a propósito del matrimonio y por la significación del primer caso la Napoleón Bonaparte no admitió que

El pensamiento de Zachariae, que como he dicho resulta ser el “padre” de esta categoría, es expuesto de forma muy interesante por una acreditada doctrina francesa, en los términos que paso a transcribir en seguida:

“Es necesario decir que ante la atmósfera tan embrollada que rodeaba constantemente el juego de las nulidades, la exigencia de los autores no parecía tener muchas probabilidades de éxito, tanto más que la interpretación estaba ineludiblemente limitada a la letra de la ley.

Sin embargo, por un milagro imprevisto, el signo de la claridad se perfila en el horizonte al amparo de la razón, del buen sentido y de la lógica. Una vez más el derecho natural abre las puertas al amparo de la razón (...) corresponde a Zachariae el mérito de haber desprendido de la razón los principios directores y la fórmula salvadora.

Las premisas de su razonamiento dieron prueba de una sencillez tan atrayente que su conclusión no tardó en ser acogida y considerada entre los más notables éxitos de la ciencia jurídica. En relación con el sexo de los futuros esposos -dice-, la ley no tenía necesidad de referirse a él, no había razón para establecer una condición más, puesto que dicha condición es obvia, es de la naturaleza misma de las cosas; el legislador, sin lugar a dudas, la supuso tácitamente. Y el penetrante espíritu de Zachariae concluye en la inexistencia de tal matrimonio.

El matrimonio no es nulo porque esta sanción no se encuentra prevista por la ley en ninguna parte, pero debe considerarse como inexistente, y la inexistencia puede fundarse en la presunción tácita del legislador.

La elección del término fue, reconozcámoslo, verdaderamente ingeniosa. Es una de las raras fórmulas que llevan en sí mismas toda su

---

se tratase de la misma manera el caso en q la mji er h era dich ‘nò ante el ó icial del estado civ l y el caso en q h era dich ‘sí’ desp s de h b r sido p eto de v b encia. En el p imer caso h zo b era r, no h y en ab b ti o matrimni p en el segndo h y n matrimni o nli ò (TORRES VÁSQUEZ, Anib l. *Teoría general del contrato*. O le it, p)

elocuencia. Para decir que un acto es inexistente desde el punto de vista legal no es necesario empeñarse en largos comentarios. Esto es de la más clara y firme lógica”<sup>7</sup>.

Por su parte, la escuela francesa de la exégesis haría suya la distinción, aunque con ciertos matices entre los diversos autores, coincidiendo estos básicamente en calificar como causales de inexistencia –no de nulidad– a la identidad de sexo de los contrayentes, la ausencia de consentimiento y la no participación del oficial público prescrito por la ley. En conclusión, los exégetas, refiere Gabriel Baudry Lacantinerie, consideraban que la nulidad implicaba al menos una existencia precaria del matrimonio que se encontraba acompañada de ciertos efectos legales, mas la inexistencia no implicaba siquiera el menor vestigio de un matrimonio y, por ende, carecía por completo de efectos.

Según indica otra importante fuente doctrinaria<sup>8</sup>, la diferenciación entre nulidad e inexistencia, poco a poco, fue siendo aplicada de manera general a todos los actos jurídicos. Así, prestigiosos autores como Charles Aubry y Frédéric Rau consideraban que el acto que no reuniera los elementos de hecho que supone su naturaleza u objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debiera ser catalogado como inexistente, más que nulo. Era el caso, por ejemplo, de la compraventa sin precio o sin cosa vendida.

Sin embargo, en pleno apogeo de la exégesis, un autor tan prestigioso como Charles Beudant (nada menos que el maestro de Marcel Planiol) manifestó su oposición, sin lograr eco entre sus compatriotas. Sería en los inicios del siglo XX que la distinción entraría en crisis en la propia Francia, ya que ilustres autores, como Raymond Saleilles, empezaron a sostener con firmeza que el régimen de las nulidades era más que suficiente para dar cuenta de los actos celebrados irregularmente, resultando innecesaria la figura de la inexistencia.

---

7 LUTZESCO, G. *op. cit.*, p. 166.

8 Para las líneas que siguen a continuación, me referiré de DE CASTRO Y BRAVO, Federico *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1964, p. 4 y 5 y LLAMBIAS, Jorge. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 115.

Es en ese contexto que a inicios del siglo pasado se alza la voz de Julien Bonnet en defensa de la teoría de la inexistencia. Señala este autor que el acto jurídico debe ser entendido como un “verdadero organismo” que, para existir, necesariamente debe contar con la presencia de ciertos “elementos vitales”. De este modo, la inexistencia quedaría deducida de la estructura del acto y aplicaría siempre que falte uno o más de dichos elementos<sup>9</sup>.

Al respecto, ya bien entrado el siglo pasado, Georges Planiol y Jean Boulanger consideraban que el pivote más importante de la tesis de la distinción entre nulidad e inexistencia no era otro que el principio *pas de nullité sans texte*, según el cual un acto o negocio jurídico no puede ser nulo por una causa que no se encuentre expresamente contemplada como tal en la ley (“no hay nulidad sin texto”). No obstante, aunque tal principio era ampliamente aceptado, este –curiosamente– no se encontraba contemplado en ninguna ley de modo expreso. Cedo la palabra a los profesores parisinos:

“Para corregir los resultados desastrosos del principio **no hay nulidad sin texto**, los autores modernos se vieron llevados a construir, respecto del matrimonio, la teoría de los **actos inexistentes** a la que se dio más tarde un alcance general. Como hay casos en los que la ley no pronuncia la nulidad, y en los que es razonablemente imposible admitir que el matrimonio produzca sus efectos, una forma de salir del paso es decidir que el matrimonio es inexistente, y por lo tanto no hay necesidad de anularlo. Esta fue la razón práctica de esta teoría, de la que no se experimentó jamás necesidad en el antiguo derecho francés”<sup>10</sup>.

Pero hay más, la teoría de la inexistencia también ha encontrado justificación en la necesidad de explicar casos de actos defectuosos en donde no resulta necesario recurrir al juez para la constatación del defecto. Si al acto le falta alguno de sus “elementos vitales” establecidos en la ley, no tendrá vida y, por eso mismo, será inexistente, lo cual, a su vez, se traduce en la ausencia de efectos jurídicos, por lo que “carece en

9 LUTZESCO, G. *op. cit.*, p. 3.

10 RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, Vb. II, Traducción de Delia García Daireaux. La Ley, Buenos Aires, 1999.

lo absoluto de interés someter el acto a la decisión judicial". ¿Para qué ir al juez, se pregunta parte de la doctrina defensora de la inexistencia, "si el pretendido acto jurídico no ha creado ningún derecho, no ha dado nacimiento a ninguna obligación?"<sup>11</sup>.

### III. CONCEPTOS IMPLICADOS: INEXISTENCIA, VALIDEZ E INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En los últimos años, como adelanté líneas arriba, se encuentra ampliamente difundida la diferenciación entre la nulidad y la inexistencia. Tal diferenciación puede ser explicada del siguiente modo:

Se reconocen tres planos para comprender la dinámica del negocio en la experiencia jurídica: la existencia, la validez y la eficacia. Así, antes de verificar si nos hallamos ante un negocio válido o inválido, debemos determinar previamente si el negocio existe realmente o no. Solo los negocios existentes pueden recibir el calificativo de válido o inválido. Luego de verificar si el negocio es válido o inválido, cabe analizar su eficacia. Se nota, pues, que la inexistencia sería la primera "patología" que podría advertirse al pretender evaluar un negocio jurídico<sup>12</sup>.

En esencia, se habla de inexistencia -jurídica- para designar a "algo" que si bien se presenta en la realidad de los hechos, en la experiencia sensible resulta inapreciable o invisible para el sistema jurídico primordialmente porque no existe una norma que lo prevea de algún modo. Sin embargo, con razón, se ha sostenido que la noción clásica de inexistencia jurídica es imprecisa o equívoca, resultando más

---

11 LUTZESCO, Ges. O. It., p. 15.

12 Este enfoque conceptual puede desprenderse de la doctrina que se desprende de este reciente. Al respecto de modo meramente referencial cabe citar a: SCOGNAMIGLIO, Renato *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 2 y ss.; BIANCA, Massimo *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza y Edgar Corts. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 6 y ss.; FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miñal y Esteban Gómez Calle. Fundación Cultural del Nariño, Madrid, p. 6 y ss.; BELVEDERE, Andrea. "L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica". En: AAVV. *L'invalidità degli atti privati*. Cedam, Padova, p. 9 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. 8ª edición, Vol. I, Temas Civiles, Madrid, p. 4 y ss. Destaca, a la doctrina italiana, tan influyente en nuestro medio. No puedo dejar de reiterar en este punto que prácticamente nadie discute más o menos el que esto escribes - la posibilidad de efectuar la diferenciación en un nivel teórico.



conveniente hablar de “irrelevancia jurídica”. En tal sentido, se señala que, bien vistas las cosas, para ordenamiento jurídico no es tan importante que “algo” efectivamente exista o no exista, sino la posibilidad de ese “algo” para incidir sobre intereses humanos. Si esos intereses son tomados en cuenta por el ordenamiento para brindarles una determinada tutela o protección, ese “algo” tendrá relevancia jurídica, de lo contrario no. Un fenómeno que afecta intereses que le son indiferentes al ordenamiento, no tiene relevancia jurídica<sup>13</sup>.

Es evidente que al margen de que se opte por la “existencia” o por la “relevancia” del negocio, la validez del mismo es materia de un análisis posterior: es obvio que un negocio irrelevante jurídicamente, no puede ser válido ni inválido.

Ahora bien ¿qué es, pues, un negocio inexistente? En la doctrina<sup>14</sup> se suele señalar que un negocio es inexistente cuando ni siquiera su apariencia se puede constatar de alguna manera. En otras palabras, un negocio es inexistente cuando no se puede verificar la presencia de sus propios elementos de identificación derivados del nombre que lo designa. El negocio nulo es objeto, por lo menos, de alguna calificación por parte del Derecho (pues tiene relevancia o existencia para el sistema jurídico), pero el negocio inexistente se traduce en una no calificación. La inexistencia, pues, sobrepasa los límites de la nulidad, ya que el negocio nulo es identificable como negocio, mas el inexistente no, toda vez que carece de los ingredientes mínimos que permiten hablar de un cierto evento como negocio. En todos aquellos casos donde no sea factible considerar formado el supuesto de hecho en el que se resuelve el negocio jurídico nos hallamos ante la inexistencia negocial. En tal sentido, se indica como caracteres del acto inexistente: i) “no puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos”; ii) en principio, “no hay necesidad de someterlo al juez para obtener la declaración oficial de sus imperfecciones, pero la intervención de aquel será inevitable, si de alguna manera ha sido ejecutado en lo más mínimo”<sup>15</sup>.

3 IRTI, Natalino “Rilevanzza giuridica”. En: *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*. Fascicolo I - Fascicolo II, Anno XVIII, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 1989.

4 Para las líneas que siguen a continuación, se remite a la doctrina consagrada en la nota 2.

5 LUTZESCO, Ges. Obit., 17.

En ese orden de ideas, como se dijo ya, el negocio nulo –al ser relevante y, por ende, objeto de calificación normativa por parte del ordenamiento jurídico– puede producir cierta eficacia jurídica. Sin embargo, el negocio inexistente ningún efecto habrá de producir sencillamente porque el Derecho no le presta atención (no hay calificación) puesto que se trata de un fenómeno jurídicamente irrelevante.

Luego de comprobar la existencia del negocio, cabe analizar su validez y eficacia: la validez presupone un análisis sobre la estructura del negocio, mientras que la eficacia un análisis sobre sus efectos.

La validez importa establecer que el negocio no tenga defectos o vicios en alguno de sus componentes, puesto que si los tuviera el negocio devendría en inválido. Es muy gráfica la doctrina que indica que la validez significa que los componentes del negocio cumplen con las “directrices” que para ellos establece el sistema jurídico. El negocio válido es, pues, un negocio jurídicamente “regular”. Es fácil entender a la invalidez, entonces, como “irregularidad jurídica”<sup>16</sup>.

La invalidez tiene dos tipos: la nulidad y la anulabilidad. La nulidad se presenta cuando el defecto o vicio que aqueja al negocio involucra intereses que el ordenamiento jurídico considera relevantes para toda la comunidad, o sea, intereses no “disponibles” por los particulares que celebran el negocio. En otras palabras, la “irregularidad” que presenta el negocio nulo afecta intereses que el ordenamiento considera de relevancia general. La anulabilidad, en cambio, se tiene cuando la “irregularidad” del negocio únicamente afecta intereses particulares, que son, por consiguiente, “disponibles” por la o las partes<sup>17</sup>.

Después de constatar si el negocio es válido o inválido, toca verificar su eficacia<sup>18</sup>.

---

6 BIANCA, Massimo *Lezioni*, 15

7 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco *Derecho Civil*. Traducción de Fernando Hinestroza. Tomo I, Vols. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 100. Parte de la doctrina y citada

8 Para las líneas siguientes, junto a la doctrina y citada, fundamente: ROPPO, Vincenzo *El contrato*. Traducción de Néstor Carretero, a la ciudad de Bogotá, Editorial Arianza, 2007

Si un negocio jurídico es válido, ello no necesariamente quiere decir que habrá de producir sus efectos normales o típicos de manera plena. Si bien, por regla general, un negocio válido produce eficacia plena, ello no siempre es así. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un contrato (negocio jurídico por excelencia) sometido a una condición suspensiva. Tal contrato no produce de manera inmediata su normal eficacia, a pesar de no padecer de ningún vicio o “irregularidad” en sus componentes. Se trata, pues, de un contrato válido pero ineficaz.

De modo análogo, si un negocio es inválido, esto no significa que este ineludiblemente será ineficaz, toda vez que puede ocurrir que el negocio sea inválido y al mismo tiempo eficaz ya que alcanza a producir sus efectos normales o típicos. Veamos.

Si al analizar la validez de un determinado negocio jurídico concluimos que adolece de una “irregularidad” que origina nulidad, pues –en el plano de la eficacia se podrá observar que–, el negocio no producirá las consecuencias a las cuales está dirigido, es decir, será absolutamente ineficaz. En cambio, si concluimos que el negocio presenta una “irregularidad” que conlleva la anulabilidad, pues –en el plano de la eficacia será posible apreciar que–, el negocio producirá inicialmente y sin mayor inconveniente las consecuencias a las cuales está dirigido, aunque estas puedan ser “extinguidas” en un momento posterior (por ello, en sede de anulabilidad, se suele hablar de “eficacia precaria”)<sup>19</sup>.

Como se podrá advertir, un negocio válido puede ser eficaz o ineficaz. De igual forma, un negocio inválido puede ser eficaz o ineficaz. Siempre que se pueda verificar una “anormalidad” en la eficacia de un negocio jurídico tendremos lo que se denomina **ineficacia en sentido lato**. Ineficaces (en sentido lato) son, por lo tanto, los negocios

<sup>19</sup> Un importante sector de la doctrina, sin embargo se manifiesta recientemente con la doctrina tradicional sobre la eficacia del acto anulable. En efecto, un ilustre autor ha señalado que la presencia de efectos jurídicos positivos o negativos anulables no puede atribuirse como una característica genérica, ya que entre la celebración de un negocio anulable y la interposición (o falta de interposición) de la declaración judicial de anulabilidad, no se tiene tanto una eficacia positiva del negocio sino una incertidumbre y expectativa de su resultado. Así, en el celebrado negocio anulable no puede considerarse realmente obligado a cumplirlo y, desde el instante de la celebración del negocio dispone de la facultad de anularlo ¿cómo o decir, entonces, que el negocio es, en realidad, eficaz (aunque sea positivamente)? Rdb fo Sacco En: SACCO, Rdb fo y DE NOVA, Giorgio *Il contratto*. Tomo II, Unione Tipografica Editrice Triestina, Torino 1977 p. 19. Esta doctrina, según reconocen los autores en el presente artículo no se utiliza para analizarla con detenimiento.

inválidos<sup>20</sup> junto a los negocios válidos pero ineficaces. La denominación **ineficacia en sentido estricto**, está reservada solamente para los negocios válidos pero ineficaces. Así, siempre que un negocio no presente ninguna “irregularidad” que acarree nulidad o anulabilidad, pero a pesar de esto resulta tener alguna anormalidad en el plano de su eficacia, podemos afirmar que nos hallamos ante un negocio **ineficaz en sentido estricto**. El paradigma de este tipo de negocio es el ya referido contrato sometido a una condición suspensiva<sup>21</sup>.

Ahora bien, con relación al negocio nulo, se dice que este puede llegar a tener alguna eficacia y excepcionalmente podría ser saneado mediante la conversión. Se suele citar como ejemplo de la eventual eficacia del negocio nulo el caso de un tercero adquirente de derechos precisamente con base en un negocio cuya nulidad se establece posteriormente: piénsese en el caso en que A vende un inmueble a B, luego este a su vez lo vende a C, que es un tercero de buena fe. Si pasado un tiempo, A solicita al Poder Judicial la nulidad del contrato de compraventa que celebró con B y gana el proceso, ello de ninguna manera afectará la adquisición de C, quien mantendrá su derecho adquirido con base en el contrato que ha sido declarado nulo (artículo 2014 del Código Civil)<sup>22</sup>. De otro lado, con relación a la posibilidad de saneamiento del negocio nulo, se sostiene que la conversión de este implica también una excepcional eficacia de él.

0 Evidentemente, no puede entenderse exclusivamente al negocio jurídico anulado, con base en su eficacia “p ecaria”, del grado de la eficacia en sentido lato precisamente porque habido ninguna posibilidad de vista puede entenderse que la “eficacia p ecaria” no sea una “anormalidad”.

2 ROPPO, Vincenzo Ob cit, p 8. Justamente sobre esto último cabe indicar que un sector importante de nuestra doctrina considera que los supuestos de ineficacia en sentido estricto son todos aquellos en los cuales un acto de autonomía privada que sería válido produciendo normalmente los efectos jurídicos proyectados, deja de producirlos posteriormente por la aparición de un hecho jurídico externo al reglamento de intereses o por el incumplimiento de un requisito legal (MORALES HERVIAS, Ramón “Inexistencia e invalidez del contrato en el Código Civil de Perú”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 0. No mas Legales, Lima, junio de 2009 p 8. Si bien esta idea es correcta, nótese que no describe todos los supuestos de ineficacia en sentido estricto como el del contrato sometido a una condición suspensiva: en este caso, ciertamente no puede decirse que el contrato produce normalmente los efectos hasta la verificación de la condición. Por el contrario acá el contrato no produce normalmente los efectos hasta la verificación de la condición. Y si la condición no se verifica, produce los efectos que el contrato nulo a priori no produce normalmente. El artículo citado se citaría de sobra en el párrafo siguiente).

2 FERIA ZEVALLOS, Julio “La eficacia del acto inválido y su aplicabilidad a los supuestos de nulidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 16. Faceta Jurídica, Lima, diciembre de 2011 p 58 s.

En efecto, el negocio nulo puede, a través de su conversión, servir para la producción de efectos, pero como negocio de un tipo distinto, cuandoquiera que reúna los requisitos de sustancia y forma de este último. La razón de ser de la figura de la conversión es el principio de conservación del negocio jurídico: si dentro del negocio (nulo) celebrado por las partes se encuentra implicado un negocio diferente, con eficacia más restringida, puede aceptarse que el acto de autonomía privada de las partes alcance al menos este objetivo más reducido. Sobre la conversión existen ásperos e interesantes debates que no es el caso abordar en esta sede<sup>23</sup>.

Así las cosas, no debe ser difícil apreciar la diferencia que existe entre un negocio nulo y un negocio inexistente.

“El negocio inexistente se compara a un fantasma y el nulo al nacido ya muerto”<sup>24</sup>.

A diferencia de la nulidad, que es un modo de ser del negocio jurídico, la inexistencia se desenvuelve en un plano del no ser.

He ahí, pues, el ser y el no ser del negocio jurídico.

#### IV. LA RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA

Como ya indiqué, en el Perú, desde hace ya buen tiempo se sostiene que la relevancia de la distinción entre la nulidad y la inexistencia del negocio jurídico no solo se da en la teoría, sino también en el campo de la praxis, razón por la cual es indispensable mantener tal distinción al ser inevitable la insuficiencia de la nulidad para dar cuenta de ciertas patologías que puede presentar un negocio. Se llega a sostener, pues, que el Código Civil peruano recogería la mentada distinción.

---

23 Conocimiento de síntesis: BARBERO, Demónico *Sistema de Derecho Privado*. Tomo I. Traducción de Santiago Meléndez JEABU, Buenos Aires, 1999.

24 DE CASTRO Y BRAVO, Federico *Lecciones*, 1999.

Esta idea ha sido defendida por Shoschana Zusman<sup>25</sup> hace ya varios años. En la doctrina reciente destacan Eric Palacios<sup>26</sup>, Juan Espinoza<sup>27</sup> y Rómulo Morales<sup>28</sup>. Las ideas que maneja este importante sector de nuestra doctrina son sustancialmente parecidas, salvo la de Palacios que, como veremos más adelante, reconoce la notable dificultad que implica llevar la distinción a la práctica. Veamos.

Zusman expone dos ideas que, sin lugar a dudas, resultan ser el basamento de la argumentación que sostiene la distinción a nivel de nuestro Código Civil:

**“Razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe en el segundo caso. Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación”<sup>29</sup>.**

**“(…) pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, esta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no puede ser aceptado como tal. De otra forma, y aplicando la misma lógica formalista, se llegaría al absurdo de considerar al negocio inexistente por su naturaleza, como en negocio válido, al no estar incluido dentro de las hipótesis del artículo 219”<sup>30</sup>.**

<sup>25</sup> ZUSMAN TINMAN, Shoschana. “Teoría de la invalidez y de la ineficacia”. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7 PUCP, Lima, 1995, p. 105.

<sup>26</sup> PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Ara, Lima, 1995, p. 105.

<sup>27</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Obituario*, p. 105.

<sup>28</sup> MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Obituario*, p. 105.

<sup>29</sup> ZUSMAN TINMAN, Shoschana. *Obituario*, p. 105 (el resaltado me pertenece).

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 105 (el resaltado me pertenece). Este mismo enfoque es el manejado por otro sector importante de nuestra doctrina que ha dedicado algunas líneas a nuestro tema: “(…) con respecto a la categoría de nulidad, la categoría debe mantenerse vigente. De este modo por ejemplo en negocio que no tenga causa no será nulo sino inexistente” (FREDDY ESCOBAR ROZAS. “Casos de nulidad absoluta”. En: AAVV. *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1995).

Adhiriéndose a estas ideas de Zusman, y sobre la base de consideraciones realizadas por Manuel De La Puente<sup>31</sup> y Hugo Forno<sup>32</sup>, Espinoza sostiene que los artículos 1359 y 1360 del Código Civil hacen referencia a la inexistencia, no a la invalidez. En efecto, el 1359 dice claramente que **no hay contrato** cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones. Se resalta, pues, que esta norma no dice que el contrato sea inválido, nulo o ineficaz, sino que simplemente dice que “no hay contrato”. Y esto sería así precisamente porque estas normas regulan la etapa de “formación” del contrato, o sea, antes de que este adquiera existencia, razón por la cual la regulación de dicha etapa no podría referirse a otra cosa que no sea la inexistencia. Por ende, conforme al artículo 1360 citado, el contrato no se forma en el momento en que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, solo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho. Finalmente, el autor, concluye citando a una autorizada doctrina italiana:

“La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o **el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que (...) el contrato o el acto nulo producen**”<sup>33</sup>.

Morales, por su parte, toma y desarrolla las ideas anteriores: “(...) el contrato tiene cinco elementos. Las partes, el acuerdo, la causa, el objeto y la formalidad obligatoria son los elementos del contrato. Si falta alguno de estos elementos, el contrato será nulo o inexistente según la normativa de cada Código Civil. **En Italia, la ausencia del acuerdo, de la causa, del objeto o de la formalidad obligatoria produce la nulidad del contrato. En el Perú, solo la ausencia de la manifestación de la voluntad (numeral 1 del artículo 219 del CC) y de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC) ocasiona la nulidad del acto. En cambio, expresamente la ausencia del acuerdo produce la inexistencia (artículo 1359 del CC)**”<sup>34</sup>.

31 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Palestra, Lima, 1995.

32 FORNO FLÓREZ, Hugo. “La diferencia al principio razonable para una discrepancia”. En: *Derecho*. N° 4. PUCP, Lima, diciembre de 1992.

33 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albosta. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. (El resaltado pertenece).

34 MORALES HERVIAS, Ramón. *El contrato*. (El resaltado pertenece).

Morales habla de “normas de inexistencia”, que serían normas que contemplan supuestos de inexistencia en nuestro Código Civil. En tal sentido, cita al artículo 1386 (que contempla la **inexistencia** de la aceptación) y luego refiere que “la condición resolutoria ilícita y la condición física o jurídicamente imposible se consideran no puestas (segundo párrafo del artículo 171 del CC). En realidad, no es que la condición sea ilícita o imposible sino que la cláusula se tiene por no puesta cuando el fin del contrato sujeto a una condición resolutoria es ilícito o cuando el objeto es imposible jurídicamente. Asimismo, si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno (artículo 189 del CC). Tampoco el cargo es ilícito o imposible jurídicamente sino el fin del contrato con cargo es ilícito o el objeto del contrato con cargo es imposible jurídicamente”<sup>35</sup>.

Morales, basándose en la doctrina portuguesa, indica también tres ventajas que reportaría el uso de la categoría de la inexistencia: i) permite excluir la aplicación de las normas que regulan la nulidad para aquellos casos donde no sea ni siquiera posible reconocer la noción de negocio jurídico; ii) permite afrontar las lagunas legislativas en el tema de invalidez de actos jurídicos; y iii) cualquier persona puede invocar en todo tiempo (sin plazo de prescripción) la inexistencia jurídica, independientemente de la declaración judicial<sup>36</sup>.

El mismo autor añade que “tenemos tres hipótesis no reguladas taxativamente por el CC: la ausencia de las partes, del objeto y de la causa. Comoquiera que la nulidad deba ser indicada expresamente en la ley (numeral 7 del artículo 219 del CC), consideramos que la ausencia de las partes, del objeto y de la causa deriva que el acto de autonomía privada debe ser considerado inexistente mediante una aplicación analógica del efecto jurídico del artículo 1359 del CC”<sup>37</sup>.

Cabe resaltar, finalmente, que Morales no cree en la nulidad virtual, dice al respecto:

---

3 Ib dem, 188

6 Ib dem, 18

3 Ib dem, 19



“Alguna doctrina sostiene que hay dos tipos de nulidad: Las nulidades expresas y nulidades tácitas o virtuales. En ese sentido, el numeral 7 del artículo 219 del CC regularía la hipótesis de la nulidad expresa. Esta clasificación es falsa. **En realidad las nulidades siempre son las expresamente previstas en un texto legal.** No existen las nulidades tácitas o virtuales. **Lo tácito o virtual se aplica a la declaración de voluntad y no a las causales de nulidad (...).** Entonces, **el numeral 7 del artículo 219 del CC es una norma jurídica redundante** porque siempre será necesario que toda norma legal que incluya la consecuencia jurídica de la nulidad- se fundamente en la ausencia de algún elemento o requisito del acto de autonomía privada”<sup>38</sup>.

## V. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DISTINCIÓN: LOS SUPUESTOS DE INEXISTENCIA Y SU (INEVITABLE) ASIMILACIÓN A LOS SUPUESTOS DE NULIDAD CONTEMPLADOS POR EL CÓDIGO CIVIL

El análisis de los argumentos expuestos –cuyas ideas centrales he considerado pertinente resaltar en el texto– debe empezar con una advertencia de meridiana importancia:

“La ausencia de los elementos normalmente implica la inexistencia o la nulidad. Ello dependerá de la normativa de cada Código Civil”<sup>39</sup>.

Esta idea de Morales me parece muy importante y es una premisa –creo yo– imprescindible y que nunca está demás destacarla. Aunque no esté de acuerdo con este autor en varios puntos, debo reconocer que mi enfoque se basa precisamente en la cita que acabo de realizar.

De este modo, pues, no resulta correcto creer que la inexistencia tiene un rol “natural” dentro de cualquier sistema jurídico. El rol de la inexistencia, si bien puede ser definido de alguna manera general en el campo de la teoría, en el campo de la praxis dependerá

---

8 Ib dem,p9

9 Ib dem,p9

fundamentalmente de lo que diga el Código Civil. Es innegable, por consiguiente, que puede haber normativas que rechacen la figura de la inexistencia y otras que la admitan sin mayor problema. Si el legislador se lo propone puede confeccionar un modelo que acoja la inexistencia, pero también puede hacer todo lo contrario, de manera que sea demasiado difícil reconocer la inexistencia en el sistema jurídico. Y es que siempre que se respeten los límites marcados por la norma fundamental, que es la Constitución, debe tenerse siempre presente que el legislador cuenta con un arbitrio al momento de diseñar las diferentes instituciones que forman parte del ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

Ahora bien, sin más preámbulo, paso a presentar mi examen sobre las diferentes consideraciones que defienden la distinción en el plano aplicativo, empezando por las de Zusman:

- i) Si se tiene presente que no todo negocio jurídico se puede convertir, no habría necesidad de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación. Nótese, pues, que la figura extrema a la que alude Zusman ya existe: el negocio nulo no susceptible de conversión. La no posibilidad de conversión del negocio nulo, por lo demás, es la regla general. La conversión opera en supuestos excepcionales, tan es así que la doctrina ha reclamado "extrema prudencia" al momento de aplicarla<sup>41</sup>.
- ii) El citado artículo 219 es más amplio de lo que parece con base en la nulidad virtual. Además, aunque no lo diga casi nadie, cabe una interpretación a contrario sensu del artículo 140 del Código Civil para establecer otros supuestos de invalidez del negocio jurídico.

El argumento que se basa en el citado artículo 1359 (y 1360) no creo que sea capaz de superar estas dos objeciones: i) la falta de acuerdo o conformidad con todas las estipulaciones se encuadra perfectamente en el supuesto contemplado en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil (falta de manifestación de voluntad), por lo que opino que mal se haría en querer ver en aquella norma un caso sustancialmente distinto

---

<sup>40</sup> IRTI, Natalino *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducido de Rómulo Morales y Leyser León Giljley, Lima, 1990.

<sup>41</sup> BARBERO, Demetrio *Lecciones de Derecho Civil*. DE CASTRO Y BRAVO, Federico *Comentarios al Código Civil*.

a la nulidad de conformidad con lo preceptuado en dicho cuerpo legal; ii) el argumento bajo examen es demasiado “ontológico”, es decir, implica una noción de inexistencia basada exclusivamente en parámetros espacio-temporales, tal como lo entendían Aubry y Rau.

Así es, decir que el artículo 1359 del Código Civil regula una situación diferente a la contemplada en el inciso 1 del artículo 219 necesariamente implicaría concluir que, a tenor de nuestro Código Civil, la falta de manifestación de voluntad genera nulidad en todo negocio jurídico, salvo en el contrato, donde genera inexistencia. ¿Cuál sería la razón para semejante diferenciación de “trato legal”? Si el contrato es el negocio jurídico por excelencia, ¿por qué tendría que estar necesariamente sometido a una diferente regulación a la de los demás negocios? (!) Ciertamente no se ve razón de peso para esto. Nótese la contradicción que acarrea este argumento en defensa de la figura de la inexistencia.

Esta crítica podría responderse diciendo que, en realidad, todos los negocios jurídicos resultan ser inexistentes por falta de declaración de voluntad, con base en una aplicación analógica del tantas veces mencionado artículo 1359. En efecto, si precisamente el contrato es el arquetipo entre los negocios jurídicos, no habría ningún inconveniente en efectuar tal analogía. Pero si se acepta esta idea<sup>42</sup>, ¿qué rol pasa a cumplir, entonces, el inciso 1 del artículo 219? Pienso que se le estaría vaciando por completo de significado, lo cual no es compatible con la buena técnica de interpretación de las normas.

Por lo tanto, soy del parecer que en este contexto tendríamos dos interpretaciones: una que ocasiona contradicciones y priva de sentido a las normas, que se basa en entender que el 1359 regula inexistencia, y otra que no genera ninguno de estos inconvenientes, que se basa en entender que el artículo 1359 se refiere a un supuesto más de nulidad. Tal como manda la teoría de la interpretación jurídica, es imperativo optar por la segunda interpretación<sup>43</sup>.

En relación con la otra objeción, decir que el artículo 1359 regula **formación** del contrato, de manera que inevitablemente hace referencia a la

<sup>42</sup> Cm p rece h cerlM ORALES HERVIAS, R ó n li ó l e it, p

<sup>43</sup> TARELLO, G i o nni. *L'interpretazione della legge*. G ifi rrè, Milán, 1973

inexistencia porque “el contrato no formado (o en proceso de formación si se quiere) no es contrato”, es una idea que se presta a la dura crítica de Domenico Barbero, a quien prefiero ceder la palabra:

“Será entonces inexistente el negocio no cumplido, lo cual es una perogrullada, como lo es la inexistencia de la casa no construida, de la persona no concebida, de la letra de cambio no firmada. Así, para recoger entre los ejemplos más recientes puestos, es inexistente, en este sentido, el contrato del cual solo se ha hecho la propuesta (o sea, el contrato en formación) y no se ha dado ni puede darse la aceptación, el matrimonio con el consentimiento solamente de uno de los novios”<sup>44</sup>.

De otro lado, prosiguiendo en el examen del argumento siguiente, es claro que una distinción entre nulidad e inexistencia en el plano conceptual no puede ser considerada suficiente para mostrar de por sí la utilidad de la distinción en el plano de la praxis o que la normativa acoja la distinción. Así, recordado nuestra premisa principal, la inexistencia no es una categoría que “naturalmente” se encuentre adoptada por los ordenamientos jurídicos. Cabe, pues, insistir: que se pueda distinguir la nulidad de la inexistencia en el plano teórico, no necesariamente conlleva a una diferenciación en el plano normativo.

Por lo tanto, decir que la importancia de la distinción radica en que el acto inexistente no produce ningún efecto, mientras que el nulo sí lo produce, es hacer referencia a una diferencia teórica, que no necesariamente tiene que tener asidero normativo o aplicación práctica. Una cosa no presupone la otra, lo cual ha demostrado en demasía Rudolf von Ihering<sup>45</sup>. Además, para reforzar esta crítica mencionaré dos ideas adicionales: i) los supuestos de inexistencia también involucran efectos jurídicos, no siendo hechos jurídicamente irrelevantes; ii) los propios defensores

---

4 BARBERO, Domenico Ob. cit., p. 5 (el resaltado y el agregado entre paréntesis me pertenece). Con respecto a la crítica con respecto a ÍEZ-PICAZO, Luis Otero Iturriza.

5 El maestro alemán, como es sabido dedica una buena parte a figurar el existencialismo demostrando que la “teoría pura” muchas veces conduce a resultados que nada aportan en la realidad de las cosas. Que “algó puede ser posible en la mente del jurista no implica necesariamente que ese “algó” tenga una importancia de orden práctico de acuerdo con las normas vigentes. Por el contrario Ihering, a lo largo de tal obra, demuestra que lo posible pasa en muchas ocasiones (la buena a la que aldo como es evidente, es: IHERING, Rudolf von. *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dice reverum*. Traducido de Tomás A. Banzhaf. Cívitas, Madrid, 1998, p. 105).

de la distinción han admitido esto incluso a propósito de cuerpos normativos que consagrarían la inexistencia de modo claro.

Así es, recordando los ejemplos de Barbero es claro que en un contrato en vías de formación sí existen efectos jurídicos a tener en cuenta, como los estados de sujeción y derechos potestativos derivados de las formulaciones de ofertas (artículo 1382 del Código Civil) y contraofertas (artículo 1376 del Código Civil)<sup>46</sup> o, sobre todo, el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones (artículo 1362 del Código Civil)<sup>47</sup>. En el caso del matrimonio donde finalmente el novio se echa para atrás en plena ceremonia, puede apreciarse una obligación de indemnizar (artículo 240 del Código Civil). Decir, pues, que el negocio inexistente implica una “nada jurídica”, o sea, un hecho jurídicamente irrelevante, no es exacto.

Asimismo, como dije, el propio Morales, que considera que el Anteproyecto del Código europeo de los Contratos consagra la inexistencia de manera explícita, señala sobre este que:

“Aunque parece un contrasentido que **la inexistencia produce efectos jurídicos**, es necesario aclarar que no son los del contrato inexistente sino de la ley”<sup>48</sup>.

Se ve, pues, que el argumento que incide en la diferente eficacia del negocio nulo frente al inexistente no resulta decisivo. Es, insisto, una diferencia exclusivamente doctrinaria que es hartamente difícil de reconocer en el campo operativo gobernado por las normas.

No obstante, alguien podría replicar diciendo que no estoy captado la idea completa de Morales: si bien la inexistencia estaría produciendo

6 La formulación de una oferta y una contraoferta (que no es más que una oferta también) generan un estado de sujeción en la esfera jurídica del oferente, y un derecho potestativo en la del destinatario de la oferta (al respecto FORNO FLÓREZ, Hugo “Los efectos de la oferta contraoferta”. En: *Ius et Veritas*. N° 3 PUCP, Lima, 1995).

7 Las etapas negociaciones de un contrato que no necesariamente terminan con su celebración, pueden llegar a involucrar obligaciones precontractuales para el futuro contrato que se involucrará dada la denominada “responsabilidad precontractual”, cuya conceptualización en el artículo 1362 nadie ha puesto seriamente en duda (para una visión general de este asunto en nuestro medio SAAVEDRA VELAZCO, Renzo “La responsabilidad precontractual en debate: problema de la doctrina jurídica nacional”. En: *Ius et Veritas*. N° 3 PUCP, Lima, 1995).

8 MORALES HERVIAS, Ramón (citado en el texto) (el resaltado me pertenece).

efectos, estos –bien vistas las cosas– no corresponden al negocio inexistente (que, justamente por no existir, ningún efecto produce), sino a la ley. Esta réplica, como se verá en seguida, le hace un flaquísimo favor a la idea que intenta defender y, por el contrario, resulta haciéndole un gran favor a la opinión crítica que vengo defendiendo.

En efecto, si se dice que el negocio inexistente no produce efectos, ya que estos derivan de la ley, pues exactamente lo mismo se puede decir del negocio jurídico nulo, cuyos efectos no derivan del negocio, sino del imperio de la ley.

Donde se quiere ver la gran diferencia, en realidad, se aprecia la gran semejanza.

El negocio jurídico nulo no produce ningún efecto como negocio, sino que produce efectos emanados directamente de la ley. El negocio jurídico nulo, entonces, no es un negocio, sino un acto jurídico en sentido estricto, toda vez que la eficacia que tiene no está determinada por lo dispuesto o declarado por la o las partes (como ocurre en el negocio jurídico), sino por el ordenamiento. Si el negocio jurídico nulo produce algunos efectos, estos no se dan por consideración a lo declarado en su realización (lo declarado, más bien, es rechazado o “atacado” por el ordenamiento jurídico), sino en virtud a lo dispuesto en la ley<sup>49</sup>.

Para precisar este argumento, es necesario explicar la diferencia, ampliamente reconocida en la doctrina nacional y extranjera, entre efectos “negociales” y efectos “no negociales”.

Un distinguido autor alemán enseña que los negocios jurídicos producen efectos “configurados por la autonomía privada” y “efectos legales”. Los primeros encuentran base en la voluntad declarada por los celebrantes del negocio, en tanto que en los segundos tal voluntad no es decisiva. Veamos.

“Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente, efectos jurídicos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada solo tiene eficacia jurídica en

---

<sup>49</sup> BARBERO, D m enicoO le it, 2

virtud del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida en que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada. Por otro lado, son consecuencias jurídicas legales aquellas que se producen solo en virtud de la ley, en cuanto que la ley determina la consecuencia valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial actos humanos.

(...)

La consecuencia jurídica del contrato de compraventa se produce porque las partes han acordado que el vendedor debe entregar al comprador la mercancía y el comprador debe pagar el precio al vendedor. El ordenamiento jurídico solamente pone en vigor el acuerdo de las partes contratantes. En el caso del acto ilícito, por el contrario, la consecuencia jurídica de la indemnización de los daños se produce porque el ordenamiento jurídico valora la lesión antijurídica y dolosa o culposa de la vida, etc. de modo que el agente debe estar obligado a indemnizar los daños<sup>50</sup>.

En este mismo sentido, un prominente estudioso italiano del derecho contractual anota que se tiene que reconocer la distinción entre competencia de las partes y competencia del ordenamiento de cara a la eficacia del contrato (que, como sabemos, es el acto o negocio jurídico por excelencia). La competencia de las partes se agota en crear las reglas con las cuales buscan regular sus intereses, con miras a que el ordenamiento las reconozca y las haga suyas. Por su parte, la competencia del ordenamiento se manifiesta precisamente al establecer si y dentro de qué límites las reglas creadas por las partes deben tener fuerza de ley<sup>51</sup>.

En nuestro medio, sobre el particular se ha dicho que “(...) si bien es cierto que todos los efectos jurídicos emanan directamente de la norma, también lo es que cuando esta contempla la figura del negocio jurídico, los efectos que establece se **nutren** de la reglamentación de intereses fijada y acordada, respectivamente, por la parte o las partes que celebran

6 FLUME, Werner. *O le it*, p. 38

5 CARRESI, Franco. *Il contratto*. Trm d I Gifi fré, Milan, 1988

dicho negocio. A estos efectos de los denomina **negociales**. Junto a los efectos **negociales** normalmente surgen otros, denominados **no negociales**, que no se alimentan de la referida reglamentación<sup>52</sup>. De modo análogo, se afirma que “los principales efectos jurídicos provenientes de la manifestación de voluntad son los previstos y queridos por el sujeto (agente o parte que realiza o celebra el acto), reconocidos y garantizados por el Derecho; otros efectos secundarios, en cambio, aunque no sean queridos y previstos están íntimamente conectados al acto y se derivan directamente del ordenamiento jurídico”<sup>53</sup>.

En tal contexto, es fácil concluir que no puede siquiera concebirse al negocio sin la presencia de los efectos “negociales”. La capacidad de producir tales efectos es, por decirlo de algún modo, el “corazón” del acto o negocio jurídico. Siguiendo lo dicho por Werner Flume, si no hay efectos configurados por la autonomía privada, pues simple y llanamente no puede hablarse de acto de autonomía privada, no puede hablarse de negocio jurídico.

Así las cosas, en el negocio nulo no hay negocio porque no hay efectos negociales, razón por la cual la diferencia entre inexistencia y nulidad se hace todavía más difícil de apreciar en el ámbito de la praxis. En ambos casos, no hay efectos negociales. Todo, por ende, se reduciría a solo dos alternativas: o hay negocio (validez) o no lo hay (inexistencia), lo que dependerá de la posibilidad de apreciar efectos negociales genuinos. La autonomía de la inexistencia frente a la nulidad, en consecuencia, se termina “evaporando” ya que, jurídicamente hablando, ambas formarían parte de un mismo grupo: inexistencia del negocio<sup>54</sup>.

Pero otra vez sería posible intentar defender la autonomía de la inexistencia frente a la nulidad diciendo que la crítica que se acaba de efectuar es de orden estrictamente formal, ya que el negocio nulo sigue siendo negocio, dado que posee la estructura de este, cosa que no ocurre en la inexistencia, donde no es factible apreciar ni siquiera su apariencia. Sin embargo, este argumento no consigue su objetivo ya que

---

3 ESCOBAR ROZAS, F. redy. O l e i t, 18

3 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. O l e i t, 18

4 En sentido análogo IRTI, Natalino. *Due saggi sul dovere giuridico (obbligazione)*. J e n e, Nap i, 9 3



de inmediato se le puede aplicar la ácida crítica de Barbero, porque así se estaría volviendo a defender una noción de inexistencia con base en parámetros de espacio-tiempo.

En relación con las **normas de inexistencia** cabe señalar, en primer lugar, que no estoy de acuerdo en entender que el artículo 1386 regule un supuesto de inexistencia. Y es que el asunto es más complejo de lo que puede parecer a primera vista.

Efectivamente, el artículo 1386 regula la revocación de la aceptación, no su inexistencia. La revocación es un negocio extintivo por medio del cual un sujeto contradice su precedente declaración negocial; mediante la revocación se evita que ella produzca (o concurra a producir) efectos jurídicos. La revocación se da por un impulso de arrepentimiento que lleva al autor del acto a rechazar aquello que quiso<sup>55</sup>. Así, pues, la “retractación” de la que habla el artículo 1386 es una genuina revocación. Se habla de la revocación de la aceptación.

Si bien la aceptación no surte efectos hasta que llegue a conocimiento del oferente, en ese lapso la aceptación ya existe y, por ende, resulta ser un hecho jurídicamente relevante. No puede seriamente sostenerse que el oferente es destinatario de una “nada jurídica” una vez declarada la aceptación. Por tanto, mientras el aceptante no revoque debidamente la aceptación, se encontrará “sujeto” a formar parte de un contrato si de algún modo se cumple el requisito legal de eficacia de la aceptación: el conocimiento y/o recepción por parte del oferente. Como dije, la sola declaración de la aceptación es jurídicamente relevante y su efecto es la “sujeción” que se acaba de mencionar. Cuando el aceptante revoca elimina tal “sujeción”, evitando así que la aceptación concurra a la formación del contrato.

En consecuencia, cuando el artículo 1386 dice que la aceptación se **considera inexistente**, quiere decir que esta se **considera privada de**

5 GENTILE, Giommi. “Revoca degli atti”. En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 1 y ss.; FERRI, Luigi. “Revoca (Diritto Privato)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 19. Para una autorizada doctrina clásica sobre la materia, la revocación es la manifestación de un hecho para retractarse de un acto jurídico realizada o por el autor del acto, o por quien se encuentra autorizado a sustituirlo o a por su lugar, con el efecto de impedir el surgimiento de una nueva situación jurídica, o la continuación de la existente: ROMANO, Salvatore. *La revoca degli atti giuridici privati*. CEDAM, Padova, 1992.

**efectos** en virtud, pues, de la revocación. La revocación es un supuesto de ineficacia, no de invalidez ni de inexistencia. Hay que concluir, entonces, que el artículo 1386 emplea el vocablo inexistencia en un sentido no técnico: la aceptación **inexistente** equivale a una aceptación **sin efectos**, cosa perfectamente posible dentro de un lenguaje no técnico, coloquial o natural. La validez de esta interpretación, claro está, no puede ser discutida porque no niega o viola los límites del texto de la norma objeto de interpretación, marcado por el significado “usual” de las palabras<sup>56</sup>.

Ahora bien, los supuestos regulados en las otras normas de inexistencia referidas bien pueden reconducirse a la nulidad parcial a la que se refiere el artículo 224 del Código Civil ¿hay una razón poderosa para negar que la condición resolutoria ilícita (y la físicamente o jurídicamente imposible) resulta ser una disposición nula que no perjudica a las otras que forman parte del negocio jurídico? ¿Hay una razón poderosa para negar que un cargo ilícito o imposible sea también una disposición nula que no perjudica a las demás que integran el negocio? Opino que no la hay.

Todas las disposiciones viciadas o “irregulares” que sean separables de las demás que forman un negocio jurídico se consideran nulas sin afectar al negocio mismo, salvo en el caso de la condición resolutoria ilícita, la condición física o jurídicamente imposible, el cargo ilícito y el cargo imposible, donde no habría nulidad, sino inexistencia; ¿por qué este diferente “trato legal” para estas disposiciones? ¿Cuál sería la razón de peso para esta distinta regulación?<sup>57</sup>.

Además cabe preguntarse lo siguiente: ¿si en un contrato efectivamente se llega a consignar, en sendas disposiciones, una condición resolutoria ilícita o un cargo imposible, podemos decir realmente que tales disposiciones no existen? ¿no se supone, para este caso, que la

---

6 Al respecto DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1991, p. 99. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1999. TARELLO, Giovanni. *Ob cit.*, p. 185.

7 Las “modalidades” del negocio jurídico (condición, plazo y cargo) son, en esencia, disposiciones con o sin ulterior efecto. Las modalidades, en rigor, son cláusulas en los contratos, no tienen ninguna estructura o peculiaridad (BIANCA, Massimo. *Ob cit.*, p. 91) en señal, sin más, que la condición es una disposición o cláusula).

aplicación de la figura de la inexistencia presupone un supuesto donde no sea siquiera reconocible la apariencia de una disposición? Pienso que negar la existencia de dichas disposiciones es harto difícil.

Por lo tanto, cuando el artículo 171 dice que las condiciones allí indicadas **se consideran no puestas**, pues sin el menor problema puede decirse que el artículo significa que dichas condiciones se **consideran no declaradas**, o sea, nulas de acuerdo al inciso 1 del artículo 219. De igual forma, cuando el artículo 189 indica que el negocio **subsiste sin cargo alguno** debe entenderse que el negocio **subsiste como si el cargo no hubiese sido declarado**.

Como se podrá advertir, optar por la nulidad conlleva una interpretación más libre de inconvenientes que optar por la inexistencia. Son aplicables, pues, las mismas objeciones que se plantearon al argumento que sugería una aplicación analógica del mentado artículo 1359.

En relación con las tres ventajas, en orden: i) ya hemos analizado el argumento que basa la diferenciación en la posibilidad de apreciar casos donde ni siquiera es posible distinguir la apariencia de negocio. Se trata de una noción regida por los parámetros de tiempo y espacio, ya criticada con detenimiento; ii) el argumento referido a las lagunas en materia de invalidez también ya se ha examinado, lo veremos con más detalle dentro de poco; y iii) lo mismo ocurre en la nulidad, la cual opera de pleno derecho y puede ser invocada por cualquier persona con interés. La sentencia que declara la nulidad no constituye nada, es meramente declarativa. Pero estoy seguro que contra lo que acabo de decir, alguien replicará con dos ideas: a) la nulidad puede ser alegada ante un juez solo por alguien que tenga interés, mientras que en la inexistencia por cualquiera; y b) la nulidad está sometida a un plazo de prescripción, cosa que no ocurriría con la inexistencia, que a ningún plazo estaría sometida, por lo que puede ser esgrimida o alegada en un proceso en cualquier momento.

Pues bien, nadie puede pedirle algo a un juez si no tiene interés relevante que requiere tutela, eso lo ordena claramente el Código Procesal Civil (artículos III, IV e inciso 2 del artículo 427), así que esa diferencia se diluye. En relación con el plazo de prescripción, pues ello es un asunto de regulación y una diferencia de orden conceptual, no indica supuestos concretos en los cuales pueda hablarse de inexistencia y no

de nulidad. Además, si bien ha sido un error que el legislador peruano consagre un plazo de prescripción para alegar la nulidad de un negocio jurídico ante las autoridades judiciales, tal inconveniente normativo ha sido superado ya que se admite sin mayor problema que la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo tendrá la posibilidad de defenderse deduciendo la nulidad, ya no como “acción” sino como excepción. Así pues, al final del día, la nulidad puede ser esgrimida en un proceso aunque haya transcurrido el plazo de prescripción<sup>58</sup>. No habría, pues, mayor diferencia.

La ausencia de partes, del objeto y de causa (que debe ser entendida como regulada en el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil) son supuestos que pueden ser entendidos como de invalidez (nulidad) en virtud de una interpretación a contrario sensu del ya referido artículo 140. No creo que puedan ser considerados como supuestos de inexistencia y no de nulidad, con base en que no existe regulación para tales casos, porque sí la hay. ¿Qué fundamento contundente existe para no derivar consecuencia de una interpretación a contrario sensu del artículo 140? Pienso que no existe impedimento para efectuar esta interpretación a contrario sensu.

Ahora bien, Morales niega la nulidad virtual, aduciendo que las nulidades siempre son las expresamente previstas en un texto legal. Las razones de fondo para que Morales desconozca la nulidad virtual no las conozco, es muy breve en torno al asunto en el ensayo que cito. No pienso especular al respecto, solamente expondré, brevemente, dos razones por las que yo sí creo en la nulidad virtual, a parte del hecho de que este tipo de nulidad ha sido reconocida por casi toda nuestra doctrina sin mayores reparos:

- i) A lo largo de mucho tiempo se ha tratado de responder la siguiente cuestión: ¿es necesario que el Derecho positivo establezca expresamente la nulidad en atención a una específica irregularidad o, por el contrario, la nulidad también puede darse por la presencia de una irregularidad que se deduce del sistema jurídico, al no haber sido considerada como tal de manera especial y expresa por este? En la

---

8 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2008, p. 3 y en el mismo sentido ESCOBAR ROZAS, Freddy. U. lt.c. it.

doctrina se ha respondido de las dos formas posibles. Como se dijo ya, hace mucho tiempo en Francia se sostenía la vigencia del principio *pas de nullité sans texte* para postular que la nulidad solo podía ser expresa. Hoy en día, por el contrario, se admite ampliamente la posibilidad de que la nulidad se genere no solo cuando la establece expresamente la ley, sino también cuando el negocio contradiga el significado y la finalidad de las normas que puedan verse involucradas o, incluso, los principios generales del Derecho; esta es la denominada nulidad virtual o tácita. Al margen de la discusión que legítimamente se pueda plantear a nivel doctrinario, el Código Civil peruano ha tomado expresamente partido por la admisión de la nulidad virtual, tal como se aprecia en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Negar la nulidad virtual en nuestro Derecho Positivo significaría privar de todo sentido relevante a una norma que se supone tiene una vocación de aplicación a todo nuestro sistema jurídico<sup>59</sup>, lo cual es algo claramente inapropiado a la luz de las reglas de la interpretación jurídica.

- ii) El principio *pas de nullité sans texte* se justifica bajo una ideología intensamente liberal, como la que imperaba en la época de la dación del Código de Napoleón<sup>60</sup>. Tal ideología ponía en el pedestal a la voluntad de los sujetos, la cual es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser de los contratos. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su basamento en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad). No era posible, entonces, que los actos jurídicos –generados por la omnipotente voluntad del individuo– pudiesen ser limitados de cualquier manera. Si se quería limitar algo tan “sagrado”, tal limitación debía constar de manera expresa en una ley. La única manera de salvaguardar los actos

9 RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. 0 edición, PUCP, Lima, 0 p 11 “El Título Preliminar del Código Civil no solo tiene que ver con el Derecho Civil propiamente dicho y ni siquiera era solo el derecho privado. Por el contrario es un conjunto de normas históricamente ha sido preparado para regir todo el sistema jurídico. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 3 edición, Grijley, Lima, 0 J p 3 “El Título Preliminar del Código Civil contiene una serie de principios que todo preparado jurídico necesita conocer para poder interpretar los mismos. Los principios circulan antes no solo en el Código Civil sino en la generalidad de los denominados jurídicos.”

6 La necesidad de intentar captar el trasfondo ideológico del principio *pas de nullité sans texte*, a efectos de establecer su vigencia hoy en día, ha sido resaltada con toda pertinencia por Jorge Barana Gozález, perteneciente a la referida y notoriamente internacional.

jurídicos, manifestaciones por excelencia de la sacra voluntad, era que los límites que no pudiesen transgredir tales actos se encuentren consignados expresa y concretamente en las leyes como causales de nulidad<sup>61</sup>. Habiendo cambiando la realidad social hoy en día, donde el rol de la voluntad del sujeto está muy lejos de ser objeto de pleiteoría exacerbada, el justificativo del principio *pas de nullité sans texte* ha desaparecido, por lo que se hace necesario concebir a la nulidad y a su establecimiento de una manera sustancialmente diferente, abriéndose así la puerta para la consagración de la nulidad virtual.

Para terminar este apartado, me parece oportuno recordar a la doctrina francesa que señala que “la nulidad no siempre se apoya en un texto legal. El principio que tanto se ha defendido en materia de procedimiento de que **no hay nulidad sin texto**, ha sido totalmente desechado y tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido que al lado de las **nulidades textuales** hay también las **nulidades virtuales**, que apoyan su fuerza en un texto general, o en el espíritu de la ley. Tal cosa sucede sobre todo en los actos jurídicos contrarios al orden público y de una manera mucho más acentuada en los contrarios a las buenas costumbres”<sup>62</sup>.

## VI. UNA PECULIAR DEFENSA DE LA DISTINCIÓN

A diferencia de los otros autores que defienden la distinción, Palacios, que también admite la nulidad virtual, reconoce que:

“En nuestra opinión, la construcción de la inexistencia, en un sentido estrictamente técnico, no puede basarse sobre la necesidad de cubrir lagunas dejadas por un sistema legislativo de nulidades textuales. Aceptar dogmáticamente a la inexistencia, en este sentido, es quitarle autonomía teórica y sustantiva, ya que esta podría llamarse

---

<sup>61</sup> El b ut arismo cm o no pñ a ser de b ra manera, tu na influ ncia eno me en la conf ign ació de institt o tan imp tantes cm o el cot rato y el ejercicio de lo derech (al resp cto OSTI, Gia ep . “Cot rattö . En: *Novissimo Digesto Italiano*. IV. UTET, To ino § p 7 y ss; RESCIGNO, Pietro “L’ab o del dirittö . En: *Rivista di Diritto Civile*. I. Cedam, Padö , § p 2 y ss), p lo q resli ta ev dente q tu tamb én u decisio p p l en la manera de cnc eb r lo límites a lo p ctö o con ncio- nes, e l ca l b tratadö de describ r.

<sup>62</sup> LUTZESCO, G en ges. O lr it, p

en última instancia nulidad virtual y no ya inexistencia, identificándose en el plano práctico-efectual ambas figuras (...). Resulta entonces necesario (...) encontrar otro criterio que nos permita distinguirlo (...)"<sup>63</sup>.

¿Cuál sería ese nuevo criterio? Pues el que dio en su momento Francesco Santoro-Passarelli: se tiene un negocio inexistente cuando falta en él algún componente que hace imposible su identificación en un tipo negocial<sup>64</sup>. Esto implicaría, dice Palacios, reconducir al negocio inexistente a la esfera de la irrelevancia, con la consecuencia de mantenerlo fuera del sistema de ineficacias, "en tanto se considere que en el negocio inexistente no puede darse una calificación destinada a la privación de efectos en el mismo, sino solo una, con resultados negativos, destinada a concluir si efectivamente estamos ante un hecho que pueda ser tomado como negocio"<sup>65</sup>.

Comparto las ideas de Palacios, pero pienso que lo dicho no es suficiente para sustentar una autonomía de la inexistencia frente a la nulidad en el plano de la praxis. En efecto, como se habrá podido percatar el lector, si se intenta sustentar dicha autonomía con base en tales ideas, de inmediato se puede oponer la contundente crítica de Barbero. Manejar un enfoque "ontológico" de la inexistencia es algo relevante en el plano teórico o didáctico, mas no es suficiente para sostener su plena funcionalidad autónoma en la práctica.

Palacios, finalmente, agrega que nos "encontraremos ante la inexistencia, en definitiva, en los casos en los que falte la causa del negocio, en los que hay declaración *jocandi causa* o en una exposición didáctica; en los que la formalidad requerida, al faltar, impide identificar al negocio (matrimonio no celebrado ante autoridad correspondiente); en los casos en los que la declaración se torna completamente irrelevante para el ordenamiento (casos de ausencia de declaración o de contravención a la forma requerida para considerarla productora de efectos)"<sup>66</sup>. Discrepo.

3 PALACIOS MARTÍNEZ, E ric. O it, p. 13

4 SANTORO-PASSARELLI, Francesco *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luna Serrano. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 296. Cabe advertir que los planteamientos de este autor han sido considerados, al fin y al cabo, como imprecisos (BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 635, nota 16).

6 PALACIOS MARTÍNEZ, E ric. O it, p. 13

6 Lo .c it.

Así es, en caso de falta de causa o declaración hecha en broma, tenemos supuestos de invalidez, nulidad, por interpretación a contrario sensu del artículo 140 y aplicación del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil. Lo primero ya lo sustenté. Con relación a lo segundo, es claro que cuando nuestro Código Civil habla de **manifestación de voluntad**, ciertamente se refiere a una manifestación seria, no hecha en broma. De modo que si se realiza una manifestación de voluntad de modo no serio, pues estamos ante un caso donde **falta la manifestación de voluntad**, por lo que no se puede excluir la aplicación del inciso 1 del artículo 219. Lo mismo vale para los casos donde falta la formalidad requerida, ya que no veo inconveniente en que estos casos se subsuman dentro de lo dispuesto en el inciso 6 del mismo artículo. En todo caso, también se puede postular la referida interpretación a contrario sensu.

Hamlet, luego de su examen a su tío, confirmó sus sospechas de manera indubitable. No puedo pretender decir lo mismo, simplemente he querido contribuir en algo al debate que el tema estudiado plantea exponiendo una opinión crítica a nivel de doctrina peruana, defendiendo la idea que maneja nuestra Corte Suprema al respecto. La categoría de la inexistencia ha sido defendida por brillantes autores europeos como Franco Carresi<sup>67</sup> y Renato Scognamiglio<sup>68</sup>, pero un análisis (crítico, porque por más autorizados que sean estos autores, debo decir que sus argumentos no convencen al suscrito) de la situación de la doctrina extranjera excede claramente los objetivos de este capítulo. No obstante, espero que mis argumentos lo hayan convencido, amable lector. Me basta, sin embargo, con poder haber efectuado dicha contribución.

---

<sup>67</sup> CARRESI, Franco. *Leitis*. s.

<sup>68</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leyser León. Grijley, Lima, 1995. s.





**CAPÍTULO II**  
**¿PRODUCE EFECTOS**  
**EL ACTO JURÍDICO NULO?**



## I. INTRODUCCIÓN

Una autorizada voz sostiene que, en el Perú, el introductor de la teoría del negocio jurídico fue Manuel Augusto Olaechea y Olaechea (1880-1946), y quien la cultivó, desarrolló y difundió fue José León Barandiarán (1889-1987)<sup>69</sup>. En este mismo sentido, se pronunció uno de nuestros más reputados juristas, cuando afirmó que las nociones fundamentales que tenía el foro nacional sobre el negocio jurídico, a poco de promulgarse el actual Código Civil, se debían a “la poderosa influencia de la magnífica y brillante obra de José León Barandiarán”<sup>70</sup>.

Los máximos cultores del derecho contractual en nuestro país, por su parte, han dicho que José León Barandiarán “no solo fue la pluma más fina y prolífica del Derecho Civil de la época, sino que vivió apasionadamente la docencia (...) y que es irrealizable dar noticia de una obra tan difundida, analizada e influyente como la de León Barandiarán”<sup>71</sup>.

Ante lo dicho, resulta fácil concluir que el pensamiento del maestro sanmarquino ha cumplido un rol protagónico en la formación de la doctrina construida en torno a los institutos regulados en el libro II de nuestro actual Código Civil. Un tema donde la influencia de León Barandiarán se nos presenta como particularmente incisiva, es el referido a las consecuencias de la nulidad. Y es que revisando los principales textos que tocan este asunto, así como sentencias emitidas por la máxima judicatura nacional, se advierte que estos no se han apartado de la doctrina que dejó sentada el profesor lambayecano.

Sin embargo, desde hace unos años, se viene difundiendo una nueva doctrina que plantea la necesidad de un nuevo enfoque para la nulidad y que, por ende, esta sea analizada en función a otras

<sup>69</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando *El acto jurídico*. 5 edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

<sup>70</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2005, p. 56.

<sup>71</sup> Las frases corresponden, respectivamente, a Max Arias Schreiber Pezet y a Manuel De la Puente y Lavalle, quienes citan en la presentación del libro *Tratado de Derecho Civil peruano*. Tomo II, WG Editores, Lima, 2002 de José León Barandiarán.

consideraciones, sustancialmente distintas a las líneas fundamentales que hace varias décadas trazara León Barandiarán. Hay que celebrar el surgimiento de estas nuevas ideas, máxime porque tal discrepancia sería animosamente bienvenida por el maestro. Su conocido amor por el debate producto de una discusión objetiva, hace que no tenga ninguna duda de ello. León Barandiarán creía firmemente, y en esto el suscrito lo sigue por completo, en que las sanas confrontaciones de ideas solo generan beneficios para sus participantes y para la comunidad jurídica que los rodea<sup>72</sup>. Con ese ánimo, las líneas que siguen están dedicadas a efectuar un contraste constructivo entre ambas posiciones con respecto a las consecuencias de la nulidad. Esto nos permitirá repensar los planteamientos de León Barandiarán sobre el particular y de ese modo verificar su actualidad. Con esto trato de contribuir, al menos con un granito de arena, al esclarecimiento del tema.

## II. EL PENSAMIENTO DE JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN Y LA TESIS DOMINANTE SOBRE LA EFICACIA DEL NEGOCIO NULO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

El negocio nulo no produce efectos desde su celebración, lo cual no presupone en modo alguno un pronunciamiento judicial. En sede de nulidad, el juez simplemente declara una realidad preexistente: la ausencia de efectos del negocio. Jurídicamente hablando, una sentencia que declara la nulidad no modifica la realidad preexistente. En relación con la eficacia del negocio nulo, es esta la idea básica de la doctrina y jurisprudencia dominante en nuestro país y fue esbozada por León Barandiarán. En efecto, el maestro indicaba que “no interesa en atinencia a tal figura de la nulidad, que el acto haya producido o no sus efectos prácticos”, puesto que los efectos jurídicos están ausentes desde la celebración del negocio, por ello entendía a las causales de nulidad como “causales congénitas”<sup>73</sup>.

2 Para muestra no basta: León Barandiarán era, como muchos grandes juristas de su tiempo, un hombre de gran influencia y así fue parte del jurado calificador de una tesis de bachiller que consistió en una crítica sustancial al pensamiento de Carlos Fernández Sessarego. Posteriormente, cuando se conoció la influencia de León Barandiarán a las nuevas ideas que consistían en lo que ahora se conoce como teoría tridimensional del Derecho (al respecto SOBREVILLA ALCÁZAR, David. “Prólogo”. En: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. Ara, Lima, 2006, p. 11 y ss.; y LEÓN BARANDIARÁN, José. “Presentación”. En: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Grijley, Lima, 2008, p. 11 y ss.).

3 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. Océano, Lima, 1979, p. 11.

Desde hace tiempo esta es la idea que acoge nuestra Corte Suprema. Puedo citar acá la Casación N° 1843-98-Ica del 29/10/1999, la cual expresamente afirma que la nulidad es un fenómeno originario, que debe entenderse como preexistente a su declaración judicial:

“Primero: Que, de conformidad con los artículos doscientos diecinueve y doscientos veinte del Código Civil, los actos jurídicos nulos lo son ipso jure, esto es, que no requieren de una sentencia judicial para que así lo declaren puesto que la sanción de nulidad sobre el acto jurídico opera de pleno derecho; sin embargo, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas existen muchos actos jurídicos nulos que se les da la apariencia de válidos porque las partes contratantes o una de ellas actúan como si tales así lo fueran y de ello persuaden a terceras personas; empero ello solo es una apariencia de validez; y a fin de eliminar esta apariencia se encuentra precisamente este Poder del Estado de quien, en el ejercicio del derecho de acción, el justiciable obtiene una sentencia que reconoce dicha invalidez declarando judicialmente la nulidad del acto jurídico, es decir, no está recién condenado con la nulidad un acto jurídico sino que está declarando una situación ya existente”.

Años después, en la Casación N° 1323-2004-Tumbes del 10/05/2005, la Corte Suprema sigue manejando el mismo criterio, aseverando que la nulidad opera por ministerio de la ley, no por una decisión judicial. No es esta, sino la ley, la que le arrebató los efectos al acto nulo:

“Primero: La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado los requisitos prescritos para su validez (...)”.

En idénticos términos se pronuncia la máxima instancia judicial en la Casación N° 1529-2008-Ica del 09/09/2008, donde se afirma que la nulidad opera de “pleno derecho”, no gracias a una intervención judicial:

“Cuarto.- (...) En consecuencia, la sentencia recurrida ha inaplicado los artículos 1625, 220 y 219 inciso 6 del Código Civil, pues el documento de donación no ha sido otorgado mediante Escritura Pública, y al no haber sido realizada bajo la forma prescrita por la Ley resulta nula de pleno derecho, ello en aplicación del inciso 6 artículo 219 del Código Civil (...)”.

Hay que hacer, sin embargo, algunas precisiones. Veamos:

El profesor León Barandiarán destacaba una idea de Marcel Planiol, según la cual la teoría de las nulidades se ha embrollado, entre otras cosas, “por la necesidad de acudir a las justicia en todo caso en que no exista acuerdo entre las partes”<sup>74</sup>. En atención a tal problema, afirmaba que las características clásicas del acto nulo deben ser entendidas sin aplicar un rigor categórico<sup>75</sup>. En tal sentido, señala sobre la no necesidad de pronunciamiento judicial para la nulidad:

“No se requiere pronunciamiento judicial que declare que el acto es nulo. Pero si hubiera disputa entre las partes acerca de si el acto es o no nulo, corresponderá al juez resolver sobre el particular, no pronunciando su nulidad, pero sí reconociéndola o constatándola”<sup>76</sup>.

Con respecto a la ausencia de efectos, afirma que se ha hecho notar, por ejemplo, que el matrimonio que adolece de nulidad “produce los efectos de un matrimonio putativo; que una sociedad por acciones, nula por inobservancia de la formalidades de constitución, produce sus efectos en provecho de terceros, bien que la nulidad puede ser demandada por las personas interesadas, y, de otra parte, puede valer como sociedad de hecho”<sup>77</sup>.

Como indiqué líneas arriba, la doctrina nacional actual no se aleja de las consideraciones que se acaban de exponer. Así, para Fernando Vidal Ramírez, “el acto jurídico nulo lo es de pleno derecho. Ello significa que no requiere de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, del que existe solo un hecho con apariencia de acto, que es lo que hace necesario recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que desaparezca la apariencia del acto (...) Si el acto es nulo, nada se ha creado ni modificado respecto de la situación jurídica que se pretendía crear o que se pretendía modificar con la celebración del acto (...) El acto jurídico nulo, pues, no requiere de pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Solo si una de las partes que lo celebró no

---

4 Ib dem, 18

5 Ib dem, 18

6 Lo .c it.

7 Ib dem, 18

acepta su invalidez corresponderá al juez declararla, sin que la sentencia que reconozca la nulidad tenga un carácter constitutivo sino meramente declarativo”<sup>78</sup>.

El profesor Vidal agrega “el acto nulo, como lo venimos viendo, lo es de pleno derecho y no surte los efectos queridos por las partes”. No obstante, inmediatamente después agrega que si el acto nulo es ejecutado en el plano de los hechos, la parte que aspira a que se declare la nulidad, se verá precisada a incoar la correspondiente acción de nulidad: “la acción no va a dar creación a una nueva situación jurídica pues, como ya hemos visto, la sentencia es meramente declarativa y solo verifica la situación preexistente a la celebración del acto nulo, ya que este no tuvo ni puede tener eficacia alguna y, como señala Stolfi, cada uno puede reclamar que le sea restituida la prestación cumplida, restituyendo a su vez la que ha recibido. La restitución no proviene de la sentencia que declara la nulidad, sino del título anterior al acto nulo que pueda invocar cada parte respecto de la prestación que cumplió”<sup>79</sup>.

En sentido análogo, Aníbal Torres Vásquez afirma que “el acto que adolece de nulidad absoluta lo es ipso iure, de pleno derecho, no requiere de sentencia judicial que lo declare. Para evitar incertidumbres o cuando una de las partes amenaza con exigir o exige el cumplimiento de prestaciones en base al acto nulo o cuando este perjudica el derecho de terceros (...) se puede solicitar que judicialmente se declare la nulidad”<sup>80</sup>.

No obstante, poco antes el autor precisa que “hay actos nulos que producen efectos. Por ejemplo, el contrato nulo produce efectos cuando la prestación ejecutada no puede ser restituida, ya sea porque ha prescrito la acción de restitución o debido a la naturaleza de la prestación, como es el caso del contrato de arrendamiento nulo, en el que no es posible la devolución del uso del bien por el tiempo que antecede a la declaración de nulidad. Siguiendo una doctrina italiana, el profesor Torres señala que no es viable dar una definición general de nulidad, sino diciendo que nulo es aquel acto que produce efectos diversos

---

8 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Lecciones de derecho civil*, tomo 1, p. 166.

9 *Ibidem*, p. 166.

8 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima, 1983, p. 98.



respecto del acto válido y que, en particular, obliga a restituir las prestaciones”<sup>81</sup>.

Por su parte, Freddy Escobar Rozas sostiene que la nulidad del negocio jurídico, “por lo menos teóricamente supone (...) la ineficacia total y original del negocio (...) Evidentemente, el Código Civil no necesita prescribir expresamente que el negocio nulo no produce efectos”<sup>82</sup>. Añade el profesor Escobar que la nulidad no requiere ser declarada por el juez, pues la misma opera de pleno derecho. “Si el negocio es nulo (...) las partes no están obligadas a ejecutarlo; y si lo hubieran hecho, están obligadas a restituir lo que hubiesen recibido la una de la otra (en aplicación de las normas que regulan el pago indebido). Eventualmente, sin embargo, a las partes o a ciertos terceros les puede interesar que el juez reconozca, mediante una sentencia meramente declaratoria, que el negocio es nulo”<sup>83</sup>.

No obstante, este autor afirma que el negocio nulo puede producir efectos “no negociales”, los cuales tiene por función “tutelar ciertos intereses de una de las partes. Esto ocurre, por ejemplo, cuando trasgrediendo las reglas de la buena fe objetiva, una de las partes induce a otra a celebrar un negocio nulo; o cuando ignorando la existencia de una causal de nulidad, una de las partes ejecuta a favor de la otra una de las prestaciones previstas en el negocio”. En el primer caso, la parte engañada puede exigirle a la otra el pago de una indemnización (supuesto de responsabilidad precontractual). En el segundo caso, la parte que realizó la prestación tiene el derecho de exigir la restitución. Es menester precisar que, conforme indica Escobar, los efectos se producen en virtud de las normas, empero los “efectos negociales” son aquellos que –sin dejar de ser producidos por las normas– se “nutren” de la reglamentación de intereses fijada o acordada por las partes que celebran el negocio. Los efectos “no negociales”, en cambio, no se “alimentan” de la referida reglamentación. Por eso, asevera que “la nulidad determina que el negocio jurídico no produzca los efectos **negociales**, que son los efectos deseados por la parte o las partes que lo celebran”<sup>84</sup>.

---

§ Ib dem. 13

§ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Casos de nulidad absoluta”. En: AAV V. *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1996.

§ Ib dem. 14

§ Ib dem. 15

Lizardo Taboada Córdova afirmaba que “los actos nulos nacen muertos y por ende no producen ninguno de los efectos jurídicos que tendrían que haber producido<sup>85</sup> (...) la nulidad opera de pleno derecho, siendo por tanto la sentencia que declare judicialmente la nulidad (...) meramente declarativa, al limitarse a constatar que se presentó y operó la causal de nulidad y que el negocio jurídico nació muerto sin producir ninguno de sus efectos jurídicos (...) si bien es cierto que la nulidad opera de pleno derecho, sin necesidad de sentencia alguna, es conveniente para efectos prácticos contar con una sentencia que declare judicialmente la nulidad, a fin de tutelar fundamentalmente a los terceros de la apariencia de validez de un acto nulo”<sup>86</sup>.

Otro connotado profesor que se ha ocupado del tema, Marcial Rubio Correa, tiene escrito lo siguiente:

“La consecuencia esencial de la nulidad, es que convierte al acto respectivo en ineficaz perpetuamente y desde el inicio”<sup>87</sup>. Luego, haciendo suya la posición de Vidal, indica que la resolución judicial tendrá una utilidad práctica cuando exista controversia entre las partes con respecto a la presencia o no de la causal de nulidad<sup>88</sup>, y añade además que “la sentencia de nulidad no es constitutiva sino declarativa: el acto nulo tiene un vicio que lo invalida desde su propio origen. Como se dijo antes, la nulidad es ipso iure. Inclusive, en el artículo 1643 parece haber un reconocimiento expreso de ello al hablarse de casos de ‘invalidación de pleno derecho’”<sup>89</sup>.

Si bien existen algunas diferencias entre las opiniones transcritas, lo cierto es que tales diferencias no pueden ser catalogadas como esenciales. Por el contrario, no resulta dificultoso notar que dichas opiniones tienen una coincidencia fundamental: el negocio nulo no produce, desde su celebración, los efectos que como negocio debería producir. Si hay una discrepancia entre las partes al respecto, será necesaria la intervención del juez o árbitro, quien deberá verificar la presencia de la causal

---

8 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Ídem*, p. 13.

6 *Ib dem.*, p. 13.

8 RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1972.

8 *Ib dem.*, p. 19.

8 *Ib dem.*, p. 19.

de nulidad. Si declara la nulidad, ello significará que el negocio nunca produjo los efectos que le corresponderían justamente por la presencia de la causal. Si el juez o árbitro no declara la nulidad, pues debe considerarse que el negocio siempre produjo tales efectos, toda vez que la causal nunca estuvo presente. Todo ello sin perjuicio de que el negocio nulo puede producir los llamados efectos no negociales, que son establecidos directa y únicamente por la ley, no dependiendo en absoluto de la voluntad de las partes plasmada en el negocio, tal como en su momento lo advirtió León Barandiarán, y lo resaltan los profesores Torres y Escobar.

### III. UNA DOCTRINA FRANCESA INVADE EL PERÚ: EL NEGOCIO NULO NO LO ES DE PLENO DERECHO

Como adelanté al inicio del presente trabajo, en nuestra doctrina se ha desarrollado una tesis que contradice la base de la doctrina dominante, ya que sostiene con firmeza que el negocio nulo produce efectos normalmente desde su celebración, y que los mismos solo pueden ser suprimidos por la declaración de nulidad del juez o árbitro. Tan interesante postura es defendida principalmente por los profesores Juan Lohmann Luca de Tena y Juan Espinoza Espinoza, aunque le antecede una doctrina desarrollada en Francia en las primeras décadas del siglo XX. Veamos:

“Actualmente la nulidad absoluta ya no opera de pleno derecho, aun cuando se trate de un acto que lesione abiertamente el orden público. Al respecto, recordemos que desde el siglo XVI Coquille e Imbert nos hablaban de **la acción de declaración de nulidad**. Esta tesis ha recibido, posteriormente, su confirmación por dos reglas de origen consuetudinario, cuya influencia es notoria. Existe desde luego, la regla de que **en Francia están prohibidas las vías de hecho** y que hay también el principio aún más explícito de que **nadie puede hacerse justicia por sí mismo**. Si se agrega, finalmente, la fórmula no menos respetada de que **el documento es válido hasta en tanto se declare su nulidad** (*provisiones due au titre*), se comprenderá fácilmente que aún cuando nulo, el acto que tiene apariencia de regularidad no puede ser rechazado de plano<sup>90</sup>.

(...)

<sup>90</sup> LUTZESCO, G en ges. *Teoría y práctica de nulidades*. p

Y desde luego ¿qué caminos puede seguir el acto nulo?

Es incuestionable que a pesar de la oposición del orden público, las partes pueden destruirlo amigablemente o ejecutarlo, y la ejecución producirá todos sus efectos jurídicos en tanto que un tercero interesado o las partes mismas no lo hayan atacado. Pero si las partes no están de acuerdo para rehacer o destruir su relación jurídica ilícita, será indispensable recurrir a la justicia, lo que se hará por una demanda de nulidad de carácter preventivo. En este caso, pues, la acción de nulidad tendrá por fin privar al acto ilícito de toda su fuerza obligatoria, poner el sello de la condenación sobre todas las reglas jurídicas en él contenidas<sup>91</sup>.

En la primera edición de su muy importante libro dedicado al negocio jurídico, Lohmann indicaba que si celebra un negocio nulo, “los interesados, atendiendo al estado de invalidez del negocio pueden hacer como si este nunca se hubiera celebrado (...). Hasta aquí la acción de nulidad no tiene importancia ni trascendencia entre las partes. Pero cuando alguna de ellas estima que es el único camino para resolver discrepancias sobre si el negocio en que intervino está afecto a la sanción y quiere que se constate su carencia de valor obligatorio o vinculante, entabla entonces la acción de nulidad absoluta a fin de que se certifique y declare judicialmente la nulidad del negocio, porque el acto, aunque inválido *ab origine* y de pleno derecho, requiere de sanción judicial y nadie puede hacerse justicia por sí mismo (...)”. Según Lohmann, esto explica que “el negocio nulo produce efectos como válido hasta la sentencia judicial que lo sancione<sup>92</sup>”.

Años después, el autor nos ilustraría más con respecto a sus ideas, separándose aún más de la doctrina dominante:

“La nulidad es el estado jurídico del acto después de constatada y declarada judicial o arbitralmente su invalidez, porque las partes no pueden declarar por sí mismas el vicio y determinar la sanción jurídica. Hasta antes de la declaración habrá causal de nulidad, pero no estado jurídico de tal, que solo hay, jurídicamente, desde que

---

9 LUTZESCO, G. *op. cit.* p. 12

2 LOHMANN LUCA DE TENA, J. *op. cit.* p. 100

se declara con efecto retroactivo. Aunque el negocio jurídico esté intrínsecamente afecto a una causal de nulidad, las partes solamente quedarán liberadas de cumplir lo que en él se hubiese estipulado cuando se declare su nulidad, aunque con efectos retroactivos, como he dicho. (...) La declaración de nulidad tiene por objeto la supresión de los efectos jurídicos, y en cuanto sea posible los prácticos, mediante restitución de prestaciones, que haya producido o pueda producir el acto inválido (...) Conviene dejar afincado lo anterior para recalcar que los estados de invalidez y nulidad absoluta están sustraídos a la facultad dispositiva de las partes del acto afectado”<sup>93</sup>.

En sentido semejante, Espinoza afirma:

“Tradicionalmente, al referirse a la nulidad, se ha esgrimido el aforismo romano *quod nullum est, nullum producit effectum*. Sin embargo, este criterio no se aplica siempre. Con razón se ha afirmado (cita a León Barandiarán) que esta regla no tiene una aplicación inflexible<sup>94</sup>. El autor nos esclarece su posición de esta manera:

Ante la celebración de un acto nulo, caben tres posibilidades: i) que las partes no se exijan entre sí el cumplimiento del acto (hecho que no produce efectos jurídicos); ii) que una de las partes haya cumplido con realizar lo acordado en el acto afectado de nulidad y la otra no (frente a lo cual, la parte afectada puede, o no, reclamar lo que le corresponde); y iii) que ambas partes hayan cumplido con ejecutar el acto afectado de nulidad.

El hecho de que el acto jurídico afectado de nulidad no produzca efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes. Si es que existe discusión respecto de la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad. La resolución judicial de la nulidad tiene efectos *ex tunc* (o sea, retroactivos a la fecha de celebración del acto) (...) En opinión que comparto, el adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*, notoriamente, reflejaba una idea de nulidad que se identificaba con la inexistencia. Por ello, el acto

9 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”. En: *Ius et veritas*. N.º 4. Lima, 2018.

94 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. R. de Lima, 2009.

jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos precarios y dejará de hacerlo cuando haya una sentencia que lo declare como tal”<sup>95</sup>.

Pese a su gran coincidencia en torno a la eficacia del negocio nulo, existe una diferencia no poco relevante en las apreciaciones de estos dos connotados profesores. En efecto, la tesis de Espinoza hace depender de la voluntad de las partes la eficacia del negocio nulo, cosa que también pareciera hacer Lohmann en su libro, pero que expresamente rechaza después en su artículo, al resaltar que las partes nada pueden hacer en relación a los estados de invalidez y nulidad del negocio que celebren.

#### **IV. ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN: UN CONSTRUCTIVO CONTRASTE DE OPINIONES**

La divergencia entre las dos tesis sobre la eficacia del negocio nulo se centra en la relación que tal eficacia guarda con dos factores: i) la voluntad de las partes; y ii) la prohibición general de autotutela. Es preciso, entonces, detenernos en el análisis comparativo de ambas posiciones con relación a los factores mentados.

##### **1. La eficacia del negocio nulo y las actuaciones de las partes**

Como ya anoté líneas arriba, Espinoza considera que la eficacia del negocio nulo depende de la voluntad de las partes. Pienso que Lohmann tuvo la misma postura en su libro, cuando afirmaba que si el negocio nulo no era ejecutado por las partes, la acción de nulidad era intrascendente. Esta acción cobraba relevancia si es que el negocio afectado de nulidad llegaba a ejecutarse en el plano de los hechos. Por consiguiente, si solo con la sentencia o laudo arbitral el negocio puede ser nulo, debe entenderse que cuando las partes no ejecutan las reglas contenidas en el negocio nulo, este lo es sin que sea preciso que así lo declare una sentencia o laudo. Ello significa que si las partes ejecutan el acto que contiene una causal de nulidad, este produce efectos y solo perderá esta eficacia cuando así lo declare el juez. Si las partes no lo

---

9 Ib dem. 108

ejecutan, pues ya no hay eficacia y, por ende, ninguna sentencia o laudo se requiere para que así sea. Ergo, la eficacia del acto nulo depende de la voluntad de las partes que lo celebran.

No parece que esta idea pueda ser compartida.

En efecto, la eficacia jurídica de un hecho (como lo es el negocio, aunque sea nulo) pertenece a un plano que podemos denominar “realidad jurídica”, cuya dinámica se encuentra dominada por el contenido de las normas, no por lo que ocurra o deje de ocurrir en el plano de la realidad empírica. Esta premisa ya había sido destacada por Rudolf Stammler, pero, como lo resalta una autorizada doctrina italiana, fue sentada en la teoría general del Derecho por Hans Kelsen<sup>96</sup>.

El jurista alemán sostenía que si entendemos por vigencia la posibilidad de hacer efectiva, en la realidad de los hechos, una determinada aspiración, pues tal posibilidad no forma parte de la esencia de las reglas de Derecho. Tales reglas contienen conceptos y, entendía Stammler, el hecho de que un concepto imponga su existencia en la realidad no añade nada a su contenido. En tal sentido, decía:

“Para fijar el concepto de Derecho, en cuanto concepto formal, no es preciso acudir a la noción de su efectividad (...) El concepto de **crédito**, por ejemplo, no requiere que se exija el pago, y hasta es indiferente en cuanto al concepto el que el crédito no pueda hacerse efectivo por insolvencia del deudor. Si queremos poner de manifiesto la distinción fundamental entre derechos reales y derechos de obligación, exponiendo cuáles sean las notas diferenciales del concepto de cada uno de estos grupos de derechos, tenemos que hacer abstracción de cuanto se refiera a su efectividad. Y lo mismo ocurre con el concepto formal del Derecho por oposición al de la moral o al

<sup>96</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato “Fatto giuridico e fattispecie in questa (consuetudine) critica in toto alla dinamica del Diritto”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno VIII, Giuffrè, Milán, 1937, p. 37. Cuando se está a la altura jurídica dice el autor citado se advierte que su teoría se desarrolla en una dirección: en sede de teoría general, o incluso de filosofía del Derecho se trata de buscar la específica naturaleza del sujeto de hecho en sede de los diversos campos del Derecho se trata de aplicar el esquema de tal naturaleza para lograr una mejor sistemática y conocimiento de los fenómenos dinámicos que se encuentran en cada uno de dichos campos (Lo. cit.). En consecuencia, en modo alguno debe extrañarse al lector que me refiera en la necesidad de acudir a fines de carácter teórico general, puesto que en este trabajo se está tratando de aplicar una no inócuamente adecuada de hecho jurídico para tratar de tener una mejor entendimiento de un fenómeno dinámico perteneciente al campo del Derecho Civil. El primer punto al: la eficacia del negocio jurídico

de los usos sociales. La distinción que separa estos conceptos debe dilucidarse científicamente atendiendo a las notas permanentes que lo caracterizan (...). Lo relativo a la vigencia afecta a todas las reglas por igual, como se ha dicho, sin formar parte característica de ningún concepto”<sup>97</sup>.

Recuérdese que las normas no quedan sin efecto jurídico por el hecho de ser sistemáticamente desobedecidas en la realidad de los hechos. La efectividad en el plano fáctico (o vigencia, en palabras de Stammler), no influye sobre la juridicidad de las normas. La consagración de esta idea en la teoría general del Derecho marcó la superación del postulado básico de la escuela histórica del Derecho, según el cual el Derecho consuetudinario debía ser capaz de imponerse al Derecho legislado. Actualmente (tal como ya ocurría en los días del célebre profesor berlinés), no se puede poner en duda que una práctica reiterada entre los ciudadanos, o costumbre, es incapaz de privar de eficacia jurídica a una ley debidamente promulgada<sup>98</sup>. Será, qué duda cabe, una norma socialmente ineficaz, pero jurídicamente no lo es.

Quizá bajo la influencia de la escuela histórica, que tanto peso otorgaba en la configuración del Derecho a lo que efectivamente acontecía en la realidad social, explica que un sector de la doctrina alemana de mediados del siglo XIX entendiera que el hecho mismo (entendido como fenómeno natural), y no otra cosa, era el productor de los efectos jurídicos que le correspondían<sup>99</sup>. No tardó la doctrina en superar este punto de vista al advertir que resultaba inapropiado entender que la realidad jurídica pertenecía, sin más, a la experiencia sensible o realidad empírica. Es a partir de allí que, según indica un autorizado cultor de la teoría general del Derecho, a lo largo del siglo XX se fueron plasmando las tres principales teorías en torno al efecto jurídico.

Philipp Lotmar, y poco después Ernst Zitelmann, distinguidos civilistas alemanes de fines del siglo XIX e inicios del siglo pasado, fueron

---

97 STAMMLER, Rudolf. *La génesis del Derecho (compilación de conferencias)*. Traducido de Wenceslao Rosales Arana, Lima, 1953.

98 *Ibidem*, p. 2 (sin embargo no pudo dejar de mencionar que Stammler manejó una perspectiva muy particular sobre la relación entre el supuesto de hecho y los efectos. Emporismo es fácil notar, esto no altera en nada la pertinencia de la idea que ha tomado de este ilustre autor: lo que en plano de los hechos o en la, no altera el carácter fáctico de las normas jurídicas).

99 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Lezioni*, p. 13.



los primeros en denunciar que un evento que podemos apreciar con nuestros sentidos, en ningún caso es capaz de producir, por sí mismo, efectos jurídicos. Al igual que las leyes de la física, decían estos autores, las normas jurídicas tienen también la estructura de proposiciones hipotéticas o condicionales y, por ende, enlazan a un evento condicionante (la causa), un evento condicionado (el efecto). Pero la relación de causalidad en las normas no es igual, sino tan solo análoga a la que existe en las leyes físicas. Por tanto, no hay identidad entre ambas clases de preceptos<sup>100</sup>.

Siegmund Schlossmann condenó esta forma de ver las cosas y propuso una segunda teoría: el Derecho no pertenece al mundo de la materia, sino al mundo del espíritu, en consecuencia no es posible establecer analogía alguna entre las normas jurídicas y las leyes físicas. En la norma jurídica no es factible apreciar un nexo causal, sino un nexo psicológico de motivación, en el sentido de que el evento fáctico viene a constituir, en un plano psicológico o mental, el motivo del vínculo jurídico establecido por el legislador. Este enfoque del efecto jurídico tendría una enorme influencia en la doctrina europea hasta bien entrado el siglo XX<sup>101</sup>.

La tercera teoría rechaza la explicación causal y la psicológica de la relación entre el hecho y el efecto jurídico, afirmando que si bien es imposible reducir el efecto jurídico a un efecto físico, tampoco es posible atribuir al efecto jurídico una existencia solo psíquica y, por tanto, meramente subjetiva. Los autores defensores de esta teoría<sup>102</sup> parten de la consideración de que es necesario garantizar el carácter inmaterial del efecto jurídico, sin que ello implique negar su objetividad. Según esta corriente de opinión, tal objetivo se alcanza mediante un enfoque lógico de la norma jurídica. La causalidad jurídica, así, no es más que pura condicionalidad lógica, que sirve para definir, en el puro plano lógico, lo que constituye la razón o el fundamento (*grund*) de una determinada consecuencia (*folge*). Cabe destacar que la tesis lógica no deja de

100 FALZEA, Angelo. "Efficacia giuridica". En: FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè, Milán, 1985, p. 246.

101 Sigüero a Schlossmann, entre otros, Ernst Bierling, Theodor Kipp, Wilhelm Fuhrmann, en Italia, Domenico Rocco así lo informa FALZEA, Angelo. *Op. cit.*

102 Fritz Klingmüller, Julius Binder, Fritz Hippenberg, Karl Peter y, el más célebre, sin duda, Karl Larenz (así lo informa FALZEA, Angelo. *Op. cit.*

subrayar el carácter ideal del efecto; pero sería Hans Kelsen quien haría de tal carácter un elemento fundamental para la comprensión de la realidad jurídica. Como se sabe, el famoso jurista austriaco niega la existencia real del efecto, partiendo de la concepción de la norma como deber-ser, y contraponiendo el deber ser (*sollen*) al ser (*sein*) y a la realidad del mundo empírico<sup>103</sup>.

En tal contexto, se tiene que de los dos términos que conforman la relación de causalidad jurídica, el primer término, el hecho jurídico, no tiene nada de particular frente a los otros hechos observables en el mundo real y material; en cambio, el segundo término, el efecto jurídico, es algo peculiar del mundo del Derecho, algo que tiene una neta existencia jurídica y no es determinable materialmente, como lo puede ser el efecto de una causa física cualquiera. Si bien esta es solo una idea básica sobre la cual los cultores de la teoría general han discutido en la búsqueda de alcanzar un claro y determinado concepto de eficacia, tiene que aceptarse (y esto es lo que me interesa dejar sentado en este trabajo) que ya no puede ser seguida aquella postura doctrinal que establecía un vínculo íntimo entre el efecto jurídico y el efecto material, de manera que, por ejemplo, se consideraba como efecto jurídico, en lugar de la obligación, el cumplimiento o la ejecución forzada; en vez de la sujeción a la pena, la ejecución de la pena; en vez del derecho al goce, la fruición del bien<sup>104</sup>.

Así las cosas, la eficacia del negocio nulo no puede depender de aquello que las partes decidan hacer o no hacer, de tal manera que si se ejecuta el negocio nulo, este desplegaría sus efectos como si fuera un negocio válido y eficaz, hasta que un juez o árbitro lo declare nulo. Por el contrario, depende de lo que el ordenamiento jurídico disponga al respecto. Si la causal de nulidad está presente desde la celebración del negocio, esta circunstancia no puede dejar de tener un efecto en la realidad jurídica. La presencia de la causal no puede ser negada o considerada jurídicamente irrelevante por el hecho de que no exista declaración judicial o arbitral de nulidad. Si se dice que mientras no exista decisión judicial o arbitral, solo hay causal, pero no ineficacia, pues se

---

① FALZEA, Angelo *loc. cit.*, 2

② *Ibidem*, 2

está haciendo depender la eficacia jurídica de un hecho determinado (la presencia de la causal de nulidad), exclusivamente de la -eventual- verificación de otro evento (que las partes decidan iniciar un proceso). Creo que con este discurso se entrecruzan de forma indebida la realidad jurídica y la realidad material. Me recuerda al ejemplo de Angelo Falzea citado líneas arriba: el negocio que adolece de causa de nulidad es como el reo ya sentenciado, si este consigue escapar, pues no puede considerarse como sujeto condenado, porque la pena no es el efecto jurídico, si no la ejecución de esta por parte de las autoridades respectivas. De igual forma, podría decirse que si el negocio nulo “escapa” del proceso declarativo de nulidad, pues sigue produciendo sus efectos normalmente, como si fuera válido. Aunque sea efectivamente contrario al ordenamiento, el negocio produce sus efectos jurídicos hasta que un juez o árbitro dictamine lo contrario. Siendo ello así, la reacción del sistema jurídico frente a un negocio que contradice sus directrices, no depende del sistema en sí, sino de un eventual acontecimiento de la vida material: la expedición de una sentencia o laudo arbitral.

Sin embargo, por las razones expuestas líneas arriba, tengo la convicción de que la reacción del ordenamiento frente al negocio nulo (que no es otra cosa que la eficacia jurídica del tal negocio) es algo que compete a la realidad jurídica, no a la realidad material, por lo que tal reacción no puede depender de lo que pase o deje de pasar en el mundo de la experiencia sensible<sup>105</sup>. Asunto distinto, por supuesto, será que esa reacción o eficacia jurídica tenga un cotejo en la realidad social. Se trata de dos realidades distintas, lo ideal es que ambas coincidan pero, como sabemos, no necesariamente es así. La consecuencia jurídica, que se desata en el mundo de la realidad jurídica, puede o no tener repercusiones en el plano de los hechos<sup>106</sup>.

Por ello, mi opinión se adhiere a las premisas sentadas por León Barandiarán y que configuran a nuestra doctrina dominante. Esta

105 Entiende a la nulidad como una “reacción del ordenamiento”, que por eso mismo resulta impuesta por la ley y no por una sentencia judicial: MESSINEO, Francesco *Il contratto in genere*. Tomo II, Giuffrè, Milano 1990.

106 Es importante advertir que así también lo entiende la doctrina nacional que ha brindado una atención más detallada a la noción de efecto jurídico. Así, indica que el evento por el que perfectamente después de haberse consumado las consecuencias jurídicas sin que estas tengan alguna materialización en la vida real, toda vez que tal materialización es meramente contingente: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985.

resulta más acorde con la idea que entiende que la eficacia jurídica se desenvuelve al margen del mundo empírico.

En ese entendido, si lo establecido por las partes en el negocio resulta conforme para el ordenamiento, pues se tendrá un tratamiento positivo del negocio. Si tal conformidad no existe, pues se tendrá un tratamiento negativo. El tratamiento, sea positivo o negativo, se determina al momento de celebrarse el negocio, no luego de que las partes decidan ejecutar o no lo previsto en él. Y el tratamiento negativo más grave es, como se sabe, la nulidad<sup>107</sup>. Así también se pronuncia un reputado autor cuando sostiene que la anulabilidad implica un negocio que deviene ineficaz por decisión judicial, mientras que la nulidad se traduce en una falta de efectos del negocio por imperio de la ley (de pleno derecho), y esto en modo alguno se contradice con el hecho de que, en caso de controversia, se tenga que recurrir al juez para que declare la nulidad. Si se trata de un negocio anulable, es la decisión del juez la que priva al negocio de sus efectos. Si se trata del negocio nulo, el juez simplemente se limita a constatar la realidad jurídica (no fáctica) preexistente, o sea, la falta de efectos jurídicos (negociales)<sup>108</sup>.

¿Y el plazo de prescripción de la acción de nulidad? ¿Si el plazo vence, eso implica que el negocio se vuelve válido si es que el demandado excepciona? Debo reconocer que este punto en particular no es simple, pero considero que no resulta primordial para defender la tesis mayoritaria de la originaria ineficacia del negocio nulo. Así es, la prescripción es un aspecto que tiene un importante rasgo procesal, cosa que no ocurre con la eficacia del negocio nulo. Si alguien está interesado en conseguir la declaración de nulidad con miras a deshacer lo ejecutado en virtud de un negocio nulo, pero ha dejado transcurrir el plazo de prescripción y el demandado ha planteado la excepción correspondiente, pues sencillamente no podrá obtener la tutela procesal que le correspondería según el derecho sustantivo. Esto no significa que el negocio nulo produzca efectos jurídicos (negociales), puesto que, como ya se dijo, la eficacia jurídica puede no corresponder con lo que ocurre en el plano fáctico.

---

① CARRESI, Franco *Il contratto*. Tomo di I, Giuffrè, Milán, 1966, p. 6.

② BIANCA, Massimo *El contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza y Édgar Córdoba. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 106.

Para advertir que una vicisitud procesal no se vincula con la eficacia de un negocio nulo, piénsese, por ejemplo, en un negocio sin defecto alguno, pero celebrado utilizando la sola forma verbal. El negocio puede no alcanzar tutela procesal de ninguna clase por falta de la prueba respectiva, pero esto no significa que no haya generado efectos jurídicos. Sí ha producido sus efectos según el derecho sustantivo, pero la falta de pruebas le arrebató la tutela que brinda el proceso (o un arbitraje). En este caso, sin duda que los derechos (sustantivos) han surgido (hay eficacia jurídica), pero, lastimosamente, no se podrán hacer valer mediante un proceso<sup>109</sup>. Tal como ocurre con la prescripción, este asunto de la prueba no nos puede llevar a conclusiones sobre la eficacia de un negocio en el terreno sustantivo. Por tal razón, no me encuentro de acuerdo con la doctrina que se basa en la regulación de la prescripción para analizar la eficacia del negocio nulo<sup>110</sup>.

Consiguientemente, en sede de nulidad, la intervención del juez no es una necesidad jurídica para la determinación de la ineficacia (como sí lo es para la anulabilidad), sino tan solo una necesidad práctica, tal como lo advirtiera León Barandiarán: haya o no proceso, el negocio nulo no produce efectos (negociales). Que se presente o no una controversia, constituye un eventual problema de orden práctico. Acá es oportuno mencionar las afirmaciones de una acreditada doctrina española:

“La nulidad determina una absoluta inatendibilidad del contrato y por consiguiente no es necesario que ninguna acción sea ejercitada. Sin embargo, por razones de orden práctico, puede pretenderse un pronunciamiento de los tribunales en orden a la nulidad, a fin de que la cuestión quede definitivamente zanjada. La acción de nulidad es meramente declarativa. Igualmente lo es la sentencia que como consecuencia del ejercicio de tal acción recaiga. No crea el estado de ineficacia del contrato, sino que se limita a constatarlo”<sup>111</sup>.

9 DEVIS ECHANDÍA, Hernando *Teoría general de la prueba judicial*. Tom o I, Temis, Bogotá, 9 p 4 y5

110 ESPINOZA ESPINOZA, Juan O. *La prueba judicial*, p. 113

111 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil*, p. 113

## 2. Eficacia del negocio nulo y prohibición general de autotutela

Si se entiende que el negocio nulo no vincula a las partes desde el momento de su celebración, pues tal cosa no cambiará por el hecho de que las partes decidan ejecutarlo. Aquí cabe resaltar, como ha sido inteligentemente notado, que no puede considerarse como un efecto del negocio nulo la obligación de restituir lo que una parte haya recibido de la otra al ejecutarse el negocio nulo, porque es claro que tal obligación deriva –en rigor– del hecho de la ejecución, que precisamente por carecer de causa constituye un pago indebido y, por ende, puede ser materia de repetición. El negocio nulo no es más que el mero motivo de la realización del pago (indebido)<sup>112</sup>.

Si celebro con usted, amable lector o lectora, un negocio nulo, pues según la tesis mayoritaria no me encuentro obligado a ejecutar las prestaciones pactadas que se encuentran a mi cargo. Si usted insiste en que cumpla, yo puedo mantenerme en mis trece y negarme. Mi omisión no constituye ilícito. Naturalmente, por el principio general de prohibición de autotutela, usted no puede por sí mismo coaccionarme para que cumpla con el negocio. De la misma manera, en virtud de ese mismo principio, yo tampoco puedo usar la fuerza contra usted para que deje de insistir en el cumplimiento del negocio. Si usted está convencido de que el negocio no es nulo, pues demandará su cumplimiento, ante lo cual yo tendría que demostrar a la autoridad jurisdiccional la presencia de una causal de nulidad. Si yo me encuentro convencido de la nulidad, pues solicitaré que el juez haga la constatación respectiva: que el negocio nunca produjo efectos vinculantes. Dado que el negocio es nulo, el juez tendría que rechazar su demanda y amparar la mía, de modo que mi omisión no constituye ilícito. Si, por el contrario, el juez considerara que el negocio es válido, pues esta sería la constatación oficial de la realidad jurídica, con la cual podemos o no estar de acuerdo, y tendría que hacerme responsable por los daños generados por mi omisión inicial<sup>113</sup>.

---

112 CARRESI, Franco. *Lecciones de derecho*.

113 Sólo se aplica a la persona con especial "habilidad" como en el delito de robo agravado que incluye a un ino ente y lo conde nen. En el párrafo sustancial, que dada cab, la persona conde nada no ha cometido delito por otro razón, una cuestión posesal hace que su ino encia no tenga una relevancia en el plano de los hechos. Como se dijo a consecuencia jurídica de no materializarse en el párrafo de los hechos.

Repárese en la necesidad de una constatación “con valor oficial” de la presencia de la causal de nulidad en el negocio. No tiene utilidad la constatación de un investigador, de un profesor o la de un prestigioso estudio de abogados. Lo que, en verdad, “sirve” es la constatación o verificación oficial, o sea, la del juez. Por eso, los procesos que buscan la declaración de nulidad tienen un fundamento práctico, no jurídico.

En consecuencia, la prohibición general de autotutela no es un indicativo de que el negocio nulo requiera necesariamente un pronunciamiento judicial. Y es que cuando me niego a ejecutar el negocio porque me encuentro convencido de que es nulo, no estoy empleando autotutela. Esta se da cuando un conflicto es solucionado a través del uso de la fuerza por una de las partes implicadas<sup>114</sup>: ciertamente el no cumplir lo previsto en un negocio no significa emplear la violencia contra la otra parte a fin de solucionar un conflicto.

El respeto a la prohibición de autotutela no implica que el negocio nulo tenga que respetarse necesariamente hasta que un juez o árbitro dictamine su nulidad. Si el negocio no se cumple sin más, no hay autotutela. Esta surge no ante la sola negativa de cumplir con lo previsto en el negocio, sino cuando una parte, usando la fuerza, pretende hacer que la otra cumpla con el negocio o, por el contrario, que deje de insistir en su cumplimiento. Además, nótese que también podría sostenerse lo contrario: negocios nulos o válidos solo producen efecto desde que un juez o árbitro así lo dispone, toda vez que si una parte se niega a cumplir con el negocio, pues a la otra no lo quedará más remedio que acudir a la autoridad jurisdiccional para obtener el cumplimiento.

La prohibición de emplear la autotutela es un asunto procesal, que no influye en la eficacia del negocio nulo.

Ha sido la doctrina francesa, como ya vimos, la que ha invocado la prohibición de autotutela para sostener que siempre se requiere el pronunciamiento judicial en sede de nulidad. No obstante, como bien

---

114 ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo “Autotutela, autonomía y heterocompulsión”. En: *Agora*. N°s 9 y 10. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2014.

sugiere un eximio autor<sup>115</sup>, esta es una precisión que se hace a propósito de la restitución, no con un carácter general, de tal modo que si se ha ejecutado el negocio nulo, ninguna de las partes, por sí misma, puede usar la fuerza y lograr la restitución. Si una parte busca conseguir que se le restituya lo que ha entregado a la otra parte, necesariamente tendrá que recurrir al juez. No obstante, como ya se dijo más arriba, es esta una cuestión de orden práctico, no jurídico. Además, como se dijo también, la obligación de restitución no es un efecto del negocio nulo, sino del hecho mismo de la ejecución de lo previsto en dicho negocio.

La doctrina francesa clásica que ha tocado el tema, así lo entiende. Si la nulidad del negocio es manifiesta, o a toda luz evidente, pues en la práctica difícilmente una de las partes se atreverá a judicializar el asunto, de modo que no será necesario (en la praxis) un pronunciamiento judicial o arbitral que constate la nulidad. Pero si la nulidad no resulta manifiesta, muy probablemente una de las partes pondrá en discusión la nulidad y será inevitable acudir a la autoridad jurisdiccional, para que no quede ninguna duda al respecto<sup>116</sup>. Por eso, cuando la doctrina francesa critica al Código Civil alemán por consagrar la nulidad de pleno Derecho, lo hace para llamar la atención sobre el hecho de que esto no puede de ninguna manera significar que, en el plano de la práctica, no se requiere intervención del Juez, no para indicar que el negocio nulo produce plenamente sus efectos como válido mientras la autoridad jurisdiccional no diga otra cosa. Insisto, la intervención del juez en sede de nulidad se justifica en una necesidad de orden práctico, no jurídico:

“Las legislaciones modernas han intentado evitar el acudir a los tribunales, permitiendo a la parte que invoca la nulidad dirigir al otro contratante una ‘declaración de nulidad’. La experiencia ha demostrado que ese sistema no aporta ninguna simplificación real; porque el otro contratante no deja casi nunca de sostener que el contrato es válido; debe acudir entonces al tribunal para que se verifique

---

115 SACCO, Rdb fo En: SACCO, Rdb fo y DE NOVA, Gio gio *Il Contratto*. Tm o II, Unine Tigr afico Editrice To inese, Tn ín, 98

116 Así: PLANIOL, Marcel y RIPERT, Geo ge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Tm o VI, Parte I. Tradució de Mario Díaz Cru . Cl tural, La Hab na, 8 p 8 y 9 MAZEAUD, Henry MAZEAUD, Leñ; y, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte II. Vb . I. Tradució de Lú s Alcalá-Zamo a yC astillE dicine s Ju dicias En p -América, B u no Aires, 1 88



esa validez"<sup>117</sup>. Nótese, pues, el carácter netamente práctico de esta observación.

Creo que la tesis que sostiene la eficacia normal del negocio nulo nos ayuda a mejorar nuestra percepción de las directrices que dejó plasmadas León Barandiarán en su obra. Recuérdese que él decía, con certeza en nuestro concepto, que el negocio nulo no producía sus efectos (normales) desde un inicio y, sin perjuicio de esto, si surgía una controversia entre las partes sobre la presencia de la causal de nulidad, será necesario acudir al juez. León Barandiarán entendió que esta necesidad práctica, eventual en el plano de los hechos, no puede influir en la manera de entender la eficacia del negocio nulo, que se desenvuelve en otro plano, en el de la realidad jurídica. Por lo tanto, si una parte decide no cumplir con lo previsto en un negocio aduciendo la nulidad de este, pues estará obrando bajo su propio riesgo. Si el juez o árbitro constata que el negocio efectivamente resulta nulo, pues ninguna responsabilidad soportará. En cambio, si el juez o árbitro dictamina la validez y eficacia, la parte que aducía la nulidad tendrá que soportar las consecuencias nocivas de la negativa a cumplir.

Como hubiera pensado León Barandiarán, siempre es posible que surjan nuevas ideas en el seno de un tema polémico, por más que uno esté convencido de las ideas propias. En ese sentido, con lo escrito en este capítulo solo espero haber logrado el objetivo que me tracé al inicio, y así estar más cerca de seguir, de un modo auténtico, las enseñanzas dejadas por la obra y vida del maestro.

---

117 MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Henry y MAZEAUD, Jean. *U. l. c. it.*

**CAPÍTULO III**  
**¿CUÁNDO ES “MANIFIESTA”**  
**LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO?**  
(sobre la necesidad de una interpretación  
restrictiva del artículo 220  
del Código Civil)



## I. UN PROBLEMA QUE LA DOCTRINA PERUANA SE NIEGA A VER Y SU ESTADO EN LAS DECISIONES DE NUESTRA CORTE SUPREMA

Si usted, amable lector, cree que voy a abordar la problemática procesal que una y otra vez, desde hace buen tiempo, nuestros autores abordan cada vez que dedican líneas al artículo 220 del Código Civil peruano, se equivoca gruesamente. Mi objetivo en este capítulo es enfrentar un problema que ocasiona terribles dolores de cabeza en la praxis legal y que ha sido materia de recordación en el recientemente publicado IV Pleno Casatorio Civil. Un problema que, para pesar de todos, nuestra doctrina tiene muy desatendido: ¿cuándo se debe considerar que una causal de nulidad de negocio jurídico es “manifiesta” y cuándo no?

En efecto, es una auténtica paradoja que la doctrina peruana sobre el artículo 220 del Código Civil, dedique casi toda su atención solo a las implicancias procesales de esta norma y no a las sustantivas. Por mi parte, en las líneas que siguen espero establecer algunos lineamientos básicos a tener en cuenta para la solución de la interrogante antedicha. Y es que, hay que admitirlo, la solución dista mucho de ser simple.

Veamos a continuación algunos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema que nos ayudarán a conocer un poco mejor el criterio que ha manejado este órgano jurisdiccional al momento de responder la pregunta planteada.

En la Casación N° 2009-2002-Puno de fecha 06/07/2004, la Corte Suprema considera que el acto jurídico que no reviste la formalidad esencial para su celebración adolece de nulidad manifiesta. En efecto, la máxima instancia judicial, para resolver la litis, establece la nulidad de un contrato, sin que esta haya sido materia de un pedido de las partes:

**“Sétimo:** (...) el contrato notarial de anticresis, no se encuentra formalizado por escritura pública, de conformidad con lo que establece el artículo 1005 del CC de 1936, corroborado con el artículo 1092 del CC actual, resultando por tanto nulo por carecer del requisito

de forma a que se refiere el inciso tercero del artículo 1123 del CC de 1936, referido a que el acto jurídico es nulo cuando no reviste la forma prescrita en la ley (...).

**Noveno:** (...) siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del CC, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció (...)."

De igual forma, la Casación N° 1519-2008-Ica de fecha 09/09/2008, sugiere que un defecto de formalidad *ad solemnitatem* es un caso de nulidad manifiesta, lo que permite la aplicación del artículo 220 del Código Civil:

**"Cuarto.-** (...) la sentencia, recurrida ha inaplicado los artículos 1625, 220 y 219 inciso 6 del Código Civil, pues el documento de donación no ha sido otorgado mediante escritura pública, y al no haber sido realizada bajo la forma prescrita por la Ley resulta nula de pleno derecho, ello en aplicación del inciso 6 artículo 219 del Código Civil (...)."

La Corte Suprema también ha reconocido que si una de las partes se valió de la celebración del acto jurídico para delinquir y obra en autos la sentencia penal condenatoria respectiva, tal acto adolece de nulidad manifiesta. Este criterio se ha visto plasmado en la Casación N° 609-2009-Lima de fecha 12/10/2010:

**"Tercero.-** Respecto a los agravios en los términos denunciados por ambas partes procesales, se advierte de autos que la sala de mérito sostiene en los fundamentos noveno, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero lo siguiente: **está probado que quien suscribe el contrato que da origen a la obligación puesta a cobro en representación del comitente ha sido condenado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente, con autoridad de cosa juzgada** y si bien al representante legal de la empresa demandante no se le ha condenado, por tanto su responsabilidad penal personal no puede ser invocada en este fallo, sin embargo, sí resulta siendo imprescindible la misma para entender el origen ilícito de la obligación, que da lugar a la nulidad manifiesta de la obligación puesta a cobro, **dicha nulidad manifiesta,**

como se aprecia de la jurisprudencia casatoria citada, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, puede ser declarada de oficio por el juez, sin necesidad inclusive que la nulidad del contrato de prestación de servicios sea objeto del debate en el proceso judicial o independientemente de que las partes hayan invocado tal circunstancia; y respecto a la reconvencción formulada por la demandada concluye: **cuando se interpuso la demanda los citados procesos penales no habían sido aún resueltos y al evidenciarse un interés jurídicamente justificado de la demandante no puede dar lugar a una prestación indemnizatoria**; al respecto el órgano de segundo grado ha apreciado de las copias certificadas del proceso penal obrantes a folios quinientos diecisiete, específicamente en la sentencia penal de folios setecientos cinco, que en la celebración del contrato de servicios celebrado con fecha veintisiete de enero del año milnovecientos noventa y dos –según refiere la recurrida– se produjo un gran desbalance entre las sumas cobradas por los contratistas y el valor de las obras ejecutadas, habiendo existido concertación entre los contratantes; de lo expuesto se colige que la obligación demandada, al provenir de un acto jurídico con finalidad ilícita, no puede ser exigido vía acción judicial; en tal sentido no se puede pretender que la parte demandada honre la obligación puesta a cobro, si se tiene en consideración conforme a los actuados penales (fundamento quinto de la sentencia de fecha ocho de febrero del año dos mil uno) que el contrato de servicios del cual deriva la obligación reclamada fue sobrevalorado en el costo de los servicios contratados, de tal forma que el mismo contraviene normas legales imperativas”.

Por su parte, la Casación N° 323-2010-Lima de 09/12/2010, señala que el acto jurídico donde una persona dispone de bienes que ya no le pertenecen por haber sido transferidos mediante un acto anterior, adolece de nulidad manifiesta si es que en autos obra los documentos que contienen dichos actos:

**“Cuarto.-** Que, la nulidad manifiesta regulada en el artículo 220 del Código Civil, es aquella que surge o se evidencia del mismo documento en el cual se encuentra plasmado un acto jurídico, el mismo que dentro de un proceso, hace que el Juez pueda o no declarar su nulidad sin que sea necesario que tal extremo sea materia de

pretensión en la demanda o de la reconvencción, si fuere el caso. En tal sentido la característica fundamental es que la nulidad sea de tal evidencia que no se requiere actuar otro medio probatorio o que con los medios probatorios que se han actuado en el proceso se llega a tal convicción, porque de lo contrario no estaríamos dentro de lo que se entiende como nulidad manifiesta.

(...)

**Sexto.-** Que, de la revisión de los autos se tiene que el juez de primera instancia, luego del análisis de la prueba actuada en el proceso, concluye que efectivamente la codemandada Virginia Emilia Acevedo Ramírez Viuda de Carrillo no cumplió con su obligación de entregar el bien materia de venta a la hoy demandante, estableciendo que los actos jurídicos suscritos por la referida transferente a favor de su hijo, Felipe Walter Carrillo Acevedo (también demandado en este proceso) contenidos en la minuta de compraventa de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (corriente a fojas veintitrés), así como la escritura pública de anticipo de legítima del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro elevada a escritura pública (corriente a fojas veintiuno) resultan parcialmente nulos por estar incurso en la causal prevista en el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, al contener un objeto jurídicamente imposible, toda vez, que mediante los mismos la vendedora transfirió a la hoy demandante, en compraventa y en donación la totalidad del inmueble ubicado en el jirón La Mar cuatrocientos cincuenta y uno, San Miguel, cuando con anterioridad, esto es, dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y tres, ya había transferido el área que hoy se reclama de ochenta metros cuadrados”.

En mi opinión, una decisión de especial interés se encuentra en la Casación N° 135-2010-Arequipa de fecha 20/01/2011:

Se trata de un caso (al que se le aplica la derogada ley societaria, pero en aspectos que la ley vigente no ha modificado) que puede resumirse del siguiente modo: veintitrés personas intentan constituir una sociedad comercial de responsabilidad limitada, pero dado el límite de veinte integrantes que impone la ley societaria, la inscripción respectiva es rechazada. Ante ello se vuelve a realizar un acto constitutivo y se inician las gestiones para lograr la inscripción con veinte integrantes,

pero la exclusión de los tres restantes fue hecha en forma inconsulta, lo que naturalmente generó que estos protestaran. Frente a ello, antes de la inscripción de la sociedad, todos los socios firman una minuta en virtud de la cual se obligan a dar a los tres excluidos un "trato idéntico" al que habrían de recibir los veinte socios efectivos, con todos los derechos y obligaciones que le son propios, repartiéndose en partes iguales las utilidades. Incluso se comprometieron a regularizar la situación de los excluidos, es decir, se debería transformar esta sociedad en una sociedad anónima. Pero tal minuta no fue ratificada dentro de los tres meses siguientes a la inscripción de la sociedad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la derogada ley societaria. Años después, las tres personas excluidas dejaron de percibir las utilidades, por lo que una de ellas demanda el pago de estas a la sociedad comercial.

La primera instancia desestimó la demanda, sosteniendo básicamente que el actor no podía exigir el pago de utilidades dado que no había acreditado su condición de socio, máxime que en la escritura pública de constitución de la sociedad comercial y de su información consignada en los registros públicos se aprecia que esta cuenta con el número máximo de socios permitido por la ley, no figurando entre estos el demandante en ningún momento. Así también, la minuta mencionada no acreditaba dicha condición porque esta no había sido ratificada ni tampoco inscrita en el registro respectivo. No obstante, "se deja a salvo el derecho de la parte demandante para que lo haga valer en la vía y forma correspondiente ya que si bien es cierto que la demanda incoada no resulta amparable, también lo es que el documento de fojas cinco (la minuta), representa una obligación que el actor deberá hacerla efectiva en la vía correspondiente".

La segunda instancia, por su parte, haciendo un llamativo análisis del rol de la buena fe en los actos de una sociedad en formación<sup>118</sup>, revoca la decisión de primera instancia y declara fundada la demanda. Tal decisión también toma en cuenta que no existe prohibición legal para que una sociedad comercial se obligue a destinar parte de sus utilidades a personas distintas de los socios formales, máxime cuando tal

---

118 Al respecto p rmitaseme remitir a NINAMANCCO CÓRDOVA, Fo t. "La cnx lidación de lo acto de la so iedad en fo mació". E n: *Actualidad Jurídica*. N ° 86. aceta Ju ídica, L ima, m ayde 00s s.



obligación es asumida por todos los integrantes de la sociedad, como ocurre en el presente caso. Contra esta consideración, continúa la Sala Superior, no cabe sostener que la obligación contenida en la minuta no es exigible porque no hubo ratificación posterior. En efecto, no es necesaria la ratificación de la minuta porque esta fue suscrita por todos los integrantes. Y es que si se persistiese en la necesidad de ratificación en este caso, se permitiría que, de mala fe, todos los integrantes de la sociedad desconozcan una obligación previamente asumida.

Finalmente, la Sala Suprema casó la sentencia de vista, declarando improcedente la demanda y la nulidad de oficio del acto jurídico contenido en la minuta. Según los jueces supremos, el negocio contenido en la minuta contrasta con los artículos 1 y 295 de la antigua ley societaria. El primer artículo indica que las utilidades netas de la sociedad, si las hay, se distribuyen entre todos los socios, mientras que el segundo establece que los socios tienen derecho a la percepción de utilidades en proporción a sus respectivas participaciones sociales, salvo disposición diversa de la sociedad. En consecuencia, el derecho a percibir utilidades solamente corresponde a los socios y no a quienes carecen de esta calidad, lo cual es desconocido por el negocio contenido en la minuta, razón por la cual este resulta ilícito. En este sentido, se asevera también que los gerentes primigenios que firmaron la minuta nunca tuvieron poderes para efectuar actos de disposición de la sociedad, y esta situación no cambia por el hecho de que en la minuta hayan intervenido todos los socios.

Sería ingenuo pretender desprender de estas decisiones una respuesta clara a la interrogante planteada. La Corte Suprema parece entender que el carácter manifiesto de la nulidad no es propio de una causal, sino que puede estar presente en cualquier causal de nulidad. No se aprecia tampoco un esmero de la máxima sede judicial en justificar el carácter manifiesto de la nulidad. Parece ser que la Corte considera que la nulidad manifiesta es tan evidente, tan obvia, que no es necesario analizar con detenimiento su presencia. Quizá por esto señala en una de las resoluciones citadas que hay nulidad manifiesta cuando no se requiere mayor probanza que el mismo documento en el que consta el acto. Del propio documento tendría que advertirse la causal de nulidad.

Finalmente, cabe mencionar lo dicho por la máxima autoridad judicial en el IV Pleno Casatorio Civil publicado el año pasado y que

se encuentra contenido en la Casación N° 2195-2011-Ucayali, donde se establece la siguiente doctrina jurisprudencial vinculante aplicable a los procesos de desalojo:

“5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre nulidad manifiesta del negocio jurídico– y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”.

¿Qué directrices se deben tener en cuenta para establecer si el título posesorio adolece de nulidad manifiesta? Es de lamentar que la sentencia vinculante no responda esta pregunta.

A decir verdad, las ideas que toma en cuenta la Corte Suprema para catalogar como viciados de “nulidad manifiesta” ciertos actos jurídicos, son bastante gaseosas e imprecisas. Es más, como podrá advertir un atento lector, cuando la judicatura máxima dice que la nulidad resulta del propio documento que contiene al acto, pues la gran mayoría de nulidades serían manifiestas. La imposibilidad jurídica y la ilicitud, por ejemplo, son causales cuya presencia se desprende tomando en consideración solo el documento que contiene al negocio jurídico. Además, este criterio ni siquiera es tan certero, sino veamos el siguiente caso: un amigo juez me comentó que durante la década pasada, en Huancayo, tomó noticia de un caso donde se peticionaba el cumplimiento de un contrato, pero la parte demandada alegó que la obligación no era “exigible” ya que el contrato era nulo en virtud a que una de las partes ya había fallecido al momento en que supuestamente se celebró, la prueba era el certificado de defunción respectivo. Para mi amigo este es un caso de nulidad manifiesta, pero si usted considera lo mismo, notará que la nulidad no resulta del propio documento que contiene al acto.

Ya había advertido que el asunto que nos ocupa está lejos de ser sencillo. Voy a tratar de aproximarme al significado de la nulidad manifiesta del negocio jurídico. Sin embargo, lo haré de un modo que, por lo menos, aspira a ser distinto del acostumbrado: intentaré delimitar, con la mayor precisión posible, el sentido del adjetivo “manifiesta”.

## II. LA IRRELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Advertí que el problema planteado no tiene que ver con las cuestiones procesales que nuestra doctrina suele estudiar cada vez que se topa con el citado artículo 220. Voy a explicar con un poco más de detalle esta afirmación.

El artículo que acabo de mencionar indica que es factible que el juez declare la nulidad de oficio solo cuando esta es “manifiesta”, lo cual –obviamente– implica que no es posible que el juez se pronuncie de oficio sobre la nulidad cuando esta no resulte “manifiesta”. El solo texto de la norma ya nos proporciona un dato relevante: no siempre es posible que el juez declare de oficio la nulidad de un negocio. La interrogante que inmediatamente surge no puede ser otra: ¿cuándo un negocio adolece de nulidad “manifiesta”?

Ahora bien, es importante tener presente que la respuesta no puede obtenerse adecuadamente invocando el principio de congruencia procesal o el de iniciativa de parte. Recuérdesse que tales principios, como se sabe, indican que el juez debe fallar en función de lo petitionado por las partes en el proceso, sin ir más allá de ello. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil se refiere claramente al principio de congruencia, cuando establece que el juez “no puede ir más allá del petitorio (...)”. En consecuencia, el juez, al emitir su sentencia, no puede sobrepasar lo pedido por las partes. Tiene que existir congruencia entre lo pretendido y lo que declara el juez en su fallo. Si se pronuncia más allá de lo pedido estamos ante una sentencia *ultra petita*, si se pronuncia agregando una pretensión no reclamada nos hallamos ante una sentencia *extra petita*, y si omite pronunciarse sobre una pretensión no reclamada, tenemos una sentencia *citra petita*<sup>119</sup>.

Ahora bien, si un juez decide declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, deberá tener en cuenta el principio de congruencia. Pero, bien vistas las cosas, tal principio simplemente indica **cómo**

119 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Comunitas, Lima, 1998, p. 9 y 9.  
LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1996.

declarar de oficio la nulidad, pero ciertamente nada dice sobre **cuándo** declararla. El principio de congruencia básicamente hace referencia a la estructura que debe tener un fallo, por lo que es fácil entender que poco o nada nos ayudará este principio a responder la pregunta planteada líneas arriba, que claramente versa sobre un aspecto de derecho sustantivo, no de Derecho procesal. No estamos tratando de establecer **cómo** declarar la nulidad de oficio de un negocio, sino **cuándo** es posible hacerlo. Se busca determinar **cuándo** la nulidad en un negocio es “manifiesta”, no qué cosa debe tener en cuenta el juez al momento de diseñar la resolución donde declarará tal nulidad.

Hace más de una década, dos connotados autores generaron un debate referido precisamente al rol que cumple el principio de congruencia en la declaración de nulidad de oficio de un negocio. Este debate, conforme a lo expuesto hasta el momento, ciertamente resulta más fructífero para quien trate de averiguar **cómo** el juez debe diseñar la decisión en la que procederá a declarar la nulidad de oficio de un negocio. Pero no reporta mucha utilidad para quienes, como el suscrito, traten de establecer qué cosa debe entenderse por nulidad “manifiesta”, simplemente porque esta última cuestión no ocupa un lugar primordial en las interesantes reflexiones de ambos autores. Veamos.

Por un lado, tenemos a Juan Lohmann, quien nos enseña que la facultad para declarar de oficio la nulidad de un negocio constituye una genuina excepción al principio de congruencia “que se justifica por la razón de la nulidad (absoluta). Y por ser una excepción también debe tener un tratamiento rigurosamente excepcional, con severos requisitos y exigencias (...)”<sup>120</sup>. Partiendo de la consideración de que la nulidad es un mecanismo protector de orden público, este autor añade que a “la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo”<sup>121</sup>. Líneas después, el autor

---

120 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”. En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudios antes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N° 2. Lima, 1986.

121 *Ibidem*, 18.

recapitula sus ideas afirmando que “el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles”<sup>122</sup>.

Al tratarse de una figura excepcional, la nulidad de oficio del negocio debe entenderse como un mecanismo rígido, restrictivo y estrecho. Por esta razón, dicho mecanismo tiene un tratamiento que Lohmann expresa del siguiente modo: i) que el juez que declara la nulidad hubiera tenido competencia si la nulidad hubiera sido demandada; ii) que el acto declarado nulo esté directa e inseparablemente relacionado con la controversia y cuyo examen de validez y efectos sea necesario para los fines de la decisión de la litis; iii) que el juez que declare la nulidad tiene que ser necesariamente de primera instancia, ya que su decisión debe ser susceptible de revisión para no afectar el principio de doble instancia; iv) que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada, el juez tendrá que notificar a las partes del proceso y litisconsortes para así evitar emitir una decisión con base en consideraciones que no han sido discutidas; y v) que la nulidad tiene que ser manifiesta<sup>123</sup>.

De otro lado, Eugenia Ariano nos enseña que la nulidad de oficio no es ninguna excepción al principio de congruencia. Así, discrepando abiertamente con Lohmann, dice no creer que “el **declarar** que aparece en la norma deba interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un ‘extremo’ que no fue objeto de demanda o de reconvencción. Si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo *extra*)”<sup>124</sup>.

Para sustentar esta idea, la autora recurre al artículo IV de nuestro Código Procesal Civil, sobre la base del cual afirma que un juez jamás podrá por sí mismo abrir un proceso y, por ende, tampoco podrá ser juez y parte al mismo tiempo. “(...) parecería obvio que, si el juez no

2 lb dem,16

3 lb dem,18

4 ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima, 1991.

puede (de oficio) iniciar un proceso tendiente a la declaración de nulidad, no sería lógico que lo pueda hacer después, una vez que el mecanismo procesal es activado (por otros). Y ello, porque una demanda no solo es el acto de iniciación de un proceso, es el acto que fija la *res in iudicium deducta* y el *thema decidendum*, marcando los límites objetivos y subjetivos sobre los cuales el juez puede (y debe) pronunciarse en su fallo: *Sententia debetesse conformis libello* enseñaba Baldo, una máxima que como señalaba Chiovenda no es sino consecuencia lógica del principio más general *ne procedetiudex ex officio*<sup>125</sup>. De allí que Ariano afirme que lo preceptuado en el artículo VII (principio de congruencia) es corolario obligado de lo preceptuado en el artículo IV (principio de la demanda), el cual no encuentra nunca ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta<sup>126</sup>.

En tal sentido, la autora nos dice que el *thema decidendum* nunca varía, siempre será el *petitum*, sin que importe la actitud que tome el demandado frente a la demanda: “el juez estimará la demanda cuando considere existente los hechos constitutivos del derecho del actor o cuando no considere existente el hecho impeditivo, modificativo o extintivo del hecho constitutivo del derecho del actor; desestimaré la demanda cuando no considere existente el derecho del actor o considere existente el hecho impeditivo, modificativo o extintivo del hecho constitutivo del actor”<sup>127</sup>.

Sin embargo, Ariano resalta que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aún cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser tenidos en cuenta de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), *eccezioni rilevabili d’ufficio* o *eccezioni in senso lato*, por contraposición a las *eccezioni in senso stretto* o excepciones a secas. Uno de ellos es justamente la nulidad”<sup>128</sup>.

---

1 Ib dem, p. 13  
2 Ib dem, p. 13  
3 Ib dem, p. 13  
4 Lo .c it.

Entonces, se tiene que Ariano dice que la nulidad de oficio no es más que una excepción que se puede hacer valer de oficio, cuya esencia consiste en permitirle al juez “comportarse como si el demandado hubiera alegado la nulidad del negocio, porque él, aun cuando el demandado no lo haya siquiera alegado (e incluso estando en rebeldía), no podría estimar una demanda que se funda (o sea, tiene su *causa petendi*) en un hecho como es la existencia de un determinado contrato manifiestamente nulo, sin que se precise que en el fallo lo declare, porque aquí está en juego el propio hecho constitutivo del derecho del actor: si este falta la demanda es infundada”<sup>129</sup>. En otras palabras, el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil autoriza al juez tener en cuenta, de oficio, la nulidad de un negocio jurídico a efectos de desestimar la demanda, sin que en el fallo mismo haya un pronunciamiento de tal nulidad, evitándose de esta manera traicionar al principio de congruencia<sup>130</sup>.

Como se podrá advertir, el principal debate que en nuestro medio se ha dado en torno a la nulidad manifiesta no se refiere a la cuestión que he planteado al inicio de estas líneas. Ambos autores no tienen como centro de su atención la dilucidación del adjetivo “manifiesta” que se emplea en la segunda parte del artículo 220 citado, aunque, como veremos dentro de poco, Lohmann le dedica a este asunto varias líneas interesantes. En años recientes, la doctrina ha vuelto a volcar su atención sobre tal debate, siempre en consideración a los aspectos procesales, no sobre el aspecto sustantivo que he propuesto<sup>131</sup>.

Por lo tanto, puede concluirse que el principio de congruencia, aunque siempre invocado en la temática de la nulidad manifiesta, en rigor no nos dice en qué consiste esta. Si bien es cierto que la nulidad manifiesta y su declaración de oficio tienen un relieve procesal importante donde el principio de congruencia juega un rol fundamental, también

<sup>129</sup> ARIANO DEHO, Ege nia. O l u it, p 13

<sup>130</sup> Ib dem, p 13

<sup>131</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R n a. “La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el juez”. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/\\$FILE/La\\_nulidad\\_del\\_acto\\_juridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf)> (consultado el 22/03/2014); ABANTO TORRES, Jaime. “La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1982”. En: *Actualidad Jurídica*. Tom o 2 Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2003, p 233 y MORALES HERVÍAS, Rón li o “La inconsistente ‘declaración’ de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1982”. En: *Actualidad Jurídica*. Tom o 2 Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2003, p 233.

lo es que hay otro relieve de carácter sustantivo que ha sido descuidado por nuestra doctrina y que, obviamente, no puede ser dilucidado con el principio de congruencia, sino con otro principio. Insisto, no basta con saber **cómo** se debe declarar de oficio la nulidad, sino que es también esencial saber **cuándo** la nulidad es manifiesta para así poder declararla de oficio.

### III. UNA APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS MÁS INFLUYENTES

Antes de examinar lo que nuestra doctrina ha indicado respecto del carácter manifiesto de la nulidad de un negocio jurídico es importante destacar que en otros ordenamientos no se hace referencia al carácter manifiesto como presupuesto para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad de un negocio. En principio, basta con que el juez advierta una nulidad, sin que sea necesario que sea “manifiesta”, para que se encuentre habilitado para declararla de oficio.

Así, tenemos una clásica doctrina francesa sobre el tema, la cual enseña que el juez “cuando el acto nulo haya sido invocado principal o incidentalmente por vía de acción o de excepción, tendrá pleno derecho de descubrir la ilicitud y aplicar la nulidad. La única restricción que deberá observar será la de mantenerse en el campo estricto de la ilicitud aparente: no podrá, por consiguiente, llevar el análisis más allá del contenido del acto jurídico, no tendrá derecho a aventurarse en la investigación de circunstancias exteriores del acto, ni a inquirir en el dominio de la intención de las partes. Para él, el único hecho que tiene valor es el acto jurídico y los documentos que le acompañan. Si de su apariencia resulta el carácter de ilicitud, podrá colocarse al amparo del orden público para hacer valer la nulidad”<sup>132</sup>.

No se vaya creer que de las líneas que se acaban de transcribir se puede concluir que el autor alude a una nulidad evidente o manifiesta, de modo que en otros casos no sería factible para el juez francés declarar de oficio la nulidad. Insisto, a diferencia de nuestro Código Civil, en el

---

<sup>1</sup> LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*. Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Por el Mérito Distrital Federal, 1998.



sistema francés no se aprecia una norma que indique que solo un tipo especial de nulidad puede ser declarada de oficio. Lo que debe entenderse de las palabras de esta doctrina es que el juez puede declarar de oficio la nulidad siempre que esta resulte de los actuados del proceso que tiene a la vista, sin intentar ir más allá en ningún caso. Piénsese en un caso en el cual la nulidad no sea evidente o patente, sino que su identificación requiere un cuidadoso análisis del **acto jurídico y de los documentos que le acompañan**, ¿se puede decir que en este caso, según la doctrina acabada de citar, el juez se encuentra impedido de declarar la nulidad? La respuesta es, qué duda cabe, negativa. Evidente o no evidente, la nulidad puede ser declarada de oficio, siendo solamente necesario que la nulidad se advierta (fácilmente o no) de los actuados que el juez tiene a la vista, sin pretender ir más allá de estos.

En este sentido, otra clásica y famosa doctrina afirma que “los tribunales pueden y deben aplicar de oficio, debiendo pedirlo así el Ministerio Público, a los hechos sujetos a su apreciación por las partes en litigio, las disposiciones de orden público (...). En cuanto a la apreciación de la nulidad, los jueces están más o menos estrictamente sujetos por la ley. En todo caso, desde el punto en que es indiscutible que la disposición legal viene sancionada por la nulidad, deberán pronunciarla si comprueban la inobservancia de la ley (...). Pero existen casos en que la ley precisa netamente el carácter de los hechos que implican la nulidad, así cuando esta declara nulo el acto celebrado por un incapaz cuya incapacidad resulta de la edad, precisada por él o por la sentencia de interdicción. En este caso los tribunales no pueden negarse a decretar la nulidad”<sup>133</sup>.

Se aprecia sin mayor dificultad que, para los célebres profesores parisinos, la nulidad siempre se puede declarar de oficio, sin que sea imprescindible que el vicio que ocasione la nulidad sea de simple o fácil detección. Es obvio que si el vicio es fácil de identificar, con mayor razón se debe declarar la nulidad, por ello los autores precisan el caso de los actos celebrados por menores de edad. Pero nótese que siempre el límite es el análisis de los actuados. Bajo este orden de ideas, un autor

---

<sup>3</sup> PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges y ESMEIN, Paul. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Traducción de MariD íaz Cruz. Tom o VI, Primera Parte, Capítulo al, La Habana, 1902

francés más actual ha dicho simplemente que la nulidad absoluta, “es, pues, de orden público, que responde a intereses generales encarnados en el Estado como misión propia, de suerte que los jueces pueden declararla de oficio para negarse a ordenar el cumplimiento de un contrato cuyo cumplimiento se invoca”<sup>134</sup>.

En Alemania el asunto no es muy distinto. Un autor clásico en el Derecho de este país tiene escrito lo siguiente: “si por mencionarlo una de las partes en la audiencia ha llegado a conocimiento del juez que falta un hecho constitutivo o que existe un hecho impediendo, el juez debe tomar en consideración la nulidad que resulte sin que sea necesario que una de las partes la invoque. La nulidad es un fenómeno que se produce ipso jure por el hecho mismo de la existencia del vicio. Si el demandado alega la nulidad del negocio, con ello afirma un hecho (objeción en el sentido del código), y no ejercita un contraderecho (como lo es la impugnación) y menos aún una excepción (negativa a cumplir una prestación debida). Por eso, el juez debe tomar en consideración la nulidad aun en el caso de que resulte de un hecho invocado por el demandante (lo cual puede suceder en un negocio ilícito o contrario a las buenas costumbres), o que el demandado deje sin efecto la objeción de nulidad”<sup>135</sup>.

De esta cita textual se entiende que el juez alemán puede declarar la nulidad de oficio de un negocio pese a que tal nulidad no haya sido alegada en el proceso. La nulidad incluso puede ser tomada en cuenta por el juez a partir de las actuaciones del propio demandante. Y es que no importa qué tome en cuenta el juez para hacer valer de oficio la nulidad de un negocio, lo importante es que aquello que tome en cuenta resulte de los actuados del proceso. El famoso jurista agrega que “de igual modo que en el proceso, en la jurisdicción voluntaria la nulidad debe tomarse en consideración en cuanto se desprenda de los hechos llevados al examen del funcionario. El funcionario debe negar su colaboración en negocios manifiestamente nulos; abstenerse de hacer inscripciones en

---

4 CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Traducción de Manuel Zorrilla Ruiz. Tomo II, Vb. II, Borch Barcelona, 1933.

5 VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Traducción de Tito Rañel. Vb. II. I Depalma, Buenos Aires, 1933.

los registros públicos, rehusar el certificado de herencia cuando existen dudas respecto de la validez del testamento”<sup>136</sup>.

En consecuencia, puede afirmarse que el juez puede hacer valer de oficio la nulidad de un negocio, en tanto y en cuanto ello no implique ir más allá de los hechos que tiene a la vista en el proceso. Es muy importante resaltar que tampoco interesa, según esta doctrina, si la nulidad puede ser o no identificada con facilidad. De este modo, el juez debe tomar en cuenta la nulidad de oficio, pese a que esta no resulte manifiesta, sino que pueda ser detectada luego de un cuidadoso estudio de los actuados. Así es, nótese que el autor ahora citado hace referencia explícita a la nulidad manifiesta, pero no como una categoría relevante para el juez, sino para el funcionario en lo que se denomina jurisdicción voluntaria. Es más, basta con que existan dudas sobre la validez del negocio para que el funcionario puede negarse a prestar la colaboración pertinente.

El único presupuesto para que el juez pueda hacer valer la nulidad de oficio es que el vicio resulte de los actuados. Nada más: “esta (la nulidad) se habrá de tomar en cuenta por el tribunal en el litigio, con tal que resulte de los hechos presentados en el proceso, aunque una de las partes no la alegue”<sup>137</sup>.

Ahora bien, resulta sumamente interesante destacar que el juez alemán puede hacer valer de oficio la nulidad de cualquier acto, pero existe una notable excepción: el matrimonio. De este modo, aunque el juez alemán advierta serios vicios en el matrimonio, este se encuentra siempre impedido de hacer valer de oficio la nulidad. Entonces, aunque el matrimonio se encuentre afectado por un vicio de nulidad palmario, no sería factible que el juez haga valer de oficio la nulidad, siendo únicamente posible que el juez lo haga a instancia de parte. Así nos lo enseña una autorizada doctrina actual: “el juez tiene que tener en cuenta la nulidad si de la exposición de las partes resulta la existencia de una causa de nulidad, aunque el demandado no invoque la nulidad, es decir, no la haga valer. Si el demandado no está representado en el proceso, no

<sup>136</sup> Ib dem, p. 1

<sup>137</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picazo. Revisión de Derecho por el Dr. Adrián Rodríguez.

se estimará la acción del demandante cuando de su exposición resulte que el negocio jurídico en el que apoya su demanda es nulo. Por particular disposición legal (se refiere claramente al parágrafo 1313 del BGB), la nulidad de un matrimonio solo puede reclamarse por demanda de nulidad”<sup>138</sup>.

La doctrina de España, por su parte, no hace referencia a otro límite que tenga el juez para hacer valer de oficio la nulidad de un acto o negocio jurídico. Un brillante jurista de este país ha dicho lo siguiente: “(...) los Tribunales pueden apreciar **de oficio** la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes (...) porque sería inadmisibile que el juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, el cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral (...)”<sup>139</sup>. En tal sentido, un conocido autor, al referirse al asunto que nos ocupa, se limita a señalar que la “declaración de nulidad puede y debe incluso efectuarse de oficio, cuando el juez conoce de los hechos que la provocan”<sup>140</sup>. Más recientemente, otro autor connotado solo ha indicado que “el juez puede declarar de oficio la nulidad (...). La nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, aunque nadie la haya instado”<sup>141</sup>.

Finalmente, en Italia –cuya referencia es de especial relevancia dada su intensa influencia en nuestra legislación– la situación sigue siendo la misma. En un clásico libro se consigna al respecto: “puesto que el negocio afecto de nulidad *non valet*, el juez puede apreciar de oficio la nulidad; puede, no debe, y en tanto puede en cuanto tiene modo de deducirla de los actos, ya que debe juzgar *iuxta alligata et probata*”<sup>142</sup>. Un prestigioso autor señalaba, hace unas décadas, que la jurisprudencia italiana entendía que el artículo 1421 de su Código Civil implicaba que “la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, lo que se explica

8 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José Miguel González y Esther Gómez Calle. Fundación Cívica del Notariado Madrid, 1995.

9 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1995.

10 ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch Barcelona, 1993.

11 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Vol. I, Temático-Civitas, Madrid, 1993.

12 CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo Aguilar, Madrid, 1993.

porque la nulidad es la sanción típica a que recurre el legislador para garantizar el respeto de la norma imperativa, en atención a un interés general”<sup>143</sup>.

Pero, como nos informa una doctrina más reciente de este país, un sector de la jurisprudencia posterior ha tratado de establecer algunos límites al juez, de modo que la nulidad del negocio solo puede ser declarada de oficio en los casos que versen sobre la ejecución de este, no sobre su resolución. No obstante, esta limitación ha sido criticada, ya que en ambos casos (pretensión de ejecución y resolución) el juez tiene ante sí un negocio cuya nulidad debe declarar si la advierte, tal como manda el citado artículo 1421. Otro sector de la jurisprudencia italiana ha propuesto otro límite, indicando que no es factible declarar nulo un negocio con base en una causal distinta a la invocada en la demanda de nulidad, a fin de respetar el principio de congruencia. No obstante, la idea que prima en doctrina y jurisprudencia es aquella que considera que la nulidad “debe ser declarada de oficio por el juez si ella resulta de los actos. El juez, justamente, debe dejar de aplicar el contrato nulo cuando en el juicio se ejercen pretensiones que tienen título en tal contrato (...): la nulidad del contrato puede ser declarada aun de oficio en cualquier estado y etapa del juicio, siempre y cuando el motivo de la nulidad conste en los actos y no exija, para su verificación, una indagación de hecho”<sup>144</sup>.

Del examen realizado en este punto puede concluirse que los más influyentes sistemas normativos europeos coinciden en que el juez puede declarar nulo de oficio un negocio jurídico, para lo cual es requisito indispensable que tal nulidad resulte de lo actuado en el proceso, no pudiendo el juez ir más allá. No obstante, el ordenamiento alemán se caracteriza por implantar un segundo límite: la no posibilidad de declarar de oficio la nulidad del matrimonio. Por otra parte, los debates jurisprudenciales en Italia se refieren al aspecto procesal de la cuestión.

3 SCOGNAMIGLIO, Renato *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. La versión original italiana data de 1998.

4 BIANCA, Massimo *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza y Edgar Cortsés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Número 16.

Por lo tanto, en dichos sistemas, el carácter manifiesto de la nulidad no tiene un genuino rol limitador de la posibilidad que tiene el juez de declarar nulo de oficio un negocio jurídico. Sea o no patente o evidente la nulidad de un negocio, igualmente el juez puede declararla de oficio.

#### IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

Es fácil darse cuenta que la situación en nuestro país es sustancialmente distinta: el carácter manifiesto o evidente de la nulidad sí constituye un gran límite para la posibilidad de declarar nulo de oficio un negocio jurídico, por así disponerlo el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil: en el Perú no es suficiente con que la nulidad resulte de lo actuado en el proceso, sino que también es indispensable que la causal de nulidad sea ostensible o patente, ya que de no ser así, el juez simplemente no puede declarar de oficio la nulidad. Nuestra regulación pareciera seguir el rumbo del codificador argentino (artículo 1047 de su Código Civil).

Es lícito afirmar que mientras el legislador alemán protege un acto específico, el matrimonio, evitando que a este se le aplique la nulidad de oficio, el legislador peruano se muestra mucho más protector, impidiendo que la nulidad de oficio se aplique a todos aquellos negocios cuyo vicio nulidad no sea de sencilla identificación. Así pues, en sede de nulidad de oficio del negocio jurídico, el juez peruano se encuentra mucho más limitado que el juez de otros países<sup>145</sup>. Veamos cómo es abordado el asunto por nuestra doctrina:

Si bien hay autores que se han mostrado muy parcos en este asunto<sup>146</sup>, otros, con una actitud más plausible, han tratado de precisar mejor el sentido del adjetivo “manifiesta”:

---

§ Esta restricción que experimenta el juez nacional también ha sido adoptada por LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *Ole*, tit. 1, p. 17.

§ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2008, p. 8. “Incluido el juez puede declarar de oficio la nulidad cuando la misma resulte manifiesta, según lo establece claramente el artículo 220 del Código Civil”; ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Nulidad absoluta”. En: AAVV. *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 8. “Se entiende que dicha causal es manifiesta cuando la causal que la produce se encuentra al descubierto de manera clara y patente (pénsese en el caso del negocio celebrado en instrumento que no es el que no representa la forma substancialmente exigida por ley”); y ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 5. “que en no emite opinión alguna sobre el particular, señalando solamente, al igual que Ariano que la nulidad de oficio únicamente se experimenta a propósito de causal de congruencia”.

Fernando Vidal expone que el adjetivo “manifiesto” tiene dos significados: i) algo puesto al descubierto, de manera clara y patente, que es fácil de advertir por el órgano jurisdiccional; ii) algo que inicialmente se presenta como encubierto, pero que luego “resulta manifiesto” por una labor de examen del juez. Un ejemplo del primer sentido es el negocio que no respeta la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad, mientras que respecto al segundo sentido propone el siguiente ejemplo: “Cuando se celebra un contrato con finalidad ilícita que no ha sido expresada, ya que, en tal caso, si una de las partes recurre al órgano jurisdiccional para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, materia de la controversia”<sup>147</sup>.

Aníbal Torres, por su parte, nos señala que “la nulidad es manifiesta cuando no existe lugar a ninguna duda sobre su existencia, es visible, patente, ostensible, advertible a simple vista, se infiere del simple examen del documento que contiene al acto jurídico o de las pruebas actuadas en el proceso”, proponiendo el autor también como ejemplos los negocios que violan la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad. Es interesante notar también que Torres considera aplicable a nuestra realidad normativa el discurso que los autores argentinos desarrollan sobre la base del artículo 1038 de su Código Civil: “no siempre lo manifiesto reside en la visibilidad o en la ostensibilidad del vicio que afecta al acto, sino, como dice Zannoni, en la posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de las circunstancias contingentes para detectarlo”. El autor peruano, siguiendo al mentado profesor de la Universidad de Buenos Aires, pone como ejemplo el caso de un contrato “cuyo objeto fuese prohibido: si se celebra un contrato que tiene por objeto el ejercicio de la prostitución y, más tarde, cualquiera de las partes pretendiese alegar derechos derivados del negocio, el juez subsumirá el objeto en la previsión normativa y, objetivamente, sin más, lo declarará nulo”<sup>148</sup>.

Finalmente, Lohmann, de forma parecida a Vidal, expresa que el carácter manifiesto puede tener dos sentidos: i) “aquello que al juez le

1 VIDAL RAMÍREZ, Fernando *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

2 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *El acto jurídico*. I demsa, Lima, 2009.

resulte visible en el contexto general del proceso merced a la luz que proporcionen otros elementos de prueba sobre circunstancias contingentes o hechos ajenos al acto jurídico mismo”, o ii) aquello “ostensible, patente, que se expresa, muestra, expone, evidencia y revela por y en el acto mismo y que, por tanto, no requiere de prueba extrínseca para su demostración (caso típico, la falta de formalidad legal)”. Este autor afirma que otros autores (como Marcial Rubio y Raúl Ferrero) que han tocado el tema han sido poco precisos en este punto<sup>149</sup>, y que el segundo sentido mencionado es el más apropiado:

“A mi manera de ver **manifiesta** ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido) con tal grado de claridad que no requiere de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que **resulte manifiesta** significa, pues, que la nulidad sea evidente, directa e inmediatamente perceptible”.

## V. ANÁLISIS CRÍTICO DE NUESTRA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DOMINANTE

Para empezar, debo señalar que considero difícil aplicar en nuestro país el discurso que los autores argentinos desarrollan con respecto al citado artículo 1038. Para poder sostener esta idea basta tener presente que no existen en nuestro ordenamiento una norma parecida. Lo que ocurre es que el legislador argentino, por medio de este artículo, ensancha expresamente el significado del adjetivo “manifiesta”. Se trata de una, inevitable, interpretación sistemática de los artículos 1038 y 1047 del código argentino. La primera norma nos indica que la nulidad es manifiesta no solo cuando es evidente, sino también cuando nos hallamos ante una causal expresamente contemplada por la ley, de manera que el juez nada más tiene que subsumir el caso concreto con la causal contemplada en la ley, sin necesidad de realizar un análisis sobre los hechos. Esta norma se explica con base en que el legislador argentino entendía que una diferencia importante entre nulidad y anulabilidad

---

9 LOHMANN LUCA DE TENA, *J u n . O b r . i t . 10*



radicaba en el carácter evidente del vicio. Mientras que la anulabilidad se caracterizaría por la presencia de un vicio que requería ciertas indagaciones para su detección, la nulidad se caracterizaría por la presencia de un vicio patente. Se consideraba que esta era una de las razones por las cuales la anulabilidad sí requiere una sentencia que la declare, mas no así la nulidad. Pero esta manera de ver el asunto ha sido criticada, puesto que la nulidad textual en varias ocasiones no es de fácil identificación<sup>150</sup>.

Al margen de estas discusiones, lo cierto es que el artículo 1038 le permite al juez argentino declarar la nulidad de oficio cuando se trate de una causal expresamente contemplada en la ley, y esto no es más que la causal de ilicitud. Como ya se dijo, el defecto en ocasiones no puede ser identificado de forma sencilla, sino solo después de un sesudo análisis, y esto no quiere decir que tal defecto no pueda constituir una causal expresamente prevista en la ley. Precisamente por ello, al final del día, el juez argentino podría, gracias al artículo 1038, declarar de oficio nulidades que no resulten ostensibles o palmarias<sup>151</sup>. Esto no ocurre en el caso peruano, ya que, insisto, nuestro sistema normativo carece de una norma como la contemplada en el artículo 1038 del código argentino, la cual “expande” el significado de la nulidad “manifiesta”.

De otro lado, nuestros autores asignan básicamente dos sentidos a la palabra “manifiesta”: i) cuando el vicio de nulidad resulta patente a la luz de un examen del negocio en sí mismo considerado, o ii) cuando el vicio de nulidad resulta notorio no solamente en virtud de un examen del negocio, sino también cuando resulte ostensible solo luego de un análisis de otros elementos que obren en los autos del proceso. Es claro que Vidal y Torres se adhieren a este segundo sentido, mientras que Lohmann al primero ¿Por cuál sentido optar y por qué? Estos autores no son precisos al respecto.

Quizá se pueda decir, a favor del planteamiento de Lohmann, que el sentido más restrictivo de todos tiene que imponerse, porque la nulidad de oficio es una excepción al principio de congruencia. No obstante,

<sup>150</sup> MALICKI, Anah . “Comentario al artículo 1038 del Código Civil”. En: Julio Rivera y Graciela Medina, director es. *Código Civil comentado. Hechos y actos jurídicos. Artículos 896 a 1065*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

<sup>151</sup> Ib dem, p. 8.

quien así piense tiene que enfrentarse a dos fuertes objeciones: i) tiene que vencer toda la argumentación desarrollada por Ariano para afirmar que la nulidad de oficio del negocio no es ninguna excepción al principio de congruencia y, ii) luego tiene que explicar cómo es que un principio de orden procesal necesariamente tiene que incidir en el sentido de una categoría de orden sustantivo.

Como indique más arriba, el principio de congruencia solo nos dice **cómo** declarar la nulidad de oficio, pero nada nos dice sobre **cuándo** hacerlo. Aun cuando se entendiera que la nulidad de oficio es una excepción al principio de congruencia, ello implicaría una serie de restricciones **procesales** para el juez si pretende declarar de oficio la nulidad, mas no impide de ninguna manera optar por el sentido amplio que al adjetivo “manifiesta” otorgan Vidal y Torres. Además, si recordamos que el proceso es fundamentalmente un **instrumento** para conseguir la actuación efectiva del ordenamiento sustantivo (o de las situaciones jurídicas materiales)<sup>152</sup>, resulta no poco discutible pretender que las reglas procesales condicionen el alcance de reglas sustantivas. El Derecho sustantivo podrá condicionar o influir sobre sus instrumentos, pero no veo cómo pueda considerarse lo inverso.

Se nota, pues, que si bien es cierto que en nuestro medio se barajan dos enfoques con respecto al alcance de la nulidad “manifiesta”, también lo es que en nuestra doctrina no se han esbozados razones para adoptar alguno de tales enfoques y, por consiguiente, descartar el otro.

Pero eso no es todo: incluso luego de haber tomado partido por alguno de los enfoques mencionados, la imprecisión persiste. Si seguimos el enfoque restrictivo de Lohmann, ¿cuándo puede decirse que la nulidad es “manifiesta” en virtud de un examen del negocio mismo? ¿Cuándo no es “manifiesta”? ¿Existe un “término medio” y, de ser así, puede o no ser declarado de oficio? Si se sigue el enfoque amplio, evidentemente la situación no cambia ¿cuándo puede decirse que la nulidad es “manifiesta” en virtud de un examen del negocio y de otros elementos que obran en el proceso? ¿Cuándo en este caso no es “manifiesta”? ¿Hay un “término medio” y, de haberlo, puede ser declarado de oficio?

---

<sup>1</sup> FAZZALARI, Elio *Istituzioni di diritto processuale*. Anni o Milani, Padoa, 1990, p. 1 y ss; ASCENSIO MELLADO, José. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Nótese también que el criterio de Lohmann es análogo al expuesto en el ya citado considerando cuarto de la Casación N° 323-2010-Lima. Como se recordará, el criterio que propone la Corte Suprema en esta decisión carece de precisión, ya que, como en el caso de Huancayo que referí líneas arriba, hay casos donde la nulidad puede considerarse evidente solo gracias a la apreciación de otros documentos, externos al negocio en sí mismo considerado. Doy otro ejemplo: si se demanda el cumplimiento de un contrato supuestamente celebrado en Lima, y la parte demandada presenta un Certificado de Movimiento Migratorio, en el cual se aprecia que en la fecha de celebración del contrato, una de las partes firmantes se encontraba en el extranjero ¿No se trata de una causal de nulidad que resulta patente? Quienes manejen un criterio como el de mi amigo juez, ciertamente responderán en sentido afirmativo, pese a que tal causal no se aprecia en el propio negocio, sino que su verificación depende de un documento diferente.

Ahora bien, hay que reconocer que el sentido de la palabra “manifiesta” puede ser claro en términos abstractos, pero su aplicación a un caso concreto puede generar no pocas discusiones, y esto –como se acaba de ver– no deja de ser así por el hecho de adoptar el enfoque restrictivo propuesto por Lohmann.

Para algunos algo puede ser “evidente”, mientras que para otros no. Sin ánimo de abandonar la seriedad, supóngase que yo, a través de los medios digitales que proporciona el internet, comienzo a desarrollar una serie de comportamientos hacia una amiga mía que se encuentra en Alcalá de Henares. Puede que, para unos, esos comportamientos claramente signifiquen que yo pretendo cortejarla, al margen de que lo esté haciendo de forma hábil o torpe. Otros, en cambio, pueden pensar que es obvio que se trata solo de una búsqueda de estrechar lazos de amistad, derivada de una admiración que ella me ha generado. Ocurre que sí me siento especialmente atraído por ella, pese a la –enorme– distancia, pero como resultado ser una persona algo reservada o tímida, no lo manifiesto con la habilidad propia de un experimentado en el arte del amor. Si los unos son personas con amplia experiencia en relaciones sentimentales, puede ser que ellos, con mucha facilidad, concluyan que no solo quiero tener amistad con la joven en cuestión. Por su parte, si los otros carecen de tal experiencia, pese al amplio análisis que puedan hacer de mis conductas, arribarán a una conclusión errada al decir que busco

amistad únicamente. La pregunta es simple: ¿mis sentimientos hacia tan lejana mujer pueden ser considerados “manifiestos”? ¿Qué hubiese dicho una persona con “mediana” experiencia en relaciones sentimentales? Nada simples son las respuestas.

Con esto demuestro que en múltiples ocasiones no basta con tener claro el significado que, en un plano general y abstracto, pueda tener el término “manifiesta”. Aunque maneje una variedad de sinónimos de esta palabra o de ideas vinculadas a la misma, en muchas ocasiones me encontraré jurídicamente inerte, a consecuencia de la falta de precisión de conceptos, al momento de establecer si el vicio de nulidad de un negocio determinado es o no manifiesto. Nótese, pues, que una mayor precisión del término en un plano general, lo que se consigue adoptando la posición restrictiva de Lohmann, no resulta suficiente para evadir la vaguedad en el análisis de casos concretos.

Así las cosas, pareciera que la palabra “manifiesto”, aludida en el segundo párrafo del artículo 220 de nuestro Código Civil, se encuentra en la misma situación que una palabra como “rojo”. Me explico citando a un prominente pensador británico:

“Consideremos las diversas formas en que las palabras comunes son vagas, y comencemos con una palabra como **rojo**. Es perfectamente evidente, desde que los colores constituyen un continuo, que hay matices de color que dudaremos en llamar o no rojos, no porque ignoremos el significado de la palabra **rojo** sino porque es una palabra cuyo campo de aplicación es esencialmente dudoso (...) El hecho es que todas las palabras son sin duda atribuibles en cierto dominio, pero se tornan cuestionables dentro de una penumbra, fuera de la cual son sin duda no atribuibles. Alguien podría tratar de obtener precisión en el uso de las palabras, diciendo que ninguna palabra puede ser aplicada en la zona de penumbra; pero por fortuna la penumbra misma no es exactamente definible; y toda la vaguedad que confiere al uso primario, la confiere también cuando tratamos de fijar un límite a su indudable aplicabilidad”<sup>153</sup>.

---

3 RUSSELL, Bertrand. “Vaguedad”. En: Mario BUNGE (compilador). *Antología Semántica*. Traducción de Mario Bunge, Emilio Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari. Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, pp. 14 y 24.

En este sentido, se podría afirmar que no hay remedio a la vaguedad que se nos presenta en materia de nulidad de oficio del negocio jurídico. Es más, sería factible agregar que esto es de lo más natural, ya que en la teoría de la interpretación jurídica es ampliamente aceptado que las normas pueden tener una variedad de interpretaciones, debiendo el intérprete solo respetar el marco trazado por el significante de las palabras empleadas en los textos normativos, ya que este limita la fuerza expansiva del significado de estos<sup>154</sup>.

Así podría sustentarse la idea según la cual la segunda parte del artículo 220 del Código Civil peruano constituye una norma de tipo **elástico**, ya que para su aplicación en los casos concretos, el legislador ha decidido conceder un margen importante de actuación a la prudente apreciación del juez<sup>155</sup>. Así también podría defenderse la aceptación de cualquiera de los dos enfoques interpretativos que nuestra doctrina ha esbozado, ya que el juez podría escoger indistintamente entre ambos, en función de lo que le indique su prudente apreciación del caso concreto. Obsérvese también que de este modo hallaría justificación el hecho de que en nuestra doctrina no se observen argumentos conducentes a optar por alguno de los dos enfoques propuestos, ya que el carácter **elástico** de la norma posibilitaría al juez la elección de cualquiera.

Me niego a aceptar estas conclusiones. Tres razones que considero poderosas me empujan a ello: i) se otorga demasiada discreción a la judicatura, la cual no ha demostrado usar de manera apropiada este mecanismo de importancia tan sensible, ii) se contradice el evidente ánimo restrictivo que, en este asunto, ha tenido nuestro legislador en comparación con los más influyentes ordenamientos europeos, y iii) se contradice también al principio de conservación del negocio jurídico, el cual, hasta donde sé, nadie ha invocado al tratar el tema.

Con respecto a la primera razón, dejando constancia que amigos míos muy queridos tienen el honor de jueces en este país, no puedo dejar de decir que cada vez que el máximo tribunal del Poder Judicial ha hecho uso del mecanismo de la nulidad de oficio, lo ha hecho de una

4 TARELLO, Gianni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1975.

5 IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leyser León. Grijley, Lima, 1999.

manera no poco criticable, incluso se aprecia una falta de seriedad de análisis al persistirse en un incorrecto citado bibliográfico<sup>156</sup>. Ariano, en la sentencia en casación que cita, hace una serie de críticas “técnicas” y “lógicas”. Lohmann, por su parte, también hace referencia a casos donde es más que dudosa la pertinencia de la declaración de oficio de la nulidad por parte de la Corte Suprema<sup>157</sup>.

Vamos a observar críticamente a las sentencias en casación que he citado más arriba:

- i) Con respecto a la Casación N° 2009-2002-Puno y a la Casación N° 1519-2008-Ica, cabe reiterar la falta de argumentación para sostener que se tratan de causales de nulidad manifiestas. No niego que la falta de formalidad sustancial sea una causal fácil (muy fácil) de constatar, pero mi punto es que se tienen que explicar las razones por las cuales se debe considerar que es manifiesta. Hay que notar que la nulidad no se configura por el hecho de que el acto jurídico solemne conste en un documento simple, sino porque no ha revestido la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad. Una escritura pública y un simple documento privado pueden coexistir con el mismo contenido. Por tanto, la argumentación debería centrarse en la falta de escritura pública, no en la presencia de un simple documento privado.
- ii) Con respecto a la Casación N° 609-2010-Lima, parece bastante discutible sostener que la actuación de mala fe de una sola de las partes necesariamente afecte la totalidad del negocio. Pareciera que en este caso la Corte Suprema señala que, al haber delinquido uno de los sujetos firmantes, necesariamente el otro tuvo que actuar de mala fe también. Lo cierto es que la sentencia penal fue solo contra el representante de la entidad demandada, de modo que hay reputar como inocentes a los demás

---

6 ARIANO DEHO, Ege nia. Ob cit, p 9 destaca la incorrecta cita que se hace de Vidal, quien no ha escrito ni lib o intitulado el “Negocio Jurídico” (de hecho el error resulta más llamativo por que Vidal, como se sabe, se ha caracterizado por preferir la denominación de “acto jurídico”, en desmedro de la denominación “negocio jurídico”, para la figura regulada en el Libro II de nuestro Código Civil). Este mismo error se aprecia en la sentencia en casación citada al inicio de este trabajo

7 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob cit, p 6 quien incluye o se queja de que también ha sido citado mal su conocido artículo, esta vez sí, “El negocio jurídico”.

involucrados, así como presumir su buena fe. Entonces, si el contrato se debe entender como el fruto de la actuación de más de un sujeto ¿Por qué la mala fe de uno solo puede causar la nulidad de todo el contrato? ¿Y la buena fe de los demás celebrantes? Además, téngase en cuenta que en nuestra doctrina ya se ha planteado<sup>158</sup>, siguiendo los pasos de atentas doctrinas italianas, que la infracción penal no necesariamente tiene que conllevar una nulidad civil. Como se comprenderá, está muy difícil sostener que en este caso la nulidad era “evidente” o “patente”. La Corte Suprema no responde cuestiones (no muy simples, por cierto) que, necesariamente, se tienen que resolver antes de dictaminar la presencia de la causal de nulidad.

- iii) Con respecto a la Casación N° 323-2010-Lima, la Corte Suprema se muestra muy complaciente con el negocio de fecha más antigua. Me explico ¿Qué hubiese ocurrido si uno de los demandados alegaba que el contrato más antiguo era simulado y presentaba un documento simple como supuesto contradocumento? ¿Qué hubiese ocurrido si la parte vendedora desconocía su firma en el contrato de fecha 18/05/1993? ¿Qué hubiese sucedido si los demandados alegaban que el contrato había sido resuelto por mutuo acuerdo, y ofrecían declaraciones testimoniales para acreditarlo? Repito, creo que sustentar la presencia de una causal de nulidad manifiesta no es algo tan simple como parece sugerir nuestra máxima instancia judicial. Se pueden presentar una serie de elementos que pueden poner en tela de juicio la presencia de la causal, por lo que se impone la necesidad de evaluar cuidadosamente tales elementos por parte del juzgador. Los análisis simples no deben tener cabida en la declaración de oficio de nulidad de un acto jurídico.
- iv) Con respecto a la Casación N° 135-2010-Arequipa, cabe realizar las siguientes apreciaciones críticas: a) no se aprecian razones por las cuales los jueces supremos consideran que la nulidad es

§ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano *Algunas consideraciones sobre la compraventa de bien ajeno a partir de la jurisprudencia*. En: <http://www.de.rech.mpr.dp/itaest/Articlos/estdi/antiles/0-0\_1/Algunas consideraciones sobre el acto compraventa>, págs. 0 y 2 (consultado el 28/05/2011). Este autor declara seguir, en este punto, la línea de pensamiento de autores como Antonio Grasso y Maddalena Ratti, quienes en Italia han prestado énfasis.

“manifiesta” o, en todo caso, razones por las que no se podría decir que la nulidad identificada es “oculta”, lo que habilita a emplear el mecanismo de la nulidad de oficio; b) no se aprecia ningún fundamento para entender que una sociedad se encuentra impedida de destinar sus utilidades a favor de terceros no socios; c) los artículos 1 y 295 de la antigua ley societaria simplemente dicen que las utilidades corresponden a los socios, pero en ningún caso impiden que la sociedad destine las utilidades a otros sujetos; d) los jueces supremos no refutan la tesis del juez de primera instancia, según la cual la minuta contiene una obligación que puede ser cobrada en otra vía procesal; e) los jueces supremos no refutan la tesis de la Sala Superior, según la cual el principio de la buena fe impone entender que la minuta es válida y eficaz, no dicen, pues, por qué no es aplicable este principio; y f) los jueces supremos no explican la razón por la cual no es suficiente el consentimiento de todos los socios para considerar debidamente representada a la sociedad, nótese que ni en los decimonónicos planteamientos de los precursores de la denominada **teoría del órgano** de la persona jurídica (como Albert Bolze o, el más famoso, Otto Von Gierke) se ha negado la posibilidad de que la persona jurídica puede quedar vinculada por el actuar de todos sus integrantes, en lugar de sus **órganos** de representación<sup>159</sup>.

- v) Finalmente, con respecto a la Casación N° 2195-2011-Ucayali que contiene el IV Pleno Casatorio Civil, se advierte que la Corte Suprema asume como cosa simple, fácil o sencilla determinar si la causal de nulidad es o no manifiesta en un negocio jurídico. Como tal determinación sería algo facilísimo, no hay necesidad de establecer algún criterio o directriz que ayude a los jueces en su actividad de aplicación de la regla jurisprudencial vinculante 5.3 de dicho pleno. Estoy convencido de que un lector con un punto de vista desprejuiciado, estará de acuerdo en que no es admisible un punto de vista como este.

---

<sup>9</sup> Al respecto permítaseme remitir a NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Lo castigado de lo evidente. No asiste la nulidad del acto del gerente sin perjuicio de la representación orgánica”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 43. Cátedra Jurídica, Lima, diciembre de 2015. p. 111.



Es fácil, pues, caer en la cuenta de que hay toda una serie de incon-  
tancias en estas decisiones, lo que nos indica –no resulta ocioso repetir-  
lo– que no se está empleando de forma idónea el mecanismo de la nul-  
dad de oficio del negocio jurídico.

Con respecto a la segunda razón, como se comprenderá de lo dicho  
hasta ahora, no parece que sea apropiado resignarse y considerar infran-  
queable la vaguedad que podría generar el término “manifiesta”. Si se  
obra de este modo, se estará dando, a fin de cuentas, un amplio grado  
de discreción al juez para declarar nulo de oficio el negocio jurídico, de  
modo que se terminaría evaporando esa gran y singular limitación que  
explícitamente el legislador peruano ha impuesto al juez y que no se  
encuentra en otros ordenamientos (ni siquiera en el argentino, como ya  
se apuntó).

Pero la tercera razón es la que hace que una interpretación marcada-  
mente restrictiva del término “manifiesta”, caiga por su propio peso.

## VI. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

En esencia, este principio negocial implica que se debe entender que  
el ordenamiento jurídico siempre tiende lo más posible a salvar a los  
negocios de cualquier tipo de ineficacia<sup>160</sup>. Es importante tener presente  
que se trata de un principio que tienen sus antecedentes en el mismísi-  
mo Derecho Romano<sup>161</sup>.

Una mirada al Código Civil nos muestra claramente todo un con-  
junto de supuestos en los cuales el legislador se ha resistido a “des-  
truir” a los negocios defectuosos (artículos 162, 189, 206, 223, 224, 230,  
etc.). Semejante circunstancia normativa no hace más que demostrar, de  
manera contundente, la existencia de un especial interés del legislador

60 BRANCA, Gianep . *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción española de Pablo Macedo Pórra ,  
México: Distrito Federal, 1988.

61 GANDOLFI, Gianep . “Introducción metodológica al estudio histórico de la conservación”. En: *Jus. Rivista di scienze giuridiche*. Vb . XV, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, 1981, pp. 1 y 2. En no  
indica que, a diferencia de lo que entiende la mayoría de la doctrina de nuestra época, en el Derecho Romano  
el principio de conservación desempeña básicamente su función exclusivamente en el campo de la interpretación  
contenciosa.

dirigido al mantenimiento de toda iniciativa negocial. La intensidad del interés aludido alcanzaría un grado tal que incluso los negocios nulos pueden “salvarse” a través de su conversión. En este sentido, para un notable sector de la doctrina extranjera, la figura de la conversión de los negocios nulos constituye una manifestación paradigmática del principio de conservación<sup>162</sup>.

Para la mayor parte de la doctrina, el principio de conservación del negocio tiene un amplio alcance, considerándosele de carácter general. En este sentido, un renombrado autor considera, a partir de todos aquellos supuestos donde el legislador ha decidido salvar al negocio jurídico (pese a los vicios que pueda presentar), “innegable” la existencia del principio de conservación del negocio, mismo que no debe ser aplicado solo a nivel de interpretación de los negocios, so riesgo de no captar en su integridad la esencia de tan importante principio negocial, mismo que es formulado por este autor de la siguiente manera: “la actividad negocial debe poderse mantener en vigor lo más posible, con objeto de la realización del fin práctico perseguido. Así se entiende que no la declaración de voluntad dada, tal como nació, debe valer, sino que es la actividad negocial, en general, la que no debe destruirse; esto, sin embargo, siempre que pueda realizarse el fin perseguido”<sup>163</sup>. De igual forma, otro autorizado autor sostiene que el principio de conservación del negocio es “fundamental”, siendo aplicable no solo en el campo de la interpretación, ya que este principio también constituye la razón por la cual se atempera la reacción del ordenamiento frente a las diferentes anomalías que pueda presentar un negocio<sup>164</sup>. Así mismo, cabe citar a la connotada doctrina que señala que en los negocios jurídicos convergen tratativas, costos, esfuerzos –a menudo laboriosos– y toma cuerpo la voluntad de los individuos, razón por la cual salta a la vista la necesidad de intentar evitar que los negocios se vean frustrados por vicios de forma o de contenido. Tal necesidad es colmada mediante el mentado principio<sup>165</sup>.

---

162 BETTI, Emilio *Teoría general del negocio jurídico*. Traducido de Alonso Martín Pérez. Comares, Granada, 2007, p. 37 y SARACINI, Egidio *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*. Giuffrè, Milán, 1990.

163 CARIOTA FERRARA, Luigi *Obbligazioni*, 1998, p. 138.

164 SCOGNAMIGLIO, Renato *Obbligazioni*, 1992, p. 132.

165 MESSINEO, Francesco *Il contratto in generale*. Tomo I, Giuffrè, Milán, 1998, p. 138.

Resulta particularmente interesante una prominente opinión que, sin dejar de lado el alcance general del principio de conservación, se preocupa por destacar su aplicación en el campo de la invalidez del negocio, al decir que las normas que salvan a los negocios defectuosos no deben ser comprendidas en un nivel meramente normativo, porque, en rigor de verdad, dichas normas nos permiten saber que la lógica misma del sistema de invalidez e ineficacia negocial se encuentra determinada por el principio de conservación del negocio<sup>166</sup>.

Sin embargo, cierta corriente de opinión considera que el principio de conservación debe ser concebido como un principio no aplicable fuera del ámbito de la interpretación. Bajo tal idea, se ha dicho que solo si es entendido como principio de naturaleza esencialmente hermenéutica puede asumir el de conservación el valor el rango de principio general del ordenamiento, es decir aplicable a cualquier declaración, ya sea de Derecho Público o privado, negocial o procesal, o incluso normativa; solo entendido de ese modo se pondría en evidencia su *ratio*, fundada en la exigencia de presumir la seriedad de intenciones de quien emite una declaración de voluntad<sup>167</sup>. En sentido semejante, un reputado autor en materia de interpretación negocial, ha precisado que las hipótesis que normalmente se consideran reconducibles al principio de conservación, como la misma conversión del negocio nulo, en realidad responden a una insoslayable exigencia de seguridad objetiva para las relaciones constituidas, lo cual no tiene relación con la *ratio* que informa al principio de conservación como principio interpretativo<sup>168</sup>. Según esta doctrina, el principio de conservación no se vincula a las reglas de la validez y la eficacia del negocio, ya que ello implicaría otorgarle un radio de acción demasiado amplio que resultaría inadecuado para que tal principio cumpla de forma cabal su función reconstructiva. En caso se aplique el principio no solo a la interpretación, sino también a todos los supuestos –tan diversos entre sí– de ineficacia e invalidez, pues el principio terminaría haciendo referencia a un conjunto de elementos tan

6 SANTORO-PASSARELLI, Francesco *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luis Serrano Rivas de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 9.

6 STELLA RICHTER, Giorgio “Il principio di conservazione del negozio giuridico”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, p. 13.

6 GRASSETTI, Cesare. “Conservazione (principio di)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IX, Giuffrè, Milán, 1975, p. 3.

heterogéneos entre sí que no podrían ser reconducidos a una unidad coherente, lo que haría perder utilidad al principio<sup>169</sup>.

En mi opinión, hay que darle la razón a quienes consideran que no hay mayor inconveniente en concebir al principio de conservación en un sentido saludablemente amplio, de tal manera que pueda catalogársele no solo como un principio de interpretación, sino también como uno que incide sobre el campo de la validez y eficacia del negocio, máxime si tenemos en cuenta que el resultado de la interpretación justamente determina el alcance de la eficacia del negocio, motivo por el cual mal podría decirse que no existe un vínculo significativo entre la temática de la eficacia y de la interpretación<sup>170</sup>.

La doctrina italiana más reciente, pese a ciertas reservas que pueda pronunciar, a fin de cuentas no rechaza en modo alguno la aplicación del principio de conservación al ámbito de la eficacia negocial. Así, no obstante poner en duda que el principio de conservación sea realmente un principio, se ha dicho que este explica figuras vinculadas a la validez y la eficacia del negocio, entre las cuales se encuentra la conversión del negocio nulo<sup>171</sup>. Se ha afirmado también que el principio de conservación “se refleja” en la temática de la invalidez y eficacia<sup>172</sup>. En este mismo orden de ideas, se sostiene que el principio de conservación del negocio se encuentra en el fundamento de la regulación sobre los efectos negociales, y se resta importancia al debate sobre el radio de acción del principio en cuestión<sup>173</sup>.

Y es que, llámese o no principio de conservación, no puede negarse que existe un notorio interés del legislador por salvaguardar a los negocios de la ineficacia e invalidez. Como lo ha puesto de relieve

---

69 Ib dem, p 6. Hace suya esta idea CARRESI, Franco *Il contratto*. Tomo II, Gifi frè, Milán, 1978, p 6 (nota § 1).

70 En sentido análogo D'ANTONIO, Adriana. *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*. Antoni Milani, Padova, 1980.

71 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo *Derecho Civil*. Tomo I, Vb. II. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

72 ROPPO, Vincenzo *El contrato*. Traducción de Nelson Carretero Torres, al cuidado de Egeña Ariano Deb Gaceta Jurídica, Lima, 1990.

73 BIANCA, Massimo *Ob cit*, p 64. En simplemente señalando la presencia de la disciplina del contrato, sin por eso presentarse en absoluto para entrar en ella.

Francesco Galgano, es indudable que la resistencia del legislador a eliminar negocios defectuosos, en la medida de lo posible, refleja una idea según la cual el sistema siempre debe apoyar la conclusión de negocios, en vez de su falta de celebración, la circulación de la riqueza antes que su inmovilización<sup>174</sup>. No se olvide nunca que el propio Cesare Grassetti admite que es apreciable el intento de mantenimiento del negocio por parte del legislador en materia de invalidez e ineficacia, pese a que luego afirme que tal intento no guarde estrecha relación con los problemas de interpretación. Por si esto no fuera suficiente, es de tener presente que nuestra más acreditada doctrina ha sostenido la vigencia del principio de conservación dentro de la regulación que el Código Civil brinda a la eficacia y validez negocial<sup>175</sup>.

Por lo tanto, tiene que concluirse, como lo hace una atenta doctrina hispana, que frente al negocio, el ordenamiento en nada se asemeja a un implacable censor, sino a un eficiente colaborador o aliado<sup>176</sup>; y resulta por demás obvio que tal idea no puede dejarse de tomar en cuenta en el análisis de un mecanismo negocial tan sensible como lo es la nulidad de oficio del negocio jurídico.

## VII. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: INYECTANDO UNA BUENA DOSIS DE PRECISIÓN

Si el principio de conservación, como certeramente anotaba Francesco Santoro Passarelli, determina toda la “lógica” de las normas que regulan la validez y eficacia de los negocios jurídicos ¿cómo explicar la presencia de la nulidad de oficio del negocio jurídico? ¿Cómo así el aliado, se comporta ahora como un censor? Ciertamente la nulidad de oficio del negocio jurídico no termina de sintonizar con el principio de conservación. En un escenario como este, se advierte con suma claridad

<sup>174</sup> GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albarracín. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>175</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: AAVV. *Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley, Lima, 2011, p. 6 (útil en presencia de favor voluntatis); ESPINOZA ESPINOZA, Juan Osorio, *ibid.*

<sup>176</sup> MARÍN PADILLA, María. *El principio de conservación de los actos jurídicos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*. Boletín de la Academia de Ciencias Jurídicas de Chile, 2011, p. 105.

la necesidad de restringir lo más posible el radio de acción de la norma que establece la nulidad de oficio, lo cual se consigue, a su vez, interpretando de la forma más restrictiva posible la palabra “manifiesta” que es empleada por tal norma.

La interpretación restrictiva señalada se impone teniendo en cuenta al principio de conservación. Obsérvese que la defensa de una interpretación restrictiva no necesita vencer los planteamientos de Ariano y reformular las relaciones entre las reglas del Derecho Procesal y del Derecho sustantivo a fin de proponer que aquellas pueden condicionar el sentido de estas. No. La interpretación restrictiva se impone debido al principio de conservación del negocio jurídico. La mejor manera de respetar este principio es, qué duda cabe, reduciendo lo máximo posible el alcance de la norma que implementa el mecanismo de la nulidad de oficio. Si, como ya vimos, hay más de una interpretación posible para la norma que establece la nulidad de oficio, pues decididamente hay que optar por la más restrictiva de todas, ya que no hacerlo implicaría traicionar (gravemente) al principio de conservación.

Alguien podría criticar mi propuesta tildándola de exagerada e, incluso, contradictoria: el principio de conservación rige en diferentes ordenamientos, pero en ninguno de ellos, como yo mismo he expuesto en estas páginas, se ha planteado que la nulidad de oficio funcione de forma muy restringida. Empero, esta objeción puede ser refutada con facilidad: si bien es cierto que la doctrina de los principales ordenamientos no ha propuesto una lectura marcadamente restrictiva para la nulidad de oficio, lo es también que su regulación de tal mecanismo, como se ha demostrado, resulta notablemente distinta a la nuestra.

Justamente por esto me preocupé por resaltar que el carácter manifiesto de la nulidad resulta irrelevante en otros ordenamientos, regulando estos con una amplitud importante el mecanismo de la nulidad de oficio. Como se dijo ya, una excepción la constituye Alemania, país en el cual –como anota Werner Flume– se protege de forma especial al matrimonio, por lo que no es factible declarar de oficio la nulidad de este acto. Asimismo, ya vimos que el Código argentino aparentemente resulta restrictivo al emplear también la palabra “manifiesta”, pero en realidad contiene una norma, el artículo 1038, que termina por ensanchar el ámbito de aplicación de la nulidad de oficio. El caso peruano es

bien distinto. El juez nacional no puede declarar de oficio nulidad de ningún negocio cuyo defecto no resulte patente o evidente.

Entonces, hasta aquí ya hay fundamentos más que suficientes para tomar partido por el enfoque restrictivo que ha propuesto Lohmann. Pero no porque así lo indique el principio de congruencia u otro principio procesal, sino el principio –de derecho sustantivo– de conservación del negocio jurídico. Este ya es un avance importante, aunque no suficiente porque ya se sabe que la vaguedad sigue presente pese a optar por el enfoque restrictivo. Pienso que es posible, sin embargo, obtener más precisión.

Para esto, es ilustrativo tener en cuenta lo que ha indicado un destacado estudioso de las relaciones entre el lenguaje y la interpretación jurídica: “(...) si se nos pide que hagamos explícito el criterio de aplicación de una palabra podemos indicar un cierto número de características, o propiedades definitorias, y creer que todas las otras propiedades posibles no incluidas entre aquellas están, por ello, excluidas como no relevantes. Esta creencia es equivocada. Solo pueden reputarse excluidas como irrelevantes las propiedades o características posibles que han sido consideradas, pero no las que no lo han sido. Estas últimas no están excluidas; cuando se presenta un caso en el que aparece una o más de ellas es perfectamente legítimo que sintamos dudas que no pueden ser eliminadas por un proceso de pura deducción a partir del significado corriente de la palabra. El uso puede estar, a este respecto, totalmente **abierto**. Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones”<sup>177</sup>.

Gracias al principio de conservación del negocio, se puede proponer –sin ningún inconveniente– una lectura que “cierre” el uso de la palabra “manifiesta” que utiliza el 220 de nuestro Código Civil. Esto se consigue, para decirlo con palabras de Genaro Carrió, eliminando la mayor cantidad de “características, o propiedades definitorias al momento de hacer explícito el criterio de aplicación” de la frase **nulidad manifiesta**. Se trata simplemente, usando ahora las palabras de Bertrand Russell, de restringir lo más posible el **uso primario** de la palabra “manifiesta”

7 CARRIÓ, Genaro *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Ab ledø Perrø ,B u nø Aires, 95

para, con ese uso restringido, aplicar la nulidad de oficio del negocio jurídico.

¿Cómo llevar acabo la referida eliminación? Pues la “nulidad manifiesta” puede referirse, en general, a cualquier causal de nulidad. Cada una de las diferentes causales que contempla nuestro Código Civil puede verse como una **característica o propiedad definitoria** de la “nulidad manifiesta”. Entonces, sin temor, eliminemos todas las causales posibles y quedémonos solamente con una, para así entender que la “nulidad manifiesta” se refiere no a todas las causales de nulidad, sino solamente a una ¿Pero es esto posible? ¿Qué criterio emplear para la eliminación? Pues simplemente tendríamos que considerar a la causal cuya presencia resulta más patente o evidente entre todas las causales de nulidad, para quedarnos con ella y descartar a todas las demás. Hay, pues, que considerar únicamente a la causal de nulidad que menos análisis probatorio requiere para su comprobación y cuya presencia en un caso concreto admite menos margen de discusión. Me parece claro que la única causal que cumple ambos requisitos es la ausencia de formalidad *ad solemnitatem*. La otras causales, en cambio, requieren mayores elementos probatorios para su determinación, o su presencia, en un caso concreto, admite amplios márgenes de controversia derivada de las diferentes interpretaciones que se pueden dar de la realidad fáctica o jurídica. Esto no ocurre con la causal de ausencia de forma prescrita bajo sanción de nulidad. Al margen de esta causal, por lo tanto, no debería encontrar ninguna aplicación la segunda parte del artículo 220 de nuestro Código Civil.

Se puede criticar esta interpretación afirmando que se impide al juez declarar nulo un negocio que incurre en otra causal cuya presencia es simple de advertir y no admite mayores discusiones por ser ostensible. No obstante, quien así piensa estaría razonando sobre la base de situaciones tremendamente excepcionales para construir una interpretación que, por ser amplificadora, colisiona con el principio de conservación. Lo normal en la praxis es que las otras causales implican una serie de problemas probatorios e interpretativos, cosa que no ocurre con la causal referida a la formalidad *ad solemnitatem*.

Ahora bien, otro punto importante que es necesario mencionar, para poder cerrar de este modo el uso de la palabra “manifiesta”, es que no parece que pueda pensarse en una causal cuyo carácter de ostensible



sea superior al de la falta de respeto a la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad. Quizá, no lo negaré, puedan presentarse casos concretos donde causales como la ilicitud sean tan evidentes, que puedan parecerse a un supuesto de falta de formalidad *ad solemnitatem*, pero tales casos serían en extremo raros y, en todo caso, no superarían en su carácter “manifiesto” a la causal de nulidad por ausencia de formalidad esencial. Otro tanto cabe decir sobre la incapacidad, ya que en muchas ocasiones esta solo puede ser determinada por el juez mediante la colaboración de un perito. Si el juez se encuentra ante un negocio presuntamente celebrado por un menor de edad, pues el asunto no se presenta necesariamente fácil: i) puede ocurrir que el sujeto, ahora mayor, alegue, por ejemplo, que es precisa una rectificación de partida de nacimiento, porque en realidad tiene más edad de lo que indican los actuados en el proceso y presenta pruebas de ello, y ii) si el sujeto es todavía menor de edad, pues se tendría que evaluar la aplicación del artículo 1358 del Código Civil.

Si todos los supuestos de nulidad pudieran ser más o menos evidentes entre sí, pues sería complicado plantear que la “nulidad manifiesta” hace referencia solo a una causal de nulidad. Habrá casos donde, por ejemplo, la nulidad por causal de ilicitud sea más patente que una nulidad por causal de imposibilidad, empero puede ocurrir también lo inverso, por consiguiente no se podría decir que, en general, la ilicitud es una causal cuya presencia es más fácil de detectar que la imposibilidad. Ello dependerá de las particularidades del caso concreto. Por fortuna, esto no ocurre con la causal de ausencia de formalidad esencial. Con respecto a esta sí es posible decir que, en general (por no decir siempre), es más fácil de identificar que las otras causales, consecuentemente no se presenta inconveniente que impida concluir que la causal más patente, entre las diferentes causales de nulidad, es la de falta de formalidad esencial. Es más, recuérdese que precisamente esta causal es la que de modo más recurrente menciona la doctrina como ejemplo de nulidad “manifiesta”. Así las cosas, la interpretación aquí propuesta, por ser la más restrictiva, es la que más respeta al principio de conservación.

Otro argumento a favor de la interpretación que estoy proponiendo: esta es la única que permite darle un sentido aceptable a la regla jurisprudencial vinculante 5.3 del IV Pleno Casatorio. En efecto, un destacado juez, con mucho tino, ha criticado esta regla: “¿Es el proceso

sumarísimo como expresión de un proceso de tutela de urgencia, el escenario adecuado para analizar la validez de un acto jurídico? El ejercicio de la potestad prevista en el artículo 220 del Código Civil implica todo un trámite que no es posible en el proceso sumarísimo<sup>178</sup>. No obstante, con la interpretación restrictiva que aquí se propone, la regla jurisprudencial en mención puede salvarse de esta certera crítica. La ausencia de formalidad esencial es una causal cuya presencia puede ser verificada en un proceso sumarísimo, lo que, casi siempre, no ocurriría con las otras causales, dado que su apreciación en un caso concreto es mucho más compleja, como ya indiqué.

Así las cosas, puedo estar de acuerdo con el resultado final de lo dispuesto por las ya mencionadas Casación N° 2009-2002-Puno y Casación N° 1519-2008-Ica, pero no con su forma de argumentar o motivar su decisión. Cuando un juzgador declara de oficio la nulidad de un acto jurídico, conforme a la interpretación que en este capítulo postulo, debe centrar sus argumentos en la carencia de la formalidad esencial, no el hecho de si el negocio emplea una formalidad distinta e insuficiente.

Entender que cualquier causal de nulidad puede configurar “nulidad manifiesta” no solamente implica optar por una interpretación que desentona con el principio de conservación, sino que también –como se ha visto– injustificadamente expone a los negocios jurídicos a ser cuestionados –y anulados– con base en consideraciones endebles, lo que dista mucho de ser saludable. En cambio, la interpretación aquí propuesta, al “comprimir” al máximo el sentido de la “nulidad manifiesta”, no solamente resulta ser la interpretación que más se ajusta al principio de conservación, sino que también resguarda a los negocios del constante y alto riesgo de ser “destruidos” de forma inadecuada, tal como ha ocurrido con las sentencias en casación que nos ha generado todas estas reflexiones.

---

§ ABANTO TORRES, Jaime. “Análisis del precedente v ncl ante estab ecido po el Ca rto Pleno Casato io Cív l”.E n: *Gaceta Civil & Procesal Civil*.N ° 36 *aceta Ju ídica*,L ima,s etiemb e de 2016



**CAPÍTULO IV**  
**EL LADO OSCURO DE LA DENOMINADA**  
**“SANTIDAD” CONTRACTUAL**  
**¿Puede un acto jurídico nacer válido**  
**y luego devenir en nulo?**



## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Se suele utilizar la frase “lado oscuro” para, entre otras cosas, designar las características de algo, o de alguien, que nos son desconocidas. Por eso también se puede usar esta frase para referirse a un aspecto poco atendido sobre un determinado asunto problemático. Siempre que uno logre identificar o se tope con un “lado oscuro” debe tratar de contribuir a su iluminación.

Imagine, amable lector o lectora, que, por motivo de alguna investigación, toma contacto con una persona desconocida de la ciudad gracias al internet. Trabajan cordialmente durante varias semanas, pero tienen una alturada divergencia de opinión y ponen fin a la actividad académica que venían desarrollando. Pero esa persona le dice a usted que, pese a la divergencia, quisiera conocerla personalmente y le invita a tomar un café. Uno puede negarse a tratar con un extraño, precisamente por un sano temor a su “lado oscuro”. Pero si durante esas semanas de trabajo usted ha logrado confirmar varios datos que indican que esa persona de ningún modo puede ser peligrosa, ¿se animaría? Quizá tiene la oportunidad de trabar una excelente amistad, pero no deja de ser verdad que la experiencia cotidiana nos dice que hay que andar con sumo cuidado cuando se trata de personas que uno jamás ha visto.

Es obvio que si bien pueden existir temores con relación al conocimiento del “lado oscuro” de las personas, estos no tienen lugar cuando se trata de un asunto jurídico. El “lado oscuro” de la gente desconocida puede resultar nada grato, pero conocer el “lado oscuro” de un problemático asunto jurídico no puede dejar de resultar grato: siempre se aprende algo nuevo y el tema analizado gana limpidez. Un buen ejemplo nos los proporciona el tema de Derecho civil-constitucional materia del presente capítulo.

El artículo 62 de la Constitución ha sido materia de múltiples comentarios y, como ha sido advertido<sup>179</sup>, encierra varios asuntos que

---

<sup>179</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tom o III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

-pesa a su clara vinculación- son diferentes entre sí. El más problemático, qué duda cabe, es el referido a la "santidad" de los contratos privados. Esto es, si es o no posible que el legislador modifique los términos de un contrato en ejecución. ¿Puede una norma modificar los términos de un contrato en ejecución que ha sido celebrado antes de su puesta en vigencia? La "santidad" contractual indicaría que la respuesta debe ser rotundamente negativa. Un contrato, una vez celebrado, no puede ser alterado por el legislador de ninguna manera. No todos, sin embargo, entienden a la "santidad" contractual de este modo. Quizá, podría decirse que consideran que los contratos no son tan "santos" y, por consiguiente, pueden ser alterados por el legislador después de su celebración. Hay dos tesis en torno a la santidad de los contratos. Dado el distinto alcance que cada una confiere a la "santidad" contractual, a la primera la denominaré tesis absoluta de la "santidad", en tanto que a la segunda, tesis relativa de la "santidad".

Pero eso no es todo, la "santidad" contractual, aunque prácticamente nadie lo haya dicho en nuestro medio, se vincula a un problema que la doctrina extranjera conoce como invalidez "sucesiva" o "sobreviniente". En efecto, si el legislador puede poner en vigencia normas que alteren los alcances de un contrato celebrado con anterioridad, ello puede implicar que el legislador puede invalidar contratos (o negocios jurídicos en general) mediante normas posteriores a su celebración: es decir, el contrato podría nacer válido, pero puede devenir en inválido gracias a una norma posterior. Una destacada doctrina italiana señala sobre el particular lo siguiente: "El debate más amplio se refiere a la nulidad sobrevinida: el fenómeno por el cual **el contrato, válido a la luz de la situación fáctica y normativa existente al momento de la celebración, devenga sucesivamente nulo por hechos o normas sobrevinidas tras la celebración**"<sup>180</sup>.

Este asunto problemático, como se comprenderá, involucra aspectos que no han gozado de la atención de nuestros estudiosos. En este capítulo analizaré algunos de tales aspectos, los que paso a presentar como afirmaciones que intentaré defender a lo largo de este capítulo: i) aplicar la segunda tesis en la *praxis* puede ser muy complicado, ii) las críticas

ROPO, Vincenzo *El contrato*. Traducción de Néstor Carretero Torres, al cuidado de Egeña Ariano Deh Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

que una tesis lanza contra la otra, pueden ser aplicadas contra ella misma, iii) las normas supletorias y dispositivas no deben formar parte del análisis sobre la santidad contractual, y iv) una invalidez sobrevenida no es admisible, en cualquier caso lo que podría entenderse como un supuesto de invalidez sucesiva, debe concebirse como un supuesto de resolución de contrato. Así, pues, vamos a tratar de echar algunas luces sobre el “lado oscuro” de la “santidad” de los contratos privados. No pretendo, en modo alguno, ser exhaustivo y lograr la claridad del total en este “lado oscuro”. Mi objetivo con estos apuntes es mucho más modesto: presentarle a usted, amable lector o lectora, ese “lado oscuro” y así tratar de contribuir, al menos con un granito de arena, a la mejor comprensión de este fundamental, pero problemático asunto.

## II. LA TESIS DE LA “SANTIDAD” ABSOLUTA

La protección absoluta de la “santidad” tiene como defensores a dos connotados profesores de Derecho Constitucional: Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales Ballesteros.

Rubio afirma que la teoría de los derechos adquiridos, en el ámbito de los contratos, es la consagrada en el artículo 62 de la Constitución: “Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza”<sup>181</sup>.

¿Qué implica el establecimiento de la teoría de los derechos adquiridos en el campo de los contratos? El autor citado nos da esta respuesta:

“Esta teoría sostenía que una vez establecidas las condiciones de un acto jurídico determinado, debían permanecer inalteradas hasta que las mismas partes convinieran lo contrario. Añadía que si las leyes posteriores pretendían modificarlas, serían aplicadas retroactivamente, es decir al momento anterior a su vigencia en que fue perfeccionado tal acto jurídico, declaración unilateral, pacto contrato etc.”<sup>182</sup>.

---

§ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 2

§ Ib. dem., p. 2



Rubio explica que, para los efectos de la aplicación de las normas en el tiempo, se tienen dos soluciones opuestas: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. El artículo 103 de la Constitución establece la segunda teoría “que, en síntesis, sostiene que a cada hecho se aplica la norma vigente en su momento: a los efectos del contrato firmado en un determinado momento, se aplicará la ley existente al momento de su perfeccionamiento hasta que dicha ley sea modificada o derogada, momento a partir del cual, a los efectos del mismo contrato se aplicará la nueva legislación”<sup>183</sup>. Pero el artículo 62 de la Constitución, “sin establecer regla general distinta” y al decir que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”, excluye al contrato de la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, para en relación con él instaurar la teoría de los derechos adquiridos<sup>184</sup>.

El autor, sobre la base de la idea de que siempre es necesaria una prudente intervención estatal en los contratos ya celebrados y pendiente de ejecución, manifiesta su desacuerdo con esta regulación constitucional: “hemos ya sostenido que la posición más correcta es la del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, es decir, recoger el principio del hecho cumplido”<sup>185</sup>.

Finalmente, Rubio –discrepando de una idea que sostuviera César Ochoa Cardich a mediados de los años noventa– enseña que no se puede sostener que el artículo 62 de la Constitución se refiere únicamente a los contratos ley, de tal suerte que la teoría de los hechos cumplidos se aplique a los contratos sin mayor problema. Esto es así por dos razones: i) “el texto se refiere indiscutiblemente a todos los contratos y no solo a los contratos ley”, y ii) “la precisión de estabilidad de los contratos ley sería innecesaria porque la idea estaría ya incluida en el concepto mismo y está ratificada en la parte final del artículo”<sup>186</sup>.

Por su parte, Bernales sostiene que la primera parte del artículo 62 de la Constitución “estatuye para los contratos el principio de los

§ Ib dem. 18

§ Ib dem. 18

§ Ib dem. 18

§ Ib dem. 18

derechos adquiridos en materia de aplicación temporal de normas y, por consiguiente, de aplicación ultraactiva de las disposiciones que estuvieron vigentes al tiempo de perfeccionamiento del contrato, y que sean posteriormente modificadas”<sup>187</sup>. En este sentido, agrega que la “teoría de los derechos adquiridos, recogida en este artículo 62, que dice que si un acto jurídico –en este caso un contrato– se realizó al amparo de cierta normatividad, es dicha normatividad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogadas por otras. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido”<sup>188</sup>.

Sin embargo, tal como hace Rubio, Bernaldes expresa su descontento con este precepto constitucional. A su juicio, la “santidad absoluta” no es nada saludable ante eventuales convulsiones económicas imprevisibles que pueda experimentar el país. Si bien el Código Civil contempla la excesiva onerosidad de la prestación como un mecanismo para enfrentar dichas convulsiones, ello es insuficiente. Mejor es conferir la posibilidad al legislador de modificar los términos contractuales de forma automática para enfrentar con celeridad situaciones urgentes, en lugar de esperar a que el Poder Judicial lo haga. De hecho, situaciones de esta clase generarían un enorme aumento del número de procesos judiciales destinados a “corregir” el contrato en curso de ejecución<sup>189</sup>.

### III. LA TESIS DE LA “SANTIDAD” RELATIVA

La tesis de la “santidad” relativa es la que puede considerarse hoy dominante. Su expositor principal es el profesor Carlos Cárdenas Quirós. Esta tesis también ha sido defendida por los destacados profesores Manuel De La Puente y Lavalle, Max Arias-Schreiber Pezet, Baldo Kresalja Rosselló, César Ochoa Cardich, Juan Espinoza Espinoza y, más recientemente, por Aníbal Torres Vásquez.

---

§ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. RAO, Lima, 9

187

§ Ib dem., 187

§ Ib dem., 187

Cárdenas parte de la consideración de que la absoluta “santidad” de los contratos es propia del liberalismo clásico que resulta muy anticuado para estos tiempos, en los que prima una visión humanista del contrato, dejándose de lado la concepción meramente individualista de este. Por ende, se impone la necesidad de ensayar una interpretación que restrinja los alcances de la teoría de los derechos adquiridos en el campo de la contratación privada:

“Lo expuesto explica que, frente a circunstancias verdaderamente graves, el legislador vea la necesidad de intervenir, excepcional y transitoriamente, en las relaciones jurídicas en curso de ejecución (...) Si la fuerza de la ley, que el individualismo liberal extiende al contrato, puede ser afectada por medidas de excepción, ¿cabe proclamar la llamada santidad, soberanía o intangibilidad del contrato como dogma? Si la respuesta fuera afirmativa, posición que no comparto, entonces habría que propender también el inmovilismo legal o inmutabilidad de orden legal, invocando para ello la idea de **inseguridad** que produce todo cambio legislativo”<sup>190</sup>.

Ante ello, Cárdenas asevera que lo apropiado es implantar la teoría de los hechos cumplidos en materia contractual, de modo que el artículo III del Título Preliminar del Código Civil sea aplicable también a tal materia:

“El artículo III citado consagra la aplicación inmediata de la ley, lo que supone, en el caso específico de las relaciones obligatorias vigentes, es decir aquellas que se encuentran en curso de ejecución, que se les aplique las nuevas normas imperativas o de orden público, mas no las supletorias de la voluntad de las partes. Ello se explica por el hecho de que no pueden ser invocados derechos irrevocablemente adquiridos respecto de normas de orden público o de carácter imperativo”<sup>191</sup>. (...) A continuación, Cárdenas expone una idea que considero de suma importancia para mi análisis: “Debe indicarse que la aplicación inmediata de la ley a las relaciones en curso de ejecución no implica que sean afectadas las condiciones de

① CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos . “Autonomía privada, contrato y Constitución” . En: AAVV. *Contrato y Mercado*. Gaceta Jurídica, Lima, 1996.

② Ib dem, p. 10

validez y forma de dichas relaciones. Si ello se admitiera, se trataría de una aplicación retroactiva de la ley que, como se ha expresado, está autorizada por la Constitución únicamente en el campo penal<sup>192</sup>.

Cárdenas también argumenta que la teoría de los derechos adquiridos no puede ser la acogida por el artículo 62 de la Constitución, ya que afirmar lo contrario implicaría reconocer que “todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia”. Con esto no tendría mayor sentido diferenciar entre un contrato cualquiera y un contrato-ley. Pero hay más, Cárdenas asevera que sosteniendo la aplicabilidad de la teoría de los derechos adquiridos a los contratos privados se puede arribar a la idea absurda según la cual los contratos privados ostentan un privilegio de intangibilidad superior al de los contratos-ley, porque mientras la intangibilidad de los contratos-ley se refiere a ciertos aspectos, la intangibilidad de los contratos privados –según la teoría de los derechos adquiridos– abarca todos sus aspectos, sin excepción<sup>193</sup>.

En tal contexto, Cárdenas señala que se hace necesaria una interpretación restrictiva. Al respecto señala: “Si los contratos pueden celebrarse libremente, si bien con sujeción a las normas imperativas y de orden público, es razonable pensar que si tales normas son alteradas, las nuevas normas, en la medida en que tengan también carácter imperativo o de orden público, resulten de aplicación a la relación obligatoria en curso de ejecución. Se trataría de un caso de simple aplicación inmediata de la ley<sup>194</sup>. Cárdenas insiste en la consideración según la cual carece

9 Ib dem. p.7

9 Ib dem. p. 9 “De acuerdo con su naturaleza, los llamados contratos-ley conciben sobre derechos de estabilidad del régimen tributario referido al impuesto a la renta; del régimen de libre disposición de dividendos; de libre remesa de utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos que perciben los inversionistas y sociedades; de utilizar el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario el derecho a la no discriminación; a la estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquier era de sumidades, así como de los regímenes de promoción de explotación; y, en el caso de los contratos de arrendamiento financiero estabilidad total del régimen tributario. En el caso de los contratos en general, la estabilidad comprendería todas las circunstancias vinculadas a ellos, sin excepción ni restricción alguna. En ese orden de ideas, el régimen sería más ventajoso sin necesidad de requerirse la celebración de un contrato con una entidad del Estado. Esta sería, en definitiva, la diferencia entre uno y otro supuesto. Mientras los contratos-ley vinculados a un particular con el Estado el principio de intangibilidad del contrato regiría para todos los contratos celebrados entre particulares”.

9 Ib dem. p.10

de sentido entender que la teoría de los derechos adquiridos es aplicable a los contratos, toda vez que ello se traduciría en una injustificada equiparación entre el contrato-ley y el contrato privado: “¿Qué justificación, qué utilidad tendría entonces el reconocimiento constitucional de los contratos-ley de manera concreta si no constituyen una figura excepcional?”<sup>195</sup> Dado que para el sistema peruano lo esencial es la predominancia de las normas de orden público, las partes no pueden pactar en sentido diverso: “Si tales normas de orden público son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, estas últimas deben ocupar necesariamente su lugar. Empero, ello no ocurrirá si las nuevas normas tienen naturaleza puramente supletoria”. Y, enseguida, Cárdenas se pregunta “¿por qué no interpretar que el primer párrafo del artículo constitucional se refiere precisamente a este supuesto y, por tanto, reservar la intangibilidad de los contratos solo a aquellos aspectos que no conciernan a cuestiones que involucran normas de orden público o imperativas? ¿No sería esto coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto?”. Concluye el autor que vengo citando destacando que con su interpretación restrictiva “se corregiría el exceso verbal de la norma, atribuyéndole alcances menos amplios de los que supuestamente le corresponden, partiendo de una interpretación sistemática o interdependiente”<sup>196</sup>.

De La Puente también señaló que lo mejor hubiera sido no establecer la intangibilidad de los contratos en el artículo 62 de la Constitución, sino continuar con el régimen de intervención estatal sobre los contratos en ejecución, tal como indica el artículo 1355 del Código Civil<sup>197</sup>. Dado que el enfoque liberal clásico sobre el contrato ya ha sido superado, no existe inconveniente alguno para aceptar que el Estado ostenta amplias facultades de limitación de la autonomía privada de los sujetos. Por ello “no cabe duda que las reglas y limitaciones deben observarse en los contratos celebrados después de la entrada en vigencia de la ley que las impone”, pero “la situación no es tan evidente en el caso de los contratos ya celebrados”<sup>198</sup>. El autor reconoce que existirían dos escollos para

9 Ib dem, 18

9 Ib dem, 18

9 DE LA PUENTE Y LAVALLE, M ana l. *El contrato en general*. P alestra, L ima, 2004

9 Ib dem, 18

admitir esto último: i) la alteración por ley de un contrato ya celebrado “equivaldría a crear una relación jurídica distinta de la convenida por los contratantes”, y ii) “este procedimiento determinaría dar a la ley efecto retroactivo”<sup>199</sup>.

De La Puente se encarga de estos escollos con este par de argumentos: i) Si los contratantes saben que existe una norma que preceptúa que “las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación”, y ii) que las leyes modifiquen contratos en ejecución, que han sido celebrados antes de su puesta en vigencia, no es aplicación retroactiva de dichas leyes, sino una “opción que guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos”<sup>200</sup>. Bajo tal orden de ideas, De La Puente, admitiendo que se ha “producido el enfrentamiento entre la Constitución y el Código Civil, cuya consecuencia es la prevalencia de la primera sobre el segundo”, expresa esta visión de conjunto con relación al artículo 1355 del Código Civil y 62 de la Constitución: “(...) la Constitución deriva hacia la inmutabilidad del contrato por razones de leyes posteriores a su celebración, mientras que el Código Civil permite que leyes posteriores puedan imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de contratos ya celebrados (...) Pienso que en tanto no se declare inconstitucional el artículo 1355 este continuará vigente, con la salvedad de que en casos específicos los jueces prefieran el artículo 62 de la Constitución sobre el artículo 1355 del Código Civil, en aplicación del artículo 138 de la Constitución”.

Arias-Schreiber patrocina ideas análogas<sup>201</sup>, indicando que nuestro Código Civil “ha sido permeable a los profundos cambios introducidos en el transcurso del tiempo y al fenómeno del dirigismo y del intervencionismo contractual, pero sin abandonar esa conquista que

---

9 Ib dem, 18 8

0 Ib dem, 189

0 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max *Exégesis. Tomo de Normas Legales, Lima*, 18

significa para la civilización el respeto por la palabra empeñada". Agrega, siguiendo planteamientos de Louis Jossierand, que "el dirigismo contractual tiene que ser orden y no anarquía y hay que evitar que los excesos puedan provocar la crisis de la contratación, con todas sus funestas consecuencias". En tal sentido, la finalidad de la regulación contractual es permitir "una adecuada correlación entre los intereses individuales y comunitarios, de un modo tal que la autonomía de la voluntad, al tiempo que conserva su vigencia, no sea absolutamente soberana. Como derivación de este enunciado, la estabilidad contractual ha dejado de ser dogma y la libertad no debe tener fin exclusivamente egoísta y debe conciliarse con el bien común"<sup>202</sup>.

Sobre tales argumentos, Arias-Schreiber alega que el artículo 62 de la Constitución es una norma que "no está destinada a prohibir la dación de leyes orientadas a regular aspectos de la contratación (...) nada impide que en el futuro pueda dictarse una ley con carácter de emergencia y sustentada en razones de interés público, que de algún modo limite o canalice la libertad de contratar (...) Lo que la Constitución debe haber establecido es que ninguna ley puede modificar los términos y condiciones de un contrato ya ejecutado, pues se estaría atentando contra derechos adquiridos y destruyendo la seguridad jurídica"<sup>203</sup>. Concluye este autor declarando su adhesión a la interpretación propuesta por Cárdenas, no sin antes subrayar que las normas imperativas relativas a la forma y condiciones de validez no pueden afectar a los contratos ya celebrados<sup>204</sup>.

De igual modo obran Kresalja y Ochoa, quienes respaldan en todos sus términos a la interpretación expuesta por Cárdenas y añaden que la misma se encuentra reforzada "por la definición del tipo de Estado de Derecho prevista en la Constitución y por el sistema de **economía social de mercado** a que se refiere el artículo 58 de la Norma Suprema. Aun cuando las declaraciones programáticas del Estado Social de Derecho han sido suprimidas o minimizadas en la Carta de 1993, el artículo 43 declara que: La República del Perú es democrática, **social**, independiente y soberana. Ciertamente, una **República social** y un régimen de

202 Ib dem, p.88

203 Ib dem, p.99

204 ARIAS-SCHREIBER PEZET, M a O te it, p.9

economía social de mercado no son compatibles con un **Estado Mínimo** dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso de la fuerza, y a garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados entre tales individuos”<sup>205</sup>. Por su lado, Espinoza también hace suyo el enfoque de Cárdenas, y concluye que “el artículo 62 de la Constitución se refiere solo al caso de las normas supletorias. Con ello, la coexistencia con el artículo 1355 del CC sería posible, ya que este último se referiría a normas imperativas. En mi opinión, el artículo 62 de la Constitución se refiere a un supuesto general, mientras que el artículo 1355 del CC a un supuesto especial”<sup>206</sup>.

Finalmente, en su más reciente libro, Torres manifiesta que el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil pueden convivir, ya que no puede entenderse a la libertad contractual en un sentido tan absoluto, sino de una manera restringida, defendiendo –con tenacidad, como veremos dentro de poco– una intervención razonable del Estado. Dice Torres que el “Derecho de los contratos ha abandonado el principio medioeval que consideraba que **lo libremente acordado es justo** como si fuera una verdad de fe, a consecuencia de haberse tomado conciencia de las categorías o clases de personas, o que comenzó con los trabajadores, siguió con los inquilinos urbanos o rurales, luego con los deudores de préstamos dinerarios, en los últimos años con los consumidores y usuarios de bienes y servicios (...) Una sociedad que defiende la santidad de los contratos a pie de juntillas, por considerar que los contratantes son personas iguales, libres, solidarias, fraternas, es una sociedad que vive de espaldas a la realidad, que esconde la cabeza como el avestruz para no ver que por lo general el contratante fuerte abusa del débil, que lo único que le interesa es el lucro, sin importarle para nada la salud y moral públicas, la destrucción del medio ambiente, de los recursos naturales, el envenenamiento de las aguas con los relaves mineros, el exterminio de las especies marinas con la pesca indiscriminada, el atentado contra la vida y la integridad física con el ejercicio al margen de la ley de la actividad de transporte terrestre y aéreo, el atentado diario contra la salud y moral de la niñez y la juventud a través

---

205 KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008.

206 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Grijley, Lima, 2010.



de la prensa hablada, escrita y televisiva, etc. (...) En materia de contratos hay que rechazar la tiranía de la ley, de los jueces y de las partes, tratando de conciliar, en todo momento, los intereses económicos y los sociales, garantizando que haya crecimiento económico, pero con desarrollo social (...) el Estado no solamente puede sino debe intervenir en el contrato mediante la ley para imponer reglas o delimitar el contenido de los contratos”<sup>207</sup>.

#### IV. UNA DEFENSA DE LA TESIS ABSOLUTA DE LA “SANTIDAD”: LOS CRÍTICOS PLANTEAMIENTOS DEL PROFESOR ALONSO MORALES ACOSTA

Como se podrá advertir, la tesis de la “santidad” absoluta es del gusto de pocos. Ya mostré que incluso quienes –como Rubio y Bernales– sostienen que la Constitución ha instaurado esta tesis, reniegan de esta solución, afirmando que se trata de una mala política constitucional. Nuestra doctrina se muestra contraria a las ideas de los parlamentarios Enrique Chirinos Soto y Carlos Torres y Torres Lara que, en el seno del debate constitucional de 1993, defendieron con energía la idoneidad de la “santidad” absoluta de los contratos como herramienta clave para alcanzar un vigoroso desarrollo económico<sup>208</sup>.

No obstante, el profesor Alonso Morales Acosta<sup>209</sup> ha presentado cuestionamientos contra la doctrina dominante: no solo asevera que la intangibilidad plena del contrato es consagrada en el artículo 62 de la Constitución, sino que también afirma que tal es la solución más conveniente. Veamos:

Morales parte de la premisa según la cual nuestra Constitución acoge el modelo de economía social de mercado, el cual “cree y fortalece las decisiones económicas de los agentes (empresas y consumidores), respeta la autonomía privada, la libre iniciativa, la libre organización y

<sup>207</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo I, Pacifico. Lima, 1997. p. 6.  
<sup>208</sup> Así lo informan RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 3. KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. Ob. cit., p. 3.  
<sup>209</sup> MORALES ACOSTA, Alonso. *El artículo 62 de la Constitución y su importancia en el Derecho contractual y en el desarrollo del mercado*. En: <http://www.wttw.com/informacion/articulos/62> (consultado el 22/02/2007).

la igualdad ante la Ley. No es un modelo perfecto, pero es el modelo que ha modernizado países y permitido que otros se alejen del subdesarrollo rápidamente (EE.UU., Canadá, Japón, Corea del Sur, Australia, Nueva Zelanda, etc.)". Agrega que "si las partes han hecho un esfuerzo por informarse (en un caso para producir y en el otro para adquirir), estudiando el contexto en el cual se va a contratar (lo cual, incluye la normatividad vigente), invirtiendo tiempo y recursos en la negociación, celebración, adopción de formalidades y ejecución en el tiempo de sus prestaciones (ajustando su organización al contrato), canalizando aportes significativos con ese fin, nos preguntamos ¿si resulta coherente que la modificación del ordenamiento jurídico contractual alcance a los contratos celebrados bajo la ley anterior?, ¿no afecta ello la seguridad jurídica y con ello el incentivo a las inversiones?, ¿cómo exigirles a las partes que prevean cualquier cambio en las reglas de juego desde antes de la celebración del contrato? y, si ello fuera posible, ¿no elevaría ello excesivamente los costos de transacción al extremo que la contratación no podría producirse?"<sup>210</sup>.

El intervencionismo estatal sobre contratos ya celebrados, según Morales, sería nocivo para la economía nacional, ya que cada "vez que el Estado confunde su rol e interviene en los contratos crea deficiencias, pérdida de recursos, desconfianza y desincentivos para la inversión. En cambio, si opta por no intervenir, permite la eficiencia del sistema contractual, ya que los particulares pueden tomar decisiones más beneficiosas y renegociar en su caso (si lo acordado no permite la maximización de sus beneficios), sin que ello genere dudas sobre la seguridad de su inversión"<sup>211</sup>.

Luego, Morales presenta cuatro argumentos contra la tesis de la "santidad" relativa:

- i) No es necesario negar la "santidad" para evitar los abusos de los poderes económicos, dado que el ordenamiento jurídico ha contemplado mecanismos de defensa ante un exceso de los privados que afecte valores esenciales. Mecanismos que se puedan hacer valer solo ante el Poder Judicial (...) si el orden público que se invoca se

---

<sup>210</sup> Ib dem, p<sup>2</sup>

<sup>211</sup> Ib dem, p<sup>6</sup>

sustenta en reglas básicas de convivencia o en “derechos naturales”, entonces preexiste al contrato y cualquier infracción de este invalida los términos contractuales, de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil (...) cuyo texto permite al juez con prudencia y equidad caso por caso, pronunciarse sobre lo que es “orden público y buenas costumbres”<sup>212</sup>.

- ii) La teoría de los hechos cumplidos puede aplicarse en múltiples ámbitos, pero no en sede contractual, porque existe “una convicción de principio y práctica que armoniza con el Régimen Económico Constitucional: **nadie sabe mejor que las propias partes lo que más conviene a sus intereses** y por más bien intencionada que sea la intervención del Estado (en favorecer a una o a todas las partes), tendrá consecuencias negativas, generará desconfianza e incertidumbre, afectará la seguridad del tráfico y desincentivará las inversiones”<sup>213</sup>.
- iii) No es correcto entender que la “santidad” absoluta disuelve la diferencia entre los contratos privados y los contratos-ley. Esta diferencia se mantiene siempre, debiéndose tener en cuenta que la suscripción de un contrato privado en modo alguno altera las potestades y facultades del Estado sobre los ámbitos de su competencia, cosa que sí ocurre en un contrato-ley, en cuya celebración sí participa el Estado, restringiendo su *ius imperium*. Morales propone un par de ejemplos: “si bien el Estado no puede cambiar las estipulaciones de las partes en un contrato, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, ello no implica que esa operación no pueda ser gravada con el impuesto a la renta respecto del arrendatario. Si bien el Estado no puede interferir en los términos de una compraventa internacional, ello no le impide fijar los aranceles atendiendo a sus políticas de comercio exterior”<sup>214</sup>.
- iv) Es equivocado sostener que el artículo 62 de la Constitución se refiere solo a las normas supletorias, ya que eso no es lo que efectivamente dice el texto de la Carta Magna, “pues si un contrato ya nació

2 Ib dem,p6

3 Ib dem,p7

4 Ib dem,p9

bajo un régimen legal, no hay distingo que valga, la Carta Constitucional no quiere que se le toque, sus cláusulas son inmutables, solo las partes pueden alterarlas". Finalmente, agrega que "si lo que se persigue es evitar que el Estado interfiera en la contratación este distingo abriría la puerta para su elusión, pues bastaría que el Estado declarara que la norma que está dando tiene carácter imperativo (por derivar de la noción de orden público) para que la referida norma sea aplicable al contrato vigente, con lo cual la finalidad de la norma constitucional quedaría desnaturalizada y su eficacia neutralizada"<sup>215</sup>.

## V. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A diferencia de los capítulos anteriores, en este no haré referencia al enfoque de la Corte Suprema de Justicia, sino a algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, esto es claramente más conveniente ya que estamos estudiando normativa constitucional. Así que, pese al título de la obra, en este apartado espero no defraudar al amable lector o lectora que me viene acompañando, por el hecho de no citar sentencias en casación.

En una conocida decisión, el Tribunal Constitucional parece pronunciarse en favor de la tesis de la santidad absoluta. En efecto, en el fundamento 35 de la sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC, de fecha 03/10/2003, se señala que la intangibilidad de los términos contractuales no solo es para los términos de los contratos-ley, "sino, en general, para todo término contractual":

"En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62 de la Constitución. Por un lado, de conformidad

---

215 Ib dem. p. 10

con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no solo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, estos **no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase**".

Esta idea se toma como base en una decisión posterior: la sentencia recaída sobre el Exp. N° 003-2004-AI/TC, con fecha 23/09/2004, cuyo fundamento 13 dice:

"(...) este Colegiado ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62 de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no solo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, **todo término contractual**, 'no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [STC Exp. N° 005-2003-AI/TC: Caso Contrato - Ley con Telefónica]'".

En tal sentido, en esta misma decisión (fundamento 14), el Tribunal Constitucional sugiere que, por ejemplo, una ordenanza municipal no puede alterar los términos de un contrato:

"Si bien la ordenanza impugnada, en puridad, no modifica términos contractuales, sí deja sin efecto contratos y convenios -lo que es peor-, al utilizar esta vía para declarar su nulidad; es decir, la vulneración del artículo 62 se produce porque ha quebrantado la regla constitucional que dispone que: **los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley**. En consecuencia, siendo esa la regla, los artículos 1 y 3 de la Ordenanza N° 07-2003-MDA devienen en inconstitucionales". Nótese, pues, que si la ordenanza modificara los términos contractuales, por eso mismo hubiera resultado inconstitucional.

Más recientemente, sin embargo, el supremo intérprete de la Constitución emitió una decisión que sugiere que la tesis de la "santidad" absoluta no es aplicable más que al contrato-ley, ya que afirma que este constituye el único supuesto de ultractividad amparado por la Constitución. Me refiero a lo expuesto en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Exp. N° 03320-2009-PA/TC, de fecha 05/07/2011:

“(...) el artículo 103 de la Constitución, cuyo texto prescribe que la **ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos**. El único supuesto constitucional de ultractividad de las leyes lo tiene el contrato-ley, que según la sentencia recaída en el Exp. N° 00005-2001-AI/TC, garantiza la inmodificabilidad del **estatuto jurídico particular fijado para su suscripción**”.

De tal contexto, resulta que nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de una forma del todo clara en relación con la cuestión objeto de análisis. Las primeras decisiones citadas pueden servir de soporte a quienes pretendan sostener que el máximo intérprete de la Constitución respalda la tesis de la “santidad” absoluta”. Otros, en sentido contrario, pueden tomar a la última decisión citada como base para postular que dicho tribunal abre la puerta a la tesis de la “santidad” relativa en materia de contratos celebrados entre particulares.

## VI. EL PROBLEMA DE LA INVALIDEZ SUCESIVA O SOBREVINIENTE DEL NEGOCIO JURÍDICO: ASPECTOS BÁSICOS

Como se recordará, indiqué al inicio del presente capítulo que la invalidez sucesiva o sobreviniente es un problema directamente implicado a la “santidad” contractual, pese a que la doctrina peruana casi ni se haya planteado este asunto.

Una autorizada doctrina alemana no se hace problema con el asunto y, sin más, reconoce la posibilidad de una nulidad sobrevenida: “La nulidad sobrevenida también puede producirse en consideración al contenido del negocio jurídico, como en los casos en que el negocio solo con posterioridad contraria las buenas costumbres o queda contemplado por una Ley prohibitiva promulgada más tarde”<sup>216</sup>.

No obstante, dada la harto conocida influencia de su Código Civil sobre el nuestro, en materia contractual, prefiero centrarme en adelante en los planteamientos de la doctrina italiana que resultan pertinentes:

---

<sup>216</sup> FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de Esther Gómez y José María Miñón. I. Fundación Cheloni del Nostrario Madrid. 1996.

Para empezar, cito una precisión importante de un célebre autor: “Ciertamente, si el efecto del negocio es inmediato e instantáneo, no es concebible, ni, en último término, influyente, un póstumo defecto del negocio, que ha agotado ya su función genética”<sup>217</sup>. Es decir, es completamente impertinente predicar una invalidez sucesiva respecto de un negocio ya ejecutado plenamente.

Ahora bien, Vincenzo Roppo, autor que ya cité más arriba, señala que el asunto se reduce a un tema de aplicación de normas en el tiempo. Según Roppo, si fuera del ámbito penal también es viable la aplicación retroactiva de las normas, una norma prohibitiva puede aplicarse retroactivamente sin problema, de modo que se aplique a los contratos celebrados precedentemente, “haciéndolos *ex post* ilícitos o ilegales y, por tanto, nulos”<sup>218</sup>. Si se aplica este criterio a nuestro ordenamiento, la nulidad sobrevenida sería inadmisibles porque la aplicación retroactiva, en nuestro país, únicamente es permitida en materia penal.

Otra destacada doctrina señala que “el negocio, en tanto existe, no puede ser más que inmediatamente válido o inválido: si es válido, ya no puede ser invalidado, porque según las ideas expuestas, tendría que devenir tal desde el principio (*ex tunc*), y ello implicaría una inexplicable contradicción interna del ordenamiento jurídico. Dicha contradicción podría superarse solo si una nueva norma dispusiera la invalidez de los negocios ya válidamente realizados: nada más que así se terminaría proponiendo una inadmisibles violación del principio de irretroactividad de la ley”<sup>219</sup>. En tal sentido, se señala que en los casos excepcionales donde pareciera que existe invalidez sobrevenida, se impone la necesidad de entenderlos como supuestos de ineficacia (no de invalidez) sucesiva<sup>220</sup>. Se precisa también que, al margen de estar de acuerdo o no con la admisión de la invalidez sobrevenida, no es posible negar que los supuestos de tal figura “son poquísimos y del todo excepcionales”<sup>221</sup>.

1 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido de Antonio Martín Pérez. Caracas, Granada, 1982.

2 ROPPO, Vincenzo. *loc. cit.*

3 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducido de Leyser León Grijley, Lima, 1988.

4 *Ibidem*, p. 19.

5 *Loc. cit.*

Un defensor de la figura de la invalidez sucesiva señala que la misma, sin embargo, debe entenderse en su debida dimensión, sin extenderla indebidamente. De este modo, si una nueva ley no es conforme con lo establecido en el contrato en ejecución, se tiene que concluir que tal contrato es inválido desde el momento en que entra en vigor dicha ley, la cual tendría, por tanto, un efecto *ex nunc*, toda vez que la validez del negocio no puede mantenerse habiendo operado un cambio en el ordenamiento<sup>222</sup>. En los mismos términos se pronunció una clásica doctrina<sup>223</sup>, la cual indica que sí es viable una invalidez sucesiva, pero la nueva norma necesariamente debe tener una eficacia *ex nunc*, puesto que si se pretende una aplicación retroactiva de tal norma, se llegaría al absurdo de atribuir, al mismo tiempo, validez e invalidez al contrato.

Massimo Bianca informa que la doctrina italiana se encuentra notoriamente dividida respecto de la figura de la invalidez posterior o sucesiva, aunque él reconoce posible una invalidez sobrevenida ya que es factible una eficacia excepcionalmente retroactiva de las normas, pero hace una advertencia muy importante: “De cualquier forma, es necesario tener presente que la ineficacia que se deriva de la invalidez posterior es una vicisitud resolutoria, pues encuentra su título en un hecho posterior al perfeccionamiento del contrato y eficacia del contrato”<sup>224</sup>.

¿Qué ideas conclusivas se pueden extraer de estas posturas doctrinales? Creo que las siguientes: i) es obvio (pero importante subrayarlo) que el problema de la invalidez sucesiva, y por ende el de la “santidad” contractual, no se vincula a contratos cuya ejecución ha culminado, y ii) nadie sostiene que la posible invalidez sucesiva produzca efectos desde el momento de la celebración del contrato, solo los produciría desde la puesta en vigencia de la nueva norma.

Así las cosas, tomando como base lo dispuesto en el artículo 1371 de nuestro Código Civil, considero como aplicables al sistema peruano las afirmaciones de Renato Scognamiglio y Massimo Bianca: la nulidad sobrevenida, técnicamente hablando, no es jurídicamente admisible, de

---

2 CARRESI, Franco *Il contratto*. Tomo de I, Giuffrè, Milán, 1966.

3 MESSINEO, Francesco *Il contratto in genere*. Tomo de I, Giuffrè, Milán, 1968.

4 BIANCA, Massimo *Derecho Civil 3. El Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Corts. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.



lo que se trataría es de un supuesto de ineficacia sobreviniente, o sea de resolución. Hasta antes del momento en que entra en vigor la nueva norma que establece la “invalidez” del contrato ya celebrado, este es válido, y esta validez no puede ser negada por la nueva norma (a menos que se proponga una –constitucionalmente inviable– aplicación retroactiva de tal norma). Por consiguiente, el asunto debería plantearse en términos de eficacia, no de invalidez. Me permito recordar una de las conclusiones del capítulo I de esta obra: el negocio nulo nace “muerto”, de manera que un negocio que efectivamente nació “vivo”, de ninguna manera puede considerarse nacido “muerto”. Justamente a este absurdo se refiere Francesco Messineo.

Puede ahora responderse la pregunta planteada en el título de este capítulo: ¿puede un acto jurídico nacer válido y luego devenir en nulo? La respuesta es negativa. Lo que sucede, insisto, es que la dación de una ley puede resolverlo, que es una cosa muy distinta.

Conforme a la tesis de la “santidad” absoluta, por tanto, una resolución de contrato provocada por la dación de una nueva norma no es posible. De acuerdo con la tesis de la “santidad” relativa, contra lo que pudiera pensarse, tampoco sería posible una resolución total del contrato por causa de una nueva normativa. En efecto, hay que recordar que, según la tesis de la “santidad” relativa, la nueva normativa no es capaz de afectar los elementos de validez del contrato, de manera que el mismo podría seguir subsistiendo pese a tal normativa. Sin embargo, como veremos en seguida, la aplicación práctica de esta última tesis conlleva una serie de inconvenientes.

## VII. EL LADO OSCURO DE LA “SANTIDAD”: LOS INCONVENIENTES SUBSISTENTES

Ha llegado mi turno, amable lector o lectora. Era presupuesto indispensable informar con cierto detenimiento en torno al estado de la cuestión hoy en día, a fin de inyectarle claridad al análisis crítico que pasaré a exponer en este apartado.

Un primer sector del lado oscuro de la “santidad” es la aplicación, en el plano de la *praxis*, de la tesis de la “santidad” relativa. No tengo duda de que más de uno piensa que seguramente pretendo buscarle la

quinta pata al gato porque la cuestión es, en verdad, elemental: el legislador puede dar normas imperativas y no imperativas, pero únicamente las primeras pueden alterar los términos de un contrato ya celebrado, no las segundas. Pues no. La razón es muy simple: no es esto exactamente lo que postula la tesis de la santidad “relativa” y, por eso mismo, no le es del todo aplicable el cuarto argumento expuesto por Morales. Paso a explicarme con más detalle:

Recuérdese que la tesis de la “santidad” relativa indica que hay un tipo de normas imperativas que era incapaz de alterar los términos de un contrato ya celebrado: las normas imperativas sobre la forma y normas imperativas sobre la validez. Y aquí está el peliagudo problema: ¿qué normas que regulan el contrato, siendo imperativas, no tienen que ver con la validez del mismo? ¿Por qué esta pregunta constituye un serio inconveniente? Lo es debido a que, según opinión unánime de los estudiosos de la validez del negocio jurídico (y el contrato es el ejemplo paradigmático del negocio o acto jurídico), toda norma imperativa que regula a un negocio, se vincula a su validez. De hecho, las normas imperativas sobre la forma del negocio también son normas de validez.

Decía que la tesis de la santidad “relativa” puede neutralizar la cuarta crítica de Morales: no es cierto que los términos contractuales queden abandonados a su suerte frente a la libre discrecionalidad del legislador, dado que las normas imperativas sobre forma y condiciones de validez no pueden afectar contratos ya celebrados antes de su puesta en vigencia. Sin embargo, según la teoría de la validez del negocio jurídico, tales normas no existirían. Esta circunstancia no haría más que fortalecer la crítica formulada por Morales.

Así es, conforme a la más acreditada doctrina, la validez del negocio o acto jurídico (y, por ende, del contrato) importa establecer que el negocio no tenga defectos o vicios en alguna parte de su estructura, puesto que si los tuviera el negocio devendría en inválido. Y cuando se habla de estructura, debe entenderse –como enseñaba uno de nuestros más conspicuos estudiosos de la materia<sup>225</sup>– que se hace referencia a los

---

225 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2009, p. 98. Para él, en resúmen de primera instancia tener en cuenta que “(). a pesar de la diversidad de p. nio- nes, existe en la actualidad en nuestro cnc. ep. o. na. tendencia cada vez más ni. fo. me. a. estab. ecer. q. la

elementos, presupuestos y requisitos del negocio. Es muy gráfica la doctrina que indica que la validez significa que los componentes del negocio cumplen con las “directrices” que para ellos establece el sistema jurídico. El negocio válido es, pues, un negocio jurídicamente “regular”. Es fácil entender a la invalidez, entonces, como “irregularidad jurídica”<sup>226</sup>. La invalidez, a su vez, tiene dos tipos: la nulidad y la anulabilidad. La nulidad se presenta cuando el defecto o vicio que aqueja a la estructura del negocio involucra intereses que el ordenamiento jurídico considera relevantes para toda la comunidad, o sea intereses no “disponibles” por los particulares que celebran el negocio. En otras palabras, la “irregularidad” que presenta el negocio nulo afecta intereses que el ordenamiento considera de relevancia general. La anulabilidad, en cambio, se tiene cuando la “irregularidad” del negocio únicamente afecta intereses particulares, que son, por consiguiente, “disponibles” por la o las partes<sup>227</sup>.

La validez implica que los presupuestos, elementos y requisitos del negocio respeten las normas imperativas que les resultan aplicables. Ya José León Barandiarán destacaba que la invalidez (que él denominaba “nulidad” en sentido general) suponía que el acto o negocio jurídico carecía de un ingrediente primordial exigido por el ordenamiento o alguno de sus aspectos violaba una prohibición legal<sup>228</sup>. Nuestra

estructura del presupuesto de hecho del negocio jurídico está conformado por elementos, requisitos y presupuestos.

Dentro de los elementos del negocio jurídico existe la finalidad total en consideración a la declaración o declaración de voluntad en el elemento fundamental del negocio jurídico (...). La mayoría de los atributos considerados los elementos son la declaración de voluntad a causa.

Además de los elementos, en la actividad se acepta también que el negocio jurídico tiene dos presupuestos, antecedentes o términos de referencia, los cuales son el sujeto y el objeto debido a que a nivel del negocio jurídico nadie afirma que el agente capaz y el objeto sean elementos del negocio jurídico (...). Cabe destacar que es absurdo sostener que el sujeto y el objeto que son antes que existan en la realidad jurídica independiente del presupuesto jurídico dan ser elementos complementarios del negocio jurídico.

Debe darse claramente establecido que existe también coincidencia en señalar que los dos presupuestos antes mencionados forman parte de la estructura del negocio jurídico por no ser elementos, sino complementos (...).

Finalmente, en la actividad se acepta también que además de los elementos y de los presupuestos, el negocio requiere también para su validez de ciertos requisitos, aplicables a los elementos y otros a los presupuestos (el resaltado me pertenece). Nótese, pues, que no son los elementos, sino también los presupuestos y requisitos guardan estrecha relación con la validez del negocio jurídico.

2 BIANCA, Massimo. *Lezioni*.

2 BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLY, Francesco; DONATO BRECCIA, Umberto. *Derecho Civil*. Tomo I, Vb. II. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

2 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. Tomo II, WG Editores, Lima, 1983.

doctrina actual también es unánime al señalar que la invalidez se presenta cuando algún factor de la estructura del negocio jurídica no “sintoniza” con alguna norma imperativa<sup>229</sup>. La doctrina italiana también se expresa en este sentido. De este modo, se ha dicho que la invalidez expresa un “juicio desfavorable” del ordenamiento jurídico con relación al negocio, de modo que “la invalidez típicamente hace referencia a la estructura del acto”<sup>230</sup>. Tomando a la nulidad como paradigma de invalidez, se afirma que en esta hay una carencia de los requisitos exigidos por la ley, de tal suerte que se tiene “una divergencia entre el estado de hecho puesto ante el juez, y el esquema del supuesto de hecho del negocio, el cual es configurado por el legislador”<sup>231</sup>. Un clásico autor asociaba el asunto a la idea de “desperfecto”, cuando señalaba que la invalidez “indica la posible negativa culminación del normal procedimiento de formación del contrato; culminación que, como tal, se contrapone a aquella de la validez, o perfección”<sup>232</sup>.

Por lo tanto, toda norma imperativa que incide sobre el negocio, se vincula a su validez. Si hay un “desperfecto” en el negocio que ocasiona su invalidez, de por medio está –necesariamente– una norma imperativa. No existen normas imperativas que regulen al negocio, pero que no se vinculen a su validez. Siendo ello así, cuando se dice que el artículo 62 de la Constitución no se refiere a las normas imperativas que regulan el contenido de los contratos, pues esa alusión necesariamente es total, no puede ser parcial. No es viable distinguir entre normas imperativas que regulan validez y normas imperativas que no regulan tal cosa. En mi opinión, si lo que se pretende es hacer una interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, no parece adecuado que la validez del contrato se tome como punto de referencia.

Si yo tomo a la forma del contrato y sostengo: “las normas imperativas que regulan la forma no se aplican a los contratos ya celebrados antes de su puesta en vigencia”. Ante ello, se me puede preguntar :

2 VIDAL RAMÍREZ, Fernando *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 01 p. § TORRES VÁSQUEZ, Aníbal I. *Acto jurídico*. Idemsa, Lima, 01 p. § § ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Rdb s, Lima, 01 p. §

0 CARRESI, Francesco *Lezioni di diritto*

1 SACCO, Roberto *En: SACCO, Roberto y DE NOVA, Giorgio Il contratto*. Tomo II, Unione Tipografica Editrice Triestina, Trieste, 1993

2 MESSINEO, Francesco *Lezioni di diritto*

“¿Y las normas imperativas que regulan la capacidad, la posibilidad del objeto o la licitud de la finalidad del negocio? ¿Por qué unas sí y otras no? ¿Por qué la capacidad sería más o menos importante que la forma del negocio? ¿Por qué el objeto sería más o menos importante que la declaración? ¿Por qué la posibilidad del objeto sería más o menos importante que otros factores estructurales?”. Admito que se pueden esbozar algunas respuestas, pero lo cierto es que en este momento no se pueden hallar en nuestra doctrina: he aquí, amable lector o lectora, parte del lado oscuro de la “santidad” contractual en nuestro sistema legal. Pero ese lado oscuro es más extenso.

En efecto, otra parte del área oscura tiene que ver con la distinción entre normas imperativas, supletorias y dispositivas. Toda vez que el artículo 62 de la Constitución constituye una regulación sobre límites a la autonomía privada, debe considerarse que esta norma constitucional no puede referirse a las normas dispositivas, ni tampoco a las supletorias. Por tal razón, en mi opinión no puede existir una relación “regla general-regla especial”, tal como la plantea parte de la doctrina de la “santidad” relativa, entre el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil, porque las normas dispositivas y supletorias tienen una naturaleza muy diversa a la de las normas imperativas. Estas tienen íntima relación con los límites a la autonomía privada; aquellas, muy por el contrario, no.

Las normas supletorias presuponen que la o las partes no hayan regulado un determinado aspecto del negocio, de modo que se presenta una laguna en la determinación voluntaria. Las normas supletorias “suplen”, precisamente, estas lagunas. Las normas supletorias actúan, entonces, sobre aquellos aspectos que los sujetos han dejado sin reglamentación al celebrar el negocio<sup>233</sup>. Un ejemplo se encuentra en el artículo 1530 del Código Civil, el cual establece que, salvo pacto en contrario, el vendedor asume los gastos de entrega y los gastos de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento los asume el comprador. Si en el contrato de compraventa, las partes nada pactan sobre los gastos de entrega, se tiene que aplicar esta norma supletoria. Las normas dispositivas, en cambio, están dirigidas a establecer un orden de intereses

3 ROPPO, VincenzO le it,¶

estándar, pero nada impide a las partes alterar dicho orden instaurando diferentes reglas en su negocio jurídico. Así, la norma dispositiva contiene una regla que se aplica dentro de los límites en los que no haya sido dictada por los sujetos una regla distinta<sup>234</sup>. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 1005 del Código Civil, el cual dispone que el usufructo se rige por el contenido de su acto constitutivo y, en lo no previsto en este, por el Título III de la Sección III del Libro V del Código Civil.

Un distinguido estudioso enseña que las normas supletorias y dispositivas no constituyen límites a la autonomía privada, ya que los límites genuinos están contruidos sobre la base de normas inderogables. Así es, las normas de derecho privado se distinguen en derogables e inderogables. Para la aplicación de las inderogables, es del todo irrelevante la eventual voluntad conforme o disconforme de sus destinatarios, cosa que no ocurre con las derogables, donde dicha voluntad sí es determinante para su aplicación<sup>235</sup>. Claro, de qué límites puede hablarse si los particulares pueden “derogar” tales normas. Un límite que puede ser trasgredido, ciertamente no es tal. Esto explica la razón por la que connotados autores estudien las normas supletorias y dispositivas al margen de los límites que experimenta la voluntad en la contratación, en virtud de las normas imperativas<sup>236</sup>. Entre normas imperativas, por un lado, y normas dispositivas y supletorias, por otro lado, hay una neta contraposición. Mientras las primeras restringen a la autonomía privada, las segundas son “amigas de la autonomía privada”, ya que en lugar de limitar, facilitan el desarrollo de esta autonomía<sup>237</sup>.

Ahora bien, retomando mi idea anterior, opino que no puede establecerse una relación de “regla general-regla especial” entre el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil, de modo que el primero se refiera solo a las normas supletorias, en tanto que el segundo a normas imperativas. Con relación a este aserto, para que exista una relación de “regla general-regla especial” debe existir una antinomia, esto es que dos normas sean incompatibles. Según enseña Norberto Bobbio, la antinomia presupone la concurrencia de dos condiciones:

---

234 Ib dem, 133

235 GAZZONI, Francesco *Manuale di Diritto Privato. E dizini Scientifiche Italiane*, N.º 4, es, 94

236 BIANCA, Massimo *Le it*, 133

237 ROPPO, Vincenzo *Le it*, 133

que las normas incompatibles pertenezcan a un mismo ordenamiento jurídico y, por otro, que posean un mismo ámbito de vigencia temporal, espacial, personal y material<sup>238</sup> ¿Cómo resolver la incompatibilidad mencionada? En sede de Teoría General del Derecho se han elaborado tres criterios de solución abstractamente posibles. Dichos criterios son: el jerárquico –según el cual la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior–, el cronológico –según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior–, y el de especialidad –según el cual la norma de contenido más particular o concreto prevalece sobre la de contenido más general o abstracto–<sup>239</sup>. El criterio de especialidad solo aplica cuando las normas incompatibles tengan un ámbito de vigencia solo parcialmente coincidente. La razón de este último criterio “es clara, puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (...)”. La aplicación del criterio de especialidad presupone “el paso de una regla más amplia (que abarque cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (una *species* del *genus*)”<sup>240</sup>. Cabe precisar que un problema diferente es el relativo al orden de preferencia entre los mentados criterios, ya que a menudo a un mismo caso es aplicable más de uno de ellos y con resultado diverso. Ello da lugar a las denominadas antinomias de segundo grado. Es pacífico en la doctrina que el criterio jerárquico prevalece sobre los otros dos y que el de especialidad, por regla general, prima sobre el cronológico<sup>241</sup>.

Ahora bien, las normas imperativas, supletorias y dispositivas no pueden formar parte de un mismo *genus*. Por el contrario, hay una diferenciación trascendental entre ellas. Unas se vinculan con los límites a la autonomía privada, y regulan intereses que el legislador considera de sensible importancia, por lo que los sustrae del control de los particulares. En cambio, las otras normas son ajenas a la idea de límite, y regulan intereses disponibles por los sujetos. Esta sustancial diferencia teleológica es más que suficiente, –según una clásica y autorizada opinión no

---

3 BOBBIO, Norberto *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero Temis, Bogotá, 9

189

9 Ib dem, 19

0 Ib dem, 19

1 Ib dem, 19

cuestionada hasta hoy<sup>242</sup>— para sostener que las normas dispositivas y supletorias merecen un tratamiento jurídico diferenciado de aquel que corresponde a las normas imperativas.

Por consiguiente, si se afirma que el artículo 62 de la Constitución se refiere a las normas dispositivas y supletorias, en tanto que el artículo 1355 del Código Civil a las normas imperativas, y que la primera es una norma de tipo especial, en tanto que la segunda una de tipo general; se presentan un par inconvenientes de no escasa importancia.

Así es, primero, parece difícil que una norma constitucional resulte ser una especificación de una norma del Código Civil. En todo caso, ante el enfrentamiento entre los criterios de especialidad y jerarquía, se tiene que preferir a este último, según la recomendación general de la doctrina. Nótese que el artículo 62 de la Constitución se encuentra respaldado también por el criterio cronológico.

Segundo, y este es el inconveniente más serio, la aplicación de las normas supletorias, dispositivas e imperativas, en conjunto, no puede dar lugar a una antinomia. La aplicación de normas imperativas, como ya quedó dicho, constituye un asunto harto diferente al de la aplicación de las normas supletorias y dispositivas, de manera que no pueden constituir un ámbito común de aplicación que es presupuesto indispensable para la antinomia normativa. Acompañeme, amable lector o lectora, a ver esto con más detalle:

La doctrina de la “santidad relativa” parece entender que el artículo 1355 del Código Civil establece que el legislador puede cambiar el contenido de los contratos ya celebrados, ejercitando su poder de dar normas. En tanto que el artículo 62 de la Constitución, restrictivamente entendido, indica que el legislador puede cambiar el contenido de los contratos ya celebrados, pero solo dando normas imperativas, no supletorias ni dispositivas. Así las cosas, opino que no es apropiado sostener que en este escenario el artículo 1355 del Código Civil sea una norma general, en tanto que el artículo 62 de la Constitución una norma especial. No, porque esto, técnicamente hablando, constituye una superación

---

<sup>242</sup> CARNELUTTI, Francesco *Metodologia del Diritto*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1998, p. 98.



de la supuesta antinomia por interpretación y, en consecuencia, no implica de ningún modo aplicación de criterio de especialidad (por eso no puede hablarse de “regla general-regla especial”). Es decir, no me valgo de alguno de tres criterios para solucionar la antinomia, sino que en este caso, vía interpretación restrictiva de la norma constitucional-evito que la misma se presente: no soluciono la antinomia, sino que la prevengo<sup>243</sup>.

Lo que acabo de señalar, no lo niego, tiene el aspecto de una precisión meramente terminológica. Pero no, lo que ocurre es que esa interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución involucra, a su vez, otros inconvenientes peliagudos:

La aludida interpretación restrictiva parte de una premisa que ya ha sido cuestionada: que la aplicación de normas imperativas, dispositivas y supletorias pueden conformar un solo asunto, de manera que una interpretación más amplia o estricta del artículo 62 de la Constitución puede implicar que este se refiere a los tres tipos de normas. Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución no puede referirse a normas que no sean imperativas, ya que las normas dispositivas y supletorias no tienen que ver con los límites a la autonomía privada. De manera que si se ensaya una interpretación restrictiva del artículo 62, en el sentido de que se refiere únicamente a normas dispositivas y supletorias, este perdería prácticamente todo su sentido práctico. Y una interpretación que conduce a vaciar el significado práctico de un precepto constitucional no parece oportuna. Creo que esto es más fácil de apreciar con un enfoque aplicativo:

La tesis de la “santidad” relativa sostiene que el contrato ya celebrado puede ser alterado por las normas que dicte el legislador, pero estas solo pueden ser imperativas, no dispositivas ni supletorias. Ahora, ¿qué ocurriría si negamos esto y entendemos que el legislador pudiese alterar el contenido de los contratos mediante la dación de normas supletorias y dispositivas? Pues casi nada, porque si las partes no aceptan la nueva regulación, pueden cambiarla sin mayor inconveniente, justamente porque las normas dispositivas y supletorias son derogables.

<sup>243</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica*. Traducción de Pau Lluís Sánchez y Maribel Naráez Morales. Madrid, 2013. pp. 53-54.

Entonces, surge otra interrogante ¿por qué proteger los términos de los contratos ya celebrados de la nueva legislación dispositiva y supletoria, si las partes pueden librarse de ella sin ningún problema ya que se trata de legislación derogable? ¿Por qué la Constitución, en su artículo 62, “blindaría” a los contratos de un factor (nueva normativa dispositiva y supletoria) del cual las propias partes pueden librarse fácilmente (porque se trata de normativa derogable)? Como se podrá advertir, la interpretación restrictiva que maneja la tesis de la “santidad” relativa desemboca en un exceso: quita casi todo contenido práctico al artículo 62 de la Constitución. Un partidario de la tesis crítica de Morales podría agregar de inmediato: “¿Por qué atentar contra el significado práctico de una norma de la Carta Magna a fin de preservar una norma del Código Civil, no debería ocurrir, más bien, todo lo contrario?”

¿Por qué se presenta el inconveniente? Pues, por lo que ya he mencionado más de una vez, la aplicación de normas supletorias y dispositivas es un asunto muy ajeno a los límites de la autonomía privada. El artículo 62 de la Constitución contiene un precepto relativo a los límites de la autonomía privada, por ello no guarda relación con las normas dispositivas y/o supletorias, que no son empleadas por el legislador para limitar dicha autonomía.

¿Implican todas estas consideraciones que hay que respaldar la teoría de los derechos adquiridos en el ámbito de la contratación? ¿El tratar de asomarse al lado oscuro de la “santidad”, nos hace ver que esta debe ser comprendida de en términos absolutos? No lo creo.

A primera vista, no puede negarse que hay una contraposición entre el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil. Si ello es así, no caben dudas para considerar que este último ha sido derogado tácitamente. Empero, creo que hay que evitar la antinomia porque así lo impone la sistemática de la Constitución. Decir esto, naturalmente, me obliga a referirme a la tesis defensora de la “santidad” absoluta.

Me parece que hay dos cuestiones que deben deslindarse: i) ¿cuál es la mejor política económica que se puede adoptar en la Constitución?, y ii) ¿cuál es la política efectivamente adoptada por nuestra Constitución? Son dos cuestiones muy diversas entre sí: una es de *lege ferenda*, la otra es de *lege data*. Se pueden discutir por horas y horas sobre cuál es la respuesta a la primera cuestión, pero la segunda sí es más sencilla.

En este punto, me adhiero a las ideas de la doctrina mayoritaria, por lo que considero que la tesis de la “santidad” absoluta no encuadra dentro del esquema de la economía social de mercado que acoge nuestra Constitución. Aplicar la teoría de los derechos adquiridos al contrato, hoy en día, es aceptar la vigencia de un enfoque del Derecho contractual propio del siglo XIX. Equivale a decir que las ideas decimonónicas –ya superadas– del fundador de la teoría de los derechos adquiridos, Georges Antoine Chabott De L’Allier (1758-1819), y de su máximo exponente, Philippe Antoine Merlin (1754-1838)<sup>244</sup> siguen vigentes en el campo de los contratos, en pleno siglo XXI. El Derecho contractual ha evolucionado de forma asombrosa en la última centuria, motivo por el cual albergó muchas dudas sobre la idoneidad de seguir aplicando actualmente la teoría en mención.

No creo que contra esta consideración se pueda oponer el argumento según el cual los jueces pueden impedir los abusos de los privados valiéndose del artículo V del Título Preliminar del Código Civil o de otros mecanismos, como la excesiva onerosidad de la prestación. Pues si se dice que el legislador no debe intervenir porque lo hace mal, lo mismo se puede aseverar con relación a los jueces. Lamentablemente, nuestras autoridades políticas y judiciales no tienen buen prestigio en los tiempos actuales, de modo que no habría mucha diferencia en confiar en los jueces o en los legisladores a fin de hacer frente a los fenómenos de abuso de poder privado o de imponderables problemas económicos que afecten a toda la población. Como bien dice Bernal, es más práctico que la ley solucione el problema, antes que los jueces reciban un caudal descomunal de procesos.

La tesis de la “santidad” relativa criticaba a la tesis de la “santidad” absoluta el hecho de disolver las diferencias entre el contrato privado y el contrato ley. Empero, ya se vio que esta crítica interpretativa se le puede aplicar también a la tesis de la “santidad” relativa, ya que esta afecta el significado práctico del artículo 62 de la Constitución. No obstante, no puedo dejar de mencionar que el hecho de que si fuera cierto (aunque ya se vio que Morales lo niega) que la tesis de la “santidad” absoluta termina por diluir la diferencia entre contrato-ley y contrato

---

<sup>244</sup> MONROY CABRA, M arcG erardo *Introducción al Derecho*. Temis, B gb á. 99

privado, ello no sería un argumento decisivo contra la tesis de la “santidad” absoluta.

En efecto, que diferentes supuestos de hecho tengan los mismos efectos jurídicos es un fenómeno normal en un ordenamiento. Por ejemplo, para seguir en el ámbito de la contratación, los diferentes casos de patologías de actuación del representante al celebrar negocios jurídicos por su representado, tienen el mismo efecto jurídico: la ineficacia (art. 161 del Código Civil). De igual forma ocurre con el oferta contractual y el contrato de opción, ambos son diferentes supuestos con iguales efectos jurídicos (arts. 1382 y 1419 del Código Civil). Consecuentemente, si alguna interpretación del artículo 62 de la Constitución asumiera que el contrato ley y el contrato privado tienen los mismos efectos, ello en sí mismo no constituye un defecto suficiente para descartarla.

Finalmente, cuando la tesis de la “santidad” absoluta alega que la misma es conveniente porque protege de la mejor manera la libertad contractual, lo cual es indispensable dado que las propias partes son los mejores jueces de lo conveniente para sus intereses, está exponiendo un argumento de *lege ferenda*, no de *lege data*. Por ejemplo, amable lector o lectora, retomando el caso con el que inicié este escrito, suponiendo que se trata de mi persona. Usted podría decirme que no acuda a tomar el café con la persona extraña, porque podría generarme algún inconveniente de la más diversa índole. Pero no podemos negar que otras personas podrían tener una opinión muy diferente. De hecho, quizá usted realmente me recomendaría que acuda. Me permito agregar algo más: imaginemos que se trata, la persona desconocida en cuestión, de una guapa médica de mi edad, y es el caso que ambos estamos solteros ¿Qué me recomendaría usted? Puede usted decirme que de todos modos no debo ir al café, porque esas circunstancias personales de la “desconocida” no eliminan la posibilidad de tener serios inconvenientes. Pero también una tercera persona podría darme un consejo diametralmente opuesto ¿A quién le debo hacer caso? ¿Realmente la mejor decisión la puedo tomar yo, o mejor debo guiarme de un consejo?

Debemos admitir que el asunto puede llegar a ser muy subjetivo. Y es que no todos están de acuerdo con la premisa de que lo mejor para el sistema económico es tomar como eje a la capacidad de autodeterminación del individuo. Insisto, es un argumento a nivel de *lege ferenda*.

Pienso que debe optarse por la tesis de la “santidad” relativa, pero con algunas precisiones que a continuación paso a explicar antes de poner punto final a este capítulo.

### **VIII. HACIA UNA NUEVA COMPRESIÓN DE LOS LÍMITES DE LA SANTIDAD: EL ROL PRIVATIVO QUE DEBEN CUMPLIR LAS NORMAS CON RANGO DE LEY**

Hay que interpretar restrictivamente el artículo 62 de la Constitución, eso es seguro dado el modelo de carácter social que ha escogido nuestra Constitución (que ello sea o no lo mejor, es un asunto diferente y complejísimo). Establecer murallas infranqueables sobre los contratos en curso de ejecución de modo que el legislador nada pueda hacer sobre ellos ante cualquier clase de circunstancia grave e imprevista, me parece una idea propia de decimonónicos adalides de la teoría de los derechos adquiridos. Tales murallas no tienen cabida en un sistema jurídico del siglo XXI y que, además, tiene carácter social.

No obstante, la interpretación restrictiva que propone la doctrina dominante implica una serie de inconvenientes que son difíciles de superar. La necesidad de tomar un camino diferente se impone. Debo anotar, no obstante, que ya excedí el objetivo de este capítulo: señalar el lado oscuro. Recorrer todo el nuevo camino no es algo a lo que me haya comprometido con usted, amable lector o lectora. En este apartado solo efectuaré un esbozo de solución al problema.

He sostenido que el artículo 62 de la Constitución no puede referirse a normas que no sean imperativas. Entonces, dada la necesidad de una interpretación restrictiva, debemos señalar que la norma constitucional no se refiere a todas las normas imperativas, sino a una parte de ellas solamente ¿Cómo determinar qué normas imperativas se encuentran contempladas en el artículo 62 de la Constitución al regular la “santidad” contractual, y qué otras normas no? Tarea nada simple.

Pienso que una buena idea a tomar en cuenta para solucionar la pregunta que se acaba de plantear es que el contrato es más importante que el derecho de propiedad. Si esto es así, el contrato debería tener una protección superior a la propiedad o, en el peor de los casos, una protección semejante a la máxima protección que posee la propiedad.

Aquí también debemos tomar en cuenta el propio tenor del artículo 62 de la Constitución, que utiliza la palabra “ley”.

¿Es el contrato una institución jurídica de mayor trascendencia que la propiedad? Ni lo dude, amable lector o lectora. Desde la caída de los sistemas económicos basados en la tenencia de la tierra, la vida económica desde hace buen tiempo tiene como eje central al contrato. Este, una vez celebrado, desaparece, pertenece al pasado, lo que queda es la relación jurídica que produce. El paradigma de las relaciones contractuales, qué duda cabe, son las relaciones de crédito u obligatorias. En tal sentido, un prominente estudioso del tema afirma que la sociedad de hoy es una “sociedad crediticia”, debido a: i) la creciente importancia que en la sociedad moderna va asumiendo, respecto al momento estático del simple goce de los bienes, el momento dinámico de la actividad de “empresa”, que por una dirección se desarrolla a través de relaciones instrumentales con diferentes actores económicos, y por otra dirección desemboca en la colocación de la producción sobre el mercado (de masa) de los consumidores, necesariamente por medio de relaciones contractuales de carácter obligatorio; ii) el protagonismo asumidos por las actividades “financieras” (bienes de “segundo grado”) respecto a las actividades “reales” (bienes de utilidad **directa**) en general y a la propiedad **de terrenos** en especial, que en un tiempo representaba la riqueza por antonomasia, si no exclusiva; y iii) la esencialidad para cualquier empresa, por modesta que sea, de gozar de “crédito” como factor indispensable para poder operar con éxito<sup>245</sup>. Así pues, se tiene que el contrato es más importante que el derecho de propiedad, por tanto debe tener una protección superior a este derecho subjetivo.

En tal contexto, podría decir que toda norma imperativa de rango igual o inferior a la ley no puede alterar el contenido de un contrato ya celebrado. No obstante, normas con mayor jerarquía que la ley sí pueden hacerlo. Hasta aquí, no he hecho más que una interpretación estricta del tantas veces mencionado artículo 62: todas las normas jurídicas de primera categoría serían capaces de modificar los términos de un contrato ya celebrado. Pero esto es claramente insuficiente: no hay duda de

---

3 SCHLESINGER, Piero “Il primato del crédito”. En: *Rivista di Diritto Civile*. N° 6 Casa Editrice Antoni o  
Milani, P ada 98 8

que no es razonable emplear las leyes constitucionales o los tratados con habilitación legislativa para imponer límites específicos a la autonomía privada y a los contratos ya celebrados. Hay que interpretar el término ley de forma restrictiva, de modo que el legislador sí pueda intervenir en los contratos ya celebrados mediante un “tipo” específico de ley, y no con otro.

Para esto es de primera importancia tener en cuenta la clasificación esbozada por un sector de nuestra doctrina en torno a la estructura legislativa de nuestro país. Por un lado, tenemos a las categorías, las cuales “expresan un género normativo que reúne una condición prelativa de la que gozan determinados preceptos. Estos se ligan por características comunes o afines”. De otro lado, tenemos a los grados, los cuales “exponen un escalón, graduación o rango existente entre las normas al interior de una categoría”<sup>246</sup>.

Ante ello, podría postularse que el legislador puede alterar un contrato ya celebrado mediante leyes propiamente dichas, esto es con normas pertenecientes a la segunda categoría. Pero no podría hacerlo por medio de normas con fuerza de ley (que, como se sabe, no son leyes propiamente hablando), que conforman el sexto y último grado de la segunda categoría. De este modo, decretos legislativos, resoluciones legislativas u ordenanzas municipales no podrían en modo alguno alterar el contenido de un contrato ya celebrado. Así, queda a salvo el tenor del artículo 62 de la Constitución: cuando el mismo preceptúa que la “ley” no puede alterar los términos de un contrato ya celebrado, pues debe entenderse que se refiere solo a las normas con fuerza de ley, y no a las leyes propiamente dichas.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta, a efectos de reforzar la interpretación restrictiva propuesta, que si ninguna norma con rango de ley es suficiente para restringir la propiedad por medio de la expropiación, ¿cómo podría alterar un contrato ya celebrado, si el contrato es más importante que la propiedad? No debería poder. Solo una ley propiamente dicha es capaz de generar la expropiación, de modo que

<sup>246</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Introducción a las ciencias jurídicas*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998.

resulta razonable que solo esta clase de normas sea capaz de alterar los términos de un contrato ya celebrado, no otras.

En ese contexto, si bien, por las razones expuestas líneas arriba, no es viable una invalidez o nulidad sucesiva, lo que sí puede provocar una nueva ley propiamente dicha es la resolución del contrato. Invocando el citado artículo 1371, la causal sobreviniente sería, justamente, la puesta en vigencia de una ley. No resulta ocioso reiterarlo: la validez existente hasta antes de la puesta en vigencia de la nueva ley, no queda desconocida en ningún momento. Así, si el negocio nació “vivo”, no es aceptable que mañana más tarde se pueda decir lo contrario. Es más conveniente, en consecuencia, hablar de una ineficacia sobrevinida, antes que de una nulidad sobrevinida.

Con este esbozo de propuesta, porque ciertamente se pueden desarrollar más aspectos problemáticos, concluyo el presente capítulo. Espero haber logrado que usted observe el lado “oscuro de la santidad”. En todo caso, me contento con haber contribuido con el granito de arena aludido al inicio. No hay que temer demasiado a los lados oscuros. Tan es así que estoy casi seguro de que usted, amable lector o lectora, me recomendaría ir a tomar el café con la doctora. Al haber confirmado que no se trata de alguien peligroso, no dude usted que aceptaría vuestra recomendación.





**SEGUNDA PARTE**  
LA INEFICACIA  
DEL ACTO JURÍDICO



**CAPÍTULO I**  
EL ACTO EN EXCESO DE FACULTADES  
DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA  
¿REALMENTE ES INEFICAZ?



## I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo no pretendo más que llamar la atención sobre un problema que no es de simple solución. Tal problema, que en la práctica adquiere una importancia meridiana, es usualmente –por no decir siempre– ignorado por nuestra doctrina y jurisprudencia.

La explicación de esta situación es sencilla: de por medio existe una interrogante que ampliamente se ha considerado sin mayor importancia a nivel práctico, debido a que se suele entender que da lo mismo cualquiera de las dos posibles respuestas que se adopte.

El problema al que hago referencia es el siguiente: en la doctrina nacional (y a nivel de nuestra Corte Suprema) se sostiene, sin mayor cuestionamiento, que los actos de los llamados “representantes orgánicos” sin “poder”<sup>247</sup> son ineficaces, no nulos. Sin embargo, como veremos a continuación, existen interesantes argumentos para sostener todo lo contrario: tales actos no son ineficaces, sino nulos.

Evidentemente, usted, amable lector, y yo podemos estar convencidos de la ineficacia de los actos en cuestión, pero ello en nada afecta la existencia de argumentos que proponen, con entusiasmo, lo contrario y frente a los cuales nuestra doctrina (y jurisprudencia) ha guardado silencio (porque supone que carece de relevancia práctica establecer si la representación orgánica es o no un genuino supuesto de representación), lo que contribuye de manera importante a que nuestros operadores jurídicos, en estos casos, puedan encontrarse ante un serio aprieto.

Si bien los supuestos de “representación orgánica” son variados, en este capítulo haré referencia al que sin duda alguna es el más emblemático: el del gerente de una sociedad anónima.

---

<sup>247</sup> En más de una ocasión haré referencia al representante sin poder de manera general, queriendo con ello indicar el caso del representante que no tiene poder alguno (*falsus procurator*) o teniendo poder, no tiene el suficiente para llevar a cabo negocio jurídico terminado.

## II. LA SITUACIÓN DEL ACTO CELEBRADO POR UN REPRESENTANTE SIN PODER: LAS TEORÍAS ESBOZADAS POR LA DOCTRINA

Recientemente, una autorizada doctrina española ha graficado, con encomiable poder de síntesis, las diversas teorías que la doctrina ha esbozado para explicar la situación del acto o negocio jurídico celebrado por un representante que carece de poder de representación. Al respecto, se afirma que la “doctrina moderna (alemana, italiana, española) es ahora menos dogmática, argumenta más a partir de textos legales y atendiendo al fenómeno jurídico más que a ideas y prejuicios, con lo que la dialéctica y los enfrentamientos tienen menos acritud y es más fácil el trasvase de ideas”<sup>248</sup>.

Las teorías más importantes son cinco, las cuales paso a exponer de forma sucinta, tomando como base la doctrina que acabo de citar<sup>249</sup>:

- a) **La teoría de la nulidad:** el negocio realizado por un representante sin poder debe entenderse como nulo dado que se encuentra ausente la declaración de voluntad del representado, que es la auténtica parte del acto jurídico. En consecuencia, tal acto no requeriría de ninguna impugnación por parte del representado ya que su ausencia de efectos sería de pleno derecho; pero hay que precisar que en

<sup>248</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco *Representación sin poder y ratificación*. Cív tas - Tm sñ Reti ers, Pamñ na , 9 p 9 El atu o , es necesario mencina rlo info ma sb e la fo ma en q ab dan el tema lo estdi o s del sistema anglo ajú. Esto , manejando u enfq alejado de las cos tru cine s cnc ep- ta les y dgm áticas p p as del civil law, tienen p a p eo p ció sb e la natn aleza y sita ció jn ídica del acto celeb ado p el rep esentante sin p er, salo su ineficacia frente al rep esentado o dominus; “y les imp ta mu h más (de ah la amp ia jn isp de ncia y caso esgrimido ) la cu stió de la v nch ació del co ontratante y su p ib lidad, caso y tiemp de desv nch arse resp cto del cnt rato y del dominus, o la resp s ab lidad en q p de incn rir el falsus procurator” (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco Ob cit, p 90 a 91).

<sup>249</sup> No resli ta o io o reco dar ah a q , a la lz de lo disp sto en na stro Cdi go Cív l, ex sten do tip de ineficacia en materia de nego io jn ídico : i) la inx lidez (q cm p ende la nli idad y la anli ab lidad) y ii) la ineficacia en sentido estricto La inx lidez es na sanció jn ídica q se impe al nego io q p esenta “irregl aridades”, o sea, q al meno no de sa cm pe ntes esenciales no p esenta alguna de las cndi - cine s o características ek gidas p el o denamiento La ineficacia en sentido estricto en camb o se refiere a lo negoció ú lido (sin “irregl aridades”) q no p du en efecto p ciertas razne s ajenas a algún v cio de tip estru tu al. La inx lidez imp ica u análisis sb e el p ano estru tu al, en tanto q la eficacia sb e el p ano de lo efectó . Cm o se pr á adw rtir, el “rech zó o “cnde na” p p rte del o denamiento al cnt e- nido mismo de u nego io jn ídico imp ica inx lidez, no ineficacia en sentido estricto (al resp cto dentro de lo más reciente a niv l lo al, p de v rse: ESPINOZA ESPINOZA, Ja n. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jn ídica, L ima, 99 s).

ese marco conceptual hay distintas variantes: inexistencia, nulidad absoluta, o relativa, nulidad “sanable”<sup>250</sup>.

Aunque la doctrina europea mayoritaria se aparta de esta teoría, la misma cuenta con un firme defensor en tierras españolas: Antonio Gordillo Cañas. Para este autor, el acto realizado por el representante carente de poder no puede considerarse como válido, ni siquiera como existente, ya que la declaración del seudorepresentante (antes de la ratificación, claro está) no puede imputarse al representado (o, mejor dicho, falso representado) precisamente por falta de poder de representación, pero tampoco puede imputarse al propio seudorepresentante, ya que, al obrar en nombre ajeno, excluyó su voluntad de quedar vinculado por el negocio que ha celebrado. Por consiguiente, lo correcto sería concluir que la adecuada calificación del negocio representativo celebrado sin poder sería la de su nulidad, entendida en un sentido amplio, como equivalente a inexistencia<sup>251</sup>.

- b) **La teoría de la anulabilidad:** el negocio representativo sin poder se concibe como existente, pero inválido. El tipo de invalidez es la anulabilidad, y no la nulidad propiamente dicha, al entenderse como equivalentes los conceptos de ratificación y confirmación del negocio anulable<sup>252</sup>.
- c) **La teoría de la eficacia sometida a condición:** el negocio celebrado por el seudorepresentante es perfecto y válido, pero ineficaz mientras no se verifique la ratificación. De esta manera, la ratificación actúa como condición suspensiva impuesta por el sistema legal, constituyéndose en una *conditio iuris*. Esta teoría parte de la consideración según la cual la declaración del falso representante tiene una existencia innegable y exenta de vicios, de modo que la ratificación solo actuaría sobre la eficacia del negocio. En vista de su Código Civil, algunos autores italianos suelen destacar que esta teoría tutela de modo conveniente los intereses del falso representado y del tercero contratante. Por un lado, el supuesto representado no sufre ninguna alteración no autorizada por él en su esfera jurídica y, al

---

0 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco O. *loc. cit.*, p. 100 a 0  
1 *Ib. dem.*, p. 100  
2 *Ib. dem.*, p. 100 a 0



mismo tiempo, puede hacer suyo el negocio si lo desea, vía ratificación. Por otro lado, el tercero contratante se encuentra habilitado para demandar al *falsus procurator* por los daños que se puedan presentar como consecuencia de la ineficacia, y mantiene la esperanza de que el falso representado se anime a ratificar. Esta teoría encuentra sus primeros antecedentes en los trabajos de los juristas alemanes Ernst Zimmermann y Otto Karlowa, manteniendo una amplia audiencia en la doctrina actual de su país y en Italia. En España, sin embargo, no parece haber tenido tanta acogida<sup>253</sup>.

- d) **La teoría de la oferta:** parte de la premisa de que la voluntad del falso representado es decisiva para la configuración del negocio, al ser este el verdadero interesado, razón por la cual no hay negocio antes de que ocurra la ratificación. Esta habría determinado al negocio. Por ello, “lo preparado por el representante sin poder con el tercero solo puede ser considerado como una oferta del tercero al *dominus*, que se convierte en negocio al sobrevenir la aceptación de este a través de la ratificación”<sup>254</sup>.
- e) **La teoría del negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación sucesiva**<sup>255</sup>: se fundamenta, sin duda alguna, en la famosa teoría de la cooperación del romanista vienés Ludwig Mitteis. En efecto, se entiende que el negocio representativo es producto de una declaración conjunta del representado y del representante. No es el representado solo quien actúa (como quería Friedrich Karl Savigny, al afirmar que el representante no resultaba ser más que un órgano del representado<sup>256</sup>) en la celebración del negocio representativo, ni tampoco el representante en solitario (como quiere la llamada “teoría de la representación”). Así las cosas, el negocio realizado por el falso representante debe entenderse como **iniciado**, no como inexistente. Mientras no haya ratificación, lo que hay es un negocio **incompleto**: ya existe un ingrediente primordial, la declaración del representante, pero falta otro ingrediente igual de importante,

3 Ib dem, 16

3 Ib dem, 10 to a 0

3 Ib dem, 10 to a 0, 16

6 Al resp cto p rmitaseme remitir a: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fo t. *Poderes de representación. Aspectos doctrinarios y casuística jurisprudencial*. G aceta Jn ídica, L ima, 05 T

la declaración de voluntad del representado. Cuando esta llega, el negocio representativo se perfecciona y adquiere toda su eficacia.

Como bien advierte el autor que vengo citando, esta teoría se emparenta con la teoría de la oferta, teniendo como punto de partida los trabajos de Alessandro Graziani y Salvatore Pugliatti. Consideran que el negocio realizado por un falso representante no carece de voluntad (porque efectivamente se ha ejecutado una declaración de voluntad), sino que le hace falta solo uno de sus elementos volitivos que debe provenir del representado; ya hay una voluntad de contenido, declarada por el *falsus procurator*; hace falta la voluntad de decisión del supuesto representado; por lo tanto, antes de la ratificación, hay un negocio en potencia, esto es un negocio que se encuentra todavía en vías de formación, llegando a nacer con el arribo de un ulterior elemento constitutivo: la ratificación. Esta teoría parece haber tenido un éxito relativo en Alemania e Italia, pero sí ha conseguido imponerse en España<sup>257</sup>.

### III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS

Para empezar, cabe señalar que las teorías de la anulabilidad y de la oferta se consideran ya superadas y desestimadas por la moderna doctrina. Esta última no puede ser admitida porque reduce indebidamente el papel del falso representante al de mero oferente, sin ninguna vinculación, cuando claramente es más que eso. En efecto, el artículo 162 del Código Civil señala claramente que existe una relación jurídica entre el falso representante y el tercero, en la que no interviene el falso representado, y que puede ser resuelta antes de la ratificación de este. Mal se hace, en consecuencia, en concebir al *falsus procurator* como un mero oferente. De igual forma, la teoría de la oferta no explica de forma conveniente el actuar del falso representante en la realización de actos unilaterales. Imaginemos el caso de una oferta realizada por un seudo-representante ¿Es admisible entender que esta oferta es, a su vez, una oferta del *falsus procurator* dirigida al falso representado? Si se verifica la ratificación de esta oferta, se tendría que concluir que la oferta es un contrato, pero que no produce efecto jurídico alguno sobre una de las

---

3 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco J. *La oferta* a 16

partes, el falso representante. Inaceptable, por supuesto. Se agrega que esta teoría no brinda tampoco una explicación satisfactoria de la representación “en los actos jurídicos en sentido estricto ni la representación pasiva”<sup>258</sup>.

Con respecto a la teoría de la anulabilidad, no es de recibo equiparar el negocio anulable al negocio pendiente de ratificación. El primero está completo y ya produce efectos sobre la parte interesada (aunque tales efectos tengan carácter provisorio o “precario” hasta la anulación), cosa que no sucede con el negocio realizado por el falso representante, que, en tanto no ocurra la ratificación, ningún efecto produce sobre la esfera jurídica del que sería el genuino interesado. De igual manera, si el afectado con el vicio de anulabilidad desea desvincularse, es necesario que proceda a impugnar el negocio. En cambio, el supuesto representado que no tiene interés alguno en el negocio celebrado sin su autorización, no tiene necesidad alguna de impugnar tal negocio. Y es que la ineficacia es de pleno derecho, lo que de ninguna manera sucede con la anulabilidad (que requiere la sentencia constitutiva respectiva, conforme indica la primera parte del artículo 222 del Código Civil). Además, la confirmación es realizada por quien ha declarado su voluntad en el negocio viciado con la anulabilidad, cosa que no ocurre en la ratificación, que es efectuada por quien nada ha declarado en el negocio: el falso representado. La asimilación entre ratificación y confirmación es evidentemente impertinente<sup>259</sup>.

Por otro lado, suscribo por completo las críticas que se han formulado contra la teoría de la nulidad. No cabe hablar aquí de nulidad o inexistencia, puesto que el negocio celebrado por el falso representante, como ya se indicó líneas arriba, genera una verdadera relación jurídica con el tercero contratante, que puede ser materia de resolución. Si el acto celebrado por el *falsus procurator* fuera nulo, tal relación no debería surgir. Además, no puede dejar de recordarse que, según nuestro sistema, la nulidad no admite subsanación, de manera que la ineficacia resulta no solamente originaria, sino también definitiva, lo que no acontece con el negocio del falso representante, que puede adquirir plena

---

8 Ib dem. p. 10 a 2 l  
9 Lo .c it.

eficacia gracias a la ratificación posterior<sup>260</sup>. Gordillo afirma que este negocio no es más que una suerte de elemento fáctico, no jurídico (*quid facti*). Francisco Rivero, en posición que hay que compartir por lo que se acaba de anotar, advierte que es inviable sostener que el negocio así celebrado sea nada jurídicamente (*quid juris*)<sup>261</sup>.

Ahora bien, como ha sido notado inteligentemente<sup>262</sup>, buena parte de este debate depende de la posición que se adopte en torno al problema del rol que cumplen las declaraciones de voluntad del representado y representante de cara al negocio representativo:

Si se sigue la teoría de la representación, que considera que el negocio representativo es celebrado íntegramente por el representante, se entenderá que la ratificación del supuesto representado únicamente actúa sobre la eficacia del negocio (cuya estructura, repito, habría sido ultimada por el propio *falsus procurator*). Así, la ratificación constituiría un requisito de eficacia, de manera que el acto celebrado por el falso representante sería ineficaz. Como se comprenderá, se trataría de una ineficacia suspendida hasta el momento en el cual se produzca la ratificación.

No obstante, el autor que vengo citando defiende planteamientos que se pueden asociar a la llamada teoría de la cooperación de Mitteis. Mi opinión, desarrollada con cierta amplitud en mi monografía anterior, es diferente: yo sigo los planteamientos de la teoría de la representación, defendidas con fuerza por Josef Hupka en su clásico libro. Considero que Hupka logró refutar de forma contundente la celebrada teoría de su maestro. Empero, como profetizó Carl Crome<sup>263</sup>, no tengo más remedio que reconocer que la teoría de Mitteis ha tenido un gran porvenir. Su idea central ha sido revalorada en Alemania por Wolfram Müller Freienfels<sup>264</sup> y, en España, por autores del prestigio de Luis Díez-Picazo y Francisco Rivero. Sobre el particular, dice este último:

---

0 RIVERO HERNÁNDEZ, F ranciscoO l x it, 16

8 Ib dem, 166

2 Ib dem, 166

3 NINAMANCCO CÓRDOVA, F D t.O l x it, 2 0

4 Ib dem, 165

“En mi opinión es más correcto el razonamiento que ofrece a este respecto la teoría del negocio incompleto y en vías de formación, como creo que es el del falso representante una vez que me incliné por la teoría de la cooperación a la hora de explicar el fundamento de la representación –en general, y también en el negocio del *falsus procurator*, que lo es–; y por la concepción de este negocio como complejo, formado por la actividad jurídica del representante y la voluntad del representado, participe este con su poder o previo o con la ratificación ulterior; actos que, si bien autónomos estructuralmente, funcionalmente solo se justifican en relación con el negocio que el principal autoriza que afecte a su esfera jurídica; negocios en el que se integran uno y otra. Y este negocio complejo es de formación sucesiva, en el que el elemento esencial voluntad del *dominus* (lo que Pugliatti llamaba **acto o momento de decisión**) unas veces precede (poder) u otras sigue (ratificación) al acto del representante y tercero, lo cual no altera la naturaleza del negocio principal: venta es tanto la que lleva a cabo el titular del bien vendido, o si da poder suficiente a su representante, quien con él en la mano vende al tercero, o si vende el representante sin poder y luego ratifica el titular”<sup>265</sup>.

Ciertamente no es este el lugar para analizar de forma comparativa y crítica las teorías de la representación y de la cooperación. Empero, creo que cometería un craso error si sostuviera que el Código Civil peruano, conforme al texto de su artículo 161, adopta la teoría del negocio condicionado, descartando la teoría del negocio de formación sucesiva. Efectivamente, sería un error decir que al catalogar como ineficaz (y no inválido o inexistente) el negocio celebrado por el falso representante, hasta su posterior ratificación, la citada norma no hace más que consagrar la teoría del negocio condicionado. Así es, no se debe olvidar que la ineficacia del negocio del falso representante es una idea que puede encontrar cobijo tanto dentro de la teoría del negocio condicionado, como dentro de la teoría del negocio de formación sucesiva. En tal sentido, se concluye que:

“(...) el del *falsus procurator* antes de la ratificación es un negocio de formación sucesiva, no terminado a la falta de un elemento esencial

8 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco O. tit, 10

y, por tanto, ineficaz; con la ineficacia propia de lo que todavía **no es**. Pero está en una situación que le permite ser terminado con la ratificación, que lo perfecciona (negocio ya constituido) y le dará plena eficacia (vinculación con la contraparte y efectos típicos propios). Este es el dato que caracteriza la tesis que defiende y la distingue principalmente (explicación del fenómeno) de la anterior. Hay notable proximidad entre ambas, porque las dos se fijan en lo que le falta al negocio. La diferencia radica en que para una la eficacia depende de que llegue el hecho condicionante, que se produzca, con cierto mecanicismo (basta que ocurra); la otra, además de requerirlo, dice qué es y cómo actúa ese hecho (la ratificación). Por esto me parece más razonable y convincente”<sup>266</sup>.

#### IV. LA DOCTRINA NACIONAL MAYORITARIA SOBRE EL PROBLEMA: LA INEFICACIA DEL ACTO DEL GERENTE SIN “PODER”

Durante buen tiempo, vigente el actual Código Civil, nuestra Corte Suprema consideró que el acto jurídico celebrado por un representante sin poder era anulable, de conformidad con la posibilidad de “subsana-ción” contemplada en el artículo 230 del Código Civil. Así, sobre la base de un injustificado enfoque reduccionista que también confundía gruesamente los conceptos de confirmación y ratificación, se entendía que un negocio “defectuoso” podía ser nulo o anulable, dependiendo de si el defecto que contenía podía o no subsanarse. No existía lugar para una tercera posibilidad.

Un buen ejemplo de este enfoque lo encontramos en la resolución emitida el 17/07/1996 (Casación N° 100-95-Lima) por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República:

“(…) **Tercero.**- Que al establecer el artículo doscientos veinte del Código Sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el artículo ciento sesentinueve del mismo dispositivo legal, invocado como fundamento de la nulidad del acto jurídico, sí puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el artículo ciento sesentidós

---

6 Ib dem. p. 10

del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad (...)."

La situación, afortunadamente, vino a cambiar considerablemente debido a que, con acierto, evaluaciones realizadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, a inicios de la década siguiente, entendían que la ineficacia es un fenómeno distinto al de la invalidez. Es por tal motivo que encontramos, desde hace unos años, resoluciones emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema que consideran que el acto del representante sin poder no es anulable, sino ineficaz, resaltando también que en estos casos tampoco puede hablarse de nulidad en virtud del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil (nulidad de negocio jurídico por falta de manifestación de voluntad):

"(...) **Tercero.-** Que, al respecto debemos señalar, que conforme al artículo ciento sesenta y uno del Código Civil, cuando el apoderado se excede en sus facultades el acto deviene en ineficaz con relación a su representado, asumiendo el representante responsabilidad frente al representado como frente a los terceros; norma que debe concordarse necesariamente con el artículo ciento sesentidós del Código Civil, según el cual para el caso del artículo ciento sesentiuno, el acto puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, de donde debe concluirse necesariamente que al ser el acto ratificable no puede padecer de nulidad, de modo que se ha aplicado indebidamente el artículo doscientos diecinueve incisos sexto y sétimo del Código Civil (...)" (Casación N° 2596-02-Lima, del 20/01/2003).

"(...) **Noveno.-** Que, por lo demás, no es cierto que la sentencia esté 'obligando' a la empresa codemandada a interponer la acción de nulidad en los términos que hoy interpone el demandante, sino que advierte que en los casos de representación defectuosa como la que se denuncia en la demanda (y es la única causal de nulidad en la que se sustenta), es a la representada a quien asistiría el derecho de promover la ineficacia (y no la nulidad) de los actos que la afectan; de otro lado, nadie niega el interés para obrar de la demandante al pretender la declaratoria de nulidad de los dos actos jurídicos por cuyo mérito se obligó frente al Banco Continental (acreedora de la Empresa de Transportes Don Herrando Sociedad de Responsabilidad Limitada), pues es evidente que con la demanda

la actora pretende sustraerse de las obligaciones comprometidas, sin embargo, también es cierto que su pretensión se sustenta en una causal no idónea para tal fin, pues la ley no le concede la legitimidad requerida, sino únicamente a la representada (...)” (Casación N° 2368-06-Arequipa, del 28/03/2007).

Con un mayor detalle y énfasis se pronuncia la Casación N° 526-2007-Lima, del 07/11/2007, descartando la invalidez del acto realizado con defecto de poder de representación:

“(…) **Quinto.-** Entonces, se llega a la conclusión que hablar de ineficacia y/o nulidad del acto jurídico es hablar de género a especie, puesto que la declaración de ineficacia no necesariamente conlleva a la declaración de nulidad del mismo porque –como se ha anotado– la ineficacia puede ser relativa, esto es, puede ser ineficaz frente a una de las partes o frente a terceros, mientras que al haberse declarado nulo un acto, este no tiene efectos para nadie pues nunca existió: **Sexto.-** Que, para nuestro ordenamiento civil el exceso en las facultades de representación constituye un acto ineficaz de acuerdo con lo dispuesto por el numeral ciento sesentiuono del Código Civil cuando señala: ‘El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye’. **Sétimo.-** En este caso, la propia ley le atribuye la ineficacia relativa a dicho acto jurídico porque establece que este será oponible solo al representado, de lo que se desprende que para las otras partes mantiene su plena eficacia; en tal virtud, la figura del *falsus procurator* no puede dar lugar a la nulidad del acto jurídico, porque sino sería declarar inválido e inexistente un acto jurídico que de acuerdo a la propia ley mantiene todos sus efectos entre el representante y el otro contratante. **Octavo.-** Que, consecuentemente cuando el Colegiado llega a la conclusión que se está ante un supuesto de *falsus procurator*, aplica la norma pertinente a la controversia, esto es el numeral ciento sesenta y uno del Código Civil, la que debe ser entendida como caso de ineficacia del acto jurídico, que no solo prevé con ineficacia, respecto del representado, el acto celebrado por



el procurador excediéndose de los límites de las facultades que le hubiere conferido o violándolas, sino también de quien celebró por persona que no tenía la representación que se le atribuye, al haberse declarado nulo el poder con el que actuó don Jorge Wilfredo Salinas Coaguila, por tanto dicha denuncia debe desestimarse (...)"

Decía que la situación cambió considerablemente, aunque no de forma plena, dado que, para pesar de todos, es posible encontrar casos ventilados en la década pasada en los cuales la Corte Suprema insiste en postular la insostenible teoría de la anulabilidad. Un ejemplo de ello es la Casación N° 2830-2003-Cajamarca, del 16/11/2004:

"(...) **Décimo Tercero.-** Que, conforme a lo previsto en el artículo ciento sesentiuno del Código Civil que regula la figura del *falsus procurator*, el apoderado o representante, que se excede en las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo ciento sesentiuno del Código Civil, en principio, debe tenerse que el acto celebrado por este resulta un acto ineficaz frente a su representado; pero este puede ratificarlo conforme a la norma del artículo ciento sesentidós del Código sustantivo, de tal manera que solo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de una simple interpretación gramatical; en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable, siendo uno de los supuestos de la ineficacia originaria, también llamada intrínseca o estructural; **Décimo Cuarto.-** Que, siendo esto así, debe interpretarse la norma en el sentido que la acción de ineficacia por exceso de poder, a la que se refiere el legislador, en el artículo ciento sesentiuno del Código Civil, presenta las características de la anulabilidad, justamente derivado del hecho que el legislador acompaña a esta norma el artículo ciento sesentidós del Código acotado, teniéndose, además, que indicar que el legislador no considera este hecho como un acto jurídico grave, puesto que si lo hubiera considerado así no habría dado la posibilidad al representado de ratificar el acto, conforme al artículo ciento sesentidós del Código Civil; **Décimo Quinto.-** Que, el artículo ciento sesentidós del Código anotado, permite la ratificación del acto jurídico del representante, cuando se ha excedido en los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable, porque, como ya se ha indicado, el acto jurídico nulo no puede ser ratificado (...)"

Es muy importante mencionar que la mayoría de pronunciamientos que se refieren a la ineficacia por falta de poder de representación del presunto apoderado, resuelven casos referidos a gerentes que carecían de poder para celebrar ciertos negocios jurídicos a nombre de la sociedad de la cual formaban parte. Siendo ello así, puede afirmarse:

- i) A diferencia de lo que ocurría en otros periodos, nuestra máxima autoridad judicial tiende menos a confundir los supuestos de ineficacia en sentido estricto con los supuestos de invalidez, de manera que ha considerado –con acierto– que los negocios jurídicos realizados por el representante sin poder no son nulos ni anulables, sino ineficaces –con relación al supuesto representado– de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Código Civil y,
- ii) para los casos de negocios realizados por gerentes (o representantes en general) sin “poder”, la máxima instancia judicial tiende a aplicar, sin más, el citado artículo 161. Ello simplemente porque el gerente es considerado como un representante de la sociedad.

Sobre el primer punto, como es fácil advertir, me interesa bastante poco discutir puesto que, como ya vimos, parece que no puede hoy seriamente defenderse la teoría de la nulidad o anulabilidad del acto o negocio realizado por el falso representante. El segundo punto es el que me interesa ahora:

Nuestra doctrina en el campo civil actúa de la misma forma que la Corte Suprema de la República, toda vez que entiende que los negocios jurídicos realizados por el gerente que no tiene facultades para ello son supuestos que con suma facilidad se encuadran dentro de la regulación contenida en el mencionado artículo 161.

En efecto, basta tener presente que un importante sector de opinión ha sosteniendo, que los supuestos paradigmáticos de aplicación del artículo 161 del Código Civil se refieren a los negocios celebrados por un gerente que no cuenta con facultades suficientes<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 4 y ss; en idéntico sentido TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico. I demsa, Lima*, 1998.

Una parte de la doctrina mercantil nacional es menos específica toda vez que no señala si el negocio jurídico celebrado por un gerente sin poder es nulo, anulable o ineficaz en sentido estricto, ya que solo indica –parafraseando al artículo 13 de la Ley General de Sociedades– que tales negocios no obligan a la sociedad, cosa que –ciertamente– ocurre tanto si se considera que dicho negocio es nulo o ineficaz en sentido estricto<sup>268</sup>. Otra opinión relevante en el ámbito mercantil sí parece ser más puntual, señalando que los negocios jurídicos realizados por un gerente sin poder serían ineficaces, no inválidos<sup>269</sup>.

## V. CRÍTICA A LA DOCTRINA DOMINANTE: EL GERENTE (O “REPRESENTANTE ORGÁNICO” EN GENERAL) NO ES UN GENUINO REPRESENTANTE

Es evidente que la doctrina dominante que se acaba de reseñar entra en crisis si se niega la calidad de representante al gerente (o “representante orgánico” en general) ¿Pero el gerente no es, acaso, el representante por excelencia de la sociedad? Pues existen razones de mucho peso para sustentar una respuesta negativa.

Pero antes de abordar tales razones, no resulta ocioso volver a destacar que no debe dudarse de que si se concluye que el gerente no es representante, no debe aplicarse el artículo 161 del Código Civil a estos casos, ya que este está diseñado –como su propio texto lo indica expresamente– para ser aplicado a hipótesis de representación. De este modo, tenga facultades o no el gerente al celebrar un negocio jurídico para la sociedad a la que pertenece, ello constituirá un supuesto extraño a la representación, siendo –en consecuencia– impertinente la aplicación del tantas veces mencionado artículo 161.

Pues bien, para empezar a criticar a la tesis dominante, debe tenerse presente primero que a nivel nacional e internacional se suele hablar de tres tipos de representación: i) la representación voluntaria, ii) la representación legal, y iii) la representación orgánica. El primer tipo es aquel

8 ELÍAS LAROZA, Enriq . *Derecho societario peruano*. No mas Legales, Lima-Trji illo 0 p 4 9

9 Veo difícil q se p da entender b ra co a de las p ginas de BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. G aceta Jn ídica, L ima. 006

donde el poder de representación deriva de un negocio jurídico de apoderamiento realizado por el representante. El segundo tipo implica que el poder de representación no deriva de un acto voluntario, sino de un dispositivo legal. Finalmente, la tercera se refiere a los supuestos de la actuación de las personas jurídicas a través de sus órganos<sup>270</sup>. Sobre el particular se señala lo siguiente:

“Para un sector de la doctrina (italiana, sobre todo) frente y como alternativa a la representación voluntaria no se opondría tanto la representación legal, sino la **representación necesaria**, género más amplio que comprende la representación **legal**, de los incapaces y asimilados, y la **orgánica**, de los entes colectivos (personas jurídicas y entidades equiparadas)”<sup>271</sup>.

Empero, existe una muy extendida corriente de opinión respecto a la naturaleza de la representación orgánica, puesto que un importante sector de la doctrina alemana ha negado que la “representación orgánica” sea una auténtica representación. Así es, esta doctrina señala que “los órganos de las personas jurídicas son, si bien se mira, representantes de la voluntad” misma de la persona jurídica, y esto porque se debe concebir a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro del círculo de la competencia de cada uno de ellos valen o se consideran como actos de la persona jurídica de modo que no existe intermediación de ningún tipo<sup>272</sup>.

En este mismo sentido, un autorizado autor advierte que “debe ser diferenciada de la persona del representante la del órgano de la persona jurídica (...). En efecto, en el terreno del Derecho Privado, la representación supone una neta y absoluta separación entre las dos esferas jurídicas del representante y el representado, de tal forma que haga aparecer posible, al menos abstractamente, que el negocio produzca sus efectos en persona de quien lo realiza. Ahora bien, semejante separación, con la

---

0 La clasificación es ampliamente difundida en los diversos manuales y tratados. Entre nosotros: VIDAL RAMÍREZ, Fernando *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 0 p 2 3 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal Otero; ESPINOZA ESPINOZA, Juan Otero.

1 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco Otero.

2 Al respecto es emblemática la posición de LEHMANN, Heinrich *Parte General*. Traducción de José María Narváez. Revista de Derecho Privado, 9 10 11 s.

consiguiente posibilidad, está a priori excluida por la posición del órgano, especialmente cuando este no sea una persona singular que pueda, abstractamente, efectuar el negocio para sí. El órgano carece, en cuanto tal, de una individualidad jurídica propia y distinta, diferente e independiente de la de la persona de que es órgano; forma un todo con esta persona y sus actos son referidos a ella como propios<sup>273</sup>.

Decididamente en este sentido, otro ilustre autor afirma que:

“De la misma manera que la representación la obtuvo respecto a la gestión, así respecto a la representación ha adquirido autonomía con muchas dificultades la figura del órgano representativo de la persona jurídica (...). Tanto los órganos internos de deliberación y de ejecución como los órganos externos encargados de la actividad jurídica de relación con los terceros desarrollan una actividad que hay que imputar directamente a la persona jurídica<sup>274</sup>.

En sentido análogo, una autorizada doctrina española afirma que, en estos casos, no hay acto de la persona natural para la jurídica, sino de esta para esta<sup>275</sup>. Un sector de la más reciente doctrina italiana señala que la distinción entre órgano y representante debe ser conservada, fundamentalmente en tópicos vinculados a actos ilícitos<sup>276</sup>.

Al revisar importante doctrina sobre el tema, se puede apreciar que si bien los estudiosos utilizan la denominación “representación orgánica”, con ello hacen referencia a supuestos que, en rigor, no pertenecen al fenómeno de la representación propiamente dicha. Esta denominación, en consecuencia, adquiere un significado técnico bastante peculiar<sup>277</sup>.

1 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de Antonio Martín Pérez. Cuenca, Granada, 1999.

2 SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas General de Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luis Serrano. Colección de Derecho Privado Madrid, 1995.

3 ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch Barcelona, 1999.

4 ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción del Néstor Carretero, al cuidado de Eugenia Ariano. Gaceta Jurídica, Lima, 1992.

5 Junto a los autores ya citados, también de este modo MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo EJE, Buenos Aires, 1997, p. 4. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

En tal contexto, cuando el gerente (o “representante orgánico” en general) celebra un negocio jurídico careciendo de las facultades requeridas para tal efecto, en realidad no estaríamos ante una patología de representación, sino que estaríamos ante –nada más y nada menos– un defecto en la declaración de voluntad del sujeto mismo (la sociedad en este caso). El acto del gerente sin poder no sería, por consiguiente, ineficaz, sino más bien nulo por constituir un supuesto de falta de manifestación de voluntad.

Cuando un sujeto se irroga la calidad de gerente de una sociedad al momento de contratar con un tercero, en rigor no se irroga la calidad de representante de esta persona jurídica, sino que intenta presentarse como la persona jurídica misma, al presentarse como un órgano de la misma. Y es que, a la luz de lo expuesto en torno a la representación orgánica, son situaciones plenamente distintas el pretender ser representante de un determinado sujeto de derecho, que el pretender ser el sujeto mismo.

Por lo tanto, cuando un gerente celebra un negocio jurídico careciendo de facultades, no estamos ante un supuesto de aplicación del artículo 161 del Código Civil, sino ante un supuesto de aplicación del inciso 1 del artículo 219 del mismo cuerpo legal.

## **VI. UNA CUESTIÓN EN LA CUAL SUPUESTAMENTE IMPORTARÍA POCO LA RESPUESTA ADOPTADA**

Resulta curioso que, por un lado, se sostenga que la representación orgánica no es una genuina representación y, por otro lado, se afirme que los negocios celebrados por un gerente sin facultades constituyen casos paradigmáticos de aplicación del mentado artículo 161.

Así es, en nuestro medio, se sostiene mayoritariamente que el órgano de una persona jurídica no es un representante, aunque esté provisto de facultades, pero al mismo tiempo se propugna la aplicación del artículo 161 del Código Civil para los casos de negocios realizados por gerentes carentes de facultades. Y es que este argumento para sustentar

la nulidad de los negocios de un gerente (u órgano) sin facultades no ha sido advertido por nuestra doctrina<sup>278</sup>.

Esto ocurre porque se ha considerado que no tiene mucha relevancia práctica determinar si el órgano de una persona jurídica es o no un verdadero representante. Se entiende que la cuestión es de índole estrictamente académico, razón por la cual –en el plano de la praxis– daría lo mismo afirmar o negar la calidad de representante auténtico al órgano de una persona jurídica. Acabamos de ver, sin embargo, que tal asunto se halla bastante lejos de tener una relevancia puramente académica.

Efectivamente, si concebimos al gerente como un verdadero representante, no habría mayor inconveniente en aplicar la normativa contenida en el artículo 161 del Código Civil para aquellos casos donde el gerente actúe sin las facultades necesarias. Empero, si negamos la calidad de representante al gerente, se abren las puertas de par en par para sostener la aplicación del inciso 1 artículo 219 del mismo Código a tales casos. Y esto, como es palmario, tiene unas repercusiones prácticas enormes: si se adopta el primer enfoque, el negocio podría ser ratificado por la sociedad y, así, el tercero contratante no podría evitar quedar vinculado al negocio. En cambio, si el segundo enfoque es el acogido, el negocio no podría ratificarse y el tercero contratante no quedaría en ningún caso vinculado al negocio.

¿Para salvar el inconveniente denunciado puede plantearse la idea de que si bien el órgano de una persona jurídica no es un representante, a nivel de efectos jurídicos debe entenderse que sí lo es de conformidad con el artículo 93 del Código Civil<sup>279</sup>?

La idea es interesante, ya que este artículo reenvía directamente a las normas sobre representación en los casos de actos realizados por directores de asociaciones, de modo que lo mismo –por analogía– debería ocurrir respecto a los negocios de gerente de una sociedad.

278 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1980, p. 11 y 12. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 3. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 3. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 4 y 5. Dedicación escrita expresamente a destacar estas ideas y concluir que el órgano no es un representante en sentido propio. VELARDE SAFFER, Luis. “La mal llamada ‘representación gánica’”. En: *Themis*. N.º 3. UCP, Lima, 1993.

279 Comenta firma ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 11.

No obstante, semejante idea puede también ser refutada por la tesis que argumenta la nulidad del negocio celebrado por el gerente sin facultades:

Si se entiende que un hecho jurídico no es otra cosa que un acontecimiento o evento producido por el hombre o la naturaleza, que se encuentra descrito en la parte hipotética de una norma con el fin de que se produzca ciertas consecuencias jurídicas al verificarse en el plano de la realidad<sup>280</sup>, podemos plantear el asunto en términos de interpretación –y no integración– normativa.

Así, frente a dos supuestos de hecho (el del representante genuino y el del gerente de una sociedad), tendríamos dos posibilidades: i) entender que ambos supuestos de hecho producen los mismos efectos jurídicos, o ii) entender que ambos supuestos de hecho producen efectos diferentes. Si consideramos que ambas posibilidades son válidas (es harto sabido que las normas jurídicas, casi siempre, admiten más de una interpretación válida<sup>281</sup>), ciertamente habría que optar por la segunda opción porque esta le otorga mayor sentido o efectos a las normas analizadas (en la interpretación jurídica es famosísima la regla según la cual frente a dos posibles interpretaciones, hay que optar por aquella que otorgue mayor eficacia a la norma objeto de interpretación<sup>282</sup>).

En tal sentido, para patrocinar una interpretación que otorga mayor eficacia a la Ley General de Sociedades, puede afirmarse que antes de optar por una interpretación normativa que genere una laguna o vacío en esta ley especial (y, por ende, se justifique la aplicación por analogía del artículo 93 del Código Civil), es preferible optar por la interpretación que no genera tal laguna.

---

<sup>280</sup> Al respecto BETTI, Emilio Ob. cit., p. 6; PATTARO, Enrico *Elementos para una teoría del Derecho*. Traducción de Ignacio Ara Pinilla. Debate, Madrid, 1978, p. 8 y ss.; GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. SACCO, Roberto *Il fatto, l'atto, il negozio*. UTET, Torino, 1975, p. 15.

<sup>281</sup> Aunque es usual atribuir la invalidez de una interpretación dependiente, al final del día, de su respecto a la letra del texto o de las normas que son objeto de interpretación. Entoces, al ser el lenguaje humano naturalmente ambiguo no son pocas las ocasiones donde se pueda plantear más de una interpretación (al respecto CARRIÓ, Genaro *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Abledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 8 y ss.; TARELLO, Gianni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1977, p. 6 y ss.; Díez-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1978, p. 99. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1979.

<sup>282</sup> TARELLO, Gianni. *Ob. cit.*, p. 7.



De esta forma, se concluye que los efectos del negocio jurídico llevado a cabo por un gerente sin facultades deben ser entendidos como un supuesto diferente a los negocios del representante sin poder, no siendo aplicable por analogía el citado artículo 93.

No podría decirse, entonces, que los efectos del negocio del gerente sin poder no están regulados en la Ley General de Sociedades, haciendo precisa la aplicación por analogía del artículo 93 del Código Civil. Por el contrario, tales efectos están establecidos en el artículo 13 de la Ley General de Sociedades.

Ahora bien, en defensa de la tesis mayoritaria, puede argumentarse que si bien es verdad que no podría aplicarse el artículo 93 del Código Civil por analogía, ello no sería necesario para aplicar las reglas sobre representación a los órganos de la sociedad, ya que el artículo 13 de la Ley General de Sociedades emplea el término "representación". Pero tampoco considero que la tesis contraria sea débil frente a esta última consideración.

Efectivamente, no existe ningún inconveniente en sostener que el citado artículo 13 se expresa en términos de "representación orgánica" que no constituiría un supuesto genuino de representación. Como ya se vio, los estudiosos designan como "representación orgánica" a un supuesto donde no existiría representación propiamente dicha. Además, adviértase que no cabría entender otra cosa si es que se quiere ser coherente con la idea que nadie –ni siquiera la doctrina mayoritaria– cuestiona: el órgano no es representante.

Nótese que la premisa aceptada por ambos puntos de vista, la representación orgánica no es una real representación, guarda mayor sintonía con esta última interpretación de la normativa societaria.

Ahora bien, es de la máxima importancia tener claro que entender al mentado artículo 13 como una mera reproducción incompleta del artículo 161 del Código Civil es algo sumamente cuestionable desde la óptica de la interpretación jurídica, máxime si es factible optar por otra interpretación que sí le otorgue un sentido jurídico útil, esto es un sentido o significado distinto a la norma civil.

De esta manera, se puede concluir que el legislador mercantil habría tomado un rumbo distinto en materia de representación de personas

jurídicas, alejándose de lo establecido por el legislador civil, cosa por demás factible ya que las legislaciones especiales incluso pueden contradecir al derecho común<sup>283</sup>.

## VII. APROXIMACIÓN A UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Como se puede apreciar, lo que se considera como evidente, tiene no poco de cuestionable bien vistas las cosas. Y es que no hay duda de que no le faltan buenos pivotes a quien quiera sostener la nulidad del negocio celebrado por un gerente sin facultades.

Ahora bien, ¿cuál posición es la correcta? Responder a esta pregunta no es objeto de este escrito. Insisto, solo he querido llamar la atención sobre el hecho de que un asunto considerado claro, resulta tener varios puntos de duda razonable. De igual manera, a la luz de lo expuesto, puede afirmarse que es equivocada la idea que entiende que no tiene relevancia práctica determinar si la representación orgánica es o no una verdadera representación.

No negaré que puede defenderse la ineficacia aun cuando se sostenga que se trata de un defecto en la declaración de voluntad. Me explico: se podría traer a colación la teoría, poco analizada por la doctrina peruana, del denominado “negocio jurídico bajo nombre ajeno”. Sobre esta figura se ha dicho:

“Acá no se inventa o emplea un nombre al azar, sino que se toma uno cierto, perteneciente o correspondiente a determinada persona, para hacerse pasar por ella (...) se trata, sin más, de una suplantación, frente a la cual lo primero que se ocurre determinar es lo relativo a entre quienes se celebra el contrato, y la eficacia y validez de este, obviamente teniendo presente que en él intervienen solamente dos sujetos: el suplantador y la otra parte contratante, pero que

---

283. Que la representación de las sociedades tenga un diseño legal bastante distinto al de la representación de las sociedades es algo de lo más natural y todo legislador discrecional al escoger el sistema de hacer y ligar a ellos efectos jurídicos (IRTI, Natalino *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Raúl H. Morales y Leyser León. Grijley, Lima, 2007, p. 10). Es precisamente por esto también que existe el famoso criterio de la especialidad para subinstituir los sistemas de antinomias no matemáticas (al respecto BOBBIO, Norberto *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guillermo Temis, Bogotá, 1998).

detrás del primero se encuentra el verdadero titular del nombre, cuya situación ha de definirse con cuidado de su incolumidad, como corresponde a su extraneidad total”<sup>284</sup>.

No parece difícil percatarse que se puede hacer encajar el supuesto del acto del gerente sin poder en la figura del negocio bajo nombre ajeno, siempre y cuando se siga la tesis según la cual el gerente no es un verdadero representante (por la “ensimismación” existente). Repito: cuando un sujeto se irroga la calidad de gerente de una sociedad (o de “representante orgánico” en general) al momento de contratar con un tercero, en rigor no se irroga la calidad de representante de esta persona jurídica, sino que intenta presentarse como la persona jurídica misma, al presentarse como uno de sus órganos.

No obstante, la doctrina discrepa sobre la manera de entender los efectos del negocio bajo nombre ajeno: i) un sector sostiene que tal negocio produce efectos sobre la esfera jurídica del suplantador, ii) otro corriente de opinión afirma que se trata de un acto jurídico aquejado de vicio de voluntad referido a la persona de la otra parte, y iii) la nulidad absoluta del acto, dado que está ausente la declaración de quien se supone es parte del acto ¿Cuál postura tiene la razón? ¿Necesariamente son incompatibles estas concepciones? ¿Por qué? Más todavía, se afirma que la solución a los problemas que plantea un negocio bajo nombre ajeno dependerá de las particulares circunstancias del caso (cómo se presentó el suplantador, diligencia del tercero y la actitud asumida por el suplantado en el contexto del acto jurídico)<sup>285</sup>. Como se comprenderá, aquí surgen una serie de problemas espinosos, que hacen que no sea tarea sencilla justificar la plena validez del negocio bajo nombre ajeno. Quien pretenda sostener la ineficacia del acto del gerente si facultades de representación, insistiendo en que no se trata de un representante propiamente dicho, tendría –claro está– que postular la ineficacia del acto jurídico bajo nombre ajeno. No obstante, como se acaba de precisar, la doctrina no es pacífica sobre este punto<sup>286</sup>.

284 HINESTROSA FORERO, Fernando *La representación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

285 Ib dem. p. 35.

286 BIANCA, Massimo *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza y Édgar Coteés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 8. “El supuestoasm e p rsona lmente el cm p m i- so cont ractu l, al p so q el cont rato carece de efecto resp cto de la p rsona cy nm b e f u a n p do La

Sin embargo, no creo que la respuesta esté en tratar de vencer la argumentación que sirve de sostén a la idea de la nulidad de los negocios jurídicos del gerente sin facultades. Ni mucho menos en seguir sosteniendo la ineficacia de tales negocios sin analizar los argumentos de la posición contraria, cosa absurda a todas luces.

Aunque parezca paradójico, pienso que el meollo del asunto estriba precisamente donde todos estarían de acuerdo: la negación de calidad de representante al órgano de la sociedad.

¿Hay razones para seguir distinguiendo al órgano del representante? ¿Existe en la realidad de los hechos una diferencia sustancial entre un gerente que celebra un contrato para la sociedad a la que pertenece y un tercero ajeno a la sociedad que también celebra un contrato para la misma por encargo de la junta general de accionistas?

La idea que acepta que existe una “ensimismación” entre el órgano y la persona jurídica, no hace más que patrocinar la famosa teoría del órgano sobre las personas jurídicas o colectivas.

Los fundamentos primarios de la teoría del órgano, que no son de Otto von Gierke y que datan de las primeras décadas del siglo XIX, pertenecen a Georg Beseler y fueron producto de los estudios de este jurista prusiano en torno a las particularidades de las *Genossenschaft* en el Derecho alemán<sup>287</sup>.

Los enfoques antropomórficos de las entidades sociales son muy antiguos. Basta recordar que Platón entendía que el Estado era un hombre en grande y en la Edad Media, por influencia de Juan de Salisbury y Nicolás de Cusa, imperó la idea de concebir al Estado como un organismo natural. Incluso en los escritos del Barón de Montesquieu y Juan Jacobo Rousseau se pueden apreciar tendencias antropomórficas sobre la concepción del Estado.

---

idea según la cual el contrato por regla general debe ser referido al declarante que contrata bien consigo mismo o bien con un tercero ajeno no es, empíricamente, específica en la doctrina. Una posición contractualista remite el contrato a la persona que contrata bien consigo misma o bien con un tercero ajeno y con independencia de la falta de consentimiento en cuanto a la parte a la que el contrato se refiere no manifiesta ninguna utilidad negativa.

287 Para esto y para las referencias que siguen a continuación: FERRARA, Francesco *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción de Eduardo Verojano. Reimpresión, Madrid, 1965.

En el transcurso del siglo XIX, sin embargo, los enfoques “biológicos” dejan de ser simples metáforas y parangones para transformarse en verdaderas definiciones de contenido real. Así, Paul von Lilienfeld, un prominente científico social ruso, llega a establecer una descripción grotesca de la sociedad, distinguiendo en ella la célula, el tejido conectivo, los vasos sanguíneos, el cerebro y hasta sus nervios motores. No faltaron quienes plantearon ideas no menos estridentes, por las cuales el Ministro de Estado resultaba ser la nariz y, aunque suene a broma, hasta el sexo se distinguía en los organismos sociales, cuando el jurista suizo Johann Bluntschli afirmaba que el Estado era del género masculino y la Iglesia del femenino. En ese orden de ideas, el pandectista Julius Baron se esforzó en demostrar que para el Derecho Romano los entes colectivos tenían tanta personalidad real y natural como los *pater familias*.

Más adelante, si bien se dejaron más o menos de lado estas equiparaciones biológicas descabelladas, autores prestigiosos como Carl Salkowski, Albert Bolze y Ernst Zitelmann intentaron construir el concepto de persona jurídica del modo más real posible, es decir, que trataron de prescindir a toda costa de cualquier tipo de abstracción formal al momento de diseñar tal concepto, partiendo de miras opuestas y llegando a construcciones dispares.

Fue finalmente el famoso Otto von Gierke el artífice de la versión más acabada de la teoría del órgano o también llamada realista, cosa que no es de sorprender, ya que este autor dedicó alrededor de cuarenta años al estudio del tema. El célebre jurista alemán entendía que las personas jurídicas eran personas compuestas, de manera que su unidad llega a ser realidad plena como un genuino organismo social, teniendo, en consecuencia, una estructura orgánica, o sea un “cuerpo”, con “cabeza”, “miembros” y “órganos funcionando”. Pero como estructura social se diferencia de una simple estructura natural en su esencia interior, pues sus componentes son en sí seres humanos. Debido a esto, en la persona jurídica las relaciones de la vida interna son posibles de contar con un ordenamiento jurídico y serán creadas como relaciones jurídicas, cosa que no ocurre con la vida interna de los seres humanos. Sin embargo, como no podía ser de otro modo, los enfoques antropomórficos y las constantes referencias al término biológico “órgano” son huella distintiva de su tesis, tratando de expectorar –como sus antecesores– cualquier

elemento de orden jurídico formal de la esencia de las personas jurídicas.

Me adhiero a la tesis que no admite la teoría del órgano, considerando que las personas jurídicas, en el ordenamiento nacional, tienen una autonomía formal que es decisiva para comprender su esencia, cosa incompatible con el núcleo de la teoría del órgano<sup>288</sup>.

Como lo ha resaltado una autorizada doctrina: "(...) aludir al concepto "persona jurídica" no supone encontrar un "algo" diverso a aquellas personas naturales. Decir "persona jurídica" no conduce a ningún ente o cosa u organismo alguno, a ningún ente real o abstracto, sino solo a una organización de personas que realiza fines valiosos"<sup>289</sup>.

Sobre el particular, Rivero ha dicho que la idea de "ensimismación", como supuesta diferencia sustancial entre representación voluntaria y orgánica, resulta "secundaria y formal" en realidad<sup>290</sup>. En tal sentido, asevera que:

"Una nota distintiva de la representación orgánica respecto de la voluntaria y la legal reside en que si en estas dos últimas entran en juego tres personas (representado, representante y tercero), en la primera operan solo dos: el tercero con quien se relaciona la persona jurídica y esta, de la que es brazo ejecutor el órgano que la representa, que en tal calidad no es distinto de ella sino parte de la misma. Mas esto ocurre en el plano jurídico-formal solo, porque en la realidad fáctica (de la que no cabe prescindir) el órgano representativo es una persona física que emite la declaración de voluntad cuando actúa por y para otro (la entidad representada); y es a ella, como persona efectivamente actuante, a quien son exigibles y van referidos ciertos requisitos (capacidad, estados subjetivos) y por esa realidad y conducto ha lugar la alteridad (heteroeficacia) típica de la representación jurídica (...) la diferencia estructural en la representación orgánica -en que la afectación del negocio representativo

---

288 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Huallaga, Lima, 2007, p. 2. Llama la atención que este autor niega en esta obra la teoría del órgano representativo y acepta en su obra citada.

289 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Grijley, Lima, 2008.

290 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Lecciones de derecho*, tomo 6.

a la persona jurídica se funda en el principio de identificación orgánica (del órgano con la entidad)- y la representación voluntaria, en que la eficacia directa de la actividad negocial del representante se basa en un acto voluntario del interesado. Mas esa diferencia -y las similitudes con la representación legal antes aludidas- no han impedido que se aplique a la representación orgánica la disciplina legal de la voluntaria en cuanto sea compatible y con las salvedades inevitables"<sup>291</sup>.

Y es que, en la realidad de los hechos, las tan acusadas diferencias -entre el representante y el órgano de una persona jurídica cualquiera- tienden a desaparecer y nos empujan a pensar que, efectivamente, la actuación legal de las personas colectivas requiere de una especial manera de verdadera representación. Veamos:<sup>292</sup>

- i) Desde el punto de vista del tercero contratante, este procura asegurarse de no está celebrando un negocio jurídico con la persona natural a título personal, sino que esta actúa en nombre de otro. Así, el resultado práctico-jurídico que habrá de producir el negocio no repercutirá en la esfera jurídica de la persona natural, sino que se imputará a la persona jurídica. El tercero, como se aprecia con sencillez, usualmente procederá ante el órgano de la persona jurídica del mismo modo que lo haría ante cualquier representante: se asegurará de las facultades con que cuenta y del título con que actúa.
- ii) Con relación a la eficacia del negocio concluido por el órgano, no se aprecia tampoco ninguna diferencia trascendental con la eficacia del negocio celebrado por un representante que cuenta con suficiente poder: a) no se imputan los efectos a la persona natural, sino a la persona jurídica, b) las responsabilidades, al final del día, no las asume el órgano en sí mismo ni la persona jurídica, sino personas naturales.

Así las cosas, en estos asuntos deberíamos pensar seriamente en la posibilidad de alejarnos de la línea seguida por gran parte de la doctrina

<sup>291</sup> Ib dem, p. 100

<sup>292</sup> En sentido análogo a lo que se expone a continuación: Díez-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. C iv tas, Madrid, 1995.

extranjera -fundamentalmente la italiana- y seguir el sendero marcado por nuestro propio Código Civil, y la realidad de las cosas dicho sea de paso, para dejar de lado la teoría del órgano y descartar que exista una “ensimismación” entre el gerente -como tal- y la sociedad.

Por mi parte, solo espero haber alcanzado el objetivo trazado al inicio del presente capítulo: demostrar lo cuestionable de lo -supuestamente- evidente.





**CAPÍTULO II**  
**EL PROBLEMA DEL PRESUPUESTO OBJETIVO**  
**DE LA DENOMINADA ACCIÓN PAULIANA**  
¿Cuándo hay “perjuicio al acreedor”?



## I. EL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA DENOMINADA ACCIÓN PAULIANA: UNA GENUINA *TERRA INCOGNITA*

A veces puede dudarse sobre si un determinado tema es o no novedoso. Cuando uno pretende desarrollar alguna investigación, puede discutir largamente con algunos colegas sobre si el objeto de estudio es manido o no. Definitivamente esto no es lo que ocurre con la denominada acción pauliana o revocatoria<sup>293</sup>, puesto que se trata de un mecanismo de protección del derecho de crédito bastante conocido y que, dada su antigüedad, ha sido materia de reflexión jurídica desde hace muchos siglos. Emilio Betti, por ejemplo, señala que ya existían claros antecedentes de este mecanismo de protección de los acreedores en el Derecho romano clásico<sup>294</sup>; en tanto que Eugene Gaudemet sugiere que ya se empleaba la locución “acción pauliana” en el Derecho bizantino<sup>295</sup>.

Sin embargo, pese a sus claros contornos (¿acaso alguien confunde a la acción pauliana con otros medios de tutela del acreedor, como la acción subrogatoria?) y tratarse de una de las figuras más difundidas y aplicadas en el Derecho Civil, tengo la convicción de que, al menos en nuestro país, uno de sus presupuestos resulta casi desconocido, ya que muy poca luz ha arrojado sobre el mismo nuestra doctrina (y jurisprudencia). En efecto, cada vez que esta le ha brindado su atención, lo ha hecho de una forma bastante genérica, sin ahondar en él. Aunque, como veremos, existe una honrosa excepción.

<sup>293</sup> Tanto en cuanto que el derecho de acción es “el derecho (para algunos, de) de naturaleza consuetudinaria o de exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto” (PRIORI POSADA, Gisela. “Legitimidad para actuar”. En: AAVV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 3), resulta claro que se incurre en una impropiedad cuando se habla de “acción pauliana”. La denominación correcta es, como se ha resaltado en nuestra doctrina, “pretensión posesal de ineficacia”. Empleo para no abandonar la terminología más usual, ruego al amable lector o lectora que me permita disculparse del caso por el término de esta impropiedad.

<sup>294</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis De los Mozos. Revista de Derecho Privado Madrid, 1999.

<sup>295</sup> GAUDEMET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo Párra, México D.F., 1993.

Sé que puede parecer desconcertante reconocer que la acción pauliana sea de antiguo conocimiento y aplicación entre los operadores jurídicos y, al mismo tiempo, afirmar que uno de sus elementos o presupuestos sea poco conocido, es decir que sea una suerte de *terra incognita* jurídica. Pero, bien vistas las cosas, aquí no hay contradicción alguna. Y es que la situación (doctrinal y jurisprudencial) de uno de los elementos de la acción pauliana, paradójicamente el que la doctrina suele considerar como el más importante<sup>296</sup>, es similar a la situación (geográfica, claro está) de la cuenca del río Congo durante la primera parte del siglo XIX: un lugar desconocido enclavado en una zona ya bastante explorada y conocida.

*Terra incognita*, como es sabido en Geografía, es una frase que consta en antiguos mapas para designar aquellos lugares recónditos o inexplorados. Uno de los últimos lugares que consignó esta frase fue el África interior, en especial toda la cuenca del río Congo. Los contornos del continente africano ya se tenían claros desde el siglo XVI en adelante (recuérdese que oficialmente Bartolomé Díaz dobló el extremo sur de África por vez primera en 1488), pero el conocimiento de su zona interior tomó siglos. Las exploraciones avanzaban muy poco, y cuando a fines del siglo XVIII se quisieron retomar, las guerras napoleónicas distrajeran las exploraciones europeas sobre África:

“A comienzos del siglo XIX, África era todavía, en gran medida, un continente cerrado. En los mapas y atlas europeos constituía una mancha blanca, es decir, *terra incognita*”<sup>297</sup>.

Sabido es que, en virtud de la acción pauliana, el acreedor puede solicitar que se declaren ineficaces, respecto de él, ciertos actos que el deudor realice sobre su propio patrimonio ¿Qué tipo de actos? Pues, según el artículo 195 del Código Civil, solo aquellos que “perjudiquen” el cobro del crédito. O sea, si el deudor celebra un acto que no “perjudica” la cobranza del crédito de su acreedor, pues la acción pauliana

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Publicación del Real Colegio de España, Bogotá, 1992. p. 2. “El perjuicio es, pues, elemento fundamental en la estructura de la acción pauliana (...)”.

<sup>297</sup> SOLER SALA, María. “África y los imperios coloniales”. En: AAV V. *Historia Universal*. Tomo XVIII, Salas-Orbés Venturina, Lima, 1982.

simplemente no tendrá éxito. Acá es inevitable que surjan las siguientes interrogantes:

¿Cuándo puede decirse que un acto del deudor “perjudica” dicho cobro? ¿Qué consideraciones debe tener en cuenta un juez para establecer, en un caso concreto, si la cobranza se ha “perjudicado” o no? ¿En el análisis del patrimonio del deudor, cabe seguir entendiendo al mismo como un conjunto de elementos que conforman una unidad que merece un mismo tratamiento? ¿O cuándo de “perjuicio” al acreedor se habla, conviene establecer una diferenciación entre esos elementos en base a algún criterio? Si así fuese ¿Cuál sería ese criterio y por qué? ¿En caso de duda sobre la existencia del “perjuicio”, qué interés debería prevalecer, el del acreedor o el del tercero que adquirió del deudor? ¿Por qué? ¿O es que no cabe hablar de casos dudosos o estos son en extremo raros?

A nivel local, estas preguntas no han sido objeto de atención por parte de la doctrina, cosa que no puede dejar de observarse, toda vez que cumplen un rol fundamental para la solución de los casos que se pueden presentar y que, de hecho, se han presentado según se advierte con solo dar una poco exhaustiva revisión a las decisiones de nuestra Corte Suprema de Justicia. Pero eso no es todo, si se tiene en cuenta que el “perjuicio”, más conocido en la doctrina como *eventus damni*, es un aspecto nuclear en la teoría de la acción pauliana, la desatención de nuestra doctrina resulta más que preocupante.

Hay que resaltar, sin embargo, que esta desatención puede ser comprensible toda vez que se puede hallar, tal cual, también en buena parte de la doctrina extranjera. Para muestra de ello, basta revisar dos famosísimas obras europeas, una francesa y la otra italiana, que abordan la temática de la acción pauliana, pero brindado poca atención a las interrogantes señaladas<sup>298</sup>.

En el presente capítulo trataré de esbozar una aproximación más precisa al problema de la determinación del *eventus damni*, y así intentar llamar la atención de nuestra doctrina, para que esta empiece a preocuparse más sobre este elemento medular de la acción pauliana.

---

<sup>298</sup> RIPERT, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Traducción de Hernando Devés Echandi. La Gran Compañía de Ediciones, Buenos Aires, 1965; y ETTI, Emilio. *Lezioni di diritto*. s.

No pretendo, pues, explorar ni mucho menos conquistar la *terra incognita*, solo denunciar su existencia.

## II. LA SITUACIÓN EN NUESTRA DOCTRINA

Sostengo que el *eventus damni* sufre un considerable descuido en nuestra doctrina, lo que hace que nuestros jueces se encuentren “inermes” frente a las causas que tienen que resolver. Decir esto no significa afirmar, sin embargo, que a nivel local no se haya hecho ninguna referencia a este componente central de la acción pauliana. Sí se ha hecho, y en varias oportunidades, pero de una forma un tanto imprecisa.

La concepción tradicional del *eventus damni* entiende que la acción pauliana se puede plantear únicamente contra actos que ocasionen la “insolvencia” del deudor. Si el deudor efectúa un acto que provoca su “insolvencia”, el acreedor puede valerse de la acción pauliana para impedirlo. Tomando esta elemental idea como referencia, veamos ahora lo que nuestros autores dicen sobre el *eventus damni*:

No obstante reconocer que la sola insolvencia no agota la idea de *eventus damni*, se sigue entendiendo al mismo dentro de los márgenes de la concepción tradicional, resaltando la idea de “disminución patrimonial”: “(...) no solamente la insolvencia del deudor es causal para la procedencia de la acción pauliana sino que se incluyen determinados actos que, sin colocar al deudor en estado de insolvencia, perjudican al acreedor al poner en peligro la efectividad de su crédito por razón del decrecimiento del patrimonio del deudor (...). El Código Civil ha abandonado, pues, el criterio de la insolvencia para la configuración del *fraus creditorum* y como requisito de la acción pauliana, optando tan solo por el requisito del perjuicio al acreedor, aun cuando en la mayoría de las veces el remedio pauliano tiene su razón de ser en la insolvencia del deudor, en cuanto ella significa que el acreedor no puede obtener el pago íntegro de su crédito. Pero puede haber perjuicio contra el acreedor, realizado con fraude, sin que se presente insolvencia en términos absolutos, siendo justo en este caso someter el acto perjudicial al remedio pauliano, por cuanto aquel, de todos modos, viene a afectar desfavorablemente al acreedor”<sup>299</sup>.

2 VIDAL RAMÍREZ, Fernando *El acto jurídico*. 8 edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 166

En idéntico sentido, se ha sostenido que “(...) el daño ocurre cuando el acto convierte al deudor en insolvente, acentúa su insolvencia previa o dificulta sensiblemente la posibilidad del cobro, aunque técnicamente la insolvencia no se haya aún producido ni declarado. La insolvencia, como tal, no es requisito objetivo para que el acreedor invoque perjuicio. Aunque usualmente en caso de insolvencia habrá siempre perjuicio, este puede presentarse en cuanto el Código exige el requisito, sin necesidad de que el acreedor invoque o acredite la insolvencia del deudor. Habrá, pues, perjuicio cuando los bienes conocidos de un deudor no alcancen a cubrir el importe de sus deudas, incluidos sus accesorios (gastos, intereses y demás prestaciones que deba acudir)”. Así, se asevera que el perjuicio se configura cuando se “dificulta la disposición” de los bienes del deudor o se “disminuye su valor de mercado”<sup>300</sup>.

De igual manera se pronuncia el autor que nos señala que hay *eventus damni* si es que el acto del deudor causa “un perjuicio, imposibilitando o dificultando el recupero de su crédito”, de modo que la acción pauliana tiene como “su función evitar la insolvencia del deudor, evitando que se desprenda de los bienes conformantes del patrimonio que constituye garantía general de sus deudas (...) busca remediar la desaparición o reducción del patrimonio del deudor, evitando el perjuicio al acreedor (...)”<sup>301</sup>.

No obstante, el autor que se acaba de citar da un paso más adelante, tratando de plantear la idea de “perjuicio” al margen de la idea de insolvencia, trayendo a colación la idea de imposibilidad de ejecución por falta de bienes conocidos: “El deudor causa perjuicio a sus acreedores cuando realiza actos con los cuales renuncia a derechos o disminuye su patrimonio conocido o frustrando la posibilidad de que los créditos sean satisfechos mediante la realización judicial de sus bienes (...). Para que prospere es suficiente que con esos actos los acreedores se vean perjudicados al no poder cobrar sus créditos o poder cobrarlos solamente parcialmente, debido a que no existen bienes conocidos y libres del deudor en el territorio de la República, lo que no implica siempre que tales actos provoquen o empeoren el estado de insolvencia del deudor. Este

---

0 MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998.

0 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2ª edición, L. demsa, Lima, 1999.



puede ser una persona solvente no obstante que no tiene bienes conocidos, pero sí puede tener bienes que no pueden ser ejecutados por sus acreedores por no ser accesibles al conocimiento de estos o porque esos bienes se encuentran en el extranjero”<sup>302</sup>.

Dentro de esta línea, también se ubica el autor que señala que la esencia del “perjuicio” importa algo más que el concepto de insolvencia, implica también la vulneración de la “confianza” del acreedor, empero sin dejar de entender al *eventus damni* en términos de “disminución patrimonial”: “El perjuicio, fundamentalmente, estriba en la frustración de una confianza en el sano y no abusivo uso de los derechos de disposición del deudor; en la malograda expectativa (interés) de carácter económico del acreedor actual o próximo. Esta frustración se visualiza cuando se piensa que el deudor tiene no solamente deberes de resultado, como cumplimiento efectivo, sino también de conducta, como no impedir el pago del crédito mediante la disminución de su activo patrimonial ejecutable (...) El daño pues consiste en poner en peligro la posibilidad de cumplimiento siempre que razonablemente sea de tal entidad que permita prever que, por el empobrecimiento que se determinará en el patrimonio del deudor, aun cuando este no llegue a ser insolvente, en el momento del vencimiento de la obligación no encontrará en los bienes libres que resten materia suficiente para satisfacer íntegramente los propios derechos”<sup>303</sup>.

Siguiendo los lineamientos de una atenta doctrina española, se pretende echar más luces sobre la idea de *eventus damni* cuando se afirma que: “Tal perjuicio se tiene cuando haya sido puesta en peligro la posibilidad para el acreedor de obtener lo que se le debe a través de la ejecución forzada (...) No se debe identificar el perjuicio económico con la insolvencia. En efecto, no se necesita la declaración administrativa de concurso o judicial de quiebra (...) pueden existir otros bienes pero no cuentan para impedir hablar de perjuicio porque su ejecución resulta difícil o imposible para el acreedor (...). Pero como pusieron de manifiesto otros autores contemporáneos, no toda dificultad es suficiente

0 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal I. O. *Lecciones de Derecho*

0 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El negocio jurídico*. Segunda edición, Lima, 1998, p. 3 y 4. El autor ha reiterado estas ideas en su escrito más reciente: Id. “Requisitos de la acción pauliana o evictoria”. En: AAV V. *Código Civil comentado*. Tomado de *Lecciones de Derecho*

para justificar el recurso a la impugnación (...) el patrimonio del deudor que funciona como garantía patrimonial del acreedor debe ser valorado en función del importe del crédito del actor (...); por otra parte, la insolvencia no ha de ser cuantificada por el valor contable del patrimonio del deudor, sino en atención al previsible valor ejecutivo de los bienes embargables”<sup>304</sup>.

Aunque de ninguna manera se puede poner en tela de juicio la valía de las consideraciones que se acaban de reseñar, su generalidad impide que sean suficientes para dar respuesta a las preguntas planteadas en la introducción y –por consiguiente– enfrentar las complejidades que, en los procesos judiciales, en no pocas ocasiones se presentan al momento de establecer la presencia del *eventus damni*. No parece difícil notar que el análisis de este factor clave de la acción pauliana ha concitado bastante poca atención de parte de nuestros autores. Así, puede observarse que cuando se propone estudiar a la acción pauliana, se reflexiona sobre múltiples aspectos sin duda relevantes, pero dejándose en la penumbra al aludido elemento central<sup>305</sup>. Paradójico.

### III. LOS PROBLEMAS DE NUESTROS JUECES EN LA *TERRA INCOGNITA*

Para cotejar lo que acabo de afirmar, basta la revisión de algunas decisiones de nuestra Corte Suprema de Justicia, que nos muestran que la identificación del *eventus damni* en los casos concretos entraña obstáculos bastante difíciles de sortear con fórmulas genéricas:

La Casación N° 2150-98-Lima nos presenta el siguiente caso:

Luis Alberto Salazar Tafur tiene una deuda personal con el Banco Continental. Es el caso que el deudor constituye un patrimonio familiar, al encontrarse casado. El banco, vía acción pauliana, peticona que la constitución del patrimonio familiar se declare ineficaz frente a él,

---

<sup>304</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. 3ª edición, Roma, 1995.

<sup>305</sup> MORALES HERVIAS, Ramón. “Fractura del crédito en el caso de invalidez e ineficacia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 0. Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2001, p. 3 y ss. También se puede encontrar desatención a dicho elemento en: AAV V. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leyes de León Hilarión. 1ª edición, Lima, 1995.

puesto que tal constitución “perjudica su derecho a embargar expectativas de uno de los cónyuges (su deudor) en el bien sobre el que se ha constituido el referido patrimonio familiar”. Las instancias de mérito desestiman la demanda porque “la deuda es personal del codemandado Luis Alberto Salazar Tafur, y que el inmueble no es un bien propio sino de la sociedad conyugal constituida con doña Rosario Maritza de Souza Ferreyra Ugarte, por lo que el cobro del crédito que tiene el banco demandante en relación al demandado y respecto al predio sublitis se encuentra supeditado a la liquidación de la sociedad conyugal formada por los demandados” (fundamentos del recurso).

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por el banco, señalando que las instancias de mérito no tienen en cuenta que la sociedad de gananciales se puede liquidar sin que se extinga la sociedad conyugal, cosa que puede ocurrir por declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, “de tal manera que nada impide embargar los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede ser por estado de insolvencia” (considerando décimo).

Esa sentencia en casación deja muchas dudas en torno al modo de establecer la presencia del *eventus damni*:

¿Los acreedores de uno de los cónyuges pueden agredir bienes que conforman un patrimonio familiar, cuando solicitan la liquidación de la sociedad de gananciales? Pues la respuesta afirmativa de la sentencia en casación aparece como sumamente cuestionable si se tiene en cuenta que el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 845 (la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, aplicable a este caso) excluía a los bienes inembargables de los procedimientos concursales. Y, como indica el artículo 648 del Código Procesal Civil, los bienes que conforman el patrimonio familiar tienen la calidad de inembargables.

La pregunta inevitable es la siguiente: ¿cabe interponer la acción pauliana contra la constitución de un patrimonio familiar actualmente? ¿Cómo dar respuesta a esta pregunta, teniendo en cuenta el fallo contenido en la Casación N° 2150-98-Lima?

Pero hay más. Es cierto que los cónyuges tienen expectativas sobre los bienes de la sociedad de gananciales, puesto que al liquidarse esta,

pueden acceder a titularidades exclusivas sobre tales bienes. Entonces pueden plantearse estas otras interrogantes:

¿Existe *eventus damni* si el deudor forma parte de una sociedad de gananciales que tiene un patrimonio en excelentes condiciones, pese a que su patrimonio personal registra más pasivos que activos? ¿Un patrimonio sólido puede estar constituido solo de expectativas de adquisición sobre titularidades de la sociedad de gananciales? Si la respuesta es positiva, ¿cómo se ejecutaría el embargo sobre tales expectativas? ¿Pueden ser materia de un remate en el seno de un proceso de ejecución? ¿O es que este embargo solamente tiene sentido con miras a una liquidación de la sociedad de gananciales por petición de los acreedores por deudas personales de los cónyuges?

Por su parte, la Casación N° 5249-2006-El Santa nos presenta el caso siguiente:

Hilario Torres Villanueva tiene una deuda personal con la empresa de transportes El Rosario S.A.. Resulta que Torres estaba casado y la sociedad de gananciales que conformaba tenía titularidades sobre un bien inmueble, el cual fue materia de una transferencia a favor de terceros. La empresa acreedora plantea acción pauliana contra este acto de transferencia, ya que “se trata de proteger la legítima aspiración del acreedor”, haciéndose referencia a que “la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal estaría afecto en el cincuenta por ciento de los derechos expectaticios del cónyuge deudor”. Así, lo que la parte actora busca para su crédito es dejar “abierta la posibilidad de su realización en la parte correspondiente al deudor, luego de la liquidación” (fundamentos del recurso).

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara fundada la casación en favor de la parte actora, aseverando que “fenecida la sociedad de gananciales, los bienes de la sociedad dejaran de ser sociales, y cada cónyuge tendrá derecho al cincuenta por ciento de las acciones y derechos sobre los mismos al igual como sucede en la copropiedad” (considerando cuarto). Y agrega que “frente a un acto de disposición patrimonial a cargo del deudor que perjudique al acreedor y que guarde relación con bienes sociales, este puede solicitar mediante la acción pauliana que se declare ineficaz respecto de él el acto de disposición patrimonial con relación a los derechos expectaticios que le pudieran

corresponder al deudor fenecida la sociedad de gananciales, para afectarlos vía embargo a fin de cautelar dichos derechos expectaticios, no pudiendo procederse a la ejecución forzosa vía remate o adjudicación mientras no fenezca la sociedad de gananciales” (considerando quinto).

Las interrogantes son análogas al caso anterior:

¿Por qué no se pueden rematar las expectativas? ¿Es que tampoco se pueden transferir? ¿O es que, pese a poderse transferir o negociar en el mercado, las expectativas no pueden rematarse? ¿Por qué tendría que ser así? De igual forma, varios años después, parece que nuestra Corte Suprema responde afirmativamente a la siguiente cuestión: ¿Un deudor puede llegar a neutralizar una acción pauliana si demuestra ser titular de expectativas solamente?

Pero lo referente a la expectativa no es el único obstáculo que presenta la determinación del *eventus damni* en los casos concretos.

La Casación N° 781-2002-El Santa, especialmente imprecisa al narrar los hechos materia de Litis, nos plantea el siguiente caso:

Una pareja de esposos ha hipotecado un bien inmueble social en favor del Banco Continental para garantizar deudas de una empresa. Empero, parece ser que los cónyuges también tienen deudas con la entidad bancaria. Ocurre que el bien inmueble mencionado es materia de una compraventa, la cual es impugnada por el banco mediante una acción pauliana. Según el banco, la compraventa le causa perjuicio porque “si bien podrá ejecutar la garantía con la empresa garantizada, pero no respecto de las personas naturales demandadas (...) además sus deudores no han acreditado tener bienes libres de gravámenes” (fundamentos del recurso).

No obstante, la Corte Suprema rechaza esta idea, argumentando muy escuetamente que “(...) el Banco demandante tendría la seguridad que la garantía hipotecaria acotada puede responder por su crédito insatisfecho, y además, según lo apreciado a fojas ciento sesentinueve a ciento setentiséis, los citados demandados Lilia Benigna Olivera Garay de Crivillero, Rogelio Crivillero Iparraguirre, en su calidad de cónyuges, acreditan tener bien libre suficiente para garantizar la satisfacción del crédito” (considerando sexto).

Al respecto, es forzoso preguntarse lo siguiente:

¿La existencia de una garantía hipotecaria, dado su carácter persecutorio, es siempre capaz de neutralizar una acción pauliana? ¿Existirán algunos supuestos donde dicha garantía no sea capaz de evitar que se declare fundada la interposición de una acción pauliana? ¿Ocurre lo mismo si estamos ante garantías personales, como una fianza? Además, ¿Por qué la Corte Suprema es excesivamente parca en su pronunciamiento sobre la “solidez” del patrimonio de los demandados, si el actor ha cuestionado ese punto directamente? Es obvio que no basta decir que los demandados “han acreditado tener bienes libres”, era más que necesario un análisis sustancioso ¡Se trata del más importante ingrediente de la acción pauliana!

Otro orden de interrogantes plantea la lectura de la Casación N° 1965-2009-Lima:

Alejandro Dañino Gaertig tenía una deuda con Zoila Irus Maximiliano. De la lectura de la sentencia en casación, se tiene que el deudor dispuso, mediante una donación, de su titularidad sobre un bien inmueble. La acreedora plantea la acción pauliana contra este contrato. Se establece que el deudor ha “perjudicado” el cobro del crédito porque de la donación ha resultado que ya “no cuenta con inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble y el Registro de Predios de Lima”. No obstante, el demandado ha alegado ostentar derechos de crédito garantizados con hipotecas. Pero este argumento es desechado por el máximo Tribunal debido a que “no se ha acreditado que el citado demandado viene accionando a fin de recuperar las sumas de dinero dadas en préstamo” (considerando noveno).

Otro cuestionario es oportuno: ¿Solo puede decirse que existe *eventus damni* si no hay bienes suficientes registrados? ¿La determinación del *eventus damni*, entonces, básicamente no es más que un mero examen de los registros públicos? ¿Puede un deudor llegar a neutralizar una acción pauliana demostrando ser titular de derechos de crédito solamente? ¿Por qué la Corte Suprema considera que el demandado debió acreditar las acciones legales de cobro de sus créditos? ¿Es que la “solidez” de los créditos depende de si se están cobrando o no? ¿Por qué?

Pero este apartado no puede concluir sin que yo haga una pregunta: ¿cree usted, amable lector o lectora, que consideraciones genéricas sobre el *eventus damni* son suficientes para responder a todas estas interrogantes?

En mi opinión, si nuestros jueces recurren a nuestra doctrina para intentar hallar respuestas y plasmarlas en sus fallos, podrían tener una sensación de incomodidad, porque no encontrarían las “armas conceptuales” para enfrentar la complejidad que muchas veces involucra la determinación del *eventus damni* en los casos concretos.

#### IV. A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE PUBLICACIÓN

Pienso, sin embargo, que un recientemente publicado trabajo contiene un avance trascendente en lo que respecta a la identificación del *eventus damni*, ya que deja establecidas, por vez primera a nivel local, consideraciones más precisas sobre el particular. Me temo, no obstante, que su autor, Oreste Roca Mendoza, no ha sido del todo consciente de la significación que su avance tiene para nuestra doctrina. En efecto, en sus líneas no se advierte con claridad la desatención que sufre el elemento central de la acción pauliana en nuestro medio, ni la urgente necesidad que tenemos de empezar a entender al *eventus damni* al margen de la concepción tradicional<sup>306</sup>.

Roca prescinde de la doctrina peruana en su análisis del *eventus damni*, el cual realiza sobre la base de los planteamientos de un importante sector de la doctrina española e italiana. Es clara la influencia que

<sup>306</sup> Por ejemplo en sus conclusiones, el autor se dedica a prestar atención al núcleo de la acción pauliana, sin terminar de desentenderse de la concepción tradicional, señalando sobre ella: “La acción pauliana se invoca cuando ha ocurrido un detrimento patrimonial (no necesariamente disminuido patrimonial, término ligado al carácter cuantitativo) que conlleva que el acreedor o la parte contractante pierda cada no pueda realizar su crédito o ser satisfecho su interés, por lo que la acción pauliana elimina el impedimento o dificultad de satisfacción de la parte perjudicada declarando ineficacia relativa y limitada”. ROCA MENDOZA, Oreste. “Ineficacia de los actos del deudor frente al acreedor”. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 2. Y digo que he prestado atención a la doctrina peruana en sus conclusiones pero que en las conclusiones de la tesis de licenciatura original, que sirvió de base a su publicación, este elemento de la acción pauliana goza de una mayor atención, aunque aún tampoco el autor llega a notar la desatención que tal elemento sufre en la doctrina peruana (ROCA MENDOZA, Oreste. *Consideraciones jurídicas sobre la denominada acción pauliana, nuevas perspectivas bajo un análisis dogmático-funcional*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2010, p. 108).

Roca recibe de Juan Antonio Fernández Campos y Emanuele Lucchini Guastalla. Las reflexiones de estos autores europeos ciertamente rompen con la noción clásica de *eventus damni*, y Roca las sintetiza y presenta por vez primera en Perú:

“(…) no solo el daño (perjuicio a la contraparte), sino el simple peligro de daño puede integrar el *eventus damni*, en función de que es lo que afecta el acto dispositivo. Esta teoría es relativamente reciente, y señalamos que no es una creación nuestra”<sup>307</sup>. Cuando se analiza el patrimonio del deudor, se tiene que verificar la existencia de bienes “identificables y no escondibles fácilmente (…) la existencia de un perjuicio pauliano no es sumar el valor de los bienes de la contraparte (ver su aspecto cuantitativo), sino analizar que dichos bienes cualitativamente sean idóneos de afrontar el débito en etapa ejecutiva (ver su aspecto cualitativo)”<sup>308</sup>.

En este sentido, Roca señala que el acto del deudor, para que exista *eventus damni*, debe importar “una posible y eventual infructuosidad de la futura ejecución sobre los bienes de la parte comprometida”<sup>309</sup>. Como veremos luego, esta una idea clave para entender al *eventus damni* de una forma que aspire a ser más exacta.

Poco después, el propio Roca describe lo que, para él, es la esencia del *eventus damni*:

“Repasando lo antes dicho, *eventus damni* o perjuicio pauliano no solo puede consistir en disminuir el patrimonio de la parte a cumplir, de manera cuantitativa sino también de manera cualitativa, que imposibilite o dificulte la ejecución forzada, futura o eventual”<sup>310</sup>. Nótese como Roca, de forma en la que no estoy de acuerdo, retira de su “extracto esencial” la idea de “posibilidad” de daño o perjuicio. Y es que muy distinto es decir que el patrimonio es de difícil ejecución que decir que el patrimonio **posiblemente** sea difícil de ejecutar.

---

① ROCA MENDOZA, Oreste. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. O. U. de C. P., t. I, p. 118.

② *Ib dem.*, p. 118.

③ *Ídem.*

④ *Ib dem.*, p. 118.



Más adelante, Roca brinda ideas que, por su precisión, son de gran valor para el análisis de casos prácticos. Así, señala que el *eventus damni* implica evaluar los siguientes aspectos del patrimonio del deudor<sup>311</sup>:

Su valor cuantitativo, esto es que no tiene que haber un exceso de pasivos frente a los activos; su estabilidad, es decir que los bienes no deben ser deteriorables, consumibles u ocultables, o sea que deben reunir caracteres que se suelen atribuir a los bienes inmuebles; y que su ejecución no implique mayores dificultades ni costos para el acreedor. Sobre este último aspecto, Roca nos dice que muchas veces va a ser complicado determinar cuándo hay mayor dificultad de ejecución, ya que las ejecuciones, en el Perú, suelen de por sí ser complejas. Con respecto a los costos, anota que el solo aumento de estos no debe considerarse como suficiente para plantear la acción pauliana, ya que tales gastos se pueden recuperar en el respectivo proceso de ejecución. Lo contrario es admisible solo cuando tal aumento “sobrepase el patrimonio de la parte comprometida y produzca con ello la insuficiencia del patrimonio para los intereses de la parte perjudicada”<sup>312</sup>.

## V. UNA APROXIMACIÓN A LA *TERRA INCOGNITA*

Creo que llegados a este punto, amable lector o lectora, podemos decir:

¡*Terra incognita* a la vista!

Se trata, pues, de un “lugar” que nuestra doctrina no ha explorado, pese a que es el “corazón” de la acción pauliana. Estamos a las puertas de este “lugar recóndito” para la doctrina peruana. Hay que decir, sin embargo, que Roca ha transitado antes que muchos peruanos por este lugar, aunque, como dije ya, sin reparar del todo en ello.

Ya advertí que de ninguna manera pretendo hacer las veces de explorador o conquistador de estas “tierras desconocidas”. Dejando las metáforas de lado, o sin dejarlas del todo, a continuación esbozaré

---

311 Ib dem, p.4

312 Ib dem, p.6

algunas consideraciones que pueden ayudar a establecer bases para un estudio profundo sobre el *eventus damni*. Asimismo, pueden contribuir en algo a que nuestros jueces, en los casos donde la determinación del *eventus damni* puede terminar siendo un dolor de cabeza, no se encuentren tan “inermes”.

### 1. Un lugar con muchos “pantanos”

Un punto que gran parte de la doctrina –incluso extranjera– no suele destacar debidamente es que la determinación del *eventus damni* es un asunto que puede considerarse bastante “pantanoso”. Lo digo porque el término “perjuicio”, empleado por el artículo 195 de nuestro Código Civil, resulta poseer un alto grado de vaguedad, lo que explica que en no pocas ocasiones la determinación del *eventus damni* sea una cuestión de respuesta asaz discutible.

Sin ánimo de abandonar la seriedad, supongamos, amable lector o lectora, que su pareja llega un minuto tarde a una cita por haberse detenido a saludar a un “antiguo amor” que casualmente se encontró en el camino, siendo el caso que se comunicó con usted al celular, rogándole que espere ¿Eso le causaría un “perjuicio” en el plano sentimental? Cambio la pregunta ¿Y si llegase cinco minutos tarde habiendo ocurrido lo mismo? Sospecho que, en general, usted responderá que no puede hablarse de un perjuicio moral o sentimental en estos casos. Pero si de cinco minutos pasamos a media hora o a una hora ¿seguirá usted opinando igual? ¿Si resultan ser dos o tres horas? Sospecho que, en general, su respuesta cambiará. Ahora bien ¿puede usted decirme, con certeza, a partir de que tiempo puede hablarse de un “perjuicio” sentimental en este caso? Si alguien dice media hora ¿por qué no pueden ser veintinueve minutos? Si alguien dice sesenta minutos ¿por qué no pueden ser sesenta y uno? ¿No será que no puede responderse categóricamente porque la palabra “perjuicio” es muy vaga?

En múltiples ocasiones no basta con tener claro el significado que, en un plano general y abstracto, pueda tener el término “perjuicio”. Aunque maneje una variedad de sinónimos de esta palabra o de ideas vinculadas a la misma, en muchas ocasiones me encontraré jurídicamente “inermes”, a consecuencia de la falta de precisión de conceptos, al momento de establecer si en un caso concreto hay o no *eventus damni*.

Así las cosas, reiterando algunas ideas ya expresadas en el capítulo III de la primera parte de esta obra, pareciera que la palabra “perjuicio” se encuentra en la misma situación que una palabra como “rojo”, como lo notara un eximio pensador británico:

“Consideremos las diversas formas en que las palabras comunes son vagas, y comencemos con una palabra como ‘rojo’. Es perfectamente evidente, desde que los colores constituyen un continuo, que hay matices de color que dudaremos en llamar o no rojos, no porque ignoremos el significado de la palabra ‘rojo’ sino porque es una palabra cuyo campo de aplicación es esencialmente dudoso (...) El hecho es que todas las palabras son sin duda atribuibles en cierto dominio, pero se tornan cuestionables dentro de una penumbra, fuera de la cual son sin duda no atribuibles. Alguien podría tratar de obtener precisión en el uso de las palabras, diciendo que ninguna palabra puede ser aplicada en la zona de penumbra; pero por fortuna la penumbra misma no es exactamente definible; y toda la vaguedad que confiere al uso primario, la confiere también cuando tratamos de fijar un límite a su indudable aplicabilidad”<sup>313</sup>.

En este sentido, se podría afirmar que no hay remedio al alto grado de vaguedad que se nos presenta en sede de *eventus damni*. Es más, sería factible agregar que esto es de lo más natural, ya que en la teoría de la interpretación jurídica es ampliamente aceptado que las normas pueden tener una variedad de interpretaciones, debiendo el intérprete solo respetar el marco trazado por el significante de las palabras empleadas en los textos normativos, ya que este limita la fuerza expansiva del significado de estos<sup>314</sup>.

Las complicaciones que genera la vaguedad del término “perjuicio”, en la determinación del *eventus damni*, ya fueron advertidas por un prominente jurista italiano:

“Sería prácticamente imposible establecer un elenco de todas las hipótesis en las cuales el necesario peligro de daño se puede

3 RUSSELL, Bertrand. “Vaga dad”. En: BUNGE, Mario (cm p lado ). *Antología Semántica*. Traducine s de Mario Bunge, Emilio Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari. Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, pp. 14 y 24.

4 TARELLO, G iu nni. *L'interpretazione della legge*. G ifi frè, M ilán, 1965 s.

verificar. Se trata de un elemento a constatar caso por caso, así como caso por caso es necesario también constatar si el grado de perjuicio que, como consecuencia del acto del deudor, sufre el acreedor, sea tal que verdaderamente justifique el recurso a la acción”<sup>315</sup>.

No pretendo decir algo completamente nuevo. Lo que quiero es resaltar una característica del *eventus damni* que, muchas veces, suele ser tratada como un asunto de segundo orden, cuando merece la máxima atención. Una acreditada doctrina española, dentro de sus abundantes e interesantes líneas dedicadas a la acción pauliana, dice sobre el particular: “La noción de daño, por tanto, no es absoluta sino relativa, habrá de valorarse en función de las características y circunstancias de cada concreto acreedor (en función, en definitiva, de las posibilidades de realización de su crédito)”<sup>316</sup>.

Quienes decidan adentrarse en la *terra incognita*, por tanto, no deben dejar de tener en cuenta que se trata de un lugar con muchos “pantanos”, derivados de la vaguedad antedicha. Sin embargo, futuras investigaciones podrían mostrarnos problemas concretos que, a primera vista, pueden parecer profundos “pantanos”, cuando no son más que pequeños “barrizales” fáciles de atravesar. Una tarea más que interesante y, qué duda cabe, nada simple.

## 2. Un lugar asaz “peligroso”: el “peligro” como idea clave en la definición del *eventus damni*

La idea de insolvencia debe dejarse de lado. Pero cuidado, esto no quiere decir que la insolvencia no configure un supuesto de *eventus damni*. Todo lo contrario, empero se trata del caso más simple, y no parece necesario seguir reflexionando sobre él. Si el acto del deudor hace que su patrimonio sea contablemente (valoración cuantitativa) inferior al crédito impago, indudablemente puede plantearse la acción pauliana.

---

3 NICOLÒ, Rosario “Dell’azione revocatoria”. En: AAVV. *Commentario del Codice Civile*. Libro Sesto. Trattato di Diritto. Al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Nicola Zanichelli - Foro Italiano. Bologna-Roma, 1972.

6 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El litigio*.

Por eso es mejor detenerse en la idea de “dificultad de cobro” o “dificultad de ejecución”. Así, se dice que el *eventus damni* está presente si el acto del deudor disminuye el valor *in executivis* de su patrimonio<sup>317</sup>. Ya hemos visto que esta idea ha sido rescatada por Espinoza y, después, detallada por Roca. Estoy de acuerdo, pero es necesario efectuar una precisión.

Como se recordará, líneas arriba anoté que no estaba conforme con el “extracto” que el propio Roca hacía de sus planteamientos sobre el *eventus damni*. Y esto porque considero que no es del todo apropiado entender al *eventus damni* como una disminución actual y efectiva de un valor, por más que no sea el contable. Bajo tal orden de ideas, reitero que muy distinto es decir que el patrimonio es de difícil ejecución que decir que el patrimonio **posiblemente** sea difícil de ejecutar. Considero, siguiendo la línea que trazó el maestro Rosario Nicolò en Italia, que la idea de daño o disminución actual no describe de forma del todo conveniente al concepto de daño o perjuicio del acreedor. Debe empezarse a trabajar más sobre la idea de peligro de daño o, mejor dicho, peligro de que la ejecución del patrimonio no sea suficiente para satisfacer el derecho del acreedor. Un patrimonio puede ser ahora perfectamente ejecutable, pero su configuración puede implicar un “riesgo” o “peligro” de frustración de la ejecución. Trataré de explicarme mejor mediante un ejemplo sencillo:

Si el deudor efectúa actos de disposición de tal manera que su patrimonio queda conformado básicamente por costosos equipos de cómputo portátiles de alta tecnología y carísimos ternos, ¿puede afirmarse que hay una disminución del valor *in executivis* del patrimonio del deudor? ¿Es qué es muy difícil ejecutar estos bienes? A decir verdad, es fácil advertir que los equipos y los trajes caros pueden ser ejecutados y rematados sin mayor problema, por lo que resulta difícil aseverar que tengan un escaso valor *in executivis*. Lo que ocurre es que no se trata de una disminución actual del valor cualitativo del patrimonio, sino de un aumento del riesgo o peligro de una ejecución inútil, ya que el deudor puede sin problema esconder esos bienes, haciendo inviable una futura ejecución. El lector atento dirá que Roca ya tocó el asunto cuando hizo

---

317 Ib dem. 13

referencia a la facilidad de ocultamiento de los bienes. Es cierto, pero también es verdad que en el discurso de Roca la esencia del *eventus damni* tiene que ver con una disminución actual del valor cualitativo del patrimonio del deudor, dejando en un segundo plano la idea de peligro, cosa que se advierte en su ya citado “extracto”.

Nicolò comenta que la jurisprudencia y doctrina italianas, desarrolladas bajo el impero del viejo Código Civil de 1865, arribaron a una noción amplia de *eventus damni*. Si bien se seguía hablando de insolvencia, esta llegó a ser entendida en términos bastante amplios, de manera que la noción de *eventus damni* se dilató hasta comprender no solo los actos que ocasionaban una efectiva y actual disminución del patrimonio del deudor, sino también aquellos con los que se “limitase la probabilidad” de que el acreedor obtenga coactivamente la realización del crédito. El *eventus damni* dejó entenderse solo en términos de “daño”, para pasar a ser concebido también, y sobre todo, bajo la idea de “peligro de daño”<sup>318</sup>.

Al igual que nuestro legislador de 1984, el legislador italiano de 1942 dejó de lado la idea de insolvencia del deudor o daño al acreedor, para emplear la de “perjuicio” al acreedor. Con esto, evidentemente se ha buscado hacer referencia a la noción amplia de *eventus damni*, conforme a la cual es suficiente el “peligro de daño” para tener configurado uno de los requisitos de la acción pauliana<sup>319</sup>. Esto quiere decir que lo relevante es que el acto del deudor provoque la “posibilidad” de que la actuación coactiva del acreedor se “frustre” en todo o en parte, y no solo porque los bienes del deudor hayan perdido algún tipo de valor o no alcancen para cubrir el monto del crédito, sino también porque, aunque el valor económico de los bienes no haya cambiado (pudiendo incluso haber aumentado), los bienes puedan terminar siendo “difícilmente

318 NICOLÒ, Rosario “Dell’azione revocatoria”. En: AAVV. *Commentario del Codice Civile*. Libro Sesto. Trattato di Diritto. Al cuido de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Nicola Zanichelli - Fondo Italiano Benetton-Roma, 1987.

319 Se afirma que el Código Civil italiano de 1942 hizo suyo el punto de vista según el cual el perjuicio al acreedor, como presupuesto de la acción revocatoria, se entiende como una perturbación situacional de insolvencia del deudor, la cual no necesariamente consiste en una efectiva y actual disminución de su patrimonio o sino también en el “simple peligro” de tal disminución, que produce una mayor dificultad al acreedor para realizar coactivamente aquello que le es debido. BIGLIAZZI GERI, Lina; BUSNELLI, Francesco. *Dotto y FERRUCCI, Romeo. Della tutela dei diritti*. U.TET, Torino, 1981. 4

atacables en vía ejecutiva, o no fácilmente puedan ser objeto de proficua venta judicial”<sup>320</sup>.

En tal sentido, el ilustre autor afirmaba que el perjuicio “que el acreedor tiende a evitar no es un daño actual y concreto”, porque el comportamiento del deudor que enajena sus bienes no representa una violación de su deber y, por tanto, una lesión actual del derecho del acreedor a la consecución del bien debido. El *eventus damni* debe ser entendido como una suerte de lesión “potencial”, de modo que la acción revocatoria sirve para neutralizar un “daño futuro”<sup>321</sup>.

Es interesante constatar que la idea de peligro dentro de la concepción de *eventus damni* ya era puesta de manifiesto por Federico De Castro y Bravo, al destacar, con certeza, que es un error definir –como suele hacerse– al *eventus damni* solamente en función del estado actual del patrimonio del deudor:

“(…) puede ocurrir que se reduzca al mínimo, a la nada, el patrimonio del deudor, y que, a pesar de ello, no haya *eventus damni*; es suficiente con que sea posible, por cualquier medio, el cumplimiento. Ejemplo sería el de la deuda garantizada con hipoteca suficiente o con fiador solvente. En casos tales es imposible ejercitar la acción, pues falta el peligro”<sup>322</sup>.

No obstante, un sector de la doctrina ha preferido resaltar la idea de “posibilidad de identificación” de los bienes para determinar la presencia del *eventus damni*. Así, Massimo Bianca considera que la imposibilidad de identificación de los bienes en el patrimonio del deudor es decisiva en la configuración del *eventus damni*: “(…) el perjuicio subsiste en cuanto un bien autónomamente identificable como objeto de ejecución

0 NICOLÒ, R ó aricO t it, 2

1 Ib dem, p 4

2 DE CASTRO Y BRAVO, Federico “La acción p l i ana y la resp s ab lidad p trimoi al. Estdi o de l ó ar tícl o 9 1 y 1 11 del Cdí go Civ l”. En: *Revista de Derecho Privado*. Año XIX, N°s 8 2 Rev sta de Derech Priu do Madrid, jl i ó ags to de 9 p 4 La ideal tradicina l de insb e ncia p sa a n segndo p ano en el análisis del ilu tre ju ista h sp no “El reñ sito eñ gido no es la insb e ncia, sino la imp ib lidad en q se enca ntra el acreedo de lgr ar la satisfacció de su crédito . Así, el *eventus damni* imp ica q el acreedo se enca ntra “en la imp ib lidad de p dir, cn ék to el cm p imiento fo z o p el p o edimiento ejecut ió ( ) . ; en fo ma ab e v ada: la imp ib lidad, imp ab e al dedo , de qu el acreedo p da satisfarse” (3

se haya convertido en dinero o en otro bien no actualmente identificable en el patrimonio del deudor”<sup>323</sup>.

Criticando a Luigi Cosattini y a Angelo De Martini, Bianca entiende que no debe seguirse la idea según la cual el perjuicio se presenta “cuando los bienes que se pueden fácilmente agredir en sede de ejecución forzada vienen sustituidos por bienes que por su naturaleza pueden ser fácilmente sustraídos (muebles) u ocultados (dinero, joyas)”. Y esto porque, según Bianca, lo que en verdad perjudica al acreedor no es la adquisición, por parte del deudor, de bienes sujetos a fácil dispersión, sino la dispersión misma de estos: “en tanto que el deudor pueda demostrar que el bien adquirido (aunque se trate de dinero) es identificable en su patrimonio, el requisito del perjuicio es insubsistente”<sup>324</sup>.

Roca ha seguido esta idea, otorgando al “peligro de daño” un rol secundario en su concepción, de tal modo que llega a sostener que “dicha identificación se puede hacer por ejemplo a través de su ubicación en un número de cuenta bancaria, en un depósito, donde se podría constatar que el dinero se encuentra ahí, aunque para ello la parte con derecho interesada debería conminar a la parte comprometida que le alcance dicha información, ya que no podría hacerlo él mismo, por estar en medio el secreto bancario”<sup>325</sup>. En tal sentido, “el dinero puede ser suficiente para ello (sería ilógico castigar la liquidez de un patrimonio), pero que no esté debajo de algún colchón sino en una cuenta bancaria en un estado de ser identificable y usable al momento de la ejecución forzada (...)”<sup>326</sup>.

Hay que discrepar.

La posibilidad de identificar a los bienes no enerva la presencia de “peligro” para la ejecución, como advertí son dos asuntos distintos. El dinero depositado en una cuenta bancaria, como bien dice Roca, tiene un importante valor *in executivis* (a diferencia del dinero que se encuentra en “algún colchón”), puesto que puede ser ejecutado sin mayor

---

3 BIANCA, Massimo *Diritto Civile*. Tomo V, número reimpresión, Giuffrè Milán, 2004.

3 Ib dem., 19.

3 ROCA MENDOZA, Oreste. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Océano, 1997.

3 Ib dem., 19.



problema mediante un embargo en forma de retención. Pero es también cierto que el deudor puede disponer de él en cualquier momento, de tal suerte que el dinero que está en una cuenta perfectamente identificable, **posiblemente** puede terminar “en algún colchón”. Piénsese en el caso de una cuenta de ahorros donde el deudor percibe sus haberes y mantiene buena parte de los ahorros de su vida. Como se sabe, el titular de la cuenta puede tener en la misma todo ese dinero durante años, pero de un momento a otro **puede** retirarlo y esconderlo.

Véase, pues, como un patrimonio que tiene un valor *in executivis* importante, tiene una configuración **peligrosa** para el acreedor, ya que el deudor **podría** sustraer sin mayores inconvenientes ese patrimonio de la ejecución que busca satisfacer el derecho del acreedor. Por lo tanto, aunque el dinero pueda ser identificado, igual debería poderse plantear la acción pauliana con éxito, en virtud de que la posibilidad de identificación no enerva el real peligro (que, es verdad, puede no llegar a materializarse en algunos casos) de que el deudor actúe de modo tal que frustre la ejecución.

Una atenta doctrina explica que si el deudor sustituye bienes fácilmente ubicables, por otros perecibles o de fácil sustracción, se configura *eventus damni* porque tal sustitución pone “en riesgo de frustración” el “resultado útil de la futura ejecución forzada”. En efecto, tales bienes **pueden** terminar siendo difícilmente atacables en vía ejecutiva<sup>327</sup>.

Y es que muchos bienes, pese a ser identificables o de ubicación conocida, **pueden** ser sustraídos de una ejecución sin mayores inconvenientes. Imaginemos otro caso, en el que un deudor tiene como patrimonio conocido un almacén de implantes mamarios. Cada par de implantes puede superar fácilmente los mil dólares americanos. Ahora bien ¿sabía usted que, hoy en día, tales implantes suelen contar con un número de identificación único grabado sobre su parche que garantiza su trazabilidad? Empero, no cabe duda de que estos bienes también **puedan** ser ocultados sin problemas por parte del deudor. El peligro de frustración de la ejecución, obviamente, es real.

3 BIGLIAZZI GERI, Lina; BUSNELLI, FrancescD na toF ERRUCCI, R m eO lx it, pl 41 5

Pero el peligro no debe identificarse siempre con la factibilidad de ocultar o sustraer el bien de la ejecución. Por ejemplo, a propósito de lo dicho en la Casación N° 1965-2009-Lima, un patrimonio conformado básicamente por derechos de crédito puede tener un valor *in executivis* nada despreciable, pudiendo ser objeto de ejecución según lo preceptuado en el artículo 657 del Código Procesal Civil. Cabe preguntarse ¿existe peligro en este caso? Pues, antes que nada, los créditos tendrían que ser valorizados, lo cual puede demandar la intervención de un perito judicial. Imagínese que se trata de créditos de largo aliento que vienen siendo cancelados sin ninguna clase de inconveniente, por parte de personas con un excelente historial crediticio ¿Puede decirse que hay un riesgo genuino para el acreedor? Aquí entra a tallar algo distinto a la posibilidad de ocultar los bienes: la posibilidad que el deudor deje de recibir los pagos de quienes, a su vez, son sus deudores. Si los antecedentes crediticios son excelentes, podemos hablar de un riesgo pequeño. Pero si no es así, quizá la existencia de una garantía puede considerarse como un factor que ayuda a neutralizar el peligro.

Sobre esto último, es menester apuntar que las garantías no siempre son suficientes para neutralizar el “peligro” que un acto de disposición puede ocasionar al acreedor. Es errado pensar, por ejemplo, que si el deudor dispone de un bien sobre el cual el acreedor tiene una garantía hipotecaria, mal puede este invocar la acción pauliana. Por eso es de lamentar que la Casación N° 781-2002-El Santa haya tomado esta idea como premisa. Y es que, evidentemente, puede suceder que la garantía resulte diminuta en relación al crédito. No se olvide que la valoración de la insuficiencia del patrimonio del deudor debe ser hecha en relación a la posición del acreedor. Por consiguiente, el perjuicio no subsiste si las garantías reales, o el privilegio del que goza el acreedor, aseguran la plena satisfacción de su derecho, y esto porque el perjuicio puede subsistir si la garantía real no es suficiente para cubrir el valor total del crédito<sup>328</sup>. Otra vez, no puede descartarse la intervención de peritos para valorizar la garantía real.

Se advierte que la existencia de garantías reales impide la configuración de “perjuicio al acreedor” solo si el acto dispositivo del deudor

---

8 BIANCA, Massimo *Le cit.*, 10

9 NICOLÒ, Rosario *Le cit.*, 13

versa justamente sobre el bien gravado, debido a que, en este caso, la garantía (y, por ende, la satisfacción del crédito) no resulta comprometida. En cambio, en la hipótesis inversa (o sea si se dispone de un bien distinto al que es materia de la garantía real), sí puede hablarse de *eventus damni*, solo si la garantía no resulta suficiente para cubrir el monto del crédito. En tal caso, si al acreedor se le permite actuar en vía ejecutiva sobre los otros bienes del deudor, y este último realiza un acto de disposición que compromete la realización coactiva del interés del acreedor, no hay razón alguna para impedir a este último actuar mediante la acción revocatoria a fin de evitar el perjuicio. Si no fuese así, el haber constituido la garantía real, en lugar de beneficiarle, terminaría por generarle un perjuicio al acreedor<sup>329</sup>.

¿Este enfoque debe cambiar si la garantía es una de tipo personal, como la fianza? Pues en este caso se tiene que analizar el patrimonio del fiador, verificando si la configuración del mismo entraña o no un peligro para la realización ejecutiva del crédito, de acuerdo a lo indicado líneas arriba. Por consiguiente, no debería ponerse en duda que la existencia de una fianza, por sí misma, no puede servir de base para negar la presencia del *eventus damni*.

No es aconsejable, en consecuencia, plantear reglas que aspiren a cubrir toda una gama de supuestos de *eventus damni*. Me parece que Roca hace esto cuando sentencia que:

“Otro supuesto en que el patrimonio de la parte comprometida pierde estabilidad (...) es cuando se adquiere acciones en la Bolsa de Valores o en negocios en que la posibilidad de ganancia es impredecible, acercándose al azar, dándose a cambio bienes inmuebles, o bienes registrados. Su fundamento está en que las acciones tienen valores fluctuantes, convirtiéndose en capital de riesgo, que de la noche a la mañana pueden triplicar su valor o no valer ni un céntimo”<sup>330</sup>.

Me temo que en más de una ocasión podrá ponerse en tela de juicio esta afirmación. Centrándome en el aspecto destacado por Roca, puedo

9 BIGLIAZZI GERI, L ina; BUSNELLI, F rancescd na toF ERRUCCI, R m edO le it, pl 51 6

9 ROCA MENDOZA, O reste. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. O le it, p 9

decir que si las acciones del deudor que cotizan en bolsa se han caracterizado por mantener cierta solidez en el tiempo, y el crédito garantizado resulta de una cuantía considerablemente inferior al valor actual de las acciones, creo que se puede defender la idea de que no existe *eventus damni*. Piénsese en un caso en el cual el crédito es de veinte mil nuevos soles, en tanto que el deudor tiene acciones de una empresa minera como “Volcan”, por un valor ascendente a medio millón de dólares. Ciertamente parece difícil sostener que este patrimonio resulta inestable en comparación al monto del crédito.

Como se podrá advertir, resulta harto discutible la idea según la cual existe el *eventus damni* por el solo hecho de constatar que el deudor carezca de bienes registrados. Es preciso analizar también la solidez de bienes no registrados, como pueden ser créditos o valores mobiliarios.

Todos los elementos relevantes del caso concreto para la determinación del “peligro” de ejecución frustrada, van a tener que ser valorados caso por caso por el operador jurídico. Con respecto a los jueces, hay que resaltar que estos tendrán que exponer los fundamentos que los lleven a concluir si hay o no peligro para el acreedor, dando cumplimiento al deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. La labor puede ser difícil, no hay duda, y criticable en ciertos casos. No obstante, los jueces de ninguna manera pueden permitirse lícitamente no expresar las razones de su decisión en torno a la valoración del patrimonio del deudor.

### 3. Un lugar “excepcional”

¿Debe entenderse a la acción pauliana como una excepción al principio de la responsabilidad patrimonial? Si la respuesta fuese positiva, podría aplicarse la autorizada doctrina que enseña (sobre la base de lo estipulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil) que las normas excepcionales no son susceptibles de una interpretación extensiva<sup>331</sup>, se tendría que interpretar el término “perjuicio” del artículo 195 del Código Civil, de forma estricta o restrictiva. Por lo tanto, en caso

---

3 LEÓN BARANDIARÁN, José. “Excepción de mobiliario y contenido al Título Preliminar”. En: AAVV. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Compilación de Delia Restrepo de Delgado y. Tomo IV, Segunda Edición, Lima, 1998.

de dudas sobre la existencia de *eventus damni* en un caso concreto, se tendría que dejar de lado la acción pauliana, dando prioridad a la plena eficacia del acto dispositivo del deudor.

El carácter excepcional de la acción pauliana también ha sido exaltado en estos términos:

“(...) se trata de un remedio excepcional con el cual los acreedores pueden impugnar aquellos actos realizados por el deudor que perjudiquen sus legítimas expectativas de realización coactiva de su derecho crédito, **cuando de otro modo no puedan cobrar lo que se les debe**”<sup>332</sup>.

En mi opinión, creo que hay que tomar con mucho cuidado este rasgo que se suele asignar a la acción pauliana en la doctrina extranjera, y no pretender trasladarlo, sin más, a nuestro ordenamiento. Me explico:

Enfatizar un supuesto carácter excepcional de la acción pauliana puede tener un efecto seriamente perverso: establecer pivotes para una interpretación que postule una noción muy estrecha de *eventus damni*, cuando la evolución de este concepto, como ha enseñado Nicolò.

Ha generado su amplificación. No podemos retroceder en el tiempo y defender una noción restringida de *eventus damni*, que termine siendo demasiado exigente con el acreedor que pretende valerse de la acción pauliana.

Por mi parte, prefiero subrayar que el artículo 195 del Código Civil peruano en modo alguno autoriza, expresamente al menos, a sostener que la acción pauliana tenga un perfil excepcional. El ordenamiento nacional no exige, como requisito de tal acción, la verificación de que el acreedor no tenga otro modo de cobrar el crédito. Puede tenerlo, pero si el mismo es “difícil”, la acción pauliana debe prosperar.

Así las cosas, soy del parecer de que es preferible que la acción pauliana sea caracterizada en función de su finalidad u objetivo, dejando de lado su hipotético atributo de excepcional, que ni siquiera base legal

---

3 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio O'Leary

parece tener. En este sentido, Nicolò ha precisado, contra lo sugerido alguna vez en nuestro medio<sup>333</sup>, que la acción revocatoria, antes que una excepción, es una “atenuación” del principio de responsabilidad patrimonial, que deriva de la exigencia de tutelar al acreedor frente a comportamientos del deudor que puedan resultar perjudiciales. En tal sentido, el objetivo de la acción pauliana es “asegurar a favor del acreedor el futuro éxito de la acción ejecutiva”<sup>334</sup>, misma que puede verse comprometida por ciertos actos de disposición del deudor, lo que explica que la acción revocatoria tenga una naturaleza “cautelar o conservativa” de amplio alcance<sup>335</sup>.

#### 4. Un lugar con extraños “especímenes”: el caso de la expectativa y del patrimonio familiar

Precisamente tener claro el objetivo de la acción pauliana puede ayudarnos también a determinar la presencia del *eventus damni* en casos concretos. Voy a demostrar esto haciendo una referencia crítica a la postura que considera atendible la acción pauliana que tiene por objeto la expectativa del deudor, así como la sentencia en casación sobre el patrimonio familiar. De esta manera pondré fin al presente capítulo.

Roca ha sostenido que el criterio consagrado en la ya referida Casación N° 5249-2006-El Santa es aceptable, de tal manera que si se realiza un acto de disposición en virtud del cual el deudor pierde una expectativa sobre un bien inmueble, el acreedor puede interponer la acción pauliana para impugnar tal acto. Dice Roca:

“Esa expectativa, así como los derechos del deudor, componen su patrimonio, por lo que una disminución de ello, puede conllevar al perjuicio pauliano, lo que trae como efecto que los acreedores

---

3 LEÓN HILARIO, Ley ser. *La responsabilidad civil. Lineamientos fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª edición. In ista Editio es, Lima, 2007, p. 4. “el indicio más claro de la vigencia del principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor, entre nosotros, es la regulación de la acción revocatoria (...). La acción pauliana podría ser vista como una excepción, pero no como una manifestación de la regla general de responsabilidad patrimonial del deudor. En efecto esto solo podría afirmarse si la acción pauliana tuviera como efecto que los bienes materia del acto impugnado regresasen al patrimonio del deudor, cosa que no ocurre en absoluto. Todo lo contrario en virtud de la acción revocatoria, responderán bienes que no pertenecen al deudor.”

3 NICOLÒ, R. *op. cit.*, p. 2.

3 *Ibidem*, p. 2.

ejercen la acción pauliana, a efectos de reintegrar el patrimonio; es decir, a reintegrar la expectativa y los derechos al nivel en que estaban antes del acto de disposición”<sup>336</sup>.

De esta manera, Roca hace suya la opinión que expusiera hace algunos años Jesús Vásquez Vidal, otro joven investigador sanmarquino, en un valioso ensayo dedicado justamente a la sentencia en mención.

Según Vásquez, “al ser la expectativa una fase en el desarrollo de un derecho, los acreedores están legitimados a promover la acción revocatoria contra cualquier negocio jurídico celebrado por la sociedad (sea una enajenación, una renuncia de derechos o la constitución de alguna garantía) que pueda perjudicar la adquisición de los futuros gananciales en la esfera jurídica personal del deudor-cónyuge”<sup>337</sup>. Poco antes el autor precisó que si bien “esta solución ha sido criticada por ineficiente, ya que en la práctica muy pocos o casi ningún beneficio reporta al acreedor, fundamentalmente porque después de liquidar la sociedad quizá no quede ningún bien o por las dificultades administrativas (Indecopi) o judiciales que implica poner fin al régimen de gananciales, consideramos que no es el lugar ni tampoco nuestro propósito profundizar sobre este tema. En todo caso, lo que nos interesa señalar es que nuestros tribunales consideran plenamente viable el embargo de los **derechos expectaticios** del cónyuge sobre los gananciales como un mecanismo para proteger el derecho de crédito”<sup>338</sup>.

Tengo que discrepar de nuevo: *el eventus damni* no puede ser analizado, como pretende Vásquez, sin considerar el objetivo o finalidad de la acción pauliana. Veamos:

Nótese que la acción pauliana no hará que la propiedad sobre el bien reintegrese al patrimonio de la sociedad de gananciales. De esto se deduce que el bien del cual se ha dispuesto no podrá formar parte de la liquidación de dicha sociedad, por lo que jamás podría ser parte del proceso de ejecución para satisfacer el derecho del acreedor. Resultaría

6 ROCA MENDOZA, Oreste. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Oporto, 1988.

3 VÁSQUEZ VIDAL, Jesús. “La acción revocatoria o pauliana sobre los actos de disposición gananciales”. En: *Actualidad Jurídica*. N.º 16. Revista Jurídica, Lima, mayo 1997.

8 Ib. dem., 19.

imposible que se realice una liquidación “hipotética”, esto es que en la liquidación de la sociedad de gananciales se asuma que el derecho de propiedad sobre el que se dispuso todavía le pertenece, aunque jurídicamente ya no sea así. Entonces ¿qué sentido puede tener amparar una acción pauliana en estos casos?

No se puede decir que la acción pauliana debe ser amparada y, al mismo tiempo, afirmar que muy posiblemente la ejecución para realizar el crédito quedará frustrada de todos modos. Amparar una acción pauliana necesariamente requiere la previa constatación del *eventus damni*, cosa que, a su vez, importa analizar las posibilidades de frustración de la ejecución para realizar el derecho del acreedor. La acción pauliana trata de evitar esa frustración, pero si la misma resulta inevitable, parece indiscutible que la acción pauliana carecería de objeto.

Roca, siguiendo a Vásquez, señala que esto “no se debe traducir en que los acreedores estén protegiendo la expectativa sobre gananciales, ya que no lo hacen por proteger la expectativa del deudor (que por cierto él con su voluntad la ha disminuido conscientemente), sino proteger su crédito”<sup>339</sup>. Pero si la ejecución efectiva de la expectativa es inviable ¿de qué protección puede hablarse? Roca y Vásquez debieron –necesariamente– haber demostrado que la ejecución es perfectamente viable, para así dejar sentado que la acción pauliana tiene sentido. No parece que se pueda aceptar sacrificar la plena eficacia de un negocio jurídico a cambio de prácticamente nada en favor del acreedor.

Dicha demostración parece una tarea bastante complicada. En alguna ocasión un juez pretendió ejecutar el embargo sobre expectativas ¿Cuál fue el resultado de semejante proceder? Una destitución que hizo noticia. Pese a la “brusca” forma en que se procedió a dicha ejecución, tal suceso revela los problemas que apareja la ejecución de un embargo sobre “derechos expectaticios”<sup>340</sup>.

Supongamos que el principal activo patrimonial de un deudor son unas acciones que tiene en una empresa de mediana envergadura

---

9 ROCA MENDOZA, Oreste. *Ob. cit.*, p. 100.

10 Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 10.000/PCNM, de fecha 20/08/2010, considerando c) en adelante.



ubicada en algún país del este europeo. Qué ocurre si el deudor dispone de tales acciones ¿Hay *eventus damni*? Pues aquí puede decirse que la configuración del patrimonio del deudor, en buena cuenta, no ha sufrido variación sustancial de ningún tipo, porque un activo de ejecución harto difícil ha salido de su patrimonio. Acá da la mismo que tal activo se encuentre dentro como fuera del patrimonio. Lo mismo cabe decir en relación a una expectativa, que como tal es de ejecución prácticamente imposible.

Finalmente, con relación a la Casación N° 2150-98-Lima, sobre el patrimonio familiar, de inmediato hay que relieves que hoy en día parece un despropósito mayúsculo pretender impugnar, vía acción pauliana, la constitución de un patrimonio familiar. Y es que tal patrimonio, según establece el inciso 2 del artículo 648 del Código Procesal Civil, es inembargable, razón por la cual no puede ser materia de ningún procedimiento concursal para satisfacer el derecho de algún acreedor, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 14.1 de la Ley General del Sistema Concursal ¿Qué razón hay, entonces, para plantear la acción pauliana? En este caso, la acción pauliana carecería de objeto.

Alguien podría sostener que de lo que se trata es de hacer inoponible la constitución del patrimonio familiar frente al acreedor, no negar la existencia del patrimonio familiar. Un argumento como este, empero, no es contundente. Si la constitución del patrimonio familiar es válida y eficaz, se entiende que no puede ser materia de embargo en ningún caso, de manera que no debe admitirse la acción pauliana en su contra. Si así fuese, tendríamos que el patrimonio familiar, contrariamente a su esencia, podría ser materia de embargo en algunas ocasiones. Además, se admitiría una causal de cese de la condición de beneficiario del patrimonio familiar que no está prevista en el artículo 498 del Código Civil. De igual forma, se generaría una causal de extinción del patrimonio familiar no contemplada en el artículo siguiente. No parece que se pueda traicionar de este modo la esencia del patrimonio familiar, que aspira a una protección que puede catalogarse como jurídicamente “inexpugnable”. Por tal razón, un autorizado estudioso del tema ha sentenciado que el inmueble que constituye un patrimonio familiar

“nunca” es embargable, solo sus frutos conforme lo establece el artículo 492 del Código Civil<sup>341</sup>.

Pienso, sin embargo, que el argumento más contundente contra la idea de considerar que la acción pauliana puede atacar un acto de constitución de patrimonio familiar se encuentra en el artículo 494 del Código Civil. Creo que una lectura saludable de esta norma nos lleva a la conclusión de que la constitución de un patrimonio familiar presupone que no exista “perjuicio” al acreedor. Si así fuese, tal constitución sería inválida, por la ausencia del requisito esencial. El acreedor perjudicado debería plantear una cuestión de validez<sup>342</sup>, pero no una acción pauliana.

No niego que varias interrogantes quedan sin respuesta, y es que queda mucho en el tintero. Además recuérdese que mi finalidad era solamente llamar la atención sobre la *terra incognita*. Sin embargo, confío en que lo plasmado en este capítulo pueda ayudar a menguar la desatención que padece el elemento clave de la acción pauliana a nivel local. Aunque si logra contribuir con un granito de arena al esclarecimiento de los temas involucrados, ya me daré por satisfecho.

---

341 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 916.

342 Y aquí surge, claro está, otra interrogante ¿se trata de nulidad o anulabilidad? Me dispensará el amable lector de decirle que en este lugar prefiere tratar de ensayar una respuesta adecuada a tal interrogante.



**CAPÍTULO III**  
**¿LOS CONTRATOS**  
**SOLO TIENEN EFECTOS OBLIGATORIOS?**  
A propósito de la transferencia  
de propiedad inmobiliaria



## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que más polémicas ha suscitado en la doctrina nacional es, qué duda cabe, el de la transferencia de la propiedad inmueble a la luz del Código Civil vigente. Este tópico –como es lógico– está sustancialmente ligado al tema de la eficacia real del contrato. En efecto, se trata de verificar si el contrato por sí mismo (*solo consensus*) es capaz de transmitir la propiedad inmueble o si, por el contrario, el contrato solo genera efectos obligatorios y por ende el *solo consensus* no bastaría para transmitir este derecho.

Consideramos que no puede ponerse en duda la capacidad que tiene el contrato para generar efectos reales, ya el ilustre maestro José León Barandiarán y la brillante civilista Lucrecia Maish von Humboldt patrocinaban esta posición<sup>343</sup>.

Hasta el año 1993, no parecía haber ningún debate –mucho menos toda una polémica– en torno al tema. Sin embargo, era posible apreciar en el ámbito académico dos corrientes de opinión sobre los alcances del artículo 949 del CC. El “silencio” se rompió en dicho año, cuando Hugo Forno, en un interesante ensayo<sup>344</sup>, confrontó directamente ambas posiciones, tomando partido por aquella que sostiene que es posible que el contrato tenga eficacia real. Posteriormente, algunos autores siguieron manteniendo la posición contraria: un debate propiamente dicho se había iniciado.

Años más tarde, Freddy Escobar sistematizó las opiniones de los principales autores nacionales en materia de transmisión de propiedad inmueble, y en sus interesantísimas líneas propina demolidoras críticas

3 El maestro al comentar el Código Civil de 1984 en el artículo 12 es muy semejante a nuestro actual artículo 949 – decía: “(…) con respecto a la cosa inmueble el régimen del código es claro: el mero consentimiento impide el acto de disposición” (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, p. 1) y Lucrecia Maish aseveró “se continúa en el Perú con el sistema consensual de transmisión de la propiedad inmobiliaria” (ver: CÓDIGO CIVIL. Epígrafe de Modificación y comentario. Verbo. Verbo. Verbo).

4 FORNO FLÓREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius Et Veritas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1993. Tomo 1. Págs. 107-118.

a las posiciones (con algunas variantes cada una de ellas) que niegan la eficacia real del contrato<sup>345</sup>.

Más recientemente, desde la primera edición de su libro sobre derechos reales, Gunther Gonzales<sup>346</sup> ha realizado una sistematización similar, aunque llegando a conclusiones harto distintas a las de Escobar. Resulta oportuno mencionar que ambos autores no han incluido, en sus respectivos análisis, el singular planteamiento expuesto por Marco Ortega<sup>347</sup>.

En el año 2006, el excongresista Alcides Chamorro Balvín entregó al departamento de trámite documentario del Parlamento su proyecto de ley titulado: “Proyecto de ley que determina la transferencia de bienes inmuebles no registrados”<sup>348</sup>, donde se propone una modificación al artículo 949 del Código Civil.

El año 2007 publiqué un ensayo donde se puede hallar un análisis crítico de los postulados de Gonzales y Ortega, así como de los contenidos en el citado proyecto de ley<sup>349</sup>. Este ensayo encontró una ácida respuesta de Gonzales, que puede encontrarse en la más reciente edición de su mencionado libro<sup>350</sup>.

Ahora bien, efectuar un análisis sobre los distintos sistemas de transferencia de propiedad (sus defectos y virtudes), o sobre las tesis de los diversos autores en torno a cada una de ellas, no es el objetivo de este capítulo (dicho sea de paso, semejante tarea necesitaría mucho más espacio del que puedo emplear en esta sede). Al contrario, en este

3 ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales”. En: *Ius Et Veritas*. Revista de los estudios antes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N.º 2. Lima, 1965.

4 GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de los derechos reales*. Quinta Edición, Lima, 1995.

5 ORTEGA PIANA, Marco. “Compra y transferencia de propiedad inmueble”. En: *Advocatus*. Revista de los estudios antes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Año tercera entrega, Lima, 1995.

6 CHAMORRO BALVÍN, Alcides. *Proyecto de Ley N.º 14566/2005-CR*. 5 Fols. Recibido el 2 de abril del 2006 según consta el sello del departamento de trámite documental del Congreso de la República.

7 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fo t. “No todo está dicho. Nuestra aplicación al debate en torno al artículo 949 del Código Civil y su enmienda jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 7. No mas Legales, Lima, abril de 2007, págs. 1 y ss. Este trabajo se publicó sólo en noviembre de 2006, meses antes, el cual se encuentra disponible en el siguiente enlace: <<http://www.de.rech.amb.s.o.ialc.m/revista/transferencia%20propiedad%20nmu%20b%20eh%20m>>.

8 GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de los derechos reales*. 3.ª edición, Quinta Edición, Lima, 2007.

capítulo Usted, amable lector o lectora, encontrará básicamente los mismos planteamientos esbozados en mi ensayo de 2007, pero con dos añadidos importantes: i) una ampliación a la crítica de la tesis de Ortega, y ii) mi –nada ácida, por cierto– réplica a Gonzales. De igual forma, analizaré algunas decisiones de nuestra Corte Suprema vinculadas al tema de marras. Todo ello con los siguientes objetivos: i) contribuir siquiera con un “granito de arena” al esclarecimiento de los temas involucrados, insertando elementos y enfoques nuevos (o por lo menos intentándolo) al mentado debate, ii) compartir con los lectores algunas reflexiones en torno a las características del derecho de propiedad, su transferencia y sobre la oponibilidad *erga omnes* del derecho de crédito; y iii) dar una nueva lectura a los planteamientos que nuestra judicatura plasma en sus decisiones relacionadas –directa o indirectamente– con el artículo 949 del CC. Así, podremos hacer notar cómo cuestiones que en una visión superficial constituirían solo asuntos de “gimnasia mental” completamente inútiles (“una búsqueda del sexo a los ángeles”, podría decirse), adquieren una relevancia práctica de importancia innegable. En efecto, resulta fundamental determinar en qué momento el vendedor deja de ser efectivamente propietario y, por lo tanto, en qué momento el comprador adquiere dicho derecho, lo cual permitirá a las partes evaluar e incluso cuantificar sus riesgos y costos<sup>351</sup>.

Como podrá apreciarse, este capítulo quiere ser una muestra de que el debate en torno al artículo 949 del Código Civil no ha muerto, y que es posible enfocar de modo diferente este tópico tan trillado, conforme indiqué en la introducción de esta obra.

## II. LA TESIS DEL SOLO CONSENSUS Y EL PLANTEAMIENTO DE MARCO ORTEGA

Sostenemos (junto con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria) que el artículo 949 del Código Civil<sup>352</sup> consagra el sistema espiritualis-

---

3 Planteadas así las cosas, mi tip es interrogantes son gen: “¿El contrato adquiere la propiedad de un determinado inmueble o produce la subsecuente del contrato como efecto de la celebración del contrato por formalizarlo de mentalmente o por escrito no de los medios de publicidad frente a terceros?”. ORTEGA PIANA, Marco Antonio, *loc. cit.*, p. 2

3 Artículo 949 del Código Civil para no de 1982: “La subsecuente de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo si se ha producido un acto diferente que extinga el contrato”.



ta de transferencia de propiedad inmueble, es decir, el *solo consensus* (la celebración del contrato) basta para que se transmita dicho derecho. Ello en consideración a que la prestación, que es un elemento esencial de la obligación –el cual consiste en un comportamiento (incluso negativo) por parte del deudor–, está ausente en el artículo 949 del Código Civil. En efecto, tomando en cuenta diversos artículos del mencionado código (por ej.: el arts. 1132 y siguientes; arts. 1148 y siguientes; arts. 1158 y siguientes; arts. 1220 y siguientes, etcétera), resulta que este cuerpo normativo ha acogido la noción pandectista de la obligación, que coloca a la prestación como objeto del derecho del acreedor<sup>353</sup>.

Por lo tanto, la “obligación de enajenar” del artículo 949 del Código Civil no es una verdadera obligación, ya que carece de prestación. En efecto, no existe actividad material alguna que se tenga que realizar para tener por cumplida dicha “obligación”, ya que esta no tiene ni la estructura, ni el contenido ni tampoco la función que el ordenamiento jurídico patrio asigna a la obligación en sentido técnico. Es lícito afirmar, por lo tanto, que la “obligación de enajenar” del artículo 949 se extingue automáticamente al mismo tiempo que surge, sin que sea necesario comportamiento alguno por parte del deudor (obvio, ya que no existe actividad material consistente en un dar, hacer o no hacer). Entonces, con justicia, se ha calificado a dicha “obligación” como una “construcción artificial, desprovista de todo valor”<sup>354</sup>.

Ahora bien, como la “obligación de enajenar” del artículo 949 no tiene cabida en la realidad jurídica, es obvio entonces que el efecto jurídico considerado en dicha norma, consistente en la transferencia de propiedad inmueble, debe ser directamente atribuido al contrato<sup>355</sup>.

3 Ver: FORNO FLÓREZ, H g d l e it, p y 8E SCOBAR ROZAS, F redy. O l e it, p

3 FORNO FLÓREZ, H g d l e it, p 8E SCOBAR ROZAS, F redy. O l e it, p

5 Qa da claro entoc es, q no p de cm p rtirse na p nió cm o la de Carló Cárdenas, q en afirma q es js tamente la “b igació de enajenar” y no el cnt rato la q transmite la p p edad inma b e (e r: CÁRDENAS QUIROS, Carló . “Registro Pb ics , clasificació de ló b enes y transferencia de la p p edad”. En: *Folio Real*. Añ J N° 3 Lima, 0 p 9 y ss), p q dich “b igació de enajenar” no es tal, ni siq era en el mudo p amente ju dicio p de ex stir. No p e mo dejar de indicar q la tesis de Cárdenas no resli ta algo cm p icada de entender, y q líneas antes seā la refiriéndose al artich o 9 “(…) creada la relació b igato ia cm o resli tado del acu rdo de b nt ades entre cm p ado y e ndedo , no sb amente h b á sn gido n derech al b en p ra el acreedo (*ius ad rem*), sino q , **simultā em ente**, este adq rirá la p p edad (*ius in re*)” (el resaltado no p rtenece). Ah a b en, no no p rece p ib e afirmar q caa a (“b igació de enajenar”) y efecto (transferencia de la p p edad) se den de manera siml tánea en na determinada sita ció, y q , p definició, s e dan de manera su esia .

Esta es, grosso modo, la posición (que, como ya dijimos, compartimos plenamente) que sustenta la suficiencia del contrato para transmitir la propiedad inmueble.

Sin embargo, Marco Ortega afirma que la posición del *solo consensus* es errónea. Siendo así, en su opinión son precipitadas las aseveraciones de Forno, a cuyo trabajo considera como representativo de la tesis consensualista. Para Ortega, aunque la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil pareciera afirmar el *solo consensus*, no es posible que este sea capaz, por sí mismo, de transmitir un derecho de propiedad en sentido técnico<sup>356</sup>.

Así es, Ortega tiene como premisa básica –como él mismo lo da a entender<sup>357</sup>– que el *solo consensus* no puede transmitir el derecho de propiedad, ya que apenas puede transmitir solamente una **propiedad relativa**, que no es propiedad en sentido técnico. Este autor sostiene que “se ha olvidado” que el derecho de propiedad es *erga omnes*, por lo que un **derecho de propiedad** que no es oponible a terceros no es tal en strictu sensu, sino uno de naturaleza estrictamente personal. Se sabe –afirma el citado autor– que el *solo consensus* transmite un “derecho de propiedad” que únicamente es oponible a las partes contratantes, mas no a los terceros, por lo cual el *solo consensus* no puede transmitir un derecho de propiedad de manera cabal<sup>358</sup>.

La razón “muy simple” por la cual es equívoca la tesis del *solo consensus* obedece –según Ortega– a que los derechos reales se caracterizan por ser *erga omnes*, y como el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, esta característica debe estar presente con mayor razón en dicho derecho. Pero, como el contrato solamente transmite derechos que solo son oponibles *inter partes*, el mismo nunca podría transmitir un derecho que pueda ser calificado como derecho de propiedad en sentido técnico<sup>359</sup>.

También afirma este autor que aquellos que consideren que el consenso es traslativo (es decir, que tiene la capacidad de generar efectos

---

6 ORTEGA PIANA. O. c. it. p.

3 Ib. dem. p.

8 Lo. c. it.

9 Ib. dem. p.

reales), solo pueden sostener su tesis creyendo en la existencia de un **derecho de propiedad relativo** (que solo es oponible a la otra parte que participó en la transferencia), pero este concepto, en opinión de Ortega, no es más que una exquisitez jurídica<sup>360</sup>.

Pero hay más: Ortega afirma también que el artículo 1351 del Código Civil restringe los efectos del contrato al ámbito obligatorio, razón por la cual admitir la eficacia real del contrato, sería contradecir a la citada norma. Si el artículo que se acaba de citar dice que el contrato incide sobre una "relación jurídica patrimonial", puesta esta no es otra que la relación obligatoria. Mal puede, entonces, afirmarse que el contrato puede tener una eficacia distinta a la obligatoria<sup>361</sup>.

De este modo, Ortega niega rotundamente la tesis del *solo consensus*, por lo cual sustenta la eficacia solamente obligatoria del contrato, postulando que la propiedad inmueble se adquiere mediante la inscripción o la toma de posesión, dependiendo si el bien se encuentra o no registrado<sup>362</sup>. Antes de continuar, debemos anotar que es un absurdo hablar de "propiedad relativa". Efectivamente, se es o no se es propietario, no son admisibles términos medios, por ello es un imposible jurídico hablar, por ejemplo, de un **más o menos propietario**<sup>363</sup>, o decir que uno es **más propietario** de su casa que el vecino de la suya. Siendo así, concordamos, en este punto en particular, con Ortega.

### III. EL PLANTEAMIENTO DE GUNTHER GONZALES

Gonzales también entiende que la tesis del *solo consensus* es errónea. Así es, después de hacer un recuento de las diferentes posiciones de los autores que han abordado el tema, afirma que "la construcción teórica de la venta real y la venta obligatoria es una falsedad"<sup>364</sup>.

Según Gonzales, la tesis del *solo consensus* se articula sobre la base de dos argumentos: i) que no se puede observar un lapso temporal de

6 Ib dem, p 5

6 Ib dem, p 3

6 Ib dem, p 9

6 Admitir medias tintas en la configuración del derecho de propiedad, significaría necesariamente admitirlas también en todos los demás derechos reales, que precisamente derivan de la propiedad. C o a insb ita.

6 GONZALES BARRÓN, G ut h r. *Derechos Reales*. J n ista, L ima, 99

tiempo entre la perfección del contrato transmisivo y su cumplimiento, y ii) que no existe un comportamiento debido del obligado (prestación) tendente a la producción del efecto transmisivo. Estas razones, según este autor, no resultan decisivas<sup>365</sup>. En efecto, el primero es, siempre según Gonzales, “un argumento falaz. Piénsese en los contratos manuales o al contado, en el que los actos de cumplimiento son contextuales a su conclusión. En el caso de las ventas de máquinas expendedoras o de múltiples artículos de consumo. La simultaneidad entre conclusión y ejecución del contrato **no puede** llevar a sostener que no existe obligaciones entre las partes”<sup>366</sup>. Más adelante indica que “solo de un análisis superficial parecería que la obligación de transmitir la propiedad se agota inmediatamente, pues ello olvida la fase de responsabilidad que continúa presente de manera potencial, y que entra en juego cuando se produce una situación de incumplimiento (por ejemplo, la evicción). (...) debe recordarse que la obligación es una vinculación personal a la que es inherente su eventual fase de responsabilidad, que entra en juego cuando se produce el incumplimiento del deudor”<sup>367</sup>.

Gonzales culmina dando dos razones más que, según él, le permiten sostener la eficacia puramente obligacional del contrato:

- i) Que el contrato de compraventa (y cualquier otro de enajenación) tiene como propósito la transferencia de la propiedad de un bien. Este es el resultado programado por las partes y, por lo tanto, va ser exigible porque existe una parte que se encuentra obligada a efectuar dicha transferencia<sup>368</sup>.
- ii) Sostener lo contrario, según Gonzales, significaría que el vendedor no está obligado a nada, por lo cual sería irresponsable por la falta de cumplimiento, llegándose, por lo tanto, irremediabilmente a un absurdo<sup>369</sup>.

---

5 Ib dem.

6 Lo .c it. (el resaltado es nuestro).

7 Lo .c it.

8 Ib dem.

9 Lo .c it.

#### IV. EL PROYECTO DE ALCIDES CHAMORRO

En este proyecto, el excongresista indica expresamente que tiene como objetivo precisar la aplicación del artículo 949 del Código Civil en el contexto del sistema de transferencia de propiedad adoptado por nuestro país, que es –a entender de Chamorro– el sistema de separación del contrato, en el cual la transferencia se produce a través de dos actos: uno que determina el efecto obligatorio y otro que determina el efecto real. Por lo tanto, esta precisión se hace necesaria, ya que el artículo 949 regula la transferencia de la propiedad inmueble dentro de un sistema de unidad del contrato<sup>370</sup>.

A continuación, el excongresista sostiene que el artículo 949 del Código Civil no distingue que la situación de un bien inmueble es diferente cuando este se encuentra registrado, y cuando se trata de un bien no registrado. De este modo, el artículo 949 –tal como está redactado– resulta de aplicación únicamente para los bienes inmuebles no registrados. Cuando se trata de inmuebles registrados, la adquisición será desde el acto de registro<sup>371</sup>.

Chamorro sostiene que en nuestro país opera **en la práctica** (para los inmuebles registrados) el sistema de separación del contrato: el primer acto es la celebración del contrato que determina el nacimiento de la obligación de dar un bien inmueble, el segundo es el registro. En ese orden de ideas, lo dispuesto por el artículo 949 resulta “fuera de contexto”, ya que –según el excongresista– esta norma no reconoce un verdadero modo de adquisición, toda vez que la obligación que regula no tiene cabida en la realidad jurídica<sup>372</sup>.

El objeto del contrato, según el artículo 1402 del CC, consiste en crear, regular o extinguir obligaciones. Esto lleva a concluir, según Chamorro, que el contrato al que alude el artículo 949 no es consensual, además esta norma se contrapone al artículo 1529, el cual –siempre según Chamorro– dispone que cuando se vende un bien inmueble el comprador no es propietario por el solo consenso. Así pues, el citado

<sup>370</sup> CHAMORRO BALVÍN, Alcides. *Ob. cit.*, F b .1 .

<sup>371</sup> *Loc. cit.*

<sup>372</sup> *Ibidem*, F b .2

excongresista concluye que debe privilegiarse lo dispuesto por la norma especial, el artículo 1529, sobre el artículo 949, que para estos efectos es una norma general<sup>373</sup>.

Chamorro culmina señalando que esta descontextualización del artículo 949 genera interpretaciones contradictorias en el plano jurisdiccional<sup>374</sup>, lo cual produce inseguridad jurídica a los justiciables. Así, la solución estriba en que el artículo 949 del CC (que regula un sistema de unidad del contrato) se condiga con el sistema de transferencia de separación del contrato que, según Chamorro, es el acogido por nuestro país.

La propuesta de Chamorro fue la siguiente:

Artículo 949.-

**“La transferencia de propiedad de un bien inmueble no registrado opera con la sola obligación de enajenar, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Si se trata de un inmueble registrado, la transferencia opera mediante la inscripción registral del título”**<sup>375</sup>.

## V. SOBRE UN INTENTO DE “RESUCITACIÓN” DE UN PLANTEAMIENTO CARNELUTTIANO

Antes de continuar, creemos necesario señalar que para quienes (siendo partidarios del *solo consensus*) consideran inútil el esfuerzo de precisar bien los conceptos, tendrían serios problemas para hacer frente a estos interesantes argumentos en contra con respecto a un problema que, como ya se dijo, posee una fundamental relevancia práctica. Cierto, se trata de verificar si el contrato puede o no transferir directamente el derecho real más importante que existe<sup>376</sup>.

---

3 Lo .c it.

3 Ib dem,F b .3

3 Ib dem,F b .5 (resaltadale l atu o ).

8 Disentimo tanto con ESCOBAR (b cit, p 8 , con con ORTEGA (b cit, p 9 , cuando afirman que el derecho de propiedad es el más importante del patrimonio al que existe. De seguirse esta posición, se llegaría irremediablemente a la conclusión de que la propiedad merece mayor protección que el crédito de modo que un crédito por 0 debería ceder frente a una propiedad por 0 lo cual no parece adecuado (no nos parece correcto plantear una preeminencia de la importancia del derecho de propiedad in

Pues bien, en primer lugar decimos que la tesis de Ortega bien puede significar un intento de “resucitación” de un conocido y (muy) antiguo planteamiento del célebre Francesco Carnelutti (que, en cierto modo, tiene un origen pandectista). Así es, el planteamiento de Ortega es ni más ni menos que la tesis sustentada por el citado maestro italiano, a propósito de sus comentarios al artículo 1583 del viejo Código Civil italiano de 1865<sup>377</sup>.

En el siglo XIX, los pandectistas señalaban que el *solo consensus* no podía en modo alguno transmitir la propiedad, ya que la propiedad de por sí era *erga omnes* y el solo acuerdo entre partes no podía generar un derecho absoluto, sino uno personal; el derecho de “propiedad” transmitido por el contrato no podía ser calificado como tal técnicamente, debido a que no se condecía con el concepto que del mismo había dado el famosísimo y autorizadísimo Friedrich Karl Von Savigny. Años después, Carnelutti sostenía que un derecho de propiedad que el comprador solo puede oponer al vendedor, después de realizada la transferencia, no es propiedad; es más, incluso hacía notar que hasta los franceses se dieron cuenta de ello y por eso empezaron a hacer repararos en las críticas que les formularan los alemanes. Para muestra de ello, el jurista francés Théophile Huc, a mediados del siglo XIX, afirmaba que “la publicidad es la esencia de los derechos reales y por ende el solo consentimiento no puede constituirlos de ningún modo”<sup>378</sup>. Viendo Carnelutti

---

*abstracto*, de mdo q si se so tiene q n determinado derecho sh etio es más imp tante q t ro , inév tab emente debe cnc lú rse q aq l merece na ma p b ecció jn ídica q esto ). No sb o p q se trata de x lo es igu les econó icamente, sino p q lo derech inó u rado tienen la misma relea ncia jn ídica, tanto la p p edad cm o el crédito sn derech fuda mentales en el marco de na econm ía de lib e mercado amb ju gan u rb imp tante en el crecimiento econó ico no acep amo q no merezca ma p rbo ecció q el b ro Es más, ati o es conb ado cm o Piero Sch esinger y Vincenzo Rp h n dems trado q acta lmente la p p edad no p de cnc eb rse cm o el derech p trimoi al más imp tante. En efecto el p gr esar de la civ lizació cap talista, caracterizada p u rtingis o desarr lo tecnó í co y econó ico cn la cns ecu nte ep nsió de la inda tria y lo cm ercio , inagn a na fase en la cu l la riq za y lo recn so p du tió no se identifican más cn la p p edad de co as materiales. Así p s, se e ers ina da la p ició de sp emacia q o tentab la p p edad y el centro del sistema econó ico se altera dando p epde rancia a las relacine s: ep ctatiw s v ncl adas a p m esas, en p tensine s v ncl adas a de b res. Las grandes ni dades cm erciales o inda triales p een su riq za en fuc ió a v ncl o cnt racta les y no y en fuc ió al sto k (sb e el p rti cl ar, p rmitaseme remitir a: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fo t. Embargo inscrito y tercera de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia. Gaceta Jn ídica, Lima, 9 198 s ).

377 CARNELUTTI, Francesco “Apt i sli le b igazini ”. En: *Rivista di diritto commerciale*. Parte Prima. Padu , 9 ye n su *Teoria Giuridica della Circolazione*. C edam, Padu , 198 s.

378 Para mejr detalle de este pt o r: BIANCA, Massimo “Reflex n es sob e el cns enso traslatiö . Tradu ción de la rrsiö italiana de Gastó Fernández. En: *Themis*. Rev sta de derech de lo estdi antes de

que hasta los franceses renegaban de su *solo consensus*, postulaba su tesis.

Sin embargo, se formularon dos críticas a la posición bajo análisis, de las cuales no pudo sobreponerse, de modo que ya fue superada por la moderna doctrina.

Así, se argumentó en primer lugar que el contrato sí puede transmitir el derecho de propiedad de manera cabal, ya que la actuación de la forma publicitaria (el oponer a terceros) vale solo a efectos de resolver hipótesis de conflicto entre adquirentes y otros causa-habientes. Esto se señala siguiendo a una autorizada doctrina que afirma que los fenómenos jurídicos deben tomarse en cuenta, a efectos de determinar su naturaleza, en su etapa fisiológica, es decir en el devenir normal del fenómeno, dejando de lado la etapa patológica (cuando se presentan problemas en el desarrollo normal del fenómeno)<sup>379</sup>. Es por esto que no habría problema alguno en estimar que el contrato produce efectos reales, ya que el hecho de que no transmita una propiedad oponible a todos es un aspecto que solo es importante cuando se dan conflictos de intereses entre adquirentes y causa habientes, mas es poco relevante en situaciones fisiológicas.

La segunda crítica se fundamenta en un concepto adecuado del derecho subjetivo y no ya en el concepto arcaico que confunde estructura del derecho subjetivo con los medios de defensa que le otorga el ordenamiento, ya que –como es evidente– estos últimos no son parte de la estructura de aquel<sup>380</sup>.

la PUCP. N° 8 Lima, 9 p 3 y ss. ID. *Diritto Civile*. Tom o III, *Il Contratto*. Gifi frè Editore, Milano 996

9 BIANCA, Massimo Ob cit. (9 , p 7 BARBERO, Demenico *Sistema del Derecho Privado*. Tom o I, Traducción de la edición italiana de Sentís Meléndez JEA, Buenos Aires, 995 s.

8 Los derechos subjetivos (y cualquier otra situación jurídica subjetiva de naturaleza) requieren de una garantía que asegure que la facultad en ellos contenida no sea ilusoria para su titular. Ahora bien, estas garantías se realizan sobre de una forma: mediante el establecimiento de deberes (o de otras situaciones jurídicas de naturaleza) en cabza de los otros miembros de la comunidad. Además, el denominamiento cuenta con una serie de mecanismos que operan en caso dichos deberes sean incumplidos (esto es la tutela). De este modo no puede darse que todos los mecanismos involucrados en la defensa del derecho subjetivo no forman parte de la estructura del mismo y que aquellos actúan sobre sujetos distintos al titular de este. Ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El derecho subjetivo". En: *Ius et veritas*. Revista de los estudios antes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 6 Lima, 9 p 9 y ss. Confóme: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Fondo editorial PUCP, Lima, 995 s.



Así es, los pandectistas consideraban que el derecho real entrañaba en sí el carácter de *erga omnes*, y más aún si se trataba del derecho de propiedad. De este modo, consideraban al derecho subjetivo (del cual, como se sabe, la propiedad es un tipo) como “algo que se protege” (**teoría del interés** de Ihering<sup>381</sup> y **de la protección** de Thon<sup>382</sup>), de tal manera que no resultaba extraño que los doctrinarios del siglo XIX confundieran el derecho en sí mismo considerado con sus mecanismos de defensa (tutela), como lo está haciendo aún hoy –y esto lo decimos respetuosamente– en nuestro país aquellos que entienden que la celebración del contrato no es suficiente para transmitir la propiedad, por el hecho que la propiedad es *erga omnes*.

En efecto, en modo alguno debe confundirse el derecho de propiedad en sí mismo considerado, con los medios que emplea el ordenamiento jurídico para protegerlo (como lo es la oponibilidad a terceros). Efectivamente, una noción de derecho subjetivo que fundamentalmente apunta a la perspectiva de obtener cierta protección por parte del ordenamiento jurídico, frente a la violación de una norma que impone determinadas conductas en beneficio de un sujeto distinto del gravado con la misma, descuida injustificadamente lo que dicho sujeto puede hacer en una situación ajena a la patológica, esto es, en una situación de acatamiento normativo (situación fisiológica).

Ahora bien, si se siguiera un concepto como el criticado, se llegaría irremediablemente a un absurdo. Efectivamente, se concluiría que, por ejemplo, el derecho de propiedad sería una expectativa de pretender la tutela estatal contra quien robe nuestras cosas o se introduzca sin nuestro permiso en nuestra casa, lo cual es inexacto, ya que el derecho de propiedad es ante todo un cúmulo de posibilidades de actuación sobre ciertos bienes y estas, con la definición bajo crítica, permanecen en la penumbra sin razón alguna. De otro modo, ¿es admisible sostener, acaso, que solamente cuando alguien ingresa sin nuestro permiso a nuestra casa, o robe alguna cosa que nos pertenece, recién se pueda

§ IHERING. *El espíritu del Derecho Romano*. Traducción de la edición alemana de Fernando Vela. Revista de Occidente, Buenos Aires, 1941.

§ THON, Agustín. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*. Traducción (de la edición alemana) de Alessandro Levi. Casa editrice Dott. A.M. Milani, Padova, 1990.

ejercitar el derecho de propiedad? La respuesta es evidentemente negativa.

Por ello afirmamos que esas posibilidades de actuación, y no la expectativa de su protección (que, como quiere Ortega, sería el carácter *erga omnes*), son las características que hacen diferente al derecho de propiedad de los demás derechos que otorgan facultades para satisfacer el propio interés<sup>383</sup>. El derecho de propiedad se caracteriza por ser una situación jurídica autosuficiente, ya que el gravado con dicho derecho no necesita de la cooperación ajena para satisfacer el interés que sirve de presupuesto a esta situación jurídica subjetiva. Esta, no la oponibilidad, constituye su rasgo esencial<sup>384</sup>.

De esta manera, consideramos que el derecho subjetivo (en este caso el de propiedad) es completamente diferente a los medios de tutela que emplea el ordenamiento jurídico para protegerlo<sup>385</sup>. Por ende, la oponibilidad *erga omnes* no es parte de la estructura del derecho de propiedad, sino un mecanismo exterior a dicho derecho. Bajo este enfoque, el *solo consensus* sí es capaz de transmitir el derecho de propiedad, entendido como aquel derecho subjetivo que permite obrar de la manera más plena sobre un bien para satisfacer los intereses del titular, sin la cooperación ajena<sup>386</sup>. Y esto último no afecta en nada lo afirmado al final del punto dos del presente capítulo, ya que uno es propietario o no es propietario, no hay términos medios, sin embargo, asunto bien diverso

3 BARBERO, D. M. *en* it, p. 107

3 Algunas de estas ideas se han desarrollado en sede nacional. Ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad". En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N.º 2. Lima, 2005.

3 Uno de los mayores estudios del tema, ha resaltado la importancia de comprender que los mecanismos de protección o tutela de los derechos actúan en el plano de los hechos, validando por la efectividad del denominación. En cambio los derechos en sí mismos, pertenecen a un plano abstracto, puesto que su mero reconocimiento no garantiza su goce en la realidad. No puede ni siquiera serse que entidades jurídicas que se caracterizan por actuar en planos diferentes de la realidad no matizan, por donde conviene marcar una subsistencia. Y es que actualmente, las no inexistencias del derecho subjetivo ejercitadas no son más que reliquias a quebrecer (Cf. DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Giuffrè, Milano, 1975).

3 BIGLIAZZI GERI y Otros. Ob. cit., p. 9 y ss. También: BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Traducción de la edición italiana de José Luis de los Mozos. Revista de Derecho Privado Madrid, 1993. p. 3. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo VI. La Propiedad. Giuffrè, Milano, 1993. p. 10 y ss. Por otro lado conviene descartar el carácter de *erga omnes* como parte de la estructura de los derechos reales, GIORGIANNI, Michele. "Los Derechos Reales". Traducción de la edición italiana de DÍEZ-PICAZO, Luis. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid, enero-febrero de 1995.

es decir, por ejemplo, que mi propiedad está mejor protegida que la del vecino, o que una propiedad se encuentra mejor tutelada que otra<sup>387 388</sup>.

Por fortuna, la diferencia entre el derecho en sí mismo considerado y los mecanismos de protección que le proporciona el ordenamiento para hacerlos efectivos en el plano de los hechos, ha sido captada por nuestra judicatura:

Así es, hace uno años la Corte Suprema indicó: “(...) que la inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia (de bien inmueble) quede perfeccionada”<sup>389</sup>.

En otra decisión, un tanto más reciente, esta misma instancia señaló: “(...) el artículo novecientos cuarenta y nueve del Código Civil establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, no siendo necesario que dicha transferencia sea inscrita para que quede perfeccionada”<sup>390</sup>. Nótese como no se opone objeción alguna a la capacidad del consenso para transmitir el derecho de propiedad.

## VI. ¿LA ÚNICA RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL ES LA OBLIGACIÓN?

Por otro lado, no puede aceptarse la idea según la cual el artículo 1351 del Código Civil restringe la eficacia del contrato al ámbito de las

8 En Italia (cu) derech p itip cm o es sab do h serv do de fa nte p incip l a nua tra no mati v dad cn - tracta l), desde h ce mu b tiemp la mejo doctrina h acep ado sin dda r la v gencia del *solo consensus*, y x no se le h p sto el v ojo argm ento carneltu tiano ni ninguna t ra b eció de carácter cnc ep a l. Al resp cto p rmitasens remitirn a: CARRESI, Franco “Gli effetti del cnt rattö . En: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Gifi frè edito e, Anno XII, Milano p 8 y ss. SCOGNAMIGLIO, Renato *Teoria General del Contrato*. Traducción de la edición italiana de Fernando Hinestro a. Uniw rsidad Ek ernado de Cb m b a, Bgd á, p 8 BIANCA, Massimo *Diritto Civile... Ob cit, p 8 y ss. BIGLIAZZI GERI, Lina y Otro . Derecho Civil. Tom o I, Vb . II, Hech y Acto Jn idico . Tradució de la edición italiana de Fernando Hinestro a. Universidad Ek ernado de Cb m b a, Bgd á, p 10 y ss. SACCO, R db foD E NOVA, G io gio *Il Contrato*. U TET, Tom d , To inq*

8 Es p tdo lo ep sto h sta ab a q no p de cm p rtirse la p nió de Mario CASTILLO, q en seã la q el o denamiento p ra no da lga r a la cnv e ncia de na p p edad relati v (transferida p el cnt ratp y na p p edad ab b tu a (q sn ge cn la inscrip ió) : CASTILLO FREYRE, Mario *Comentarios al contrato de compraventa*. F ndE dito ial de la PUCP, Lima, 88

9 Casació N ° 8 9 Lima, e mitida el 2le mayde 9

9 Casació N ° 0 0 Jn í n, e mitida el 6le juliade 0

obligaciones. En efecto, la obligación, de ninguna manera, puede entenderse como la única clase de relación jurídica patrimonial. Como si las únicas situaciones jurídicas patrimoniales fuesen el derecho de crédito y el débito. En verdad, esta no es una idea de Ortega nada más. Por el contrario, constantemente escucho decir que la relación jurídica patrimonial no es más que la obligación. Voy a aprovechar este apartado para refutar esta aseveración con cierto detalle:

Contra lo que tradicionalmente se enseña en el medio local, los sujetos no solo pueden tener derechos y deberes. Hay otras “situaciones jurídicas” que no se pueden reconducir a las nociones más aceptadas del derecho subjetivo y del deber jurídico. La expectativa, por ejemplo, no puede ser entendida, en modo alguno, como un derecho. De igual forma, el estado de sujeción no puede concebirse como un deber. Esta es una enseñanza básica de la teoría de las situaciones jurídicas, que es la teoría vigente para efectuar una explicación de los conceptos básicos sobre los que se construye el sistema legal. Veamos:

La construcción de un sistema legal parte de tres conceptos básicos: necesidad, bien e interés. La necesidad es el estado o sensación de carencia de algo, y del cual el hombre naturalmente tiende a salir. Pueden ser desde las más elementales, como la sed u el hambre, hasta las que pueden ser consideradas superfluas, como el necesitar un auto último modelo de una determinada marca exclusiva. El bien es toda aquella entidad capaz de eliminar las necesidades. De este modo, el agua, los alimentos y el auto de lujo son bienes que eliminan las necesidades mencionadas. El interés es la relación que existe entre un sujeto que experimenta una necesidad y el bien que sirve para satisfacerla. El interés, en consecuencia, puede describirse como una aspiración hacia un bien. Así, el sujeto que tiene hambre está **interesado** en los alimentos, el sujeto que tiene sed está **interesado** en el agua, y el sujeto que requiere el máximo confort en su transporte personal, estará **interesado** en el auto de lujo. No obstante, como es harto sabido, las necesidades son ilimitadas, en tanto que los bienes son escasos, lo que explica el surgimiento del fenómeno denominado **conflicto de intereses**. Esto es, que dos o más sujetos se encuentran interesados en el mismo bien, pero solo uno puede utilizarlo para sí. Entonces, surge la norma jurídica como mecanismo para resolver tal conflicto. Antes de dictar la norma, empero, el legislador valora los intereses enfrentados para determinar

cuál será el beneficiado y cuál será el sacrificado. Este procedimiento es denominado **calificación de intereses** y, según la ilustre doctrina que estoy siguiendo, implica elegir el interés cuya realización contribuya mejor al desarrollo y conservación de la sociedad. Una vez realizada la calificación, el legislador procede a crear una norma que dispone de un mecanismo orientado a procurar la satisfacción del interés beneficiado, es decir, reconoce una situación de preeminencia al portador de este interés. Esta situación, este mecanismo, no es otra cosa que la **situación jurídica subjetiva**. Al portador del interés sacrificado también se le otorga una situación, pero esta se traduce en el reconocimiento de una situación de subordinación. La primera situación, al implicar un beneficio, se denomina **situación jurídica subjetiva de ventaja** (o simplemente situación de ventaja). La segunda situación, al implicar lo contrario, se denomina **situación jurídica subjetiva de desventaja** (o simplemente situación de desventaja). La principal situación de ventaja es el derecho subjetivo, mientras que la principal situación de desventaja es el deber jurídico<sup>391</sup>.

La doctrina actual entiende a la situación jurídica como aquella específica posición en la que se sitúan los sujetos de derecho respecto de las reglas que conforman el ordenamiento jurídico. Dado que las situaciones jurídicas presuponen un conflicto (¿sin conflicto, es necesaria una norma?), una situación de ventaja siempre se encontrará acompañada de su correlativa situación de desventaja<sup>392</sup>, conformando ambas una **relación jurídica**<sup>393</sup>. De igual forma, la teoría de las situaciones jurídicas nos enseña que existen situaciones jurídicas distintas al derecho subjetivo y al deber. Así tenemos, por ejemplo, a la expectativa, a la carga y al estado de sujeción.

9 PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*. Vb. I, Giuffrè, Milán, 1968, p. 105.  
 2 En efecto resultaría un contrasentido que se concedan situaciones de ventaja sin que a los terceros se les imponga por parte de la satisfacción de los intereses que sirven de presupuesto a dichas situaciones. Ello por sí mismo, de no ser así, es decir, si todos los sujetos podrían transgredir o no respetar dicho reconocimiento sin que su actuación les reporte consecuencia jurídica desfavorable de ninguna clase, se tendría que lo menciona de sujetos o intentarían la misma situación que el titular de dicha situación de preeminencia, que dando la satisfacción del interés presupuesto sujeta a la ley de la selección: MORINEAU, Oscar. "Il concetto di diritto soggettivo". En: *JUS. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vb. I, Anno V, Università del Sacro Cuore, Milán, 1968, p. 10.  
 9 ROPPO, Vincenzo "Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas". En: AAVV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leyser León. Justicia, Lima, 1969, p. 109.

Tomemos como premisa las concepciones imperantes de derecho subjetivo y deber jurídico. Desde fines del siglo XIX hasta las postrimerías del siglo XX, la doctrina ha ido esbozando varias teorías sobre el derecho subjetivo y el deber jurídico, siendo dichas concepciones las siguientes: i) el derecho subjetivo es una facultad de obrar para satisfacer un interés propio<sup>394</sup>, y ii) el deber jurídico es la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto, so aplicación de una sanción<sup>395</sup>. Pues bien, estas concepciones no encajan en absoluto con las nociones más difundidas de expectativa, carga y estado de sujeción.

En efecto, la expectativa es la posición de quien no tiene ahora una determinada situación de ventaja, pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento<sup>396</sup>. Ejemplo: si usted me obsequia un televisor, pero solo bajo la condición de que, y partir del momento en que, obtenga el grado de magíster en Derecho con la mención **sobresaliente**. De este modo, antes de sustentar la respectiva tesis no puedo –en modo alguno– pretender la adquisición de la propiedad del televisor, pero tengo la expectativa de devenir en su nuevo propietario. Aquí hago referencia a la conocida modalidad de negocio jurídico, la condición, regulada en los artículos 171 a 177 del Código Civil.

La carga, de otro lado, consiste en una conducta que debe ser observada, a modo de prerrequisito, para acceder a un derecho subjetivo o cualquier otra situación de ventaja. Evidentemente, si no se desea tal acceso, no hay razón para observar la carga, lo que hace que esta carezca de carácter obligatorio<sup>397</sup>. Un ejemplo se tiene en el derecho de restitución contemplado en el artículo 59 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Para ejercer este derecho, el consumidor tiene la carga de hacerlo valer en un plazo de siete días conforme lo indica el mencionado artículo. Si no lo hace dentro de dicho plazo, la ley ya no le permite ejercer dicho derecho.

---

9 ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El derecho subjetivo y la concepción de su estructura”. En: *Id. Teoría General del Derecho Civil*. Lima, 1998.

9 ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico”. En: *Id. Teoría General del Derecho Civil*. Lima, 1998.

8 ROPPO, Vincenzo. *Id. cit.*

9 SCOZZAFAVA, Oberto. “Onere (onere)”. En: *AAV V. Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffrè, Milán, 1998.

El estado de sujeción, por su parte, es aquella situación en la que se encuentra el sujeto llamado a experimentar, en su esfera jurídica, las consecuencias del ejercicio de un derecho subjetivo (llamado potestativo), sin que pueda evitarlo. Así, con relación a un específico asunto, la esfera jurídica de un individuo queda **sujeta** (de allí la denominación de esta situación jurídica) a la decisión unilateral ajena<sup>398</sup>. El artículo 941 del Código Civil nos proporciona un ejemplo: cuando se edifica de buena fe en un terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. El invasor, por ende, se encuentra **sujeto** a la decisión del dueño afectado. Este puede optar libremente, sin que el invasor tenga alguna injerencia en su decisión.

Como se podrá advertir, la expectativa no implica ninguna facultad de obrar actual. Mientras no se cumpla la condición, no tengo ninguna genuina posibilidad de actuación con respecto al televisor. Simplemente me encuentro **expectante**. Por lo tanto, es indudable que la expectativa no es un derecho subjetivo. Es, más bien, una situación jurídica distinta. De igual forma, la carga no es un deber jurídico, ya que este es “obligatorio” y la carga, por el contrario, es “opcional”. La no observación de un deber acarrea una sanción, cosa que no ocurre con la carga. Si el sujeto no cumple con la carga, su esfera jurídica no sufre ninguna afectación. Tampoco puede decirse que la carga es un derecho, toda vez que implica una “limitación” a la libertad del sujeto y está diseñada para satisfacer un interés ajeno, no propio. Así es, el plazo que tiene el consumidor para ejercitar su derecho de restitución no ha sido establecido para su propio beneficio, sino en interés del proveedor. El consumidor, qué duda cabe, estaría en una situación mejor si no existiera plazo de ninguna clase. El plazo en cuestión –no el derecho de restitución– ha sido instaurado en beneficio del proveedor, a fin de evitar que los consumidores ejerzan arbitrariamente su derecho de restitución.

Nótese pues, que existe una variedad de situaciones jurídicas distintas al derecho subjetivo y al deber jurídico, por lo tanto, hay que abandonar la idea que entiende que la obligación es la única relación

9 ZATTI, Pablo y COLUSSI, Vittorio *Lineamenti di Diritto Privato*. Doto e Antoino Milani, Pado, 9  
16

jurídica patrimonial. Tal relación, como se comprenderá, tiene una variada tipología.

## VII. LA Oponibilidad *erga omnes* del Derecho de Crédito: Aspectos Básicos de la Tutela Aquiliana del Derecho de Crédito

Ortega y muchos de los que cuestionan la posibilidad de que el contrato pueda generar efectos reales se basan en que los contratos no pueden generar nunca efectos absolutos, ya que sus efectos solo son oponibles *inter partes*<sup>399</sup>. Esta manera de visualizar la eficacia del contrato se basa en la antiquísima clasificación de los derechos subjetivos que los distingue entre absolutos y relativos. De este modo, se sostiene que son absolutos los derechos que se pueden hacer valer frente a cualquier persona y que son relativos aquellos otros que, por el contrario, solo pueden oponerse frente a ciertos sujetos<sup>400</sup>. Empero, dicha manera de clasificar a los derechos subjetivos ha sido sólidamente cuestionada por un sector muy autorizado de la moderna doctrina<sup>401</sup>.

En efecto, desde un inicio dicha clasificación no fue unánimemente admitida en la doctrina, ya que se ponía continuamente en duda la existencia de derechos subjetivos que carezcan de relevancia general. Siendo así, un sector importante –aunque también minoritario– de autores europeos de fines del siglo XIX e inicios del XX intentaron, con base en diversas concepciones acerca del derecho subjetivo, hacer caer la mentada clasificación<sup>402</sup>.

9 ORTEGA PIANA, Marco Ob. cit., p. 3 “(..) resalta elementalmente destacar que todo contrato solo tiene efecto entre las partes y, por ende, no puede oponerse a terceros”.

0 Las citas de autores que dan respaldo a esta clasificación serían innecesarias.

1 Las palabras que a continuación se citan son un pasaje de nuestra obra sobre la responsabilidad subjetiva de ESCOBAR ROZAS, Freddy. *La estructura de la obligación*. Tesis para optar el título de profesor de la Facultad de Educación de la PUCP, Lima, 1993, III, 3 “(..) la distinción entre los derechos que pueden ser oponibles a todos los individuos y otros que pueden ser oponibles a algunos resalta, a estas alturas del desarrollo dogmático cada día. En efecto, partiendo de la consideración de que todos los derechos subjetivos no conciben necesariamente a un medio de realización o satisfacción de intereses, no es posible admitir que la relevancia de alguno esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelven, tal como lo que sería la doctrina clásica; pues debido a que tales intereses se benefician en un plano de concurrencia, es absolutamente posible que cuando un tercero padece su lesión, de donde se deduce la necesidad de que todos los derechos subjetivos pueden ser oponibles a cualquier individuo esté en apremio de lesión”.

2 Ver las interesantísimas líneas de: BUSNELLI, Francesco *Doctrina La lesione del credito da parte di terzi*. Giffi Editore, Milano 1977, p. 7 y ss. También: APARICIO, Juan Manuel. *Responsabilidad del tercero por*



Debe indicarse que fueron los pandectista quienes por vez primera se ocuparon del problema de la legitimación activa del acreedor, como tal, en la responsabilidad aquiliana. En realidad, fueron pocos los que inicialmente aceptaron la posibilidad de proteger al crédito por la vía aquiliana. Además, aquellos intentos se caracterizaban por alterar sustancialmente la noción clásica que se tenía sobre los derechos de crédito, de modo que bien se les podía –a pesar de la incuestionable autoridad de sus defensores– acusar de “forzar” el significado de los conceptos involucrados, de modo que no llegaban a resultados del todo satisfactorios<sup>403</sup>. Debe admitirse que incluso reconocidos autores alemanes modernos, como Karl Larenz, han sostenido la inadmisibilidad conceptual de la lesión del crédito por parte del tercero, puesto que ello resulta de la innegable naturaleza relativa del crédito a tenor del parágrafo 241 del BGB. Empero, asume la máxima importancia notar que el argumento central para rechazar, en el medio académico alemán, la protección aquiliana del crédito es que el BGB prevé, expresamente, a favor de ciertas categorías particulares de acreedores, una pretensión de resarcimiento del daño sufrido como consecuencia del acto lesivo de un tercero (parágrafos 844 y 845). Se trata de normas de carácter excepcional, cuya existencia no se justificaría si se admitiese una tutela general por los daños que sufra el acreedor por actos ilícitos de un tercero<sup>404</sup>. Sin embargo, debe entenderse, al fin y al cabo, que la doctrina alemana, aun defendiendo la coherencia de su Código, reconoce cierta protección legal a los acreedores frente a la lesión de terceros.

La protección aquiliana del crédito fue objeto de un mayor estudio en Italia que en cualquier otra parte de Europa, puesto que las cortes estuvieron llamadas a resolver sobre casos cuya trascendencia traspasó el ámbito puramente académico, para convertirse en un asunto que

*lesión al derecho de crédito.* P la Ultra, B u n s Aires, 1995 s.

③ Po ejemp o se p antea b : a) q jut o a ca lú er “derech relatiö”, siemp e estab no de natn aleza “ab b u a” destinado a p b egerlo (p tli ab n esta idea, entre b r s : ELTZBACHER, Pali ; DE RUGGIERO, Rb rto y GIORGIANNI, Mich le). b p rtiendo del sp sto de q tdo derech tiene p b eto u b en, ca lú er acto cnt ra aq l termina afectando a este, sin imp tar de q se trate de u derech “ab b u ö o “relatiö”, siendo así no p den diferenciarse estö derech cn arreglo a su pi b lidad (destaca TABET). c) cns iderando q tdo derech sp etiö cn tiene na p tensiö ab tracta, tanto lö derech “ab b u ö” cm o lö “relatiö” resli tan estar dirigidö cn tra tdo lö miemb s de la cm ui dad jn ídica (CICALA, Francescö). S b e estö p anteamientö, de manera ch a tix, r: BUSNELLI, Francescö. L o .c it.

④ Ellh sidor esalta cn i nca stina b e p r tinencia p APARICIO, J a n Mana l. O l e it, 18

copó incluso la atención de los medios de radio y televisión<sup>405</sup>. Veamos un ejemplo basado en dichos casos.

De un contrato resulta que un equipo de fútbol tiene que ir a jugar a una localidad alejada en una determinada fecha y hora. Para esto, el equipo contrata una empresa de transportes, la cual, debido a su conducta negligente, ocasiona un grave accidente, dejando lesionados a casi todos los miembros del equipo.

La empresa de transporte paga la indemnización correspondiente al equipo de fútbol. Por su parte, este se encuentra exonerado frente al organizador del evento deportivo que los contrató, debido a que no llegaron para el partido por una causa que no les es en modo alguno imputable.

Preguntamos al lector ¿le parece que dicho caso está adecuadamente resuelto? ¿Es que nadie va a remediar la situación del organizador del evento deportivo?

Es claro que la negligencia de la empresa de transporte no solo ha perjudicado al equipo de fútbol (efecto “directo”) sino que además ha perjudicado el crédito que poseía el organizador (efecto “indirecto” o “reflejo”).

Si –por decirlo de alguna manera– nos “encerramos” en la idea que considera totalmente válida la distinción de los derechos subjetivos entre “absolutos y “relativos”, la consecuencia no puede ser otra –a menos que la coherencia sea algo de lo que podamos prescindir–: el organizador del evento quedaría totalmente desprotegido frente a la negligencia de la empresa de transporte. Pero ¿cómo justificar una solución distinta a esta si el código<sup>406</sup> dispone que los efectos del contrato se den solo entre las partes que intervienen en él? ¿Qué tipo de interpretación se debería realizar para deducir, válidamente, del sistema jurídico una solución más adecuada para este tipo de casos?

---

④ Cf. I b dem, p y D I MAJO, Adb fiO le it, p

④ La segn da p rte del artícl o 3 del Cdí go Cív l italiano p ee na redacció p ácticamente igu l al artícl o 11e na strC dí go

En los primeros años de la década de los sesenta, Francesco Busnelli se ocupa del tema, como resultado de sus esfuerzos publica en Milán el libro titulado *La lesione del crédito da parte di terzi*. El solo título de esta obra ya de por sí era considerado polémico, ya que desde la perspectiva tradicional es imposible que un tercero ajeno a una relación obligatoria pueda lesionar la misma. Solamente el deudor podía afectar el crédito de su acreedor<sup>407</sup>.

La relevancia del trabajo de Busnelli radica en que es él quien por primera vez sustentó el carácter absoluto de los derechos de crédito sin modificar sustancialmente la noción clásica que se tenía sobre los mismos. No por nada se ha dicho que:

“En el mismo nivel que aquellas opiniones críticas contra el pensamiento tradicional, destaca también por su gran importancia la obra de Francesco Donato Busnelli sobre la lesión del crédito por parte de terceros. De hecho, este estudio predispuso el terreno para la transformación jurisprudencial que tuvo lugar en el caso *Meroni*, con el cual la Corte de Casación italiana inauguró la época actual de la responsabilidad civil”<sup>408</sup>.

Para Busnelli el derecho subjetivo es siempre una *facultas agendi*, sin embargo, su estructura no debe concebirse como simple, en tanto que la misma está conformada por dos aspectos que, a su vez, representan dos momentos del derecho mismo: el interés y la facultad de obrar. El interés se refiere al momento estático, mientras que la facultad de obrar al momento dinámico. El interés está identificado con la “pertenencia” del derecho a la esfera de su titular, de donde resulta que se convierte para él en una suerte de riqueza o valor. La facultad, por su parte, se identifica con la pretensión que se dirige al deudor. Entonces, a diferencia de esta última que solo puede ser satisfecha o lesionada al interior de la relación obligatoria, aquel, en tanto valor o riqueza, adquiere una

<sup>407</sup> Es de mencionar que años antes el Profesor italiano israelí, Guido Tedeschi abordó el tema, pero su ensayo se limita a describir la situación en el Derecho italiano y a llamar la atención sobre el problema en el Derecho inglés, refiriéndose específicamente a la clasificación de los derechos entre absolutos y relativos (ver: TEDESCHI, Guido “La tutela italiana del credito e contro terzi”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Annuo, Cedam, Padova, 1965).

<sup>408</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. “Hipótesis sobre la responsabilidad civil en nuestro tiempo”. En: AAVV. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Oporto, 1966.

relevancia que sobrepasa los límites mismos de la relación obligatoria correspondiente, por ello es posible que su satisfacción o lesión se dé al margen de cualquier conducta del deudor. Esto encuentra cotejo en aquellos casos donde el crédito se ve satisfecho por un tercero y, en lo que al ejemplo expuesto líneas arriba se refiere, en el hecho de que es perfectamente válido sostener que la lesión injusta sufrida por el organizador del evento puede encontrar solución en atención a las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual. Por lo tanto, el derecho de crédito es “relativo” en su momento dinámico, pero es “absoluto” en el estático, pues es evidente que en tanto valor o riqueza bien puede ser lesionado o satisfecho por cualquier sujeto distinto al deudor<sup>409</sup>.

Lo que se ha buscado con la inclusión del planteamiento de Busnelli en este capítulo es resaltar el hecho de que los contratos bien pueden producir efectos cuya oponibilidad es “absoluta”. Rene Savatier ha señalado que la clásica concepción de la eficacia relativa de los contratos carece de un verdadero sentido útil y es hasta peligroso tomarla al pie de la letra. Dice el célebre profesor de la Universidad de Poitiers:

“El artículo 1165 (equivalente a al artículo 1163 del Código Civil peruano) es el testigo de una concepción meramente individualista del derecho de las obligaciones. Parte de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administrarlos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan. La evolución actual del derecho patrimonial se basa, en gran parte, en la concepción cada vez más difundida entre los juristas contemporáneos, en que los negocios de cada uno, aparte de su aspecto individual, tienen un aspecto social. Se tiene que reconocer que tales negocios

---

0 BUSNELLI, Francesco. *Lezioni di diritto*. s.E n sede nacina l: ESCOBAR ROZAS, Freddy. l. t.c it.

no solo le conciernen a uno mismo, sino que además, también a la sociedad y, por ende, a los terceros”<sup>410</sup>.

Efectivamente, si bien hemos sostenido que la oponibilidad nada tiene que hacer dentro de la configuración interna de un derecho subjetivo (por lo cual es totalmente legítimo afirmar que el solo consenso puede transferir la propiedad), no podemos dejar de hacer notar que la tesis de Busnelli bien puede servir de soporte para objetar la opinión, con la que venimos disintiendo, incluso dentro de su propio terreno y demostrar que es contradictoria. Es decir, que inclusive dentro de la perspectiva que afirma que el contrato no puede transmitir directamente la propiedad, debido a que el contrato únicamente produce efectos *inter partes*, no encontraría explicación el hecho de que... los derechos de crédito casi siempre deriven de un contrato, ya que estos, como magistralmente ha explicado Busnelli, también son oponibles a la generalidad de los individuos. Siendo así, debe admitirse inevitablemente que el derecho transmitido en virtud de lo que dispone el artículo 949 es una propiedad en sentido técnico, ya que no pueden existir efectos contractuales oponibles solo a determinados sujetos.

Sea real u obligacional el efecto del contrato, bien puede decirse que el mismo –a estas alturas del desarrollo de la dogmática jurídica– tiene una oponibilidad absoluta, la cual –dicho sea de paso– es externa a los derechos considerados en sí mismos.

De este modo, se puede objetar el argumento que niega la eficacia real del contrato basándose en que el mismo solo produce efectos oponibles *inter partes*.

## VIII. ATACANDO A UN FANTASMA

Los malos entendidos siempre surgen en las relaciones interpersonales (sobre todo en las sentimentales... ¿no es verdad?), con mucha mayor razón puede presentarse uno en un debate doctrinal cuya fuente

---

0 SAVATIER, Rene. “Le p étendu p incip de l’effet relatif des cot rats”. En: *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*. TomoX XXIII,S irey,P aris,98 8

de conocimiento son textos. Creemos firmemente que estamos ante uno de esos casos.

En efecto, la llamada “corriente realista” (otra denominación que en sede nacional se le da a la tesis del *solo consensus*) de ninguna manera se basa en una supuesta simultaneidad entre la celebración del contrato y su cumplimiento. Es más, ello nunca es posible ni siquiera en los casos planteados por Gonzales. ¿Es que un efecto del contrato es su ejecución?

Recalcamos: en buena cuenta, la tesis del *solo consensus* sostiene que la transferencia de la propiedad se da por la mera celebración del contrato. Basta un solo hecho jurídico (celebración del contrato) para transmitir la propiedad. En ningún momento se habla de una celebración simultánea con el cumplimiento del contrato. Si hemos indicado que la opinión que sostiene la eficacia real del contrato se basa en la inexistencia de una prestación en la “obligación de enajenar” (...) ¿de qué cumplimiento puede hablarse entonces?

La celebración del contrato es un acontecimiento (hecho jurídico) del mundo real o físico, al cual el ordenamiento asigna consecuencias jurídicas, las cuales no pertenecen al mundo de la naturaleza (recuérdese aquella famosa frase de Andreas Von Thur: “nadie vio jamás un derecho”), sino que son entelequias, entidades que pertenecen al mundo del espíritu<sup>411</sup>. Todo lo contrario sucede con un hecho jurídico, el cual sí puede ser apreciado por medio de nuestros sentidos. Lo que sucede con este último es que puede ser valorado por el ordenamiento jurídico bajo determinadas circunstancias<sup>412</sup> (constituyéndose, así, en hecho jurídico).

El cumplimiento de un contrato es un hecho jurídico ¿o es que acaso el cumplimiento pertenece al mundo de las ideas y, por ende, no puede ser apreciado por nuestros sentidos? ¿Es que alguien puede atreverse a decir que no es posible observar un pago?. Nótese que Gonzales pone como ejemplo a los contratos al contado y a lo que sucede con las

---

411 VON TUHR, Andreas. *Tratado de Derecho Civil*. Vb. II, P. I. Traducción de la edición alemana de Tito Rañ. Dep. lma, Buenos Aires, 1998 pp 45 “(...) pertenecen al mundo de las ideas los efectos jurídicos que prescribe la ley las relaciones jurídicas, los derechos subjetivos, las calidades jurídicas de personas y de cosas, no obstante que pueden percibirse efectivamente”.

42 Al respecto las magistrales líneas de FALZEA, Angelo Vb : “Eficacia Jurídica”. En: *Enciclopedia del derecho*. Tomo IV, G. Milán, 1998.

máquinas expendedoras. En los primeros, se celebra el contrato y se realiza un pago de inmediato, esto es un contrato al contado. Francamente, parece de perogrullo decir que el contrato es un acontecimiento perfectamente distinguible de su cumplimiento o ejecución, el cual es un comportamiento consistente en la realización del contenido de la obligación que aquel (contrato) generó<sup>413</sup>. La obligación (relación jurídica) es un efecto jurídico del contrato que, en este caso, se realiza (cumplimiento o ejecución) después del contrato. Es evidente, entonces, que los contratos se ejecutan cuando ya están celebrados, no antes. Los cumplimientos, en este caso, son consecuencia de la existencia de los contratos (...) no podemos ocultar nuestra perplejidad por el hecho de que Gonzales plantee que se puedan dar de manera simultánea<sup>414</sup>.

Así pues, el argumento a favor del *solo consensus*, que Gonzales califica de falaz, no es tal ya que nunca fue argumentado por esta corriente doctrinaria. En efecto, la opinión afirma que el contrato es capaz de generar efectos reales nunca habla de dos hechos jurídicos para llevar a cabo la transferencia de la propiedad inmueble, sino de solamente uno: el contrato. Esto es más que suficiente para sacar a la luz el mal entendido. Se cree criticar a la corriente realista, pero en realidad se está criticando a un “fantasma”, ya que las ideas que Gonzales critica, en realidad, ninguno las ha defendido. Pero continuemos:

Por otro lado, bien puede decirse que invocar lo que sucede con las máquinas expendedoras no parece que agregue algo al tema. Estamos hablando de la transferencia de la propiedad inmueble (...) ¿a dónde se quiere llegar hablando de las máquinas expendedoras?. Efectivamente, la transferencia de los muebles se da por la tradición y eso nadie lo ha discutido<sup>415</sup>. Lo que sucede en la transferencia de los muebles nada tiene que ver con la transferencia de los inmuebles, por la sencilla razón de que un ordenamiento puede adoptar, sin ningún problema, sistemas de

3 BRECCIA, Umberto “Le Obligazioni”. En: *Trattato di diritto privato...* Ob cit, Giuffrè, Milano 9

4 No parece resultar o reproducible: la causa y el efecto no pueden darse simultáneamente. Aquel que precede a este siempre. Ello que puede ser la realidad de la ley adjunta es la máxima importancia a efectos de explicar algunos puntos en lo que respecta al tema que nos ocupa. Puede verse la clásica obra de JEVONS, Stanley. *Nociones de lógica*. D. Apellido y nombre, Nueva York 1915.

5 Salvo en la literatura crítica a esta posición: ESCOBAR ROZAS, Freddy. Ob cit, p.

transferencia de propiedad distintos para cada tipo de bien. El debate se refiere a la transferencia de los inmuebles no a la de los muebles.

Asimismo, en este capítulo se patrocina la idea que entiende que el contrato por sí mismo transfiere la propiedad, es decir que al celebrarse el contrato una de las partes ya es –jurídicamente hablando– propietaria del inmueble materia del mismo (este es el efecto). Ahora bien ¿qué tiene que ver el hecho de que el pago por el bien se realice al contado o no? Si el pago no se realiza al contado, simplemente el vendedor podrá pretenderlo, pero ya no es propietario del bien inmueble. Sostener que el contrato por sí mismo puede transferir la propiedad no implica de ninguna manera pretender que todas las ventas se realizan al contado. El vendedor deja de ser propietario al momento de celebrarse el contrato, no importa si el pago es al contado o no<sup>416</sup>.

Por otro lado, Gonzales invoca a la responsabilidad potencial del vendedor (poniendo como ejemplo a la evicción como hipótesis de incumplimiento) para afirmar la existencia de una “obligación de enajenar” en los contratos de transferencia de propiedad inmueble. Si bien resulta imposible, en esta sede, detenernos para examinar las distintas teorías que han explicado el papel que desempeñan tanto el débito como la responsabilidad en la estructura de las obligaciones, podemos dar algunas ideas concernientes al tema para fundamentar nuestro total disenso de la opinión bajo examen<sup>417</sup>.

Actualmente, nadie discute que no existen relaciones de débito sin responsabilidad. Sin embargo, existen supuestos donde pueden apreciarse relaciones de responsabilidad pura (como las que derivan de la dación de la prenda o hipoteca por tercero). Es decir, donde veamos un débito, ineludiblemente, en caso de incumplimiento, existirá responsabilidad. Entonces ¿le estamos dando la razón a Gonzales? Por supuesto que no, ya que Gonzales sugiere que a partir de la constatación de una responsabilidad ineludiblemente exista un débito, sin embargo, ello no es necesariamente así.

---

<sup>416</sup> Obviamente las partes pueden pactar algo distinto

<sup>417</sup> Véase al respecto ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El débito y la responsabilidad en la estructura de la evicción”. En: *Revista Derecho y Sociedad*. PUCP, Lima, 2005, p. 3 y ss; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 105.



Ahora bien, Gonzales afirma que de ocurrir un supuesto de evicción, nos encontramos ante una situación de incumplimiento. Pero, ¿incumplimiento de qué? pues, evidentemente, de la “obligación de enajenar” el bien inmueble. Dicha idea no puede ser compartida, ya que de seguirse, a menos que podamos prescindir de la coherencia en el discurso, nos llevaría a consecuencias que no podemos aceptar.

Así es, en primer lugar los casos de evicción son una excepción (etapa patológica), de allí que no podamos basarnos en ellos para determinar la naturaleza del sistema de transferencia de la propiedad inmueble. Segundo, en caso se presente un supuesto de evicción por el hecho de que el adquirente sea privado parcial o totalmente del derecho de propiedad, debemos decir lo siguiente:

El debate en torno a la transferencia de propiedad inmueble se centra en el artículo 949 del Código Civil, el cual presupone que al celebrarse el respectivo contrato, el transferente puede enajenar **válidamente** el bien. Esto es axiomático.

Ahora bien, si después de la celebración de un “contrato de compraventa de bien inmueble”, el comprador es privado de la “propiedad” por alguna autoridad, obviamente ello significa que el vendedor nunca pudo enajenar **válidamente** el bien, y en ese caso mal se haría en invocar el artículo 949 del CC para regular dicho caso. Quizá nos encontremos ante una hipótesis de dolo (el vendedor indujo a error al comprador haciéndole creer que él era el propietario), o incluso se vean involucrados algunos tipos penales (estafa por ejemplo). Pero lo cierto es que la tan mentada “obligación de enajenar” (que, como lo hemos venido repitiendo, no es tal) contemplada en el artículo 949 no tendría nada que ver con el caso invocado por Gonzales, ya que jurídicamente hablando dicha “obligación” jamás surgió por la sencilla razón de que el vendedor nunca pudo enajenar **válidamente** el bien inmueble. Estamos hablando del contrato de la transferencia de inmuebles a la luz del artículo 949 (porque las partes pueden estipular cosa distinta), nada tiene que hacer aquí la evicción por las razones expuestas.

Nuestros tribunales también han sugerido que la aplicación del 949, presupone que el transferente sea propietario en estricto: “(...) la pretensión de la actora para que se inscriba la propiedad a su favor de dichos puestos en los registros de transferencias de propiedad de dicha

Asociación, no resulta procedente, ya que las personas de don Víctor Prado Canchari y don Dante Mari Sánchez Cerna (transferentes en este caso), no tenía la calidad de propietarios de los mismos sino solamente de adjudicatario solo del derecho, uso y posesión de estos”<sup>418</sup>.

**Para decirlo en pocas palabras, las normas involucradas (artículos 949 y 1491 del Código Civil) tienen, como presupuestos de aplicación, hechos jurídicos harto distintos.** Ahora bien, las otras dos últimas razones dadas por Gonzales tampoco nos parecen decisivas:

Nadie niega que el contrato de compraventa tenga como propósito la transferencia de la propiedad del bien, evidentemente ese es el resultado que las partes buscan alcanzar. Pero nosotros patrocinamos la opinión que sostiene que la transferencia se da por la sola celebración del contrato tal como lo manda la norma general que regula el tema (art. 949 del CC). ¿Cómo va ser exigible la transferencia de la propiedad, si esta ya se logró por la sola celebración del contrato? ¿Cómo puede ser exigible un efecto legal?. Tal parece que no resulta ocioso repetirlo: al celebrarse el mentado contrato, según el código, surge la “obligación de enajenar”, al surgir esta “obligación” el acreedor de la misma ya es propietario. Cuando se celebra el contrato de compraventa de bien inmueble ¿qué otro acontecimiento es necesario para que el comprador se haga propietario? Gonzales nunca lo dice. Y es que ningún acontecimiento es necesario. Pero cuidado, nótese que estamos hablando en torno a los bienes inmuebles, no a los muebles, resulta curioso que Gonzales se refiere a la compraventa en general para criticar a la corriente realista. Esto se explica porque Gonzales entiende que es inútil la diferenciación entre una venta real y una obligatoria. Esa afirmación nos deja, nuevamente, absolutamente perplejos. En efecto ¿acaso es lo mismo que la propiedad se transfiera en virtud de solo consentimiento de las partes (venta real) a que se transfiera con la entrega (venta obligatoria)?

Tampoco es cierto que los defensores del *solo consensus* planteen que el vendedor no está obligado a nada. ¿Quién ha dicho eso siendo partícipe del solo consensus? Pues nadie. Se trata de otro “fantasma”. Ocurre

---

§ Resolución de la Corte Suprema de Justicia de Lima, recaída sobre el Expediente N° 0000000000 emitida el 2 de junio de 2000.

que si por la mera celebración del contrato el comprador ya es propietario, el ordenamiento jurídico automáticamente lo premunirá de todas las facultades que como tal le corresponden (y que antes de la celebración del contrato le correspondían al vendedor). Si se celebra el contrato y el vendedor no quiere abandonar el bien inmueble (desea mantener la posesión ilegalmente), el comprador tendrá a su disposición los mecanismos contemplados por el ordenamiento (ej: art. 923 del CC) para poder hacer uso de sus facultades.

## IX. LA ÁCIDA RÉPLICA DE GUNTHER GONZALES

Como ya adelanté, Gonzales ha pretendido refutar ácidamente las consideraciones que acabo de exponer. Incluso ha dicho que he mentido y que he sido desleal en el debate académico. Y mejor no menciono otras frases que, a mi juicio al menos, no son respetuosas, sino una muestra de total falta de tolerancia. Veamos:

Pese a mi clara refutación, Gonzales repite la misma argumentación para señalar que la obligación de enajenar del artículo 949 del Código Civil no es ninguna ficción, sino que posee una sustantividad propia: “(...) nunca hemos sostenido que la venta con efecto real necesite de dos momentos para consumarse, por lo que en ese punto se incurre claramente en una falsedad. Nuestros ejemplos tienen otra finalidad. Según la tesis **realista**, no existe obligación de enajenar porque el deudor no está obligado a realizar ningún acto de cumplimiento; no ejecuta prestación alguna y la transferencia se produce automáticamente. Nótese que la base de esta doctrina se encuentra en la premisa de la ausencia de un hecho material de cumplimiento distinto del solo consenso, razón por la cual este resulta suficiente para transferir la propiedad (...). Por tanto, ¿en dónde hemos dicho que el solo consenso necesita un segundo hecho? En realidad, la razón de nuestro ejemplo trata de recrear la realidad sociológica, en la cual se presentan múltiples casos en los cuales no existe un cumplimiento material (igual que en el consenso traslativo), sin embargo, a pesar de esa constatación, a nadie se la ha ocurrido la

idea de negar la existencia de una obligación en el caso de las ventas que dicha teoría llama como **obligatorias**<sup>419</sup>.

Luego agrega que “(...) en el mundo estrictamente físico, que es el sustento de la postura contraria para negar la obligación de enajenar, se dan paradojas como las que describo con el ejemplo del comprador del diario. En efecto, el sujeto que pone la moneda ya tiene en su poder el bien, por lo que no se aprecia, en el ámbito de la realidad material, ningún hecho jurídico de cumplimiento (tradición). En todo caso, en el mundo físico, la celebración del contrato y el pago se realizan en el mismo momento, pues cuando el comprador paga con el dinero se entiende celebrado el contrato y simultáneamente producida una entrega de pura ficción. Justamente aquí queremos llamar la atención que el fenómeno jurídico no puede entenderse de forma tan materialista como pretende ingenuamente el opositor, pues aquí podríamos terminar negando la entrega, el pago y la obligación misma. En consecuencia, nuestro ejemplo sirve para descartar una inaceptable confusión de planos entre el mundo ideal y el real”<sup>420</sup>.

Más adelante, siempre según Gonzales, yo habría afirmado que “la obligación de enajenar no existe porque no se le aprecia como hecho jurídico acaecido en el mundo real”<sup>421</sup>. Continúa su crítica defendiendo la pertinencia de su ejemplo de las máquinas expendedoras: “Si el argumento de los **realistas** es que el solo consenso transfiere la propiedad inmueble, porque en este caso no hay prestación física que se ejecute, entonces nuestro ejemplo apunta a señalar que con ese mismo criterio, incluso en los muebles, la falta o ausencia de un hecho reconocible de cumplimiento debiera a idéntica conclusión, esto es, que también en los muebles la transferencia opera por el solo consenso cuando no pueda separarse contrato de cumplimiento (...) si la teoría del contrato con efectos reales se basa en la inexistencia de un hecho jurídico de cumplimiento, entonces esa lógica debe aplicarse también en los muebles, cuando no se requiere de la tradición. Por tanto, la ordenación del sistema jurídico patrimonial se fundaría en una cuestión tan peregrina, e

---

1 GONZALES BARRÓN, Gutierrez, Tomo II, p. 118

2 Ib dem, p. 118

3 Ib dem, p. 118

intrascendente, como si la prestación pueda percibirse por los sentidos, o no”<sup>422</sup>.

Gonzales, me desafía a contestar algunas interrogantes, evitando contestar una pregunta crítica que le formulo:

“(…) en Italia la transmisión dominical opera solo consenso con muebles e inmuebles; en consecuencia cabe preguntar: ¿cómo se refuta en dicho país nuestro ejemplo? El opositor no dice una sola palabra sobre el tema y prefiere cerrarse en que se trata de un ejemplo de muebles, y él solo responde de los inmuebles.

Aquí nuevamente lo citamos para dejar en evidencia su incongruencia, así como la de todos aquellos que patrocinan la inútil e insertible doctrina del **contrato con efectos reales**. Dice: **¿Acaso es lo mismo que la propiedad se transfiera en virtud de solo consentimiento de las partes (venta real) a que se transfiera con la entrega (venta obligatoria)?** Nótese que el neo dogmático señala que la venta obligatoria requiere de entrega; pues bien, seguimos esperando su respuesta sobre qué ocurre cuando no se necesita la tradición pues el sujeto tomó por sí mismo el bien antes de celebrarse el negocio. Según él mismo, entonces, se trataría de una **venta real**, pues no habría obligación materia de cumplimiento”<sup>423</sup>.

Gonzales también señala que el argumento según el cual no puede aceptarse la obligación de enajenar porque se termina admitiendo una obligación que se extingue cuando nace, es errado, puesto que con esto se olvida la eventual fase de responsabilidad que continúa presente de manera potencial, incluso luego de la entrega de la cosa, y que entra en juego cuando se produce una situación de incumplimiento, como en la evicción<sup>424</sup>.

Ante esta consideración, según Gonzales, yo me encuentro desesperado y no sé qué contestar. Cuando señalo que la evicción se refiere a la etapa patológica y, por ende, no puede servir de referencia para el

---

2 lb dem, p. 29

3 lb dem, p. 29

4 lb dem, p. 29

explicar el entero sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria, Gonzales dice que me equivoco, puesto que una verdadera teoría debe explicar todos los casos, especialmente los patológicos.

Finalmente, Gonzales asevera que yo sostengo que “la obligación de enajenar no surge cuando el transferente no es propietario”; pero eso sería un craso error mío, “pues hasta los italianos están conformes en señalar que esta hipótesis es un caso típico de **venta obligatoria**, esto es, aquella donde sí nace la obligación de enajenar (...) Sin darse cuenta, el contradictor rechaza que la venta de bien ajeno sea un contrato con efectos reales, pues no se transfiere el derecho, pero también niega que sea uno con efectos obligatorios, **ya que jurídicamente hablando dicha “obligación” jamás surgió por la sencilla razón de que el vendedor nunca pudo enajenar válidamente el bien inmueble**. Es decir, la venta de bien ajeno no es real ni obligacional; cabe preguntarse ¿qué es? La posición nihilista de Ninamanco termina por llevarlo al abismo: ¡no produce efecto alguno!”<sup>425</sup>.

## X. MI NADA ÁCIDA DÚPLICA

No pagaré con la misma moneda. Por mi parte, diré que Gonzales, al criticarme, ha desvirtuado todo lo que efectivamente he dicho. También pienso que un atento lector puede advertir este modo de proceder de mi contradictor. Así, pues, sigo pensando que Gonzales se encuentra equivocado.

Sin embargo, lamento las frases irrespetuosas. Pienso que esta forma de escribir desmerece los altos méritos de Gonzales. En efecto, no tengo ningún problema en decir que respeto su opinión, aunque discrepe completamente de ella. Tampoco tengo problema en reconocer que el mejor libro de derechos reales que se ha escrito en Perú lleva la firma de Gonzales. Estos y otros buenos méritos que este Juez Superior puede tener, quedan lamentablemente opacados con su muestra de intolerancia frente a la crítica, que llegan incluso al empleo de calificativos ofensivos. Pero errar es humano, y seguramente Gonzales subsanará este proceder, como distinguido catedrático de Derecho Civil que es.

---

3 Ib dem. p. 3

Ahora bien, considero que es Gonzales quien confunde la realidad jurídica con la realidad material. Lo repito otra vez, la tesis realista sostiene que la transferencia de propiedad es un efecto de la celebración del contrato, porque la obligación de enajenar carece de prestación, según la configuración que le otorga el artículo 949 del Código Civil. Así de simple ¿Qué importancia puede tener que la celebración de un contrato y su cumplimiento puedan coincidir en el plano de los hechos? La verdad que, a efectos de interpretar rectamente lo establecido en dicho artículo del Código Civil, ninguna. Aquí estamos hablando de los efectos del contrato (plano ideal), no de su ejecución (plano de la realidad). Recuérdese todo lo dicho sobre la eficacia del negocio jurídico en el capítulo II de la primera parte de esta obra. Los sucesos de la realidad material no son relevantes para determinar la eficacia jurídica de un evento determinado. Gonzales me acusa de confundir la realidad material con la realidad jurídica, pero le pregunto al amable lector o lectora ¿quién es el que hace crítica tomando como premisa un aspecto de la realidad material (la coincidencia que puede existir entre celebración del contrato y cumplimiento) para sacar conclusiones de lo que sucede en la realidad jurídica (efectos del contrato)? Pues Gonzales. Este pone su atención en el plano de la realidad material y advierte que la celebración de un contrato puede coincidir temporalmente con su ejecución, con lo cual pretende criticar la tesis realista. Esto es más que suficiente para rebatir lo dicho por Gonzales. La obligación de enajenar no existe porque la propia ley no le otorga ningún contenido genuino ¿Cuál es el contenido de la obligación de enajenar según la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil? Jurídicamente hablando ¿Qué actividad debe realizar el transferente, al margen de la celebración del contrato, para hacer que el adquirente adquiera la propiedad? La obligación de enajenar carece de contenido, por lo cual se concluye que la ley, luego de la celebración del contrato, no exige que el transferente cumpla con alguna actividad adicional para llevar adelante la transmisión. El efecto jurídico de la celebración del contrato es, conforme al mentado artículo, la transferencia del derecho de propiedad. Jamás he sostenido, ni nadie lo ha hecho, que el contrato produzca efectos reales en base a consideraciones de orden estrictamente material.

¿Cómo se refuta en Italia el ejemplo de Gonzales? Pues de ninguna forma, porque no se necesita refutación alguna. Perdóneme amable lector o lectora, pero insisto, estamos hablando de la eficacia jurídica del

contrato, no de las condiciones de su ejecución en el plano material. Los ejemplos de Gonzales buscan demostrar la coincidencia material entre celebración y ejecución del contrato. Pero de lo que se trata es de algo hartamente diferente: la eficacia del contrato, que es un asunto que corresponde a un plano conceptual.

¿Qué digo yo cuando no se necesita la tradición en una venta supuestamente obligatoria, como la de un periódico? Pues un periódico no se transmite por el solo acuerdo de las partes, sino que se requiere su entrega para perfeccionar la transferencia. O sea que el solo acuerdo de las partes no es suficiente para transmitir un periódico, al ser un bien mueble, tal como lo manda el artículo 947 del Código Civil. Esto no cambiará por lo que suceda en el plano de la realidad material. Si la celebración del contrato y la entrega ocurren al mismo tiempo o se diferencian por unos segundos en un caso concreto, ello no puede servir de base para negar que el contrato sea incapaz de transferir directamente la propiedad mobiliaria.

¿Por qué el contrato puede transferir por sí mismo el derecho real de propiedad sobre inmuebles? ¿Por qué el contrato no puede transferir por sí mismo el derecho real de propiedad sobre muebles? Pues porque así lo indica la ley. Se trata de un asunto de eficacia jurídica. Lo que ocurra o deje de ocurrir en el plano de la realidad empírica no tiene incidencia sobre tal eficacia, que se desenvuelve en un plano ideal.

Es Gonzales quien no ha respondido a mi pregunta ¿Es lo mismo que el contrato transfiera la propiedad directamente, o que se requiera la entrega? Si la diferencia entre venta real y obligatoria no tiene ningún sentido, entonces ¿el artículo 949 del Código Civil tiene el mismo alcance que el artículo 947? ¿No existe ninguna diferencia esencial entre ambos dispositivos normativos?

La posible evicción no impide admitir la eficacia real del contrato. Si procede la evicción, ello simplemente quiere decir –como lo dije antes claramente– que nunca resultó aplicable el artículo 949 del Código Civil, el cual presupone que el titular del derecho de propiedad sea el transferente. Justamente por eso dije que la “obligación de enajenar” de la que habla esta norma no tiene lugar si el transferente no ostenta el derecho de propiedad. Entonces ¿quién ha hablado de la venta de bien ajeno? ¿He pretendido yo sostener que en la venta de bien ajeno se aplica el



artículo 949 del Código Civil? Jamás he sugerido semejante cosa. Se trae a colación la venta de bien ajeno con el objetivo de trastornar indebidamente mi discurso. La venta de bien ajeno y la evicción son asuntos ajenos al artículo 949 del Código Civil, razón por la cual los argumentos de Gonzales no son pertinentes.

¿Una teoría debe explicar las situaciones patológica principalmente, en lugar de las fisiológicas? Así pensaba August Thon, el cual, como se recordará, es creador de una teoría del derecho subjetivo que se basa precisamente en entenderlo en una etapa de violación normativa, de modo que resulta ser una protección jurídica. Ha dicho Domenico Barbero sobre semejante forma de ver las cosas:

“Hemos hablado hasta aquí de protección y de protegidos. Este razonamiento se nos ha impuesto de las teorías que hemos venido analizando. Pero ha llegado el momento de desembarazarnos también de este, que es un punto de vista patológico del Derecho. Se habla de protección frente a un agresor real o supuesto, como se habla de terapia en la presunción de una enfermedad. Si el agresor no existe –como a la verdad no debería existir, según la norma jurídica–, no sería tampoco el caso de pensar en protegerse (...). Quiero decir que es un aspecto absolutamente patológico de las relaciones jurídicas; cuyo aspecto fisiológico debería ser el de un desenvolvimiento *secundum ius*, en cuyo caso no habría agresores ni agredidos (...). Es en este momento cuando el jurista debe captar las categorías fisiológicas del derecho. Entre la norma y la violación y, por tanto, la pretensión, hay una zona que los autores excluyen –Thon a la cabeza– del ámbito del derecho subjetivo; es la zona del actuar lícito, y que es en la cual, por el contrario, debe cultivarse el derecho. En ese momento, y en esa zona, el derecho subjetivo no se presenta ya a nosotros ni como pretensión ni como poder contra o sobre otro alguno; se nos presenta como licitud de actuación en orden a la satisfacción de los intereses que la norma nos asigna, sustrayéndolos a la agresión de los demás miembros de la comunidad”<sup>426</sup>.

<sup>4</sup> BARBERO, Domenico *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I, Traducido de Santiago Sentís Melendo EJEABU n.º Aires. 1997

Una teoría jurídica, por lo tanto, no debe tener una visión patológica, como afirma Gonzales. El punto de partida de tal teoría debe ser el análisis del aspecto fisiológico, como bien enseña Barbero. Si no fuese así ¿Cómo se explica que la teoría de Thon haya sido abandonada hace tiempo por la doctrina? ¿Si Gonzales dice que las mejores teorías son las que tienen una visión patológica del Derecho, por qué él mismo ha declarado abandonar la teoría de Thon sobre el derecho subjetivo<sup>427</sup>?

Creo que no hay nada más que decir. Empero, reitero mi respeto a la opinión de Gonzales. No voy a decir, como él sí ha dicho de mí (y de quienes pensamos que el contrato produce efectos reales) que su opinión se basa en ideas inútiles. No lo pienso así.

## XI. UNA "APARICIÓN"

Es fácil darse cuenta que la transferencia de la propiedad inmueble es un asunto de gran relevancia para nuestro sistema económico. Por ello, cualquier actividad legislativa en torno al mismo debe premunirse de todas las herramientas jurídicas disponibles, así como realizarse con el máximo cuidado. Lamentablemente, no ha sido así con el proyecto del excongresista Chamorro, cuya mera presentación ya genera dudas. En efecto, trata tan delicado tema en menos de tres páginas<sup>428</sup>.

¿En qué se basó el excongresista para sostener que la transferencia de propiedad de los inmuebles registrados opera en virtud de la inscripción? No tenemos ni la menor idea. Sucede que el excongresista no efectúa cita alguna en su exposición de motivos. No se ve cómo Chamorro pudo haber planteado semejante cosa. Si el artículo 949 no hace distinción alguna, se aplica, por ende, tanto a bienes registrados como no registrados. Como es sabido, la clasificación de los bienes entre registrados y no registrados (tan defendida por Jorge Avendaño Valdez) no ha sido recogida por el código, entonces ¿cómo puede Chamorro distinguir donde la ley no lo hace? Es claro que el congresista, al interpretar

---

<sup>427</sup> GONZALES BARRÓN, Gnt h r. "La teoría del derecho real consuetudinaria a partir de la Constitución". En: *Gaceta Constitucional*. N.º 63. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 1992.

<sup>428</sup> Casi toda la Prácticas e redu e a la ep iación de mb ió : Fb .138

el artículo 949, está violando un principio básico de interpretación jurídica<sup>429</sup>. Esto basta para sacar a la luz las inconsistencias del proyecto en cuestión<sup>430</sup>. Pero, continuemos:

Chamorro tiene como justificación la no concordancia del 949 con el sistema de separación del contrato, sin embargo, dicha disonancia se mantiene en su proyecto, ya que en el mismo los bienes inmuebles no registrados se transmiten de acuerdo al sistema de unidad del contrato. Además, nótese que el proyecto está referido a los inmuebles no registrados, sin embargo el mismo termina modificando solo la transferencia de los inmuebles registrados. Entonces, resulta indiscutible que estamos ante un despropósito.

En efecto, la propuesta de Chamorro no modifica para nada el sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles no registrados, ya que para estos sigue rigiendo el sistema espiritualista, el cambio se da para los bienes inmuebles registrados. Lo más grave es que Chamorro no sustenta en absoluto este cambio. Sucede que Chamorro cree que en la práctica los inmuebles registrados se transmiten por la inscripción, de modo que con su propuesta no cree variar en nada en la realidad, sino tan solo facilitar la labor del operador al precisar los alcances del artículo 949. Craso error.

La transferencia de la propiedad se determina por la ley, no por la “práctica”. Seguir el razonamiento del congresista nos llevaría a un absurdo. Así es, imaginemos que Stens le vende a Osarim un bien

429 No se puede saber de manera el hecho de que Chamorro afirma que el artículo 949 es una norma general frente al artículo 949. Esta última regla a la competencia en general, en cambio aquella se refiere solo a la transferencia de bienes inmuebles, como lo hizo Asimismo su afirmación de que el contrato previsto en el artículo 949 no es consensual. ¿Qué entiende por consensual Chamorro? Se sabe que los contratos, atendiendo a la modalidad de su perfección, se clasifican en dos grupos: consensuales y reales (cab indicar que los subemnes o formales se perfeccionan a los subemnes o de forma libre). Aquellos se concluyen con el subsecuente entre las partes, en cambio para que estos se consideren celebrados es necesario la entrega de un cosa que, básicamente, es pertinente al acuerdo entre las partes. ¿Qué entrega requiere el artículo 949? Pues ninguna. No es más que Chamorro puede decir que el artículo 949 se refiere a un contrato real. Los contratos reales, como se sabe, han sido defenestrados de nuestra legislación hace mucho tiempo. Sobre el particular: GABRIELLI, Enrico “Il Contratto e le sue classificazioni”. En: *Il Contratto in Generale*. Tomo I. A cura di Enrico Gabrielli. UTET, Torino, 1993.

430 Un bien inmueble no deja de ser tal por estar o no registrado. El artículo 949 se enmarca dentro de un régimen que ha agido la antigua clasificación de los bienes que los divide en muebles e inmuebles. Así, no cabiendo que el artículo 949 se aplica a cualquier bien inmueble, en virtud de que esta norma, ni ninguna otra, establece ninguna restricción a su radiación.

inmueble registrado a nombre del primero el año 2005, para este efecto celebran un contrato de compraventa, pero Osarim no se preocupa por la inscripción. Al año siguiente, Osarim le envía a Stens la **cuponera** de los impuestos para que este pague el impuesto predial, ya que Osarim entiende que, por la ausencia de inscripción, Stens sigue siendo propietario del inmueble. Sin embargo, es claro que la pretensión de Osarim es ilegal, ya que por el solo consenso este ya es propietario como lo dispone el artículo 949. Resultaría inadmisibile que Osarim diga “pero en la **práctica** –a pesar de lo que dice la ley– la transferencia opera por el registro”. Ello es evidente, más aún teniendo en cuenta que las normas jurídicas se derogan solo por otras normas jurídicas, no por los usos, ni mucho menos por la “práctica”, tal como lo manda el artículo I del título preliminar del Código Civil<sup>431</sup>.

¿Cuál fue la novedad en el proyecto de Chamorro? Pues, como lo dijimos, únicamente la instauración del registro constitutivo para la transferencia de bienes inmuebles registrados. ¿Qué justificaciones se manejaron en este proyecto para intentar llevar adelante dicha propuesta? Pues ninguna. Y es que estamos frente a una suerte de **aparición**, estamos frente una propuesta sin soporte material conocido, una propuesta “en el aire”, que se nos aparece de pronto sin razón alguna.

Como expresamente lo indicamos al iniciar este capítulo, nosotros no abordaremos el tema de las ventajas o desventajas de cada uno de los sistemas de transferencia de propiedad. Pero permanece la siguiente pregunta: ¿es adecuado que se imponga el registro constitutivo para los inmuebles registrados?

Ya hemos destacado que el registro es un mecanismo de publicidad íntimamente ligado a la tutela del derecho (de propiedad). Así pues, no resulta extraño que en la vida diaria se pueda apreciar que, en la

4 Sb e el p rticli ar p rmitasens remitirns a: ESPINOZA ESPINOZA, Ja n. Ob cit (9) , p 3 y ss. Asimismo p rece q el cngr esista Ch mo ro h b v dado e m etiendo de ese mdo n gra so erro q cb inda, p ra decirlo sin amb ges, co lo imp rdna b e- q el sistema legal p ra no p rtenece a la familia del civ l law y no a la del commow law. En efecto, sb o en el seno de este t tmo sistema es p ib e p antear la x lidez de na cõ tm b e (o “p áctica”) cont ra legem, deb do a q el derech cõs u tdi nario es el q p ima en este sistema. Sin emb rgo esto es impensab e en n sistema p p o del civil law, dade solo la cõ - tm b e praeter legem es admitida cm o fu nte de derech en v rtd de la p eeminencia del derech escrito (Cn encm iab e ple r de síntesis: GALGANO, Francesco *Istituzioni di Diritto Privato*. Cedam, Padõ , 978

mayoría de las veces, la adquisición de propiedad inmueble se inscriba en los registros, esto con el fin de tener un derecho mejor protegido<sup>432</sup>. Empero, constituye un aspecto insoslayable el hecho de que el sistema de registros, y sobre todo el de catastro real, está muy poco desarrollado en nuestro país –cosa que para nadie es un secreto–, si bien es cierto que existen inmuebles registrados en las zonas rurales alejadas de nuestro país, no puede negarse que en la mayor de la veces ha sido complicado realizar la inscripción correspondiente, y otro tanto lo será modificar el asiento registral respectivo. En efecto, hay zonas donde toma varios días llegar a la oficina de registro más cercana, de modo que para efectuar una inscripción se incurre en gastos significativos, más aún si el título tiene errores y no pasa la calificación en la oficina de registro, lo cual implicaría realizar varios viajes para por fin obtener un cambio en el asiento registral a favor del comprador<sup>433</sup>. Es, a todas luces, evidente que no es conveniente encarecer de ese modo las transacciones sobre bienes inmuebles, lo único que se generaría es menor circulación de la riqueza, la cual es incentivada por el sistema consagrado actualmente. Así, bien visto el asunto, no parece que deba –por lo pronto– modificarse el artículo 949. Acceder a una mayor seguridad a través de un óptimo estudio de títulos y la inscripción, debe dejarse a la decisión de los particulares, quienes de acuerdo a las circunstancias optaran por el registro o consideraran suficiente la posesión como mecanismo de publicidad<sup>434</sup>.

Además, esta pareciera ser la opinión que desde hace varios años vienen manejando las comisiones de reforma del Código Civil. En efecto, el 11 de abril del año 2006 se publicó un proyecto<sup>435</sup>, en el cual no se propone cambio alguno para el mentado artículo 949. De igual

3 BIANCA, Massimo Ob cit. (9) . p 7 “() el adq uiente q no h y transcrito su título es p p etario aú en lo conf lictos co tercero , p ro su adq uició q da sji eta a la p ib lidad de p rder eficacia frente a na adq uició q h y anterio mente ab u lta a carga de la trascrip ió” .

3 Lo h h ch nbar BULLARD GONZALES, Alfredo en su recientes ep icine s, más detalladamente en: *La transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*. Pone ncia ep sta en el seminario internaciona l p lo q ñ ñ del code napoleon o ganizado p la Unio rsidad de Lima. Juni (8)

3 En aq llas zña s rri ales alejadas, no parece q e sea n imp rativo el registro al cnt rario la p esió b en p de ser n mecanismo adeca do de p b icidad. No remitimo al interesantísimo trab jo de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastó. “La b igació de enajenar y el sistema de transferencia de p p edad inmu b e en el Perú . En: *Themis*. Rev sta de lo estdi antes de la fach tad de derech de la PUCP. N° 8 Lima, 9 p 9 y ss. Allí el lecto encot rará argm ento , en nu stra p nió, incnt estab es en defensa del sb o cns enso cm o n s istema adeca dale transferencia de la p p edad inmu b e p ra el Perú

3 Cm isió de refo ma del Cdi go Civ l. Prp sta de refo ma del Cdi go Civ l. Sep rata esp cial del diario 6 icial *El Peruano*. Lima, l de ab il de 8

forma, en el Informe Final de la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, de fecha 29 de marzo de 2011, tampoco se plantea cambio alguno para la citada norma.

## XII. REFLEXIÓN FINAL

Es por todo lo expuesto que disentimos de las críticas de Ortega y Gonzales, contra quienes sostienen que el contrato puede producir efectos reales, que si bien son interesantes (ya que, por ejemplo, otros autores nacionales no habían tomado en cuenta lo señalado por Carnelutti, además, dada nuestra opinión, no nos parecía que la corriente obligacionista tuviera la última palabra) a efectos de demostrar como temas aparentemente “solo dogmáticos” cobran interés para solucionar un tema de tanta trascendencia práctica, ya que si se considerara que los medios de defensa del derecho subjetivo fueran parte de la estructura del mismo, y se ignorase los modernos planteamientos de la doctrina de modo que se admita como válida la criticada clasificación de los derechos subjetivos, irremediablemente se debería concluir que el *solo consensus* nunca podría transmitir la propiedad inmueble en sentido técnico, pero como ello no es así, es fácil comprender entonces que el contrato sí produce efectos reales. Asimismo, el proyecto del ex congresista Chamorro no nos parece adecuado, son palmarias las graves deficiencias que lo aquejan. Es preocupante que tan delicado tema se haya manejado tan ligeramente en el Congreso.

Por otro lado, es un hecho que en el poder judicial se entiende que el consenso transmite la propiedad:

“(...) la formalidad del otorgamiento de escritura pública, no constituye, en nuestra norma sustantiva, un requisito del contrato de compraventa, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico dicho contrato es de carácter consensual; sin embargo tal formalidad es una garantía de comprobación de la realidad del acto y su inscripción en el Registro correspondiente permitirá al adquirente ejercer su derecho de propietario plenamente (...)”<sup>436</sup>.

---

<sup>436</sup> Decisión de la sala N° 1 de la Corte Superior de Lima, recaída sobre el Expediente N° 89 emitida el 3 de marzo de 2011.

“(...) que la formalización del contrato de compraventa, no es un acto de disposición, de manera que no resulta exigible de autorización que contempla el artículo cuatrocientos cuarentisiete del Código Civil, consecuentemente la resolución que desestima la defensa previa ha sido dictada con arreglo a ley; Quinto.- que el acto jurídico de compraventa del inmueble, a favor de la demandante, ha sido perfeccionado con el acuerdo de voluntades realizado por los vendedores don Juan Ernesto Ruiz Ortiz y doña Martha Pérez Reyes Moyano de Ruiz y la compradora doña Lourdes María Cier Húngaro (...)”<sup>437</sup>.

“(...) es preciso tener en cuenta que la sola obligación de enagenar un inmueble es suficiente para perfeccionar un contrato aunque no se hubiere pagado el precio del inmueble, pues ello solo da lugar a la acción personal directa por cobro del precio y no a una acción de nulidad por simulación (...)”<sup>438</sup>.

“(...) Quinto.- Que, el contrato de compraventa queda perfeccionado desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio, pudiendo las partes exigirse el otorgamiento de la escritura pública, más aún si el Código reconoce el derecho a compelerse a llenar dicha formalidad no como requisito del contrato, sino como garantía de comprobación de la realidad del acto; (...)”<sup>439</sup>.

Quizá alguno piense que los asuntos dogmáticos no son importantes a efectos prácticos, sin embargo es evidente que estos temas tienen una relevancia innegable en el plano operativo:

- i) Permiten explicar de manera coherente el proceso de transmisión del derecho real más importante que existe, ii) nos sirve de soporte para tender una conexión entre los artículos 1363 y 1970 del Código Civil, de modo que interpretemos que el contenido del primero se refiere a los efectos que hemos llamado “directos” (al momento dinámico diría Busnelli) y de ningún modo a los efectos “reflejos”

<sup>3</sup> Decisión de la Sala de Proceso Sumarísimo, recaída sobre el Expediente N° 19 emitida el 2 de noviembre de 1998.

<sup>8</sup> Ejecutoria Suprema sobre el Expediente N° 18 emitida el 31 de enero de 1998.

<sup>9</sup> Casación N° 19 Ica, emitida el 31 de abril de 1998.

o “indirectos”<sup>440</sup>. Así es como se explica una institución cuya existencia no puede seriamente cuestionarse en la actualidad: la tutela aquiliana del crédito<sup>441</sup>.

No tiene por qué escandalizar a nadie el plantear que, bien vistas las cosas, el contrato normalmente produce efectos cuya oponibilidad va mucho más allá de ser solo *inter partes*.

Antes de terminar, deseamos expresar nuestra satisfacción para con los trabajos críticos de los diferentes autores que hemos venido citando, ojala ellos continúen con esta línea de trabajo. En efecto, fuera de que se compartan las ideas o no, tenemos la firme convicción de que solo cultivando una cultura del debate podremos mejorar la doctrina peruana. Las críticas inevitablemente implican una confrontación, pero al fin y al cabo un enfrentamiento de ideas (y solo de ideas, aunque, como ya habíamos dicho, por desgracia no faltan aquellos que llevan estos asuntos al plano personal) siempre es productivo<sup>442</sup>. Por otra parte, sirva este medio para invocar a las autoridades legislativas para que pongan mayor celo en sus delicadas labores, y se documenten los más que puedan (porque, hay que decirlo, su –aún– enorme sueldo se los permite y sino lo hacen incurrir en una conducta más que reprochable) antes de abordar un tema.

Finalizamos este modesto pero firme (y, lo admitimos, algo “sazonado”) capítulo esperando siquiera haber logrado el primer objetivo que nos trazamos: contribuir con **granito de arena** al esclarecimiento de los temas involucrados.

---

40 Evidentemente, como ya lo indicamos, es este el punto de apoyo para sostener que el organizado del evento depuesto por dirigirse contra la empresa de transporte a efectos de reparar el daño injusto sufrido. Efectivamente, si no tú éramos el apoyo de la tesis de Benelli, no podría invocarse el artículo 100 para poder alegar al organizado del evento depuesto y que la empresa de transporte ben podría argumentar que el artículo 100 es una norma que lo excluye de toda responsabilidad, y que nadie distinto del depuesto de esta responsabilidad –lesiona su derecho de crédito. Advértase también que en sede de responsabilidad por inejecución de obligación se nos exige no más que niega dicho impedimento.

41 Sobre el tema véase: FRANZONI, Massimo “La tutela aquiliana del contratante”. En: *I Contratti in Generale a cura di Enrico Gabrielli*. Ob. cit., Tomo II, p. 100 y ss. principalmente; también DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1990.

42 Es inconcebible plantear la idea de crítica no confrontacional, basta ver el diccionario de la RAE para darse cuenta que ello es una definición, es absurdo.





**CAPÍTULO IV**  
**LA PARTICULAR EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO**  
**SOBRE EL CONCEBIDO**



## I. INTRODUCCIÓN

Hace uno años, luego de una serie de varios complicados inconvenientes que los coordinadores supieron sortear, vio la luz el libro homenaje a uno de nuestros más ilustres juristas, me refiero a Carlos Fernández Sessarego, teniendo el suscrito la fortuna de ser integrante del que fuera el comité estudiantil de apoyo de dicha publicación, misma que se estuvo preparando desde fines de 2005<sup>443</sup>.

Al ver las páginas de dicha obra por primera vez, junto a mis apreciados amigos Yuri Vega y Manuel Asencio, aparte de quedar gratamente impresionado por el resultado final esperado por tanto tiempo, de pronto se renovó mi interés por analizar una de las ideas del maestro Fernández, que en su momento fue el centro de mi atención cuando iniciaba mis estudios universitarios.

La idea o planteamiento en cuestión del maestro Fernández tiene una particularidad: no es seguido por la mayoría de la doctrina –y jurisprudencia– en nuestro país. A pesar de ello, sin embargo, desde siempre consideré acertada la tesis del maestro, toda vez que nunca me convenció del todo la doctrina predominante.

El problema al que hago referencia es el siguiente: el artículo 1 del Código Civil establece que la atribución de derechos patrimoniales al concebido se encuentra condicionada a que este nazca vivo, sin indicar si la condición es suspensiva o es resolutoria<sup>444</sup>. Al respecto, mientras el maestro Fernández sostiene que dicha condición es de tipo resolutorio, la mayoría de la doctrina nacional sostiene lo contrario, es decir, que se trata de una condición de tipo suspensivo.

<sup>443</sup> VEGA MERE, Yuri y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coordinados). *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Lima, 2005.

<sup>444</sup> Artículo 1 del Código Civil peruano.

La atribución de derechos patrimoniales al concebido está condicionada a que nazca vivo.

Este capítulo está destinado, en una primera parte, a una aproximación a los aspectos básicos, del instituto de la condición, que están involucrados en la problemática referida y, en una segunda parte, al análisis crítico de la confrontación entre ambas posiciones, cosa que –aunque no lo parezca– no se ha hecho de modo directo hasta ahora. Aquí se expondrán, pues, las razones por las cuales debería entenderse que el artículo 1 del Código Civil hace referencia a una subordinación de eficacia de tipo resolutorio.

No está demás advertir que en este capítulo no me voy a limitar a exponer las nociones básicas sobre los aspectos mencionados, sino que también voy a incidir sobre algunas ideas importantes que no han sido suficientemente resaltadas en nuestra doctrina, lo cual permitirá conocer mejor la temática estudiada y, al mismo tiempo, dar un mayor soporte a la opinión crítica que voy a defender.

## II. LA CONDICIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

### 1. La condición en la estructura del negocio jurídico

La expresión “condición” es utilizada en el Derecho con distintos significados. Tal como ocurre en el lenguaje usual, donde se denomina condición a las circunstancias bajo las cuales algo sucede, en el Derecho Penal y en el Derecho de la responsabilidad civil se habla de condición en el sentido de causa. En estos campos se pregunta si un acto u omisión es “condición” de un resultado y por ello el acto u omisión resultaría punible o sería fuente de responsabilidad civil. En el ámbito contractual, las reglas establecidas por acuerdo de las partes se designan como condiciones. Así, se habla de las condiciones de un contrato, de condiciones favorables o desfavorables, de condiciones generales de contratación, etc. En lo que al tema en cuestión se refiere, emplearemos el sentido adoptado en la teoría general del negocio jurídico, el cual **se trata de que, en tanto el Ordenamiento jurídico no establezca otra cosa para casos concretos, el negocio jurídico puede condicionar su vigencia a un suceso futuro incierto**<sup>445</sup>.

---

<sup>4</sup> FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de Esth r Gím ez Calle y Jo é Miq l Goz ález. Fundación C l t n al del No ariadoM adrid, 1992.

La condición es, pues, un tipo de lo que a menudo se denomina “modalidad” del negocio jurídico (o, si se quiere ser fiel a la terminología empleada por el Código Civil, acto jurídico<sup>446</sup>). Las modalidades son elementos que tienen la característica de no ser indispensables dentro de la estructura del negocio jurídico, por eso suelen ser denominados también como “elementos accidentales”, es decir, que su presencia es solo eventual, no indispensable para la formación del negocio<sup>447</sup>.

Es muy extendida la idea que entiende que la condición es el evento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del negocio jurídico. Pero también se le considera como la disposición que hace depender la eficacia o la resolución del negocio de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto. En tal sentido, la más autorizada doctrina entiende, desde hace mucho tiempo, que es necesario distinguir entre la condición como evento externo a la celebración misma del negocio, y la condición como disposición de las partes o de la ley (condición voluntaria y condición legal, respectivamente y sobre las cuales me detendré más adelante) que atribuye a tal evento una eficacia suspensiva o resolutoria<sup>448</sup>.

La principal clasificación de la condición es aquella que distingue entre condición suspensiva y condición resolutoria. La primera implica la configuración de un acto válido, cuyos efectos quedan en pendencia hasta que se cumpla la condición. La segunda, en cambio, presupone un acto válido que ya produce efectos jurídicos de manera provisional, los cuales pueden extinguirse en todo o en parte si es que se verifica o no la condición. En otras palabras, cuando un negocio contiene una condición suspensiva, el negocio existe antes del cumplimiento u ocurrencia de la condición, pero su eficacia se mantiene en suspenso. Así, pues,

<sup>446</sup> El *acto jurídico* reglado en el Libro II de nuestro Código Civil, así como también lo estaba en el libro V del *Grundgesetze des Bürgerlichen Gesetzbuchs* no es otra cosa que el *negocio jurídico* de la doctrina alemana (lo cual ya había sido evidenciado por LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, WG Editores, Lima, 1995).

<sup>447</sup> GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch Valencia, 1997, p. 7 y ss. Una clásica doctrina indica que “los elementos accidentales son aquellos, a los fines del mínimo que es necesario para la validez del negocio pueden indiferentemente, existir o no existir” (MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Traducción de Santiago Meléndez JEA, Buenos Aires, 1997).

<sup>448</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo III, Giuffrè, Milano, 1997, p. 51 y destacaba esta idea WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Vb. I. Traducción de Pietro Fadda e Paolo Emilio Bensa. UTET, Torino, 1992, p. 8.

esta modalidad difiere y hace inciertos los efectos del negocio celebrado. Cuando un negocio jurídico contiene una condición resolutoria, en cambio, el negocio nace y produce todos sus efectos jurídicos normales antes de la ocurrencia de la condición; la incertidumbre generada por esta condición se refiere a la posible extinción de los efectos negociales. Ejemplo de condición suspensiva: si vienes a Lima, te alquilo mi departamento. Si no se verifica la condición, no se producen los efectos del acto (en este caso, contrato de arrendamiento). Ejemplo de condición resolutoria: te alquilo mi departamento mientras no lo subarriendes, o te pago los estudios universitarios mientras salgas aprobado en todos los cursos. Si se verifica la condición, los efectos del acto (contrato de arrendamiento o compromiso de financiamiento de los estudios) se extinguen<sup>449</sup>. No debe olvidarse, además, que **la mayor parte de las reflexiones doctrinales en tema de condición y de negocio condicionado, se dirigen a la construcción de un concepto de condición, y de esta manera llegamos siempre al concepto de condición suspensiva**<sup>450</sup>.

Ahora bien, buena parte de la doctrina italiana y alemana suele precisar que, con relación a un negocio en concreto, la condición debe entenderse tan imprescindible como los llamados “elementos esenciales” del negocio. Así, pues, del carácter accidental se habla solamente con referencia a la figura del negocio típico. Pero respecto al negocio concreto en el que se inserta la condición, esta (junto al plazo y al modo que también son “elementos accidentales”) debe entenderse tan esencial como los “elementos esenciales” indicados en el artículo 140 del Código Civil<sup>451</sup>.

En este sentido, un ilustre autor italiano afirmaba que **condición, modo y término son modalidades que se denominan accidentales (*accidentalía negotii*) con respecto al tipo o género del negocio, en el sentido de que son extrañas a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial con relación al negocio concreto en que se incluyen,**

<sup>449</sup> Al respecto se puede citar a una doctrina más reciente: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 1993.

<sup>450</sup> CRUZ MARTÍNEZ, Mario “Algunas reflexiones sobre la condición”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie. N° 10. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., febrero de 1978, p. 10.

<sup>451</sup> Al respecto RESCIGNO, Pietro “Condizione (diritto vivente)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo VIII, Giuffrè, Milano, 1973.

en cuanto se convierten en un elemento de su contenido preceptivo y determina, por ello, su supuesto de hecho. El hablar de modalidades, de cláusulas, etc., no debe hacer creer que se trate de determinaciones accesorias o de simples enunciaciones, distintas y separables del precepto de autonomía privada que constituye el elemento central del negocio total. Al contrario, aquellas forman un todo inescindible con este precepto, calificándolo e imprimiendo un especial carácter a la ordenación de intereses que prescribe<sup>452</sup>. En esta misma línea, un destacado jurista alemán, que declara expresamente compartir las líneas italianas que se acaban de citar, indica que los *essentialia* y los *accidentalia negotii* se encuentran en el mismo plano. Son contenido de la regla jurídico negocial, tal como resulta del acto del negocio jurídico (...) Los *essentialia* y *accidentalia negotii* se refieren a la configuración autónoma privada<sup>453</sup>.

Gran parte de nuestra doctrina ha seguido esta perspectiva. Así, se ha dicho que la accidentalidad debe entenderse solamente en el sentido de que queda al arbitrio del declarante (o de los declarantes), incluir, o no, aquellos elementos en el negocio; pero no en el sentido de que, una vez incluidos, se pueda dejar de respetarlos: la inclusión de ellos en el negocio los transforma en elementos tan esenciales como los otros<sup>454</sup>. Otro importante autor, con mayor cautela, señala que su inclusión en el acto jurídico los transforma, pues, en elementos tan esenciales como los verdaderamente esenciales, pues se constituyen en requisitos de eficacia, salvo el cargo, cuya inserción en el acto no

3 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de Antoni o Martín Pérez. Comares, Granada, 2007, p. 3. Precisamente por qué estos pueden y ya no deben, como los primeros, concurrir en el negocio se llaman, por contraposición a aquellos, elementos accidentales del negocio jurídico accidentales en relación al negocio típico, pero constituirían del negocio concreto y, por tanto, esenciales respecto del mismo (SANTORO PASSARELLI, Francesco *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción Agustín Luna Serrano. Revista de Derecho Privado Madrid, 1993).

3 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de Esteban Gómez Calle y José María González. Fundación del Notariado Madrid, 1983, p. 12 y 13. Así también LEHMANN, Heinrich *Parte General*. Traducción de José Narváez. Revista de Derecho Privado Madrid, 1987, p. 3. No debe confundirse con esta clasificación, desde el punto de vista práctico de la reglamentación legal, la denominación de los elementos del negocio en esenciales y accidentales, que se hace desde el punto de vista personal de las partes. Desde este ángulo son esenciales todos los preceptos sin cuya concurrencia alguna de las partes no puede concluir el negocio.

4 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1997, p. 9. se adhiere a este autor ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.



afecta su eficacia<sup>455</sup>. En idéntico sentido se indica que la condición y el plazo son accidentales o accesorios en cuanto a la estructura del acto, pero una vez que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, lo añaden al acto que celebran, dejan de ser extraños, para devenir en elementos que tienen una importancia análoga a la de los elementos esenciales (...)<sup>456</sup>.

Me siento inclinado a pensar que la perspectiva que se acaba de reseñar adolece de cierto grado de imprecisión. Para empezar, la distinción entre elementos “naturales”, “accidentales” y “naturales” del negocio, que se basa en el pensamiento jurídico medieval, ha sido duramente criticada desde hace mucho tiempo. Ya un prestigioso pandectista como Ernst Bekker mostró sus serias dudas sobre tal clasificación. En efecto, para tener una idea de los graves defectos esta clasificación, basta tener en cuenta que el sujeto de derecho, “elemento esencial” por excelencia, no es, en rigor de verdad, ningún elemento, sino más bien un presupuesto del negocio jurídico. Asimismo, los llamados “elementos naturales” no son más que consecuencias de determinados negocios, que las partes pueden excluir pero que no tienen necesidad de pactar<sup>457</sup>.

En nuestro medio, un destacado autor ha criticado en forma contundente la clasificación mencionada:

“En la doctrina tradicional, el objeto era considerado como uno de los elementos esenciales, al igual que el denominado “agente capaz” (o sea el sujeto de derecho). Por su parte, la orientación actual entiende que tanto el agente como el objeto, si bien forman parte de la estructura del negocio jurídico, no es como elementos, sino como presupuestos. La razón del cambio en la concepción y en la terminología, se justifica en el hecho que tanto el objeto como el sujeto no forman parte del negocio jurídico, el cual es en sí mismo una manifestación de voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos, concebidos por las partes como

<sup>455</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

<sup>456</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal *Acto jurídico*. I demsa, Lima, 1998.

<sup>457</sup> Situación especialmente destacada, con acierto por la doctrina española: PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Vols. I, Bosch, Barcelona, 1998, p. 24 en sentido análogo. DE CASTRO Y BRAVO, Federico *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1998, p. 5. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vols. I, Civitas, Madrid, 1998.

efectos prácticos tutelados jurídicamente (...)”<sup>458</sup>. Por esas razones, me adhiero a la doctrina, nacional y extranjera, que prefiere prescindir de la terminología de “elemento accidental” para designar a la condición y a las otras “modalidades” del negocio jurídico.

Dicho esto, cabe indicar que, en mi opinión, los “elementos accidentales”, ni siquiera con relación a los negocios en concreto, deben entenderse como equiparables a los llamados “elementos esenciales”, ya que sobre estos, a diferencia de aquellos, las partes no pueden actuar o ejercer su autonomía privada de manera “plena”. Así, por ejemplo, mientras que en un determinado contrato las partes no pueden alterar la capacidad del sujeto (piénsese en la imposibilidad de “ceder” un contrato a un incapaz), pueden, sin mayor inconveniente, hasta suprimir una condición o un plazo. Mientras que las partes nada pueden hacer frente a una formalidad *ad solemnitatem* o *ad substantiam* (otro típico “elemento esencial”), pueden suprimir, volver a incorporar y luego alterar una condición o plazo sin ningún problema. Por consiguiente, considero más adecuada a la doctrina que, cuando se refiere a los “elementos accidentales”, prescinde de la idea que entiende que los mismos dejan de ser tales para convertirse en “esenciales” en un negocio jurídico concreto<sup>459</sup>. Es menester señalar aquí que otro sector de la doctrina cautelosamente indica que los “elementos accidentales” **pueden** (es decir que no necesariamente) devenir en esenciales dentro de la configuración del negocio, lo cual dependerá del caso concreto y de la regulación legal que al respecto provea cada ordenamiento<sup>460</sup>.

Por mi parte, considero que más certera es la opinión de un destacado profesor turinés: es cierto que el carácter accidental de la condición (y, en general, de los “elementos accidentales”) debe entenderse en la

§ TABOADA CORDOVA, Lizardo *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 1999.

§ Así: LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picazo a. Ediciones de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 27 y ss.; BIANCA, Massimo *Diritto Civile*. Tomo III, Giuffrè, Milano, 1995, p. 373; SCOGNAMIGLIO, Renato *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 47 y ss. Más recientemente, SACCO, Roberto *Il fatto, l'atto, il negozio*. UTET, Torino, 1995, p. 37; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1995, p. 115.

§ CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo Aguilar, Madrid, 1995, p. 2. MESSINEO, Francesco *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo EJE, Buenos Aires, 1995, p. 36 “el elemento accidental no es (de no se trata, pues, de algo indefectiblemente convertible en esencial) esencialmente (...)”.

relación a la figura del negocio típico, pero es necesario precisar que, en relación al negocio concreto, la condición (y los otros “elementos accidentales”) no resulta ser propiamente un “elemento esencial”, sino una parte del reglamento contenido en el negocio jurídico que se caracteriza fundamentalmente por constituir un mecanismo de regulación de los efectos del mismo. Y es que mientras puede ocurrir que una condición que adolece de un grave defecto se considere simplemente como no puesta (piénsese en la segunda parte del artículo 171 de nuestro Código Civil), ello en ningún caso puede ocurrir con un “elemento esencial”<sup>461</sup>.

En términos generales, la condición es un mecanismo que actúa sobre la eficacia de los negocios jurídicos. Es muy importante tener presente que se podría razonablemente considerar que esto cambia de manera sustancial en relación a los casos concretos, debido a la –supuesta– “transformación” que la condición sufre al incorporarse a un concreto negocio. Acabamos de ver, sin embargo, que tal “transformación” no tiene lugar. Por lo tanto, en el caso contemplado en la primera parte del artículo 171 de nuestro Código Civil, no es exacto sostener que estamos ante un “elemento esencial” viciado, sino simplemente ante un vicio grave que afecta aquella parte del negocio que regula su eficacia. (...) el análisis de la condición debe limitarse al otro aspecto de la figura: **su calidad de cláusula del contrato que hace depender los efectos de un hecho futuro e incierto**, como la mejor postura para estudiar en conjunto todo un grupo de problemas<sup>462</sup>. No resulta ocioso repetirlo, esto no varía en los casos “concretos” debido a una “transformación”. Es, por lo tanto, oportuno soslayar la clasificación que distingue “elementos esenciales”, “accidentales” y “naturales” en el negocio jurídico, ya que da pie a complejos equívocos y no proporciona una visión del negocio acorde con la realidad jurídica.

Lo dicho quizá ayuda a comprender porque, desde hace mucho, en Francia los llamados “elementos accidentales” se siguen estudiando no en relación al contenido del negocio, sino a propósito de la eficacia del mismo. Acá no se habla de “transformación” alguna que puedan

4 MAIORCA, Sergio “Codi zine”. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civ. le. Tomo III*, UTET, Torino, 1972.

5 SCOGNAMIGLIO, Renato (le. it., el resaltado me pertenece).

experimentar tales elementos<sup>463</sup>. Así las cosas, tenemos, pues, que la condición esencialmente incide sobre la eficacia del negocio jurídico y no sobre otro aspecto de este.

No obstante, en cierto momento, la doctrina consideraba ampliamente que la condición influía nada menos que sobre la existencia misma del negocio. Gracias a los planteamientos del famoso profesor Bernhard Windscheid, la doctrina abandonó esta idea. Veamos:

Ilustres estudiosos como Heinrich Fitting, Karl Arndts y Philipp Huschke consideraban que cuando se realizaba un negocio jurídico sometido a condición, realmente no había voluntad efectiva de querer algo, por ende tampoco había negocio, ya que este no puede existir sin una voluntad determinada. Decían estos autores que, al momento de celebrar un negocio jurídico bajo condición, las partes solamente ponían en movimiento sus facultades volitivas, pero con ello no creaban una voluntad concreta, o sea aquella fuerza capaz de producir efectos jurídicos, la cual venía a existir solo si mediaba el acaecimiento de la condición. En tal sentido, imaginemos que A dona a B un auto mediante contrato de donación sometido a la condición –suspensiva– de que este apruebe el examen para obtener su brevete. Pues bien, conforme a esta doctrina, lo cierto es que actualmente A no quiere donar ningún bien a B. Tal querer –o voluntad si se quiere– surgirá solo si se verifica la condición, no antes. Por lo tanto, mientras no ocurra la condición, no tenemos negocio jurídico porque no hay una auténtica voluntad negocial.

Pero el llamando “príncipe de los pandectistas” refuta esta idea afirmando que, en el plano de los hechos, la declaración de voluntad condicionada no deja de ser una declaración de voluntad efectiva y real. Aquello que depende de la condición no es la existencia de voluntad, sino la existencia del efecto que esta quiere conseguir. La condición, bien vistas las cosas, no se refiere al **querer**, sino solamente a lo **querido**. La declaración de voluntad condicionada es propiamente una declaración de voluntad, aunque con un carácter especial. Tal carácter estriba en la atemperación de su eficacia, nada más. Pero la declaración

---

<sup>463</sup> A modo de ejemplo véase: GAUDEMET, Ege ne. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo Pórra, Méjico D. F., 1954, p. 41 y ss; y CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo II, Vb. II, Traducción de Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona, 1965, p. 118.

de voluntad sometida a una condición no deja de ser por ello una declaración de voluntad efectiva y actual<sup>464</sup>.

Como podrá advertirse, la condición viene a formar parte de la declaración de voluntad que constituye la esencia del negocio jurídico y, como tal, su esencia radica en encontrarse destinada a actuar sobre la eficacia negocial. Pero es menester hacer una precisión: la influencia de la condición no recae sobre la integridad de los efectos del negocio. Así es, la estipulación de una condición suspensiva, por ejemplo, no comporta una suspensión de la totalidad de los efectos del negocio, sino una suspensión de los efectos típicos del mismo solamente. En efecto, como se sabe, el negocio sometido a condición suspensiva produce una vinculación entre las partes, consistente en la tutela de la expectativa<sup>465</sup> generada a favor de una de las partes<sup>466</sup>. Otro tanto puede decirse de la condición resolutoria, la cual actúa también sobre los efectos típicos del negocio, no pudiendo suprimir otra clase de efectos que se hayan materializado mientras esta condición estuvo pendiente (piénsese en las adquisiciones de terceros que, actuando de buena fe, ignoran la existencia de la condición), más todavía en nuestro ordenamiento, donde la condición (suspensiva o resolutoria) no es, por regla, retroactiva. Esta clase de condición también genera una expectativa en la parte que, en virtud del negocio jurídico, ha transferido alguna titularidad (mientras la condición resolutoria esté pendiente, el transferente eventualmente readquirirá lo transferido)<sup>467</sup>.

Ahora bien, si atendemos a las consecuencias que las modalidades producen, estas de ninguna manera pueden ser consideradas como “secundarias” o “accesorias”, por el contrario, cumplen un rol muy

4 WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Vb. I. Traduzione dei professori Carlo Fadda e Pablo Emilio Bensa. UTET, Torino, 1982. 85 s.

5 La expectativa es una situación jurídica específica cuyo sentido técnico es similar a su significado en el lenguaje natural o cotidiano. Así, ROPPO, Vincenzo “Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas”. En: AAVV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leyser León. In Ista Editores, Lima, 1981. p. 6 “La expectativa es la situación de que en no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo un derecho específico, pero tiene la posibilidad de adquirirla, siempre que se verifican determinadas condiciones (el rescatado y el retenido)”.

6 RUSSO, Ennio *Il termine del negozio giuridico*. Giuffrè, Milano, 1963. p. 6 Ciertamente, esto encuentra eco en el artículo 3 de nuestro Código Civil: “pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos consuetudinarios”.

7 Sobre este punto véase: CRUZ MARTÍNEZ, Mario. *Lecciones de derecho*.

importante en las operaciones económicas de la actualidad, ya que amplían de manera considerable el radio de acción de la voluntad negociada<sup>468</sup>. Claro ¡imagínese si no se pudiesen establecer modalidades en los negocios jurídicos!<sup>469</sup>.

## 2. La condición legal y el planteamiento de Paul Oertmann

Otra clasificación de la condición es aquella que distingue la condición de hecho, también llamada *condicio factio* condición voluntaria, de la condición de derecho, también denominada *condicio iuris* o presupuesto legal de eficacia. Hasta ahora se ha hecho referencia a la primera. La segunda también es denominada “presupuesto legal de eficacia”, e implica una norma que subordina, de modo suspensivo o resolutorio, la eficacia de un negocio jurídico, al margen de lo que puedan establecer las partes contratantes, por eso se señala que en estos casos la vigencia del negocio jurídico se vincula al cumplimiento de la condición legal desde fuera, no en virtud de una disposición establecida por las partes<sup>470</sup>. En otras palabras, la condición voluntaria es aquella que se establece por decisión de quienes celebran el negocio jurídico, mientras que la condición legal es establecida por la ley.

Sin embargo, contra lo que se acostumbra considerar, una parte de la doctrina ha resaltado las diferencias que separan a la condición voluntaria de la condición legal. En tal sentido, se sostiene el inconveniente de agruparlas en una sola categoría, de tal suerte que la clasificación que se acaba de reseñar no sería del todo útil. Es decir, se ha negado la posibilidad de construir un concepto unitario de condición

---

68 CRUZ MARTÍNEZ, Mario Ob cit, p 100. Las modalidades se presentan en la práctica contractual de manera. Así, de más encontrar que en la realidad de los negocios son frecuentes las declaraciones sobre la existencia de ciertas circunstancias (*representations*) y los pactos sobre el mantenimiento de ciertas situaciones (*covenants*); de estos últimos; de estos últimos, son comunes los *financial covenants* (pactos financieros) que versan sobre la situación patrimonial del contratante, y las *negative pledges* (pactos negativos), que contienen el compromiso de no gravar bienes del activo. Cuando una parte manifiesta, por ejemplo que le faltan otros gastos por parte de terceros que eran necesarios para la contratación (*representations*), se trata de un presupuesto de la validez del negocio, por lo que los contratantes asumen esa circunstancia como antecedente de sus consentimientos. Por lo que *covenants* suelen funcionar como condiciones resolutorias del contrato.

69 Las partes, a través de la condición, tienen una amplia posibilidad de “manipular” sobre los efectos del negocio jurídico. ROPPO, Vincenzo *Il contratto*. Giuffrè, Milano, 1998.

70 FLUME, Werner. Ob cit, p 9.

en el cual puedan confluír tanto la condición voluntaria como la condición legal. En este sentido, se afirma que bajo el concepto de condición legal se encontrarían agrupadas una serie de hipótesis heterogéneas, caracterizadas por su diferente naturaleza y régimen legal. Ello ocasiona que sea prácticamente inútil una categoría general de condición legal y, por ende, también un concepto unitario que, junto a la condición legal, pueda albergar a la condición voluntaria<sup>471</sup>. La doctrina mayoritaria, sin embargo, es del parecer contrario.

Considero acertada la opinión mayoritaria. Conforme a esta perspectiva doctrinal, existen una serie de supuestos de hecho cuya eficacia es subordinada por la ley a un evento futuro e incierto. En estos casos, la ley toma un evento de esta clase no para influir sobre la perfección del negocio en sí, sino para suspender la eficacia del mismo únicamente. Estamos, qué duda cabe, ante una condición suspensiva legal. Lo mismo vale para la condición resolutoria legal, la cual, como la voluntaria, no incide sobre el contenido del negocio, pero genera la cesación de su eficacia<sup>472</sup>.

El problema de la tesis negadora de la utilidad del concepto de condición legal radica en que se equivoca al agrupar, en la categoría bajo examen, demasiados supuestos que terminan guardando diferencias notables entre sí y muchos de los cuales, bien vistas las cosas, nada tiene que ver con la idea de condición. Muchas veces se señala que comportan condiciones legales: i) los eventos que por ley suspenden no solo la eficacia, sino la perfección del negocio mismo, ii) las autorizaciones en cuyo defecto la ley establece la invalidez (nulidad o anulabilidad) del negocio, iii) el fenómeno de la publicidad legal, en la medida en que su inobservancia genera la inoponibilidad del negocio con relación a determinados terceros, iv) los eventos que sustituyen un elemento faltante del negocio y que “sanean” su eficacia (piénsese en la confirmación o en la ratificación), entre otros. No obstante, se trata de casos que de manera arbitraria una parte de la doctrina cataloga dentro del ámbito de la condición legal, toda vez que en ninguno de ellos se presenta el dato característico consistente en la suspensión de la eficacia del negocio válido y

<sup>471</sup> Sobre el particular: RESCIGNO, Pietro *loc. cit.*, p. 165.

<sup>472</sup> En tal sentido FALZEA, Angelo *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Giuffrè, Milano, 1971, enmarca la pauta principal de la doctrina posterior de suspis.

perfecto frente a un hecho futuro e incierto previsto directamente por la ley, y que incide no sobre el contenido o la existencia del negocio, sino sobre la producción o cesación de sus efectos<sup>473</sup>. Con estos fundados límites, salta a la vista la utilidad de manejar el concepto de condición legal.

Pero esto no es suficiente, dado que la tesis negadora de la autonomía del concepto de *condicio iuris* señala también que la condición legal tiene diferente naturaleza a la condición voluntaria, porque esta forma parte del contenido del negocio jurídico al ser “querida” por las partes, mientras aquella resulta ser ajena a tal contenido al venir “desde fuera” en virtud de la ley. Por consiguiente, mientras la condición voluntaria pertenece a la “zona del hecho” (entiéndase al negocio mismo, que es un hecho jurídico), la condición legal pertenece a la “zona de la norma” (al no ser “querida” por las partes, sino por la norma). Sin embargo, como ha sido advertido hace ya buen tiempo, estamos ante un grave vicio de planteamiento. En efecto, se está enfocando la condición legal desde el punto de vista del evento o hecho en sí (el cual definitivamente es externo a la celebración del negocio), mientras que se analiza la condición voluntaria solamente desde el punto de vista de la cláusula condicional (la cual evidentemente forma parte del reglamento que es contenido del negocio). Es fácil percatarse, pues, de que se está “mezclando” indebidamente ambos sentidos de “condición”, los cuales, según vimos ya, son diferenciados desde lo días de Windscheid. Se ve con facilidad, entonces, lo inadecuado del planteamiento<sup>474</sup>.

Un autor que, después de Windscheid, también ha influenciado mucho en la manera de concebir a la condición del negocio jurídico es Paul Oertmann.

En 1924, el profesor de la Universidad de Gotinga publica un libro que contiene una investigación sobre la *condicio iuris*, en donde estudia la estructura del negocio jurídico, haciendo especial énfasis en aquellos susceptibles de formación sucesiva. Oertmann afirma que el negocio tiene dos tipos de componentes: i) los elementos constitutivos, y ii) los presupuestos o requisitos de eficacia. Los primeros constituyen el supuesto

---

3 RESCIGNO, Pietro *loc. cit.*, p. 3

4 FALZEA, Angelo *loc. cit.*, p. 3 s.



de hecho negocial, en tanto que los segundos, en realidad, no forman parte de tal supuesto. En consecuencia, la falta de estos últimos no hace incompleto el negocio, sino que solo impide que produzca efectos. De estos requisitos de eficacia, unos deben ser previos al negocio propiamente dicho, y otros, posteriores; pero ello no modifica su naturaleza esencial aludida. Así las cosas, nada impide al legislador establecer normas que incidan sobre la eficacia del negocio, sin que ello implique una incidencia sobre su supuesto de hecho, siendo, por ende, admisible la idea de condición legal sin mayor inconveniente<sup>475</sup>. Aunque las ideas de Oertmann, como se verá más adelante, son susceptibles de observaciones críticas, importa acá destacar que este autor consideraba también viable la idea de un concepto unitario de condición.

Finalmente, si las condiciones voluntarias se someten a la regulación contenida en el Título V del Libro II del Código Civil (art. 171 y siguientes), cabe preguntarse a qué regulación se someten las condiciones legales.

Me parece claro que, sobre el particular, el discurso de Angelo Falzea, y otros tantos después de él, es perfectamente aplicable al caso peruano, máxime si se tiene presente que la legislación italiana en estas materias ha influenciado bastante en nuestro legislador<sup>476</sup>.

Puesto que es factible manejar un concepto unitario que abarque tanto la condición legal como la condición voluntaria, puede sostenerse, si es que la letra de la norma lo permite, aplicar directamente a la condición legal las normas que se aplicarían a la condición voluntaria. En otras palabras, es legítimo entender que, en ocasiones, la regulación legal se refiere a la condición “en general”, siendo tal regulación, por ello, aplicable directamente tanto a la condición legal como a la condición voluntaria. Esto ocurría en el viejo Código italiano de 1865, cuyo artículo 1157 decía:

<sup>475</sup> Para las líneas que siguen me valgo de las referencias de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco “La *but ad nego ial y la rep esentació (ensayo sobre la participación de rep esentante y rep esentado en el nego io rep esentati) ”*. En: AAV V. *Libro Homenaje a Ramón Roca Sastre*. Vb . II, Junta de Decanos de los Cb egios Nv ariales, Madrid, 1972.

<sup>476</sup> Para las líneas que siguen: FALZEA, Angelo *loc. cit.*

“Es condicional la obligación, cuya subsistencia o resolución depende del advenimiento futuro e incierto”.

Como se podrá advertir, este dispositivo no especifica si se refiere a la condición legal o a la condición voluntaria, de modo que era posible entenderse que aquel código recogía el concepto genérico de condición, razón por la cual era de acogerse la tesis que sostenía directamente, y no solo analógicamente, aplicable a la condición legal la regulación del código civil sobre la condición o, al menos, la normas referidas a los aspectos esenciales de la condición, en cuanto definitorias de su naturaleza y funcionamiento.

Es fácil darse cuenta que, sobre el particular, la semejanza del viejo Código Civil italiano y nuestro vigente Código Civil es grande. La normativa peruana respectiva tampoco da pie a considerar que la condición, como tal, deba necesariamente ser voluntaria, por lo que las normas del Código Civil peruano en materia de condición deben ser aplicables a la condición legal. Si bien es verdad que existen diferencias entre ambos tipos de condición, lo cierto es que: i) la única diferencia de estructura que hay entre ambas no pasa de ser el origen de la previsión condicional (en un caso las partes, en el otro la ley), y, como se verá líneas abajo, ii) la manera de “operar” de ambas es idéntica: ambas son coelementos ajenos al ciclo formativo interno en el negocio que se somete a condición, no incidiendo propiamente sobre la perfección del mismo. Esta circunstancia explica que incluso aquellos que no se inclinan tanto hacia el discurso de Falzea, reconocen que las normas, principales o secundarias, que regulan la condición voluntaria, se aplican a la condición legal, aunque por vía analógica<sup>477</sup>.

### 3. La condición y su vinculación a los intereses en juego

En esta sección del presente capítulo vamos a examinar algunos aspectos básicos de la condición con relación a los intereses de las partes en el negocio jurídico. Como adelanté en la parte final del punto

---

<sup>477</sup> Por ejemplo MAIORCA, Sergio Ob cit, p 3 y COSTANZA, Maria. “La condizione e gli altri elementi accidentali”. En: AAVV. *I contratti in generale. A cura di Enrico Gabrielli*. Tomo II, UTET, Torino 9

anterior, la relación entre la condición voluntaria y tales intereses es diferente a la relación entre la condición legal y esos mismos intereses.

Ya se ha visto que la condición no incide sobre la existencia o perfección del negocio, sino que actúa sobre los efectos del mismo. No es que la condición sea “algo” extraño o ajeno al contenido del negocio, ya que es una parte del reglamento que el negocio contiene. Pero es, por decirlo de alguna manera, la “parte” que regula los efectos del negocio. Para entender mejor esto se debe, por un lado, olvidar la ya mencionada clasificación de origen medieval y, por otro lado, visualizar la condición desde la perspectiva funcional (o sea vinculada a la realización de los intereses en juego), que es lo que se hará dentro de poco.

Tal perspectiva ayuda a evitar el equívoco –derivado precisamente de la tantas veces mencionada clasificación de los “elementos” del negocio– de entender que la condición es un mero requisito de eficacia, diferente a los requisitos constitutivos o de validez. Ello implica –como se habrá percatado el lector atento– una crítica al pensamiento de Oertmann.

Así es, entender que la condición es un mecanismo integrante del contenido del negocio jurídico que se caracteriza por regular los efectos del mismo, no significa aceptar la idea según la cual cabe distinguir entre “elementos constitutivos” y “requisitos de eficacia” en el negocio, tal como quería Oertmann al igual que una ilustre doctrina italiana a fines de la primera mitad del siglo pasado, aunque empleado una nomenclatura un poco diferente: requisitos de validez y requisitos de eficacia<sup>478</sup>.

En efecto, desde una perspectiva funcional, la distinción aludida no resulta admisible. Esto es así simple y llanamente porque todos, “elementos constitutivos” y “requisitos de eficacia”, concurren y todos son indispensables para que el negocio despliegue sus efectos principales o típicos. No es adecuado contraponer requisitos que inciden sobre la validez y otros que inciden solo sobre la eficacia, toda vez que ello implica, por un lado, una contraposición entre dos planos bien distintos de la “dinámica” del negocio jurídico y, por otro lado, olvida que todo

§ Me refiero a CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., p. 155.

componente del negocio puede revestir una función esencial respecto al juicio de validez, como –en el caso peruano– lo demuestra la normativa contenida en el artículo 171 del Código Civil, que regula la condición imposible o ilícita. El mérito de Oertmann radica en sacar a luz esa suerte de vínculo “natural” existente entre la condición y la eficacia, pero la imprecisión en su pensamiento se manifiesta cuando sugiere que la condición no constituye el negocio, pues esto equivale a decir que la condición es ajena al reglamento que es el contenido del negocio. En otras palabras, contra lo que indica la realidad jurídica, se quiere sostener que la condición no es, en realidad, una disposición o cláusula negocial.

Es preciso, pues, para captar mejor el rol de la condición dentro del negocio jurídico, valernos de un enfoque que tome en cuenta los intereses en juego, no limitándonos al aspecto de estructura o conceptual solamente.

Para esto, voy a tener el placer de ser –creo no equivocarme– el primero a nivel local en compartir con mi amable lector algunas ideas básicas que enseña un genuino pionero en el tema que ahora se analiza, Angelo Falzea, insigne civilista italiano.

El mérito de Falzea radica en girar el “eje” de las investigaciones sobre el tema, pasando del orden de lo solo conceptual, al orden de los intereses en juego. Veamos:

Su punto de partida es el análisis de los negocios cuyo supuesto de hecho se forma de manera sucesiva. Acá Falzea habla de un supuesto de hecho complejo que se forma por la concurrencia de supuestos elementales o parciales (o sea no complejos). De este modo, hay casos donde un supuesto de hecho complejo tiene dentro de sí un supuesto de hecho elemental que resulta ser un negocio jurídico (o, si se quiere ser más preciso, supuesto de hecho negocial). En tales casos, indica Falzea, el ciclo de formación del supuesto de hecho complejo tiene dos etapas: el **ciclo formativo interno** y el **ciclo formativo externo**. En el primero se forma el negocio o supuesto negocial implicado, que se agota con la sola concurrencia de los componentes característicos de su *nomen iuris*, a los que denomina **elementos**. El otro ciclo corresponde a la concurrencia de los restantes componentes del supuesto de hecho complejo, que son denominados **coelementos**. El producto del ciclo formativo externo no altera la esencia del supuesto negocial (producto del ciclo formativo interno),

pero se “enlaza” con él ya que incide de manera directa sobre sus efectos. Si los coelementos son estructuralmente externos, lo son pero únicamente con relación al ciclo formativo interno, no en relación al supuesto de hecho complejo como un todo<sup>479</sup>.

Los coelementos, a su vez, son divididos por Falzea en dos grupos: i) accidentales; y ii) necesarios. Estos son indispensables porque influyen decisivamente en la eficacia (se entiende que de todo el supuesto complejo), ya que están constituidos por eventos que determinan si están debidamente presentes el sujeto y el objeto, por eso se les llama también **fuentes de calificación objetiva y subjetiva** del negocio. Aquellos, en cambio, carecen de tal influencia y su “accidentalidad” se establece con la llamada “prueba de resistencia”. Esta prueba consiste en “extraer” –imaginariamente– el supuesto coelemento accidental de toda la estructura compleja y verificar, bajo un enfoque que tome en cuenta la lógica y la realidad de las cosas, si el tipo abstracto del negocio implicado podría subsistir o no. Si la verificación arroja un resultado positivo, el co-elemento bajo análisis sería uno accidental.

El coelemento accidental, precisamente, es la condición suspensiva, subdividida en sus dos clases, voluntaria y legal (*condicio iuris*), dependiendo de si la subordinación al evento condicionante ha sido prevista por las mismas partes del negocio, mediante la respectiva cláusula, o por la ley<sup>480</sup>. Dicho coelemento hace las veces de concausa de los efectos del negocio, concurriendo a formar el mencionado supuesto de hecho complejo, y destinado a determinar el **si** y el **cuando** de los efectos negociales. En el proceso de sucesiva formación del supuesto de hecho complejo, el ordenamiento atribuye relevancia jurídica al supuesto de hecho elemental o parcial (el ya referido producto del ciclo formativo interno), ligando a este una serie de efectos preliminares y prodrómicos, que se resuelven en una **expectativa**. Se comprende, pues, que tendríamos al supuesto de hecho complejo, verificado completamente en la realidad, siempre y cuando ocurra el evento condicionante<sup>481</sup>.

<sup>479</sup> FALZEA, AngelO t it, p. s. s. y  
<sup>480</sup> Ib dem. p. s.  
<sup>481</sup> Ib dem. p. s.

En un trabajo posterior, Falzea hace hincapié en el carácter externamente extrínseco indicado, afirmando que el mismo se refiere tanto a la cláusula condicional como al evento condicionante. En efecto, tal carácter de la cláusula deriva de una descomposición lógica del contexto declarativo, pudiéndose dicha cláusula distinguir con claridad de lo que sería la declaración negocial “pura” (o sea aquella que configuraría el ciclo formativo interno). Respecto al evento condicionante, el carácter extrínseco se advierte, en cuanto a la condición suspensiva se refiere, al apreciar su rol de concausa de los efectos negociales, siendo un elemento (es claro que el coelemento no deja de ser un elemento del todo complejo) que suspende solo la eficacia, pero sin incidir propiamente en la perfección de la sustancia del negocio implicado. Es importante notar que Falzea resalta que el carácter extrínseco se nota con mayor intensidad en el caso de la condición resolutoria, ya que el evento condicionante se coloca al exterior del supuesto de hecho negocial. Y es que mientras el evento condicionante suspensivo concurre a formar el supuesto complejo para que se desplieguen los efectos, el evento condicionante resolutorio ciertamente **no concurre a formar nada**, sino que, por el contrario, viene –cual **ente extraño a una estructura que está funcionando perfectamente**– desde fuera a “destruir” los efectos<sup>482</sup>. Hasta aquí el enfoque estructural.

Sobre la base del enfoque que se acaba de exponer, Falzea realiza un análisis de tipo axiológico destinado a identificar los intereses que son tutelados por el mecanismo condicional. Aquí, el ilustre autor resalta que el factor común a las dos clases de condición (voluntaria y legal) es la tutela de –lo que él llama– un **plano de intereses externo**, respecto al plano de los intereses típicamente tutelados con el negocio. Se trata de intereses externos incompatibles con el interés típico negocial, cuya realización, por ende, implica que no se realice tal interés típico. Por ejemplo, imaginemos que **tengo interés** en adquirir un cierto nuevo tipo auto si un gran embarque de *stock* de sus repuestos logra llegar al Perú, esto –enseña Falzea– comporta, a nivel lógico y axiológico, que **tengo interés** en no adquirir el auto si el embarque no llega al Perú. Esto determina la coexistencia de un programa negocial que, con un contenido negativo, está en función del interés interno negocial, y de un

---

482 FALZEA, Angelo “Condizione (diritto civile)”. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vb . VII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1974, de la septima edición.

“contraprograma” de contenido negativo, que se encuentra en función del interés externo al negocio en sí<sup>483</sup>.

En tal contexto, Falzea señala que la diferencia entre la condición voluntaria y la condición legal radica en que los intereses externos, en el caso de esta, no pertenecen a las mismas partes del negocio, sino a terceros o, en su defecto, a la comunidad. En estos casos –sobre todo en el último– el interés se coloca en un plano general, que exige la intervención directa del legislador para la regulación de la eficacia negocial<sup>484</sup>.

Lo dicho hasta aquí no es del todo aplicable al caso de la condición resolutoria, puesto que la misma es considerada por Falzea como una figura que guarda diferencias importantes con la condición suspensiva. Si bien la condición resolutoria también se refiere al **plano de intereses externo**, la diferencia estriba en que el acaecimiento del evento condicional es considerado, por las partes, menos probable que el acaecimiento del evento condicional suspensivo y, entonces, más apropiado para una producción inmediata de los efectos negociales típicos<sup>485</sup>.

Es interesante anotar que, de acuerdo a una autorizada doctrina, siempre que sea oportuna la generación inmediata de efectos negociales, cabe hablar solo de condición resolutoria. **De esta manera, carecería de sentido una condición resolutoria si solo se establece una relación obligatoria que tiene por objeto una prestación única (por ejemplo, una compraventa). Una compraventa sometida a condición resolutoria únicamente tendría sentido cuando no solo se pretendiera una compraventa, sino que también al mismo tiempo debieran ser intercambiadas las prestaciones entre comprador y vendedor.** En cambio, las condiciones resolutorias tienen pleno sentido en relaciones jurídica que tienden a una duración más o menos amplia<sup>486</sup>.

De otra parte, como paso previo a la exposición de la opinión crítica que pasaré a defender dentro de poco, es menester plantear la siguiente interrogante: ¿se puede transmitir un derecho sometido a condición? La

§ Ib dem, p2

§ Lo .c it.

§ FALZEA, Angelo *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. O it, p2s s.

§ FLUME, Werner. O it, p9

respuesta es positiva, ya que no existe, pues, una norma que lo prohíba. Además, la normativa del Código Civil italiano que regula la materia (que, como se indicó ya, constituye una referencia importante) permite expresamente dicha transmisión<sup>487</sup>. Nuestra doctrina también se ha pronunciado en este sentido<sup>488</sup>. Efectivamente, entre nosotros, un destacado autor ha señalado que durante la pendencia, el derecho puesto bajo condición puede ser transferido, pero sin que se modifique el estado de pendencia originaria, puesto que nadie puede transferir un derecho que no tiene o un mejor derecho del que tiene<sup>489</sup>.

Pero si se trasmite un derecho sometido a condición suspensiva, propiamente no se estaría transmitiendo tal derecho, sino más bien la expectativa que sí se ha generado en virtud de la celebración del negocio condicionado (de modo suspensivo). Así, pues, tendríamos dos casos:

- i) En el caso de la condición suspensiva: no se transmite un derecho subjetivo, sino la expectativa (situación jurídica distinta del derecho subjetivo) de obtenerlo.
- ii) En el caso de la condición resolutoria: sí se transmite un derecho subjetivo, aunque condicionado, ya que de verificarse la condición, tal derecho se extinguiría.

Una pregunta obvia para terminar este punto ¿Qué es más atractivo para un tercer adquirente, adquirir una expectativa o un derecho propiamente dicho? Es evidente que es considerablemente más complicado lograr transferir una expectativa que un derecho subjetivo propiamente dicho.

---

§ Artículo 1116 del Código Civil italiano §  
Qui en tiene un derecho subordinado a condición suspensiva o resolutoria puede disponer en pendencia de esta; produce efectos de toda clase disposición están subordinados a la misma condición.

§ ESPINOZA ESPINOZA, Juan O. *Lecciones de Derecho Civil*, Lima, 1998.

§ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. I demsa*, Lima, 1998.



### III. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MAYORITARIA CON RELACIÓN A LA CONDICIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO CIVIL

Pues bien, es precisamente una condición legal la contemplada en el artículo 1 del Código Civil. Como se dijo ya, no se especifica qué tipo de condición sea, por lo que legalmente no se ha establecido si opera de modo suspensivo o de modo resolutorio. El concebido puede ser titular sin mayor problema de todo tipo de derecho extrapatrimonial, sin embargo la titularidad de derechos patrimoniales está subordinada a que nazca vivo.

Como se dijo más arriba, generalmente se sostiene que dicha subordinación es de tipo suspensivo, es decir que si, por ejemplo, el concebido recibe un legado o resulta ser el beneficiario de alguna donación, no podrá adquirir los bienes materia del legado o de la donación, esta adquisición será efectiva solo cuando el concebido nazca vivo, o sea cuando se convierta en persona natural, no antes.

Si bien varios profesores sostienen esta idea, pienso que dos autores sanmarquinos distinguidos han expuesto los fundamentos de la misma con especial cuidado: Luz Monge y Juan Espinoza.

Primero las damas. Monge, encargada por la editorial Gaceta Jurídica para comentar el artículo 1 del Código Civil en la ya famosa obra colectiva dedicada a comentar este cuerpo legal, sostiene en su comentario que el artículo uno subordina de modo suspensivo la adquisición de derechos patrimoniales por parte del concebido<sup>490</sup>.

Monge parte de la premisa según la cual hay dos regímenes, con relación a la capacidad del concebido, dentro del artículo 1 del Código Civil. Así, cuando señala este artículo señala que **el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece**, se está haciendo referencia a los derechos de carácter extrapatrimonial. De manera que los derechos subjetivos sin valor pecuniario pueden ser ostentados por el concebido sin mayor inconveniente. Pero Monge después señala que **el enunciado**

<sup>490</sup> MONGE TALAVERA, Luz. "Principio de la persona y de la vida humana". En: AAVV. *Código Civil comentado*. Tomo de Gaceta Jurídica, Lima, 1985.

**“el concebido es sujeto de derecho en para todo cuanto le favorece”, está siempre supeditado a la condición de su nacimiento**<sup>491</sup>. Esta situación tendría dos excepciones: el derecho a la integridad física y el derecho a la vida.

Pero nuevamente Monge relativiza la idea que acaba de exponer. Así es, dado que ningún texto normativo consagra explícitamente tales derechos, ella entiende que **más que un derecho a la vida, lo que el ordenamiento jurídico prevé es una obligación, a cargo de la sociedad en su conjunto, de respetar la vida humana del naciente**. Monge también afirma que **el concebido no tiene autonomía vital. Su subsistencia y desarrollo requieren de la matriz de la mujer**<sup>492</sup>.

Ahora bien, la autora, con respecto a los derechos patrimoniales, afirma que estos no se concretizan antes del nacimiento porque el artículo uno supedita su atribución a la condición del nacimiento con vida. Es más, según Monge, el Código Civil peruano manejaría esta misma perspectiva en materia de familia y sucesiones, por lo que en aras de la coherencia del ordenamiento debería entenderse que la subordinación contemplada en el artículo 1 es de tipo suspensivo.

En efecto, la autora trae a colación el artículo 598 del Código Civil, el cual –en opinión de ella– establece la posibilidad de nombramiento de un curador para que se encargue de velar por los bienes que **han de corresponder** al que está por nacer. De igual modo el artículo 856 de dicho cuerpo legal, que ordena que la partición que comprende los derechos de un heredero concebido sea **suspendida hasta su nacimiento**. Ambos artículos indicarían también que la condición legal contemplada en el artículo 1 del código sustantivo sería suspensiva.

Así las cosas, Monge sostiene que el concebido no es instituido, de modo efectivo y actual, de la calidad de heredero. Para esta autora, la concepción es aprehendida –por estas normas del Código Civil– como un hecho jurídico que, como tal, justifica la suspensión de la partición. Se espera la llegada de un acontecimiento exterior susceptible de afectarla. Parece evidente, dice Monge, **que no se puede proceder a la**

---

¶ Ib dem,p9

¶ Ib dem,p8

**partición pues nos expondríamos a volver a hacerla en caso de que el concebido no nazca con vida.** En tal sentido, Monge opina que el concebido es **titular condicional de un patrimonio**. De este modo, el concebido sería también titular condicional de obligaciones, como aquellas que se derivan del mantenimiento, custodia, pago de impuestos o seguros destinados a conservar los bienes que le han de corresponder y que, por lo tanto, redundan en su beneficio<sup>493</sup>.

Así, Monge discrepa de Fernández y señala que la condición hubiera podido ser calificada como resolutoria si el artículo prescribiera lo siguiente: **Los derechos patrimoniales que benefician al concebido se resuelven si el hecho de su nacimiento con vida no se produce**<sup>494</sup>.

Espinoza, por su parte, en su conocido –e imprescindible– libro dedicado al análisis de las instituciones contempladas en el Libro I de nuestro Código Civil, señala que de la redacción del tenor del artículo 1 se interpreta que la atribución de derechos patrimoniales está sometida a una condición suspensiva, por cuanto se debe operar la verificación del acto (nacimiento con vida) para que produzca sus efectos. El destacado profesor señala que no se puede compartir la idea de Fernández porque si interpretamos sistemáticamente el artículo 1 con los artículos 598 y 856 del Código Civil, forzosamente se llegará a la conclusión de que se trata de una condición suspensiva<sup>495</sup>.

Espinoza reconoce que, en principio, la adquisición de derechos patrimoniales del concebido no debería estar condicionada de ninguna forma. Sin embargo, en opinión de este autor, el condicionamiento suspensivo se justificaría por la **especial naturaleza del concebido**, al ser un sujeto de derecho en formación, por cuanto –léase bien, porque es una idea que será muy importante para mi sustentación– **el legislador ha tenido en cuenta no solo al concebido, sino a los intereses de otros sujetos de derecho**. Dentro de esta situación, Espinoza observa dos hipótesis<sup>496</sup>:

9 Ib dem,19

4 Lo .c it.

9 ESPINOZA ESPINOZA, J a n. *Derecho de las personas*. G aceta Jn ídica, L ima,95

0 Ib dem,166

- i) El caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos. Si no hubiese condicionamiento, el concebido sería titular de los derechos patrimoniales que como heredero le corresponden. Sin embargo, si naciese muerto, tales derechos los adquiriría la madre viuda, en desmedro de los otros hijos. Con el condicionamiento, tal desmedro se evitaría.
- ii) El caso de un acto de disposición a un concebido no nacido. Alguien desea atribuir derechos patrimoniales a un no nacido. Pero si este nace muerto, si no se tratase de una condición suspensiva, los derechos atribuidos regresarían a su titular primitivo, y no a otra persona. **Por cuanto ello no obedecería a la voluntad declarada del cedente.**

Los artículos 805 y 856 del Código Civil, afirma Espinoza, también respaldarían esta idea. La primera norma establece la caducidad del testamento, en cuanto a la institución del heredero, si el testador deja un heredero en la calidad de concebido. Tal situación (la caducidad), está condicionada a que nazca vivo. La segunda normativa preceptúa que la partición de los bienes del concebido será suspendida hasta su nacimiento, es decir que el nuevo ser debe nacer para por fin adquirir derechos hereditarios. Antes no puede ostentarlos de modo efectivo. De igual forma, el artículo 598 del Código sustantivo utiliza una conjugación verbal en tiempo futuro que supone que los derechos patrimoniales del concebido se encuentran condicionados de modo suspensivo: **los bienes que han de corresponder al que está por nacer.** O sea que al concebido no le corresponden bienes hasta que nazca<sup>497</sup>.

Esta misma postura ha sido seguida por nuestra Corte Suprema de Justicia en uno de los casos de responsabilidad civil vinculados al conocido caso del derrame de mercurio en San Juan de Choropampa. Así es, en la Casación N° 1486-2007-Cajamarca, emitida con fecha 18/07/2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, por unanimidad, estableció –siguiendo por completo las ya expuestas ideas de Monge– que:

---

9 Ib dem. 167

**Décimo Sétimo.-** Que, el artículo primero del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A continuación, refiere que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede advertirse, de primera intención, el legislador se acoge a la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo, pero a continuación señala que también lo es el concebido, a condición de que nazca vivo, ello porque a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra solo puede gozar de derechos limitados. Particularmente, nuestra doctrina entiende que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye solo lo que le favorece, y tratándose de derechos pecuniarios (patrimoniales) su concreción solo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos. Así lo entiende Luz Monge Talavera cuando, al comentar los alcances del artículo comentado, señala: “La expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida.” (*Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo I, Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, dos mil tres; página noventa y siete). En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, verbigracia, donaciones, legados o indemnizaciones, pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos. Ejemplo ilustrativo es el que resalta la autora citada respecto del derecho indemnizatorio que asiste al concebido: “(...) si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en útero si nace vivo”. (Obra citada, página noventa y ocho); **Décimo Octavo.-** Que, entonces, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico

concede la calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción, y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida (...).

#### IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DOMINANTE

El maestro Fernández, en sus conocidos comentarios al libro I del Código Civil, señala que el concebido posee un conjunto de derechos de índole patrimonial que se hallan sometidos a una condición resolutoria legal. En esta última situación se encontrarían los derechos sucesorios y la donación. En estos casos, si bien el concebido adquiere derechos en cuanto sujeto de derecho, ellos están sometidos a condición resolutoria, de manera que si el concebido no nace vivo, se resuelven tales derechos patrimoniales<sup>498</sup>.

Bajo tal orden de ideas, el conspicuo autor continúa al señalar que el ser capaz “para todo cuanto le favorece” debe ser interpretado del modo más amplio. **Al concebido favorecen derechos como el de la vida, que carece de significación económica, el de ser reconocido para efectos de filiación, el adquirir por herencia o donación, el recibir indemnizaciones por daños cometidos por terceros -como podría ser el que origine la muerte del padre-, así como otros de que goza a través de la madre en tanto depende de ella para su subsistencia en el claustro materno. En este último caso cabe aludir a los alimentos y a los derechos sociales de que goza la mujer embarazada que trabaja.**

Asimismo, Fernández considera que el concebido no carece de capacidad para obligarse. El hecho mismo de gozar de derechos patrimoniales, como el disfrute de un patrimonio adquirido a título hereditario, supone necesariamente que el titular del derecho, es decir el concebido, esté real y efectivamente obligado a cumplir mediante sus representantes con algunas obligaciones que dimanen de la ley, como por ejemplo aquellas de carácter tributario.

Como se indicó líneas arriba, el suscrito se adhiere a la opinión de Fernández.

---

9 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos . *Derecho de las personas*. Grijley, Lima, 99

Una primera idea que se debe tomar en cuenta a efectos de sustentar esta toma de posición es que la letra de la norma permite sostener que estamos ante una subordinación de tipo resolutorio, nótese que esto no lo niega nadie. Así que el texto de la norma, que finalmente es el límite de toda interpretación<sup>499</sup>, permite interpretar tanto a favor del condicionamiento suspensivo, como a favor del condicionamiento resolutorio de la adquisición de derechos patrimoniales por parte del concebido. El artículo 1 del Código Civil es, pues, “ambiguo” en este aspecto<sup>500</sup>. Por lo tanto, ninguna de las dos posiciones puede ser acusada de **falsa**<sup>501</sup>.

Ahora bien, ¿por qué optar por la interpretación de Fernández?

Como se podrá advertir, la doctrina mayoritaria nos presenta básicamente dos razones para optar por otra interpretación: i) la protección de intereses distintos a los del concebido explica la necesidad de condicionar de modo suspensivo sus adquisiciones de derechos patrimoniales, ii) la interpretación sistemática con otras normas de derecho de familia y sucesiones respaldaría la idea según la cual la subordinación en cuestión es de tipo suspensivo. Contra lo que pudiera pensar un lector observador, en mi opinión la segunda razón es más atendible que la primera.

Pienso, sin embargo, que existe más de un razón de “peso” para quedarse finalmente con la opinión del profesor emérito sanmarquino. Pero eso no es todo, como veremos dentro de poco, la doctrina mayoritaria también puede ser objetada con éxito en su propio terreno. Así es, una interpretación sistemática también avala la interpretación que aquí será defendida.

<sup>499</sup> Al respecto DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1991, p. 9. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1991, p. 9. TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1985, p. 105.

<sup>500</sup> La ambigüedad, y también la vaguedad, implica que la norma utiliza un lenguaje lo suficientemente ambiguo (“abertö”) que le permite “abrigar” más de un sentido razonable y dentro de sí (sobre la ambigüedad y vaguedad en el lenguaje jurídico CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abledo Perro, Buenos Aires, 1985, p. 105).

<sup>501</sup> En esencia, un planteamiento jurídico es falso cuando se fundamenta en una contradicción a la letra expresa de una norma jurídica imperativa: CANARIS, Claudio-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniela Brückner y José Luis De Castro Civitas, Madrid, 1991, p. 9.

En primer lugar, la posición mayoritaria no resulta ser consistente con su planteamiento. En efecto, según explica una autorizada doctrina germana, un planteamiento resulta inconsistente cuando da lugar a excepciones de su correspondiente regla, sin poder aportar al respecto una razón convincente y compatible con sus premisas. En efecto, si una teoría da lugar a una excepción gratuita, no se ve por qué no se está facultada también para proponer una segunda, y así sucesivamente otras excepciones, sin precisar razón alguna<sup>502</sup>.

Pues bien, esta consideración crítica resulta –de cierta forma– aplicable a la doctrina mayoritaria. Se sostiene que los derechos subjetivos patrimoniales del concebido están condicionados de modo suspensivo, ¿y por qué no ocurre lo mismo con las expectativas, que son también patrimoniales en estos casos? Así es, conforme a lo visto en el segundo punto del presente capítulo, si se considera que la subordinación es de tipo suspensivo, pues el concebido solo sería titular de expectativas (patrimoniales), no de derechos subjetivos (patrimoniales). Entonces cabe preguntarse ¿por qué sí está permitido el ingreso directo de expectativas y no de derechos subjetivos? ¿por qué razón debe entenderse que el patrimonio de un concebido solo puede estar conformado por expectativas y no por otro tipo de situaciones jurídicas? La primera razón esbozada por la doctrina dominante sale al frente de esta pregunta: se deben proteger intereses distintos a los del concebido. Esa sería la razón por la cual solo expectativas, mas no derechos subjetivos, pueden entrar en la esfera jurídica del concebido. Si estos pudiesen ingresar, tales intereses saldrían afectados.

Discrepo.

El sacrificio de los intereses del concebido no debe tener lugar, porque es un sujeto de derecho **privilegiado**. Al ostentar tal calidad, en eventuales conflictos de intereses con otros sujetos, se supone que los intereses del concebido deben ser beneficiados. Los intereses sacrificados, más bien, deben ser los de los otros sujetos involucrados en el conflicto de intereses. Si esto no fuese así, entonces se negaría la calidad privilegiada que tiene el que está por nacer, lo cual resulta innegable.

---

<sup>502</sup> Sobre la inconsistencia de los planteamientos jurídicos: Ib dem, p. 78 s.



Conforme enseña la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, las normas están dirigidas a solucionar conflictos de intereses que se presentan entre dos o más sujetos a consecuencia de la insuficiencia de los bienes para satisfacer la más diversa necesidad que pueden experimentar los seres humanos en su existir. La norma, evidentemente, no puede de ninguna manera lograr que ambos intereses sean realizados, de manera que necesariamente se debe proceder al sacrificio de ciertos intereses, a efectos de lograr la realización o beneficio de otros. Para esto, la norma presupone una calificación de intereses, de tal suerte que el considerado más valioso deberá ser el beneficiado, mientras que los intereses que se le opongan, deberán ser sacrificados<sup>503</sup>. Por lo tanto, el interés del concebido, cuando entra en conflictos con otro u otros intereses, debe ser el beneficiado, ya que solo así se explica su calidad de sujeto de derecho **privilegiado**.

En el caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos, que definitivamente es el argumento más socorrido, es claro que se está privilegiando los intereses de los otros hijos (que, piénselo lector, pueden perfectamente ser ya mayores de edad con su propia profesión y sostenimiento económico) en desmedro del concebido, ya que a este se le “amputa” su capacidad al impedirle ser titular de situaciones jurídicas diferentes a la expectativa. Además, nótese que este sacrificio de los intereses del concebido no solamente contrasta con la calidad de **privilegiado** que este sujeto de derecho posee, sino que se hace sobre la base de una situación que se puede calificar como atípica, inusual o anormal, lo que ciertamente no parece justo. Y es que lo normal es que el concebido nazca y que su madre no sea una viuda, de manera que esta circunstancia –la normal o típica– es la que debe servir de basamento para establecer la regla que regirá la capacidad patrimonial del concebido.

Pero la corriente mayoritaria toma como base una situación **atípica** para crear una regla general. Nótelo bien, amable lector, si se le quiere privar de capacidad al concebido, ello debería responder a situaciones

<sup>503</sup> Para una aplicación a la teoría mentada: PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle delle situazioni soggettive*. I. Giuffrè, Milano 1968, p. 6 y ss; NICOLÒ, Rosario “Le Situazioni Giuridiche Soggettive”. En: AAVV. *Lecture di Diritto Civile*. Cedam, Padova 1972, p. 2 y ss; y BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*. T. Vb. I. Traducción española de Fernando H. Inestro y Universidad Ekernaldale. Cb m b a, B g b á. 1998. s.

o problemas que **típicamente** ocurren. Empero, la doctrina dominante parte de una situación **atípica** para justificar una determinada regla de aplicación general<sup>504</sup>. Considero, pues, difícil de compartir la idea que toma el caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos, como un argumento fuerte para sustentar la necesidad de un condicionamiento suspensivo porque: i) niega la calidad de sujeto privilegiado al concebido, y ii) implica crear una regla de aplicación general tomando como base un caso atípico. Lo normal no es que muera, sino que nazca vivo.

Respecto al caso de un acto de disposición a un concebido no nacido, pues si el cedente del derecho desea efectivamente que el concebido ostente la titularidad, adoptando la posición de Fernández se llega a un mejor resultado. De este modo, si lo que se quiere es que se cumpla la voluntad del cedente, sin duda alguna debe entenderse que el concebido es capaz de adquirir derechos subjetivos patrimoniales. Si el concebido nace muerto, pues el cedente podrá atribuir el derecho a quien desee posteriormente, incluida –ciertamente– la madre del concebido.

De otro lado, debe tenerse presente, además, que la naturaleza del concebido como ser en formación no explica por sí misma la necesidad del condicionamiento suspensivo. No se puede ver al concebido a la luz de la persona natural, dado que un enfoque como ese negaría la autonomía que, sin lugar a dudas, nuestro Código Civil confiere al concebido. Además, tan en formación es un sietemesino como un concebido de ocho meses de gestación. No obstante, si se sigue la opinión criticada, un sujeto que se encuentra “menos formado” que el otro, resulta tener una mayor capacidad que este. Si se sigue la tesis de Fernández, en cambio, uno no se encuentra con estas situaciones contradictorias.

Ahora bien, trayendo a colación las ideas esbozadas sobre la condición. Ya se vio que la condición legal y la condición voluntaria tienen un funcionamiento muy semejante, diferenciándose básicamente en los tipos de interés que tutelan. Así las cosas, cabe recordar que Falza

---

504 Destaca Luis Díez-Picazo siguiendo a Fritz Hipfl, que las normas jurídicas que confinan el condicionamiento se caracterizan respecto a ciertas situaciones socialmente típicas. De esta manera, tales normas tendrían su génesis no en normas “raras” o poco frecuentes, sino en normas consuetudinarias, típicas, que la sociedad experimenta (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1997, p. 17). Por lo tanto creo que debe entenderse que una situación externa no puede justificarse por una regla que regula las situaciones generalmente ordinarias.

concluyó que un evento que cumplía el rol de condición suspensiva, se consideraba como de ocurrencia más probable por las partes celebrantes. Lo contrario sucedía con la condición resolutoria, la cual se entendía como un suceso que las partes consideraban poco probable en relación a la “actuación” del negocio jurídico.

Para la tesis dominante, el evento condicionante es el nacimiento. Para la tesis aquí defendida, el evento condicionante es la muerte. De manera que, en un primer momento, podría decirse que la aplicación del planteamiento de Falzea no favorece a ninguna tesis: el nacimiento es lo más probable y la muerte es lo menos probable. Pero esta sería una visión sesgada del asunto, tal como se verá a continuación.

Que un evento funcione como condición suspensiva, implica que actualmente no es adecuado que el negocio despliegue sus efectos. Mientras que si un evento funciona como condición resolutoria, significa que actualmente no existe inconveniente alguno para que el negocio actúe.

Así las cosas, se comprende que si el negocio, que atribuye derechos patrimoniales al concebido, actualmente debe ver su eficacia suspendida en virtud de la ley, es porque existe un interés en que el concebido no acceda de modo efectivo a tales derechos. Dicho interés “está mejor” si el concebido no es titular de derechos subjetivos. Ergo, tal interés se beneficiaría notablemente con la muerte del concebido. Y eso no es todo, sino que, al estar frente a una condición legal, habría que concluir que un interés como ese se encuentra amparado por el ordenamiento por encima de la autonomía privada de los particulares. No parece adecuado considerar que exista un interés semejante.

Como podrá apreciar el lector, acabo de aplicar la idea de “contra-programa” de Falzea para plantear esta crítica. Creo que así se hecha mayor luz sobre los inconvenientes que presenta la doctrina mayoritaria, lo cuales suelen pasar inadvertidos.

Ya se vio, pues, que no hay un interés que justifique que el concebido, por regla general, vea intensamente restringida su capacidad, máxime si tal sujeto es uno considerado **privilegiado** por el propio sistema jurídico. En consecuencia, la condición no puede ser otra que resolutoria, ya que bajo ese enfoque la implantación legal de la condición sí

cobra sentido. En efecto, así se observa a la muerte como un acontecimiento que si bien es poco probable que ocurra, resulta ser manifiestamente contrario a la realización del negocio que atribuye derechos patrimoniales al concebido. Si el concebido muere, el negocio se resuelve, la vida del concebido, pues, deviene, por ley, en indispensable para que el negocio continúe vigente. De esta manera, la muerte del concebido se presenta como un suceso no deseado en modo alguno por el propio ordenamiento. En cambio, bajo el enfoque de la doctrina dominante, la muerte del concebido resulta siendo nada menos que un suceso que termina favoreciendo a un interés que el ordenamiento protege incluso por encima de la autonomía privada.

Asimismo, conforme a lo indicado por Flume, dado que las atribuciones patrimoniales al concebido normalmente se derivan de donaciones y herencias, pues por ello tampoco tendría lugar la condición suspensiva. Efectivamente, en estos casos estamos ante negocios que implican una prestación o acto único, donde –como indica el jurista alemán– no tiene razón de ser una condición suspensiva, siendo más oportuna, en todo caso, una condición de tipo resolutorio a pesar de no tratarse tampoco de vínculos negociales de larga duración.

Por otra parte, podría afirmarse que la crítica que estoy formulando es débil en realidad porque debe entenderse que la tesis mayoritaria considera que ninguna situación jurídica patrimonial ingresa a la esfera jurídica del concebido, hasta que se verifique la condición de su nacimiento. Pues bien, semejante idea, en lugar de ayudarla, le hace un flaquísimo favor a la posición criticada.

Así es, la doctrina metodológica alemana que vengo citando señala también que un planteamiento jurídico es inconsistente cuando contiene una contradicción lógica, ya que entonces puede deducirse de ella cualquier proposición, e incluso la proposición contradictoria opuesta.

Entonces, si ni siquiera la expectativa patrimonial puede ingresar a la esfera patrimonial del individuo ¿De qué condición puede hablarse entonces? La doctrina mayoritaria sostiene que en el artículo 1 del Código Civil existe una condición suspensiva legal, pero ello se contradice con la idea de que el concebido no ostenta una expectativa (patrimonial) dentro de su esfera jurídica.

Pero resulta interesante detenerse brevemente en esta última consideración. Si en realidad el legislador se hubiera propuesto suspender toda la eficacia del negocio jurídico que atribuye derechos patrimoniales al concebido, ciertamente el artículo 1 no contiene una condición, no contendría un requisito de eficacia, sino más bien un requisito de validez (o, mejor dicho, de existencia, de modo que mientras no ocurra el nacimiento con vida, el negocio atributivo de derechos patrimoniales al concebido no existirá). De esta manera, en el artículo 1 no habría condición, ni siquiera legal. Considero, sin embargo, que esa no ha sido la política legislativa consagrada en el artículo 1 del Código Civil por dos razones: i) la doctrina nacional rechaza esa idea de manera unánime y, sobre todo, ii) esa idea constituye un planteamiento jurídico falso.

Así es, el artículo 1 es claro al señalar que se trata de una condición: la atribución de derechos patrimoniales **está condicionada a que nazca vivo**. Como puede verse, hay un sometimiento a un hecho futuro e incierto y, según el tenor de la norma, lo que se está sometiendo o subordinando sería la eficacia (adquisición de derechos por parte del concebido), por lo tanto se estaría indefectiblemente ante una condición (legal). Por lo demás, el concepto de invalidez no tiende a la admisión de condicionamientos<sup>505</sup>.

Pero hay más. La idea que sostiene que no habría condición también resultaría inconsistente ¿qué razones justificarían que a la esfera del concebido no ingrese ninguna situación jurídica patrimonial, a pesar que es posible optar por una interpretación que sí permita dicho ingreso considerando que se trata de una condición legal? En mi opinión, ninguna. Y esto porque las ideas que traspasan todo las normas del Libro I del Código Civil indican que el concebido debe tener la mayor capacidad posible. La autonomía del concebido como sujeto de derecho es, quizá, el principal aporte de nuestro Código a la legislación comparada, por lo que es incorrecto interpretar las normas del propio Código de tal manera que se minimice la eficacia de este trascendental aporte.

Así es, y presentando ya al amable lector mi refutación a la idea de la tesis mayoritaria vinculada a la interpretación sistemática. Se sostiene,

<sup>505</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato, *Le istituzioni*.

como se recordará, que una norma fundamental que sirve de soporte para considerar que se trata de una condición suspensiva es el artículo 598 que menciona que **los bienes que han de corresponde al que está por nacer, serán entregados a un curador** (...). Sin embargo, a ello cabe responder con otra norma, el artículo 617 del Código Civil que establece que **la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte**. Este último precepto, como salta a la vista, presupone una titularidad efectiva del concebido sobre derechos patrimoniales ¿normas que no puede compatibilizar entre sí? No lo creo.

El punto débil de este argumento de la tesis mayoritaria es que interpreta el artículo 1 del Código Civil, el gran aporte peruano y norma revolucionaria en la concepción del centro del sistema legal (el sujeto de derecho), en función de normas que regulan aspectos particulares del derecho de familia y del derecho de sucesiones ¿No debería ser al revés? Por supuesto que sí.

Espinoza tiene mucha razón cuando señala que el artículo 1 de nuestro Código Civil es el más completo y revolucionario en su fondo<sup>506</sup>. Monge ha indicado que dicha norma marca una clara diferencia dentro de la historia de la legislación de la legislación peruana, así como en el ámbito de la legislación comparada<sup>507</sup>. En ese orden de ideas, Fernández sostiene que la idea inspiradora de dicha norma es la que entiende que el concebido es una realidad humana autónoma, genéticamente individualizada, por ello la novedad en romper con las ficciones tradicionales (reputar nacido al concebido, a pesar de que no había nacido) y considerar al concebido como lo que es, como un sujeto de derecho. El concebido no es aún persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia desde el instante de la concepción hasta su nacimiento<sup>508</sup>.

Así, cabe preguntarse ¿qué interpretación sintoniza más con las ideas anteriores, la que ve en el artículo 1 una condición suspensiva o una condición resolutoria? La respuesta es evidente. Mientras la interpretación que ve en el artículo 1 una condición resolutoria confiere

---

6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. O. C. it. 46

7 MONGE TALAVERA, Luis. O. C. it. 17

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. O. C. it. 19

titularidad efectiva de derechos patrimoniales al concebido, la otra interpretación se la niega contundentemente. Esta negación es más acorde con una concepción negadora de la genuina autonomía del concebido como sujeto de derecho y de su calidad de sujeto **privilegiado**, la cual ningún otro sujeto de derecho posee.

No es que el artículo 1 del Código Civil deba ser interpretado en función de los artículos 598 y 856, este par de normas, más bien, deben ser interpretadas a la luz de la trascendental idea encerrada en el artículo 1 del código sustantivo. Esto es lo más lógico. Máxime si, como ya se indicó, el artículo 617 del Código Civil posee un tenor que confiere directamente situaciones jurídicas patrimoniales al concebido. Por ello, una interpretación sistemática también avala la tesis del maestro Fernández.

Otro argumento de refuerzo. Si se tiene en cuenta el principio de conservación del negocio jurídico para resolver el problema, también debiera optarse por la idea que sostiene que el artículo 1 alude a una condición resolutoria, no suspensiva. En efecto, tal como lo ha destacado la doctrina que se ha ocupado de dicho principio, debe considerarse que ante las nuevas necesidades, el ordenamiento jurídico tiende a otorgar, en la medida de la posible, la máxima eficacia a los negocios jurídicos. A la luz de tal principio, el ordenamiento jurídico tiene como principal rol no destruir la eficacia de los negocios que contradicen sus directrices, sino más bien tratar de salvar a los mismos dentro de lo posible. El ordenamiento asume un rol positivo de cooperación para lograr la mayor eficacia negocial<sup>509</sup>.

Por lo tanto, la idea defendida en este capítulo se encuentra más acorde con el principio de conservación negocial, ya que dota al negocio jurídico de la mayor eficacia posible. La interpretación de la doctrina mayoritaria, en cambio, hace lo contrario al suspender dicha eficacia.

<sup>509</sup> MARÍN PADILLA, María Lúsa. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*. Bñ h Barcelona , p 9 y ss; en este sentido también: DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio *La interpretación del negocio jurídico*. Lección Inagn al. Cn so Académico U nio rsidad de las Palmas de la Gran Canaria, m ism q p de ser v sa lizad e n el sigü ente link <h tp //www. b c m /watch v EOp dde rXA> (cns li tad e l 2le marzale 0 J ).

Todas estas consideraciones justifican, pues, una interpretación restrictiva del artículo 856 del Código Civil o, más que restrictiva, una rigurosamente estricta. En efecto, solamente ocurrirá ello cuando el concebido no sea el único heredero. Así, en los casos de donaciones y legados (que bien pueden ser considerados como los más frecuentes), el que está por nacer será titular de los derechos patrimoniales de manera inmediata. Exactamente lo mismo vale para el artículo 598 del Código Civil: solo debería aplicarse a los casos en los que el padre ha fallecido y la madre se encuentra destituida de la patria potestad. Debe considerársele, pues, como una norma excepcional de rara aplicación.

Por lo tanto, una interpretación sistemática también avala la tesis de Fernández.

Ahora bien, cabe indicar que podrían plantearse también refutaciones, basadas en un enfoque general, como las siguientes:

- i) El análisis se encuentra viciado, ya que debe tenerse en cuenta que la condición, en un negocio concreto, deja de ser un “elemento accidental” para “convertirse” en un elemento “esencial”. De este modo, un análisis que aspire a ser completo tendría que examinar el problema en cuestión a la luz de ambos “momentos” de la condición. Descartado, por las razones ya expuestas.
- ii) El análisis se encuentra viciado porque la condición legal es muy diferente a la condición voluntaria, de modo que mal se hace en aplicar consideraciones propias de la condición voluntaria también a la condición legal. De igual manera descartado.

Finalmente, me parece que la idea que siempre ha defendido Fernández se presenta como mucho más adecuada en el plano práctico y más aceptable por la sensibilidad. Así es, en casos de emergencias, no hay duda de que es mejor para el concebido entender que estamos ante una condición resolutoria, solo así podría obtener mayor liquidez, indispensable ante terribles casos que, desgraciadamente, no son raros.





## **BIBLIOGRAFÍA**



## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Antología Semántica*. Traducciones de Mario Bunge, Emilio Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari. Nueva Visión, Buenos Aires, 1960.
- AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- AA.VV. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Compilación de Delia Revoredo de Debakey. Tomo IV, Studium, Lima, 1985.
- AA.VV. *Commentario del Codice Civile. Libro Sesto. Tutela de Diritti*. Al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Nicola Zanichelli - Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1953.
- AA.VV. *Contrato y Mercado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- AA.VV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leysser León Hilario. Jurista Editores, Lima, 2007.
- AA.VV. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Tomo III, UTET, Torino, 1988.
- AA.VV. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IX, Giuffrè, Milán, 1961.
- AA.VV. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo VIII, Giuffrè, Milano, 1961.
- AA.VV. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffrè, Milano, 1989.
- AA.VV. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffrè, Milano, 1980.
- AA.VV. *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. VII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.
- AA.VV. *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.
- AA.VV. *Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley, Lima, 2004.

- AA.VV. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Compilación de Leysser León. Ara, Lima, 2001.
- AA.VV. *Historia Universal*. Tomo XVIII, Salvat-Orbis Venture, Lima, 2005.
- AA.VV. *Il contratto in generale*. Tomos I y II. A cura di Enrico Gabrielli. UTET, Turín, 1999.
- AA.VV. *L'invalidità degli atti privati*. Cedam, Padova, 2001.
- AA.VV. *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomos I y II, Idemsa, Lima, 2010.
- AA.VV. *Lecture di Diritto Civile*. Cedam, Padova, 1990.
- AA.VV. *Libro Homenaje a Ramón Roca Sastre*. Vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.
- AA.VV. *Novissimo Digesto Italiano*. IV. UTET, Torino, 1959.
- ABANTO TORRES, Jaime. "Análisis del precedente vinculante establecido por el Cuarto Pleno Casatorio Civil". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 3, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2013.
- ABANTO TORRES, Jaime. "La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2012.
- ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1993.
- APARICIO, Juan Manuel. *Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.
- ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Jurista, Lima, 2003, p. 141.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Tomo I, Normas Legales, Lima, 2011.
- ASCENSIO MELLADO, José. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJE, Buenos Aires, 1967.

- BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I. Traducción de la edición italiana de Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1967.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 86, 464 y 465.
- BELLUSCIO, Augusto. *Derecho de Familia*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. RAO, Lima, 1999.
- BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis De Los Mozos. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de Alonso Martín Pérez. Comares, Granada, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo V. Nueva reimpresión, Giuffrè, Milán, 2002.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo VI, La Proprietà. Giuffrè, Milano, 1999.
- BIANCA, Massimo. "Reflexiones sobre el consenso traslativo". Traducción de la versión italiana de Gastón Fernández. En: *Themis*. Revista de Derecho de los estudiantes de la PUCP. N° 38, Lima, 1998.
- BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco Donato. *Derecho Civil*. Tomo I, Volúmenes I y II. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- BIGLIAZZI GERI, Lina; BUSNELLI, Francesco Donato y FERRUCCI, Romeo. *Della tutela dei diritti*. UTET, Torino, 1964.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1992.
- BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción española de Pablo Macedo. Porrúa, México Distrito Federal, 1978.

- BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni*. Giuffrè, Milán, 1991.
- BUSNELLI, Francesco. *La Lesione del Credito da Parte di Terzi*. Giuffrè Editore, Milano, 1963.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniela Brückner y José Luis De Castro. Civitas, Madrid, 1995.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Traducción de Manuel Zorrilla Ruiz. Tomo II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1971.
- CÁRDENAS QUIROS, Carlos. "Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad". En: *Folio Real*. Año 1, N° 3, Lima, 2000.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo. Aguilar, Madrid, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. "Appunti sulle obbligazioni". En: *Rivista di diritto commerciale*. Parte Prima. Cedam, Padova, 1915.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del Diritto*. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padua, 1939.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría Giuridica della Circolazione*. Cedam, Padova, 1933.
- CARRESI, Franco. *Il contratto*. Tomo II, Giuffrè, Milano, 1987.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al contrato de compraventa*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica*. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª edición, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- CRUZ MARTÍNEZ, Mario. "Algunas reflexiones sobre la condición". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, N° 100, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D. F., enero-abril de 2001.

- D'ANTONIO, Adriana. *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*. Antonio Milani, Padua, 1974.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XIX, N°s 226-227, Revista de Derecho Privado, Madrid, julio-agosto de 1932.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomos I, II y III, Palestra, Lima, 2003.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Temis, Bogotá, 2002.
- DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Giuffrè, Milano, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 6ª edición, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Normas Legales, Lima-Trujillo, 2001.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El contrato y los efectos reales". En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 25, Lima, 2002.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría General del Derecho Civil*. 5 ensayos. ARA, Lima, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Huallaga, Lima, 2001.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. 3ª edición, Rodhas, Lima, 2012.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2011.
- FALZEA, Angelo. *Voci di teoría generale del diritto*. Giuffrè, Milán, 1985.



- FAZZALARI, Elvio. *Istituzioni di diritto processuale*. Antonio Milani, Padua, 1996.
- FERIA ZEVALLOS, Julio. *La eficacia del acto inválido y sus aplicaciones jurisprudenciales*. En: *Diálogo con La Jurisprudencia*. N° 147. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú". En: *Themis*. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 30, Lima, 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Grijley, Lima, 2001.
- FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel y Esther Gómez Calle. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- FORNO FLÓREZ, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: *Ius et Veritas*. Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP. N° 7, Lima, 1993.
- FORNO FLÓREZ, Hugo. "La oferta al público: razones para una discrepancia". En: *Derecho*. N° 45, PUCP, Lima, diciembre de 1991.
- FORNO FLÓREZ, Hugo. "Los efectos de la oferta contractual". En: *Ius et Veritas*. N° 15, PUCP, Lima, 1997.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*. Cedam, Padova, 2002.
- GANDOLFI, Giuseppe. *Introduzione metodologica allo studio storico della conversione*. En: *Jus. Rivista di scienze giuridiche*. Vol. XV, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, 1964.

- GARCÍA TOMA, Víctor. *Introducción a las ciencias jurídicas*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima 2001.
- GAUDEMET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo. Porrúa, México D. F., 1984.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 1998.
- GIORGIANNI, Michele. "Los Derechos Reales". Traducción de la edición italiana de Luis Díez-Picazo. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid, enero-febrero de 1967.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de los derechos reales*. Tomos I y II, Jurista Editores, Lima, 2012.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. *La representación*. Universidad Externando de Colombia, Bogotá, 2008.
- IHERING, Rudolf von. *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Civitas, Madrid, 1987.
- IRTI, Natalino. *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*. Jovene, Napoli, 1973.
- IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leysser León. Grijley, Lima, 2004.
- IRTI, Natalino. "Rilevanza giuridica". En: *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*. Fascicolo I - Fascicolo II, Anno XVIII, Università Cattolica del Sacro Cuore, gennaio- giugno, Milano, 1967.
- KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978, p. 623.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

- LEHMANN, Heinrich. *Parte General*. Traducción de José María Navas. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991.
- LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Lineamientos fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2007.
- LLAMBÍAS, Jorge. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1986.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio". En: *Ius et veritas*. N° 24, Lima, 2002.
- LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*. Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Porrúa, México, 1993.
- MARÍN PADILLA, María. *El principio de conservación de los actos jurídicos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*. Bosh, Barcelona, 1990.
- MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte II, Vol. I. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Tomo II, Giuffrè, Milano, 1972.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1979.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Temis, Bogotá, 2003.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Communitas, Lima, 2009.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo. "Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez e ineficacia". En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 100, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2007.

- MORALES HERVIAS, Rómulo. "Inexistencia e invalidez del contrato en el Código Civil de 1984". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 100, Normas Legales, Lima, junio de 2009.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. "La inconsistente 'declaración' de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2012.
- MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- MORINEAU, Oscar. "Il concetto di diritto soggettivo". En: *JUS. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vol. I, Anno V, Università del Sacro Cuore, Milán, 1954.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Embargo inscrito y tercera de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. "La convalidación de los actos de la sociedad en formación". En: *Actualidad Jurídica*. N° 162, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Poderes de representación. Aspectos doctrinarios y casuística jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- ORTEGA PIANA, Marco. "Compraventa y transferencia de propiedad inmueble". En: *Advocatus*. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Año 2, tercera entrega, Lima, 2000.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. ARA, Lima, 2002.
- PATTARO, Enrico. *Elementos para una teoría del Derecho*. Traducción de Ignacio Ara Pinilla. Debate, Madrid, 1991.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1979.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI, Parte I, Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1946.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*. Vol. I, Giuffré, Milán, 1964.

- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1978.
- RESCIGNO, Pietro. "L'abuso del diritto". En: *Rivista di Diritto Civile*. I. Cedam, Padova, 1965.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. II. Traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1963.
- RIPERT, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Traducción de Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia, Bogotá, 1946.
- RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela (directores). *Código Civil comentado. Hechos y actos jurídicos. Artículos 896 a 1065*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Representación sin poder y ratificación*. Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- ROCA MENDOZA, Oreste. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- ROMANO, Salvatore. *La revoca degli atti giuridici privati*. Cedam, Padova, 1935.
- ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. 10ª edición, PUCP, Lima, 2012.
- RUSSO, Ennio. *Il termine del negozio giuridico*. Giuffrè, Milano, 1973.
- SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. "La responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional". En: *Ius et Veritas*. N° 31, PUCP, Lima, 2005.
- SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo II, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1993.

- SACCO, Rodolfo. *Il fatto, l'atto, il negozio*. UTET, Torino, 2005.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luna Serrano. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SARACINI, Eugenio. *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*. Giuffrè, Milán, 1971.
- SAVATIER, Rene. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. En: *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*. Tomo XXXIII, Sirey, París, 1934.
- SCHLESINGER, Piero. "Il 'primato' del crédito". En: *Rivista di Diritto Civile*. N° 6, Casa Editrice Antonio Milani, Padua, 1990.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser León. Grijley, Lima, 2004.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. "Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche in torno alla dinámica del Diritto)". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno VIII, Giuffrè, Milán, 1954.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- STAMMLER, Rudolf. *La génesis del Derecho* (compilación de conferencias). Traducción de Wenceslao Roces. Ara, Lima, 2005.
- STELLA RICHTER, Giorgio. "Il principio di conservazione del negozio giuridico". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1967.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2002.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1980, p. 371.
- TEDESCHI, Guido. "La tutela aquiliana del creditore contro i terzi". En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno I, Cedam, Padova, 1955.
- THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagi di teoria generale del diritto*. Traduzione di Alessandro Levi, Casa editrice Dott. A. Milani, Padova, 1951.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 4ª edición, Idemsa, Lima, 2012.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo II, Pacífico, Lima, 2012.
- VÁSQUEZ VIDAL, Jesús. "La acción revocatoria o pauliana versus los actos de disposición sobre bienes sociales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 186, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2009.
- VELARDE SAFFER, Luis. "La mal llamada 'representación orgánica'". En: *Themis*. N° 57, PUCP, Lima, 2009.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Traducción de Tito Ravà. Vol. II, 1. Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 310 y 311.
- VON TUHR, Andreas. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. II. P. I, Traducción de la edición alemana de Tito Ravà, Depalma, Buenos Aires, 1947.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Vol. I. Traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925.
- ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. Dottore Antonio Milani, Padua, 1989.
- ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. "Autotutela, autocomposición y heterocomposición". En: *Agora*. N°s 9-10, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2010.
- ZUSMAN TINMAN, Shoschana. "Teoría de la invalidez y de la ineficacia". En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, PUCP, Lima, 1993.

# ÍNDICE GENERAL





## ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO.....	7
PALABRAS PRELIMINARES .....	13

### **PRIMERA PARTE** **LA NULIDAD** **DEL ACTO JURÍDICO**

#### **CAPÍTULO I** **LA DIFERENCIA ENTRE NULIDAD** **E INEXISTENCIA** **DEL ACTO JURÍDICO:** **¿Cuestión práctica o meramente teórica?**

I. Introducción .....	23
II. Una aproximación a la teoría de la inexistencia del acto jurídico .....	26
III. Conceptos implicados: inexistencia, validez e ineficacia del acto jurídico	31
IV. La relevancia de la distinción entre nulidad e inexistencia .....	36
V. Aproximación crítica a la distinción: los supuestos de inexistencia y su (inevitable) asimilación a los supuestos de nulidad contemplados por el Código Civil .....	40
VI. Una peculiar defensa de la distinción .....	53

**CAPÍTULO II**  
**¿PRODUCE EFECTOS**  
**EL ACTO JURÍDICO NULO?**

I.	Introducción .....	59
II.	El pensamiento de José León Barandiarán y la tesis dominante sobre la eficacia del negocio nulo en nuestra jurisprudencia y doctrina .....	60
III.	Una doctrina francesa invade el Perú: el negocio nulo no lo es de pleno derecho .....	66
IV.	Actualidad del pensamiento de José León Barandiarán: un constructivo contraste de opiniones .....	69
1.	La eficacia del negocio nulo y las actuaciones de las partes.....	69
2.	Eficacia del negocio nulo y prohibición general de autotutela .....	77

**CAPÍTULO III**  
**¿CUÁNDO ES “MANIFIESTA”**  
**LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO?**  
(sobre la necesidad de una interpretación  
restrictiva del artículo 220  
del Código Civil)

I.	Un problema que la doctrina peruana se niega a ver y su estado en las decisiones de nuestra Corte Suprema.....	83
II.	La irrelevancia del principio de congruencia en la resolución de la cuestión planteada.....	90
III.	Una aproximación al estado de la cuestión en los ordenamientos jurídicos más influyentes.....	95
IV.	El estado de la cuestión en el Perú.....	101
V.	Análisis crítico de nuestra doctrina y jurisprudencia dominante .....	103
VI.	Una aproximación al principio de conservación del negocio jurídico.....	112
VII.	La interpretación restrictiva derivada del principio de conservación del negocio jurídico: inyectando una buena dosis de precisión .....	116

**CAPÍTULO IV**  
**EL LADO OSCURO**  
**DE LA DENOMINADA**  
**“SANTIDAD” CONTRACTUAL:**  
**¿Puede un acto jurídico nacer válido**  
**y luego devenir en nulo?**

I.	A modo de introducción.....	125
II.	La tesis de la “santidad” absoluta .....	127
III.	La tesis de la “santidad” relativa.....	129
IV.	Una defensa de la tesis absoluta de la “santidad”: los críticos planteamientos del profesor Alonso Morales Acosta.....	136
V.	La postura del Tribunal Constitucional .....	139
VI.	El problema de la invalidez sucesiva o sobreviniente del negocio jurídico: aspectos básicos.....	141
VII.	El lado oscuro de la “santidad”: los inconvenientes subsistentes .....	144
VIII.	Hacia una nueva comprensión de los límites de la santidad: el rol privativo que deben cumplir las normas con rango de ley .....	156

**SEGUNDA PARTE**  
**LA INEFICACIA**  
**DEL ACTO JURÍDICO**

**CAPÍTULO I**  
**EL ACTO EN EXCESO DE FACULTADES**  
**DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA**  
**¿REALMENTE ES INEFICAZ?**

I.	Introducción .....	165
II.	La situación del acto celebrado por un representante sin poder: las teorías esbozadas por la doctrina .....	166

## Índice general

---

III.	Análisis crítico de las teorías.....	169
IV.	La doctrina nacional mayoritaria sobre el problema: la ineficacia del acto del gerente sin “poder”.....	173
V.	Crítica a la doctrina dominante: el gerente (o “representante orgánico” en general) no es un genuino representante.....	178
VI.	Una cuestión en la cual supuestamente importaría poco la respuesta adoptada.....	181
VII.	Aproximación a una posible solución.....	185

## CAPÍTULO II

### EL PROBLEMA DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA DENOMINADA ACCIÓN PAULIANA ¿Cuándo hay “perjuicio al acreedor”?

I.	El presupuesto objetivo de la denominada acción pauliana: una genuina <i>terra incognita</i> .....	195
II.	La situación en nuestra doctrina.....	198
III.	Los problemas de nuestros jueces en la <i>terra incognita</i> .....	201
IV.	A propósito de una reciente publicación.....	206
V.	Una aproximación a la <i>terra incognita</i> .....	208
1.	Un lugar con muchos “pantanos”.....	209
2.	Un lugar asaz “peligroso”: el “peligro” como idea clave en la definición del <i>eventus damni</i> .....	211
3.	Un lugar “excepcional”.....	219
4.	Un lugar con extraños “especímenes”: el caso de la expectativa y del patrimonio familiar.....	221

### CAPÍTULO III

#### ¿LOS CONTRATOS SOLO TIENEN EFECTOS OBLIGATORIOS? A PROPÓSITO DE LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

I.	Introducción .....	229
II.	La tesis del <i>solo consensus</i> y el planteamiento de Marco Ortega .....	231
III.	El planteamiento de Gunther Gonzales .....	234
IV.	El proyecto de Alcides Chamorro .....	236
V.	Sobre un intento de “resucitación” de un planteamiento carneltuttiano .	237
VI.	¿La única relación jurídica patrimonial es la obligación?.....	242
VII.	La oponibilidad <i>erga omnes</i> del derecho de crédito: aspectos básicos de la tutela aquiliana del derecho de crédito.....	247
VIII.	Atacando a un fantasma .....	252
IX.	La ácida réplica de Gunther Gonzales.....	258
X.	Mi nada ácida dúplica.....	261
XI.	Una “aparición” .....	265
XII.	Reflexión final.....	269

### CAPÍTULO IV

#### LA PARTICULAR EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO SOBRE EL CONCEBIDO

I.	Introducción .....	275
II.	La condición: aspectos problemáticos .....	276
1.	La condición en la estructura del negocio jurídico .....	276
2.	La condición legal y el planteamiento de Paul Oertmann.....	285
3.	La condición y su vinculación a los intereses en juego .....	289

Índice general

---

III.	La posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria con relación a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil.....	296
IV.	Crítica a la doctrina dominante .....	301

**BIBLIOGRAFÍA**

Bibliografía.....	315
-------------------	-----

**ÍNDICE GENERAL**

Índice general .....	329
----------------------	-----





