



Para más libros visítanos en  
**ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM**

# NULIDAD, DEL ACTO JURÍDICO

PROBLEMAS CASATORIOS

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

**GACETA**  
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

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

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

# **GACETA** JURIDICA

**NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO**  
**Problemas casatorios**

PRIMERA EDICIÓN  
DICIEMBRE 2014  
4,155 ejemplares

© *Reynaldo Mario Tantaleán Odar*  
© *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  
2014-19302  
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED  
ISBN: 978-612-311-200-4  
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL  
11501221401277

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA  
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES  
Jennifer Paola Gutiérrez Arroyo

## **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)

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

*A mi esposa amada y mis pequeñas Dasha y Daphne.*



Me hice cargo de que mi ceguera me  
había dado el poder de ver un mundo  
que está por encima de todo cambio.

*Rabindranath Tagore*  
*Las piedras hambrientas*



## **AGRADECIMIENTO**

Al doctor Juan Alejandro Espinoza Espinoza, asesor de este trabajo de investigación, por su tiempo, dedicación y por respaldar académicamente la ejecución de este estudio.

Al doctor Mario Castillo Freyre por la valiosa información proporcionada hacia nuestra persona para poder concluir el presente trabajo, y por honrarnos en aceptar prologarlo.

Al doctor Florencio Mixan Mass, en agradecimiento póstumo, por sus valiosas enseñanzas metodológicas y epistemológicas que guiaron esta investigación.

A la Promoción XIX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca - Grupo A, por su constante apoyo y amistad.





# PRÓLOGO

El doctor Reynaldo Mario Tantaleán Odar me ha pedido que prologue su más reciente obra titulada *Nulidad del acto jurídico. Problemas casatorios* y me da mucho gusto poder cumplir con este encargo, ya que puedo decir que el autor en los últimos años ha realizado grandes esfuerzos en el desarrollo y análisis de diversas figuras relacionadas al acto jurídico.

El presente texto resulta doblemente importante porque no solo desarrolla una materia tan esencial como la nulidad del acto jurídico desde un punto de vista dogmático, sino que también enfoca la problemática desde una perspectiva jurisprudencial y analiza diversos pronunciamientos emitidos por una serie de órganos jurisdiccionales.

Como sabemos, el Derecho busca que los individuos, mediante el negocio jurídico, autorregulen sus relaciones jurídicas de acuerdo a sus propios intereses y necesidades. Los efectos jurídicos de esas relaciones se dan no solo por virtud de la voluntad de quienes son sus partes, sino también porque el ordenamiento jurídico los reconoce y establece los límites de ese reconocimiento.

Dentro de esta línea de pensamiento, y tal como expresa Messineo<sup>(1)</sup>, el negocio jurídico es un instrumento práctico, ofrecido por el ordenamiento jurídico, mediante el cual el sujeto genera dentro de los límites de lo lícito, efectos que se refieren a sus intereses en el campo de las relaciones jurídicas. En efecto, gracias al negocio jurídico, “se pone en acción la fuerza creadora de la voluntad privada en el campo del Derecho”<sup>(2)</sup>.

Sin embargo, el negocio jurídico carece de contenido propio típico y constante (como sería el caso de la propiedad, el testamento o la compraventa),

---

(1) Cfr. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Editorial EJE, Buenos Aires, 1979, p. 447.

(2) WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Tomo II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1902, p. 337.

y es que se caracteriza por ser un instrumento puesto al servicio de los interesados para que ejerzan, con las limitaciones del ordenamiento, la potestad de establecer un precepto con un contenido reglamentador de sus intereses<sup>(3)</sup>.

Así, mediante el negocio jurídico, las partes aspiran al logro de un fin que, normalmente, salvo en los negocios de familia, reviste un aspecto económico (patrimonial) o será susceptible de dar lugar a la ejecución forzosa por una suma equivalente al interés económico<sup>(4)</sup>. Nos encontramos pues ante aquello que algunos autores han denominado como “intención empírica” o “propósito práctico”<sup>(5)</sup>; esto es, aquello que incentiva a que las partes celebren un determinado negocio jurídico, promoviendo el tráfico económico y jurídico en nuestro país.

Teniendo en cuenta estas consideraciones es evidente que en el camino en el que se forman y expresan voluntades hay ciertos vicios que la ley se encarga de sancionar. Son estos problemas estructurales y funcionales los que este trabajo se encarga de analizar, recurriendo no solo a autorizada doctrina especializada, sino también a una fuente del Derecho que aún no ha logrado el protagonismo que debería tener en nuestro país, a saber: la jurisprudencia.

La jurisprudencia será una fuente leal del Derecho, cuando esta refleje la interpretación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Así, se dice que una jurisprudencia es “uniforme” cuando los fallos se dan en una misma dirección; y será “contradictoria” cuando las instancias judiciales se pronuncian de diferentes formas sobre un mismo caso<sup>(6)</sup>.

Dentro de tal orden de ideas, la importancia del conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales sirven para regir la solución de un número indefinido de casos semejantes que pudiesen presentarse<sup>(7)</sup>. Es decir,

---

(3) Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1986, p. 35.

(4) Cfr. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos del Derecho Civil*. Tomo I, volumen 2, Bosch, Barcelona, 1959, p. 25.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 29.

(6) Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Jurisprudencia en materia penal. Selección, clasificación y comentarios*. Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 2000, p. 10.

(7) GARCÍA TOMA, Víctor. *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Segunda edición. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 255 y ss.

la importancia de la labor de la jurisprudencia judicial radica en la emisión de sentencias en los casos concretos. Las decisiones de casos análogos o idénticos tienden a modelarse, hasta fijarse en determinada cuestión. Para Colin y Capitant<sup>(8)</sup>, a partir de ese instante fijador, es como una disposición nueva de un derecho consuetudinario y práctico que brota a la vida.

No se llamará jurisprudencia, sino a aquella aplicación del Derecho repetida y constante, uniforme y coherente, de modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas. Este trabajo, pues, se encarga de enseñar si la jurisprudencia en materia de nulidad del acto jurídico cumple con tales exigencias.

Ahora bien, hecha esta breve reflexión en torno a la importancia que posee en acto jurídico –en general– y sus sanciones –en particular–, así como la realizada en torno al rol que cumple la jurisprudencia como fuente de Derecho, quiero comentar algunos aspectos del libro que tengo el gusto de prologar.

En principio, este texto cuenta con dieciséis capítulos, adecuada y coherentemente sistematizados. Asimismo, existen tres anexos en los cuales se podrá apreciar información muy valiosa en torno al tema objeto de estudio.

Así, pues, el Capítulo I se titula “Breve estudio de los modelos sobre nulidades negociales”, y en él se realiza un ilustrativo recorrido por diversos modelos como el romano antiguo, el francés, el alemán, el italiano, el canónico, el brasileño y el argentino.

En el Capítulo II, titulado “Acerca de la división bipartita de las nulidades”, el profesor Tantaleán desarrolla una serie de temas entre los que destacan la división bipartita de las nulidades en el modelo acogido por el Código Civil peruano, la inexistencia como categoría subsumida en la nulidad, la distinción entre la nulidad y la inexistencia negocial, la propuesta inclusiva de la inexistencia negocial, entre otros.

Posteriormente, en el Capítulo III de este libro, que lleva por título “Acerca de la equiparación de la nulidad absoluta y relativa con la nulidad y la anulabilidad”, se analizan materias sobre la equiparación entre estas

---

(8) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo I, Tercera edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 62.

instituciones y la asimilación legislativa errónea del modelo para el caso peruano.

En este punto, el autor señala con acierto que queda claro que nuestro legislador generó una suerte de yuxtaposición de dos sistemas de división de las nulidades absolutamente diferentes, simplificando su tratamiento, pero generando algunos problemas aplicativos. Así, continúa, el error se agrava cuando el antecedente directo del Código Civil de 1936 (antecedente del vigente Código Civil de 1984) fue la obra de Vélez Sarsfield, donde se recoge de modo contundente esta doble división de las nulidades. Hoy en día lo que se busca es un tratamiento diversificado de la nulidad, de tal manera que el operador jurídico cuente con más opciones al momento de solucionar un caso y no tener que establecer como parámetros solo dos supuestos de nulidades, ya que si insistimos en que la nulidad es una sanción, es mejor contar con un abanico de posibilidades, a efectos de solucionar una controversia sobre esta materia. Una visión simplista de la nulidad dividida en dos supuestos, será causa generadora de muchas de las dificultades que acontecen en la casuística de la nulidad negocial.

A su turno, en el Capítulo IV, denominado “Acerca de la declaración de oficio de la nulidad manifiesta”, se analiza un tema muy importante: la nulidad de oficio como “facultad” judicial en el modelo acogido por el Código Civil peruano.

Podría continuar haciendo un repaso por el contenido de este libro, pero creo que no es ocasión para citar todos y cada uno de los capítulos restantes, ya que dicho propósito excedería el objeto de estas páginas.

Sin embargo, de manera general, sí me gustaría resaltar –por su importancia– el análisis que se ha realizado de temas tan fundamentales, como el de la declaración de nulidad basada en una causal distinta a la ventilada procesalmente, el tratamiento prescriptorio de la nulidad, la naturaleza de la nulidad, la legitimación para solicitar la nulidad negocial, los actos celebrados por un falso representante, la disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges, entre otros.

Se trata, como observará el lector, de un trabajo muy completo que aborda desde distintas perspectivas el tratamiento de la nulidad del acto jurídico.

Por si ello fuera poco, el autor incluye en este texto diversos anexos conformados por un cuadro de resoluciones que ha estudiado, otro de los

artículos pertinentes del Código Civil; y una hoja de ruta de análisis de las sentencias, que es bastante ilustrativa.

Tengo la seguridad de que esta nueva entrega que nos hace el doctor Reynaldo Mario Tantaleán Odar, es un gran aporte que el medio jurídico nacional va a aplaudir. El rigor del trabajo es, pues, evidente, y lo felicito por todo el esfuerzo que ha puesto en la elaboración de esta obra.

Lima, diciembre de 2014

**Mario CASTILLO FREYRE**



# INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico siempre ha intentado dar un paso más para convertirse en sistema jurídico. Es decir, no se trata ya de una simple aglomeración de normas jurídicas, ni tampoco de una jerarquización ordenada entre ellas conformantes de una unidad, sino que, además, se pretende alcanzar que entre las diversas normas jurídicas ya ordenadas no existan incompatibilidades serias, dado que se generaría un inconveniente importante como es el de las antinomias jurídicas (vide Bobbio, 2013, p. 187 et pássim).

Se sabe, además, que dentro de este ordenamiento jurídico las normas proceden también de la jurisprudencia, más aún en una época como la actual en donde la revalorización de la labor judicial se ha puesto de relieve hasta en los mismos textos legales. Y conocedores de que nuestro máximo ente regulador en materia civil lo constituye la Corte Suprema, y que a través de las sentencias en casación se pretende unificar los distintos criterios jurisdiccionales discrepantes, es menester saber si es que la Corte Suprema está laborando de tal modo que se apunte a alcanzar propiamente ese anhelado sistema jurídico.

Si asumimos preliminarmente que nuestro ordenamiento jurídico es en realidad un sistema jurídico, lo cual debe entenderse a lo largo de la historia, tal postulado se vendría abajo –recurriendo a la falsabilidad popperiana (Popper, 2001, p. 75 y ss.)– si solamente se encontrase una inconsistencia de envergadura entre los diversos fallos casatorios.

Es decir, vamos a partir de que contamos con un sistema casatorio desde la instalación de las sentencias en casación allá por el año 1993, y que desde entonces nuestra Corte Suprema ha ido solucionando los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas de manera tal que el justiciable cuenta con una cierta línea de predictibilidad jurisdiccional que le conceda seguridad. De ser ello así, bastaría encontrar un solo supuesto en donde los fallos casatorios se contradicen para traer abajo la idea de que nuestro ordenamiento jurídico es un sistema, al menos en sede casatoria.

En el presente trabajo no solamente se muestra una única incoherencia de rigor entre las sentencias en casación, sino que se ha venido detectando una serie de incompatibilidades entre diversos fallos, siempre en el tema de la nulidad del acto jurídico, que no hacen sino poner en serias dudas la afirmación de que nos encontramos efectivamente ante un sistema jurídico, y ante una construcción dogmática bien edificada.

En efecto, la nulidad negocial o nulidad de un acto jurídico es un tema de complicado tratamiento, pues, pese a su regulación, resultado de una evolución histórica de larga data, es posible encontrar algunas fisuras sobre su ordenación en las fuentes doctrinarias y en la legislación (cf. Pasquau Liaño, 1997, p. 118 y ss.).

Esto arrastra, evidentemente, a que en la aplicación judicial al solucionar los casos también se incurra en algunas incoherencias que generan la imprevisibilidad de los fallos judiciales y, consecuentemente, la inseguridad jurídica en los justiciables.

Verbigracia, existe la duda respecto a si la nulidad opera o no de pleno derecho. Así, tenemos un fallo donde una Sala Civil Superior considera imposible pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, puesto que supone que la nulidad, al operar de pleno derecho, no requiere de declaración judicial que lo declare como tal. Mientras que la Corte Suprema asume que la declaración judicial de nulidad no es sancionadora sino reconocedora de una situación jurídica existente, es decir, es meramente declarativa.

Al respecto, Kelsen (1996, pp. 67-69) enseñaba que el problema jurídico de si un determinado acto es o no un acto jurídico no consiste únicamente en una subsunción lógico-normativa, sino que requiere necesariamente de una decisión jurídicamente obligatoria. Esa decisión relativa al carácter jurídico del acto le corresponde al juez, pues no es una operación intelectual que cualquiera puede realizar, por lo tanto, la determinación de la existencia o no de un acto jurídico requiere de un procedimiento judicial.

Otro inconveniente observado nos muestra que contamos con casaciones que solamente admiten a la nulidad y a la anulabilidad como figuras de la invalidez negocial, sin embargo, ya tenemos algunos fallos que han incorporado a la inexistencia del acto jurídico como una figura independiente.

Por otro lado, en más de un fallo se puede verificar que los magistrados, estando ante una misma institución, producen diferentes interpretaciones



que serían pasibles de fluir del texto del Código Civil. Partiendo de ello, por ejemplo, otra duda grande, obrante en la judicatura peruana, refiere si con el solo hecho de manifestarse una nulidad ella deba ser declarada o no de oficio por el juzgador, puesto que tal situación puede ocasionar algunos supuestos de contravención al debido proceso (Pasquau Liaño, 1997, p. 138); y como corolario se tiene la gran vacilación de si es posible pronunciar una nulidad en un proceso judicial cuando la causal es distinta a la ventilada procesalmente.

En otro rubro se tiene el titubeo de si la doctrina de los actos propios es posible de utilización o no en sede negocial, pues en materia jurídica civil, nadie puede ir contra sus propios actos. El sustento es evitar que alguien abuse de su propia inmoralidad (Pescio V. 1948, p. 217), restándole legitimidad al que haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (Salvat, 1954, p. 723; Borda, 1991, p. 417). No obstante, cualquiera de las partes puede oponerse al cumplimiento del acto nulo en caso de serle requerido, incluso aunque se conociera la nulidad en el momento de la formación del acto (Albaladejo, 1996, p. 435; Bibiloni, 1929, p. 191; Pasquau, 1997, p. 130).

También tenemos que una gran incongruencia se presenta en el tratamiento de la disposición de bienes ajenos. Por ejemplo, para un grupo de sentencias la venta de bien ajeno sin autorización o consentimiento de su verdadero propietario se transforma, indudablemente, en un contrato nulo, e incluso en un delito sancionable penalmente. Pero, si ello es así, cómo es posible que en sede casatoria también se haya dicho que el argumento de que un acto jurídico es nulo porque se ha vendido un bien ajeno no es cierto, ya que la venta de bien ajeno se halla normada por el artículo 1537 del Código Civil y es sancionado con la rescisión del contrato a solicitud del comprador, tal como se colige de lo dispuesto por el artículo 1539 del mismo Código, máxime si el artículo 1409 permite que la prestación pueda versar sobre bienes ajenos. Además, se ha dicho que ante una eventual venta de bien ajeno, las partes otorgantes no podrían pedir la nulidad del negocio, pero sí sería factible tal petición por parte del perjudicado, es decir, por parte del verdadero propietario del bien enajenado<sup>(1)</sup>. Pero en contra se ha dicho que el problema es único y debe ubicarse una solución unitaria sin entrar en detalles de la conveniencia de quien ejercita la pretensión (Beltrán Pacheco, 2001, p. 7).

---

(1) Ver Expediente N° 852-98.

Y de ser así, a fortiori, no será inválido el acto que tenga por objeto la traslación total de un bien parcialmente ajeno; no obstante, también se ha declarado la nulidad en unos casos, mientras que en otros se dijo que tratándose de bienes parcialmente ajenos corresponde al comprador la opción entre solicitar la rescisión o la reducción del precio.

En fin, también tenemos algunas dificultades judiciales en otros tantos temas como son la prescripción decenal de la nulidad del acto jurídico, la legitimación procesal para poder solicitar la nulidad, la situación del negocio celebrado por un falso representante o la del acto de disposición de un bien conyugal efectuado por uno solo de los consortes, la controversia entre la santidad contractual y la ilicitud negocial, así como el tratamiento de algunas figuras puntuales conectadas a las nulidad.

Así, a través del presente estudio se busca conocer la causa que ha venido originando toda esta serie de incompatibilidades constatables en las sentencias en casación civil peruanas.

Mostradas todas estas incoherencias y otras más, sin embargo, el problema final no radica tanto en que exista esta serie de inconsistencias al interior de los fallos casatorios, sino en que poco o nada se ha hecho para intentar dar una solución pronta, global y justa. Y ello, a fin de cuentas, desemboca en la inseguridad jurídica de los justiciables, al no saber cómo se solucionará su conflicto de intereses sometido a la jurisdicción ordinaria.

Ciertamente, el problema bajo estudio encuentra fundamento en que unos de los pilares que sustentan al Derecho contemporáneo es la seguridad jurídica que se pretende erigir en la sociedad. Cuando aparecen tratamientos incongruentes ante una misma figura o situación, tal seguridad se va resquebrajando a tal punto que se incrementa la desconfianza en el Poder Judicial y, en general, en nuestro sistema normativo jurídico.

Como una nota adicional, para el presente estudio asumimos que la institución del acto jurídico es equivalente a la del negocio jurídico. Es decir, al hablar indistintamente de acto o negocio jurídico nos estamos refiriendo al mismo instituto jurídico regulado en el Segundo Libro del Código Civil peruano. El fundamento máximo de tal asunción lo encontramos en que Nettelblatt, el creador de esta categoría abstracta en la teoría

general del Derecho hacia 1761, la llama indistintamente acto jurídico y negocio jurídico (vide Robleda, 1964, p. 7)<sup>(2)</sup>.

Al pretender ubicar la causa que genera las incoherencias en la aplicación de la nulidad negocial constatables en las sentencias en casación civil peruanas, hipotetizamos que dicha causa no es sino la recurrencia a un modelo inorgánico sobre nulidades negociales en el Código Civil peruano, y con ello no hacemos más que aproximarnos a los eventos que han ido generando la situación, y, de modo indirecto, también nos acercamos a la búsqueda de una posible solución para la situación problemática.

Para alcanzar este cometido se ha partido de describir genéricamente los distintos modelos que versan sobre la nulidad del acto jurídico y que inspiran sea directa o indirectamente a nuestro tratamiento nulificatorio.

Luego, como es evidente se ha tenido que revisar las sentencias en casación civil sobre nulidad de acto jurídico expedidas por la Corte Suprema peruana entre los años 1994 y 2014 preferentemente con juicio de fundabilidad<sup>(3)</sup>, siendo menester indicar que por una medida de visualización, se

- 
- (2) El profesor Leysser León (2004, p. 61 y ss.) en un enjundioso estudio deja en claro que nunca ha existido una teoría francesa del acto jurídico y una alemana contrapuesta sobre el negocio jurídico. Asegura que la doctrina francesa no es otra cosa que la original alemana sin más modificación que la denominación de la institución, lo que se debería a cuestiones históricas de traducciones continuas. Es decir, en el idioma francés no habría un vocablo equivalente a la voz negocio, lo que habría obligado a utilizar el término acto en vez de ella. Pero si bien en el idioma francés no existe un término equivalente a negocio jurídico, ello sí es posible en las lenguas española, italiana y portuguesa. Consecuentemente, el arraigo tradicional de recurrir al nomen de acto jurídico en el Perú se debería a que para la elaboración del Código Civil de 1852 no se contaba con una traducción del BGB y para el Código de 1936 se tenía únicamente una traducción francesa que incluía la voz acto jurídico. Ello explica el motivo de afirmar que el código vigente sería producto de una denominación pseudofrancesa, de una institución germana y de una buena parte de las normas del Código Civil italiano sobre el contrato en general. En suma, para el citado profesor el gran defecto histórico de nuestra legislación ha sido la prescindencia de la atención hacia el contexto en que surgió nuestra institución de conformidad con su doctrina de origen, que para este caso sería la germana. Cfr. Palacios Martínez, 2005; Morales Hervias, 2005; Vidal Ramírez, 1999, p. 41 y ss.; Ponsa de la Vega de Miguens, 1981, p. 91.
- (3) Acotamos que, a efectos de facilitar el manejo de la información, se trabajará con un muestreo cualitativo por conveniencia, es decir, donde el investigador selecciona de todo el universo solamente aquellos casos que le serán útiles para alcanzar sus objetivos. Por la naturaleza del presente estudio, es que se ha optado por una muestra por conveniencia, acotando que desconocemos el número exacto de sentencias que cumplan con los requisitos establecidos, sin embargo, el número de casaciones revisadas bordea las cuatrocientas, tal y como se puede apreciar en los anexos de la presente investigación, por lo que los resultados son bastantes representativos. No obstante, es de anotar que de todas las sentencias revisadas, no todas son útiles o necesarias para los intereses de la investigación. En tal sentido es que, luego de revisados todos los fallos, recurrimos a este tipo de muestreo, entendiendo que se determina por tres factores fundamentales como son: la capacidad operativa de recolección y análisis, la saturación de categorías y la naturaleza del fenómeno (Hernández Sampieri, Fernández-Collado y Baptista Lucio, 2006, p. 562). Igualmente indicamos que la muestra data preferentemente desde el año 1994, porque en el año 1993 cuando entró en vigencia el Código Procesal Civil, prácticamente no se emitió ninguna sentencia en casación.

ha procedido a agregar los énfasis correspondientes en los párrafos de los fallos incluidos en el presente trabajo.

En la medida de lo posible se ha revisado el texto completo de la sentencia en casación, y mejor aún, en algunos casos se ha procedido a estudiar las partes principales del expediente completo que dio origen al fallo casatorio. El análisis de dichas casaciones se ha llevado a cabo a través de una hoja de ruta que figura anexada al presente trabajo.

Es menester indicar que la revisión ha incidido en las sentencias referidas a la nulidad de actos jurídicos en general antes que en el análisis de las nulidades matrimoniales y testamentarias por contar estas con un tratamiento diferenciado, tal y como se ha dejado sentado en la Casación N° 0015-2010-La Libertad: “(...) el Matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza tan trascendental para el orden social que requiere de normas especiales que regulen las demandas sobre su invalidez como excepción”, al igual que en la Casación N° 2220-2005-Puno: “(...) en relación a la invalidez del matrimonio esta no tiene un tratamiento similar al de la invalidez de los actos jurídicos”.

Por último, también se ha procedido a analizar el texto de los artículos del Código Civil vinculados al tema, recurriendo, además, a la exposición de motivos correspondiente. El total de artículos estudiados y analizados figura también anexado.

Una vez ubicadas las divergencias entre los distintos fallos casatorios lo que se ha intentado hacer es encontrar el soporte teórico que sustenta a cada sentencia emitida. Luego de ese estudio pormenorizado, se han comparado los distintos modelos que se han utilizado entre las sentencias contradictorias y se ha detectado que, efectivamente, la causa que ha venido generando estas inconsistencias aplicativas de la nulidad en el acto jurídico no es otra que el recurrir indistintamente a diversos modelos que en la actualidad existen para dar solución al tema de las nulidades negociales.

Ubicada la causa, en la medida de lo posible, en cada capítulo se ha procurado proponer una solución para intentar disminuir estos riesgos aplicativos al resolver los conflictos referidos a la nulidad del acto jurídico.

El presente estudio parte de mostrar toda la problemática que le ha dado origen, así como el conglomerado de aspectos metodológicos, a fin de explicar el mecanismo que se ha utilizado para la elaboración de la presente investigación.

Posteriormente, se muestran los principales modelos que se han estructurado para el tratamiento de la nulidad del acto jurídico.

Luego, como primer error casatorio, se expone que entre los fallos se ha recurrido a múltiples divisiones académicas de la nulidad negocial. Siendo que originalmente nuestra codificación optó por una división bipartita, en la actualidad es posible encontrar fallos casatorios que trasvasan esa construcción y recurren a otras clasificaciones cuando menos tripartitas. Allí mismo se propone la inclusión formal de la figura de la inexistencia negocial a fin de dotar a nuestro ordenamiento de mayor cohesión.

Posteriormente, ingresamos a analizar la equiparación errónea que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre la división de la nulidad en absoluta y relativa, con la división de la nulidad entre nulidad y anulabilidad, respectivamente. Lo dicho es también producto de lo estudiado en el capítulo anterior. Aquí, en el modelo peruano se llegan a equiparar –simplistamente– la nulidad absoluta con la nulidad, y la nulidad relativa con la anulabilidad. En esta parte se muestra que ello, en realidad, obedece a una confusión histórica de equiparación entre estas cuatro clases distintas de nulidad. En fin, ello también desencadena una serie de riesgos que se van mostrando a lo largo de este capítulo.

Nuevamente, como una cadena de errores, la siguiente parte no es más que una consecuencia del error mostrado en el capítulo anterior. Aquí se discute acerca de la posibilidad o imposibilidad de la declaración de oficio cuando se trata de una nulidad manifiesta. En este rubro encontramos fallos que, contrariamente al mandato del codificador, entienden que no es posible declarar de oficio una nulidad, aun siendo manifiesta, cuando no ha sido solicitada por el justiciable, siendo que efectivamente, ello podría desprenderse del propio texto codificadorio. No obstante, se muestra que nuevamente ello obedece a que se trasvasó el modelo original, incorporando una figura de otra concepción y se la incluyó en nuestra codificación sin caer en la cuenta de la importancia de la institución.

Conectado a este tema se muestra luego el dilema referido a la posibilidad de sentenciar una nulidad de acto jurídico pero por una causal distinta a la originalmente ventilada en el proceso judicial.

Se estudia también el controvertido tema del mecanismo de establecimiento de la nulidad negocial. Aquí se muestran fallos casatorios que contradictoriamente, por un lado entienden que la nulidad opera de pleno derecho, mientras que por otro se dice que es necesaria la participación

judicial. Este error se debe, como también se denota en este estudio, a una divergencia en la concepción ontológica de la nulidad por lo que se propone que, como sanción que es, la nulidad tendría que regirse por todos los parámetros que dirigen la existencia de todas las sanciones.

El siguiente tema no es sino un corolario del anterior. Evidentemente, si la nulidad opera de pleno derecho es ininteligible colocarle un plazo de prescripción para accionar la pretensión. Justamente encontramos fallos que difieren en el tratamiento prescriptorio de la nulidad negocial, y ello también obedece a que se ha recurrido a modelos distintos para su incorporación en el código y para su ulterior tratamiento en sede judicial. Se concluye esta parte mostrando los riesgos de un tratamiento inconsistente de la prescripción decenal de la nulidad del acto jurídico.

Como una siguiente incoherencia casatoria se tiene a la naturaleza de la nulidad, dado que según un sector la nulidad es una sanción objetiva donde no importa el actuar doloso o de mala fe de alguna de las partes, entre tanto que para otro sector la nulidad es más bien una sanción subjetiva donde es preciso evaluar el accionar de las partes que luego pretenden la nulidad.

Siguiendo el razonamiento anterior se habla a continuación acerca de quién es el legitimado para solicitar la nulidad. Si bien encontramos que la gran mayoría de los modelos apuntan a que la nulidad puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés –justamente por ello es que se la conoce como nulidad absoluta– se ha venido entendiendo que no cualquier sujeto podría estar involucrándose en nulidades que no le competen. Es decir, pareciera que para un sector judicial la nulidad en realidad no es absoluta dado que no la puede pedir cualquiera. Lo saludable de esta parte es que las concepciones actuales del Derecho Procesal han incidido en darle algo de uniformidad a este tópico.

Se ingresa en seguida a un tema de suma utilidad práctica como es el de la disposición de bienes ajenos. Aquí, como se puede observar, encontramos sentencias en todos los sentidos: unas declarando válido el acto, otras declarando su nulidad y otras donde solo es posible recurrir a la rescisión o a la anulabilidad. Y si bien en la mayoría de los casos se opta por la declaratoria de nulidad, lo llamativo es que se recurre a múltiples causales, aun tratándose de casos similares. En este acápite se propone una interpretación sistemática de nuestra codificación aunada a la legislación penal, de manera que se cuente con un tratamiento homogéneo y coherente del tema.

Posteriormente, revisamos el asunto de los actos jurídicos celebrados por un falso representante, mostrando la errada interpretación que está teniendo nuestra judicatura peruana al respecto, con las consecuentes soluciones abiertamente injustas a las causas sometidas a su conocimiento.

Y a continuación se muestra como esta interpretación equivocada ha sido trasladada a la esfera de los actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges, con las mismas funestas consecuencias.

Para ir finalizando, se hace un breve estudio del tratamiento contradictorio de la santidad contractual y la ilicitud negocial, incidiendo en el análisis entre la aparente discrepancia entre los artículos 62 de la Constitución Política y 1355 del Código Civil.

En fin, aunque no de tanta trascendencia como lo mostrado anteriormente, al final se dan a conocer las diferencias de tratamiento de la figura conocida como anticipo de legítima o de herencia. Aquí se expone cómo es que una figura de raigambre social subsiste a pesar de que existe una prohibición expresa de pactar sobre una herencia no abierta. Las diferentes interpretaciones que se dan de esta figura hacen que se emitan fallos contradictorios y que, finalmente, desemboquen también en una nulidad del acto jurídico traslativo de la propiedad vía anticipo.

Y para cerrar estos yerros se muestra la discrepancia en el tratamiento de la nulidad de los títulos expedidos por el PETT y similares, en donde subsiste la duda sobre el carril procesal correcto para impugnar o cuestionar estos títulos de naturaleza administrativa.

Para culminar diremos que con este trabajo no pretendemos abordar toda la temática y problemática de la nulidad del acto jurídico, toda vez que un tratamiento pormenorizado implicaría un estudio mucho más concienzudo a efectos de no dejar aristas sueltas. No obstante, con lo mostrado intentamos dar a conocer que, pese a la pregonada uniformidad en el modo de tratamiento de la nulidad negocial, existen algunas hendiduras que desencadenan una serie de dificultades aplicativas que es menester empezar a observar con mucho más detenimiento.





# CAPÍTULO I

## Breve estudio de los modelos sobre nulidades negociales

### I. EL MODELO ROMANO ANTIGUO

---

Empezaremos por repasar el modelo generado en el antiguo Derecho Romano, cuna del sistema romano-germánico que nos gobierna.

De inicio hay que aclarar que en el antiguo Derecho Romano los derechos eran consustanciales a la naturaleza, es decir, la sociedad respondía a un orden orgánico y cada cosa tenía un orden que correspondía a su naturaleza, o sea, se creía que había un orden natural inmanente a las cosas. El derecho allí era una ciencia que debía descubrir o identificar ese orden, entenderlo, describirlo y luego explicarlo. Por lo tanto, la antigua ciencia jurídica era meramente descriptiva y no prescriptiva como lo es ahora. Los romanos no daban órdenes a través del Derecho sino que reconocían la realidad a través de él. El Derecho era un mecanismo para restituir un orden que era independiente de él, era solo un método de conocimiento, un procedimiento para identificar la realidad. En este contexto, dar a cada quien lo suyo significaba que el Derecho devolvía a la naturaleza el orden perdido por la conducta incorrecta de una persona (Gherzi, 2008).

Esta realidad ha sido explicada por la influencia de la corriente filosófica objetivista en virtud de la cual el individuo no era el centro del universo, por lo que no importaba. Lo que existía era la naturaleza, un orden que había que identificar independientemente de la voluntad de los seres humanos que era propio a las cosas tal y como eran ellas. Por tal razón, el derecho no era más que una “ciencia física” encargada de descubrir el orden inherente a las cosas (Gherzi, 2008).

Por ello mismo, en el antiguo Derecho Romano la nulidad tuvo una gran simplicidad. En los primeros tiempos el formalismo imperaba y era la base principal de todas las relaciones jurídicas. Los actos voluntarios debían ajustarse al rigorismo formal de la época (Ponssa de la Vega de Miguens, 1981, p. 90). Por lo tanto, si se observaban las solemnidades el acto existía y producía efectos, en caso contrario se consideraba como inexistente y no producía efecto alguno (Olazábal F. 1953, p. 216; Salvat, 1954, p. 704; Torres Vásquez, 2001, p. 684; Valverde y Valverde, 1925, pp. 506-507; Abelenda, 1980, p. 412; Cornejo, 1937, p. 307; Ambrosioni, 1965, pp. 94- 95; Chiauzzi, 1979, p. 30; Zannoni, 2000, pp. 146-148).

En ese entonces se hablaba por símbolos y tanto valía la voluntad cuanto el símbolo. Por eso la forma era no solo una condición extrínseca sino la esencia del acto (Robleda, 1964, p. 38).

El proceso evolutivo de tal situación, que lleva incluso a hablar de un formalismo similar al de los cultos religiosos, propiamente tendría su origen en la religión doméstica, lo que hacía que el nivel de aceptación y de conocimiento de estos ritos entre los romanos sea casi total.

Este proceso ha sido explicado espléndidamente por el profesor Fustal de Coulanges (2012). Y allí estaría la respuesta de por qué los romanos antiguos gozaban de un nivel alto de conocimientos jurídicos, a tal punto que un acto mal celebrado solemnemente ni siquiera existía para ellos, siendo innecesaria toda acción al respecto.

Por ello mismo se puede aseverar que los romanos no conocieron una teoría sobre la nulidad del negocio jurídico, por lo menos en la época clásica del Derecho, pues si faltaba algún requisito esencial en el acto, se tenía como inexistente (Ambrosioni, 1965, p. 103). Y como el acto o era válido o era inexistente en la antigua Roma no se conoció una acción declarativa de nulidad (Ambrosioni, 1965, p. 92), o sea, no se requería acción alguna para obtener la nulidad porque el ejercicio de esa acción era imposible, pues legalmente no existía acto ni negocio que pudiera ser anulado (Sierra Pomares s.f., p. 519).

Posteriormente, y solo de modo indirecto, a través del procedimiento formulario, se pudo hacer caer los efectos del acto jurídico afectado por vicios que lo desnaturalizaban, quedando en manos del magistrado el

recurso extraordinario de la restitución por entero (*restitutio in integrum*) destinado a restablecer las cosas al estado anterior a la concertación del negocio. Al producirse la disolución de un acto por nulidad pretoriana se ordenaba la restitución de lo recibido por dicho acto. Con ello se podría decir que entre los romanos existió recién en esta etapa una incipiente teoría de la nulidad (Ambrosioni, 1965, p. 93; Zannoni, 2000, pp. 148-149).

De ese modo surgen en el Derecho Romano dos modos de anular un acto jurídico: la nulidad civil que operaba de pleno derecho y la nulidad pretoriana que exigía el ejercicio de una acción y que tenía efecto solo después de la sentencia, lo que trajo consigo algunas complicaciones al tratamiento de las nulidades (Cornejo, 1937, p. 307).

Por ello se asevera que el Derecho justiniano distinguió la nulidad de la anulabilidad. Por la primera el acto se reputaba inexistente, mientras que por la segunda se le reputaba existente pero podía resultar ineficaz (León Barandiarán, 1954, p. 323). O sea, para el Derecho quirritario el acto existía o no existía, en cambio, el derecho honorario admitió la existencia de los actos anulables, eficaces al principio pero que podían quedar sin efecto mediante el rechazo de la acción pertinente o la restitución al estado anterior obtenida por la *restitutio in integrum* (Ambrosioni, 1965, p. 94).

Esto ha llevado a Vidal Ramírez (1999, p. 488) a afirmar que, por razones derivadas de la práctica procedimental, se distinguió entre la sanción del Derecho Civil en que se incurría por la falta de uno de los requisitos de validez del contrato (lo que vino a ser la nulidad absoluta o el acto nulo) y la protección que el Pretor concedía en virtud de su *imperium*, a los menores, así como a los contratantes cuyo consentimiento hubiera sido viciado (lo que habría venido a ser la nulidad relativa), dando pie a las categorías de actos nulos y anulables.

No obstante, en estricto, las categorías de actos nulos y anulables no fueron conocidas por los jurisconsultos romanos pero sí por los comentaristas posteriores del *Corpus Iuris Civilis* (Ambrosioni, 1965, p. 93). El Derecho Civil de entonces no admitía la existencia de actos anulables o afectados de nulidad relativa, por cuanto no era posible concebir que tales actos pudieran ser susceptibles de saneamiento por confirmación o *ratihabitio* (Ambrosioni, 1965, pp. 94-95). Fue posteriormente que la

circunstancia de que se construyera la doctrina de la nulidad en torno a las excepciones y defensas que brindaba el proceso facilitara la idea de la confirmación del negocio viciado (Ambrosioni, 1965, p. 93).

En suma, si bien las nulidades nacieron de modo simplista, toda la construcción teórica se empezó a complicar desde el mismo derecho romano (Guzmán Ferrer, 1982, p. 1238). Luego, el excesivo rigorismo formal fue cediendo de modo que hasta por ley natural –por la que se ha establecido que se guarde lo pactado– se abolieron ritos, ceremonias y formas con que los romanos recargaban sus contratos, dependiendo muchas veces de un ápice de solemnidad (Vidaurre, 1835, p. 131).

Consecuentemente, se puede aseverar con Di Paola (ápu<sup>d</sup> Pasquau Liaño, 1997, p. 44) que en el antiguo Derecho Romano en pureza no se conocieron las nociones de validez-nulidad, sino las de inexistencia-eficacia.

Evidentemente, este antiguo Derecho Romano es el que sienta las bases para el moderno Derecho italiano que sirvió de inspiración en parte a nuestra codificación nacional.

## II. EL MODELO FRANCÉS

---

De inicio tenemos que el término acto jurídico persiste en Francia, mientras que existe una tendencia en los demás países a denominarlo negocio jurídico (Robleda, 1964, p. 7).

Para el Code francés –considerado como un cuerpo normativo poco doctrinal– la voz nulidad sirve para expresar el vicio del acto jurídico, pero, en pureza, no contiene un sistema explícito respecto a las clases de nulidad del acto jurídico. Sin embargo, es este derecho el que consolidó la división tripartita de las nulidades negociales, ampliando a las categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa, la de inexistencia negocial (Robleda, 1964, pp. 49 y 51)<sup>(1)</sup>.

---

(1) Para Robleda (1964, p. 69) implícitamente en el Code se insinúan hasta seis categorías: inexistencia, nulidad de pleno derecho, nulidad de derecho, nulidad absoluta, nulidad relativa y nulidad virtual. Sin embargo, todas ellas pueden ser ubicables dentro de la división tripartita inexistencia-nulidad absoluta-nulidad relativa.

Ahora bien, doctrinariamente se pueden ubicar hasta tres grupos diferentes que opinan sobre la clasificación de las nulidades negociales.

Para un primer sector doctrinario –encabezados por Demolombe– la contraposición categorial sería inexistencia-anulabilidad. En la primera están los casos en que no se producen efectos jurídicos desde un inicio, mientras que en la segunda están los casos en que los efectos jurídicos sí se producen pero cesan por una sentencia judicial. En esta última categoría (anulabilidad) estarían los supuestos de nulidad absoluta y relativa, pues estos actos ingresan al campo de los negocios válidos (Robleda, 1964, p. 56).

Para un segundo grupo –encabezados por Planiol–, más bien la división es entre inexistencia, nulidad de pleno derecho y nulidad de simple derecho<sup>(2)</sup>. Ellos admiten la inexistencia pero limitada a los casos en que no se cumpla con la definición del acto, como sucede cuando falta el consentimiento, el objeto, la forma solemne o la diferencia de sexo en el matrimonio. Aquí la nulidad de pleno derecho se asemejaría a la nulidad absoluta, mientras que la nulidad de simple derecho se asimilaría a la nulidad relativa (Robleda, 1964, pp. 57-61).

Por último, para un tercer grupo doctrinario –representados por Japiot– las nulidades no se deben clasificar según su constitución sino según las personas que tienen opción de acusarla, es decir, según el derecho de crítica. Así será absoluta cuando todo interesado pueda atacar la eficacia del acto, y será relativa cuando solo puedan hacerlo un grupo determinado de sujetos a quienes el Derecho favorece. Se caracteriza esta vertiente porque siempre se requiere de la participación del juez quien actúa para constatar la obra de la ley, puesto que las declaraciones hechas por los privados no tienen valor, ya que nadie puede hacerse justicia por mano propia. En efecto, no existen matrimonios nulos de pleno derecho porque siempre es necesaria la demanda. Por lo tanto, el acto produce todos sus efectos hasta que se prenuencie su nulidad por lo que las partes no se crean con autoridad de desligarse en virtud de la sola ley. Y todo

---

(2) Aquí como un supuesto más se suele colocar a la rescisión. Aunque nosotros entendemos la diferencia con la nulidad y la anulabilidad, según esta visión la rescisión entra propiamente en la teoría de los vicios del acto jurídico, o sea, en el mismo plano de la nulidad de derecho o nulidad relativa (Robleda, 1964, p. 63).

ello se sustenta en que el acto jurídico no es un organismo, es una cosa, que en sí no tiene valor, lo que “es” y “tiene valor” son los efectos jurídicos. En fin, según esta última corriente como el principio: “pas de nullité sans texte” no ha sido consagrado en el Code, las aparentes inexistencias serían propiamente hipótesis de nulidades virtuales basadas en prohibiciones de la ley. (Robleda, 1964, pp. 63-69).

## **1. Inexistencia**

Sabido es que el Derecho francés es responsable de ampliar las categorías de nulidad y anulabilidad agregando y consolidando la de inexistencia negocial.

Esta ampliación se dio gracias a Zachariae quien pretendió que la inexistencia operase de pleno derecho, sin que el acto jurídico haya tenido real existencia jurídica (Cornejo, 1937, p. 307; Robleda, 1964, p. 54). Tal doctrina fue puesta en boga por el llamado príncipe de la exégesis Demolombe, y por Laurent, y luego desarrollada nítidamente por Aubry y Rau (Pescio V. 1948, pp. 186-187), extendiéndose a toda clase de actos y contratos.

Su origen se da por la taxatividad de las causales de nulidad. Se hablaba, entonces, de condiciones de existencia, por un lado, y, por el otro, de condiciones de validez (Pasquau Liaño, 1997, p. 47). Así, Aubry y Rau, y Baudry-Lacantiniere (ápu<sup>d</sup> Cuadros Villena, 1996, p. 209) sostienen que es inexistente el acto que no ha podido formarse al no reunir los elementos exigidos para su existencia y sin los cuales es imposible concebirlo.

La admisión de la inexistencia se dio por el axioma “pas de nullité sans un texte”, utilizado sobre todo en materia matrimonial, y en virtud del cual todo supuesto de nulidad debería estar preestablecido en el texto legal. Pero aconteció que la diferencia de sexo entre los contrayentes, así como la falta de celebración del acto ante la autoridad oficial no encajaban en ninguno de los supuestos legales. Por lo tanto, tales matrimonios

no podían llamarse nulos, pero tampoco podían considerarse válidos debido a la repugnancia de su constitución (Robleda, 1964, p. 51)<sup>(3)</sup>.

Dicho de otro modo, la teoría de los actos inexistentes no fue sino una estrategia utilizada por los dogmáticos para soslayar el principio que no hay nulidad sin texto (Guarinoni, 2002, p. 19).

Robleda (1964, p. 52) asevera que la inexistencia fue admitida definitivamente en el código por voluntad del Primer Cónsul, puesto que ya afloraba frecuentemente en algunos trabajos preparatorios.

Ahora, si bien el artículo 146 del Code contiene el único supuesto expreso de inexistencia en materia matrimonial, también se habla de supuestos de inexistencia implícita (o virtual) aplicable a todo acto jurídico en general.

Es decir, la inexistencia era textual, pero también era posible ubicar casos implícitos de inexistencia. En efecto, en el artículo 1108 del Code se habla de la necesidad de un objeto y de una causa, íntimamente ligados al consentimiento. Ergo, consentimiento-causa-objeto constituyen otros tantos órganos esenciales del ser jurídico llamado negocio, por lo que si faltase alguno el organismo no existiría (Robleda, 1964, p. 53).

La inexistencia también tenía sustento en que en el artículo 1304 del Código Civil francés menciona la acción de nulidad o rescisión; y cuando se enumeran en el artículo 181 y siguientes los supuestos de actos anulables no hay lugar para los casos anotados como inexistentes, motivo por el cual se asume que no es posible hablar de su nulidad ni de su anulabilidad porque, justamente, no existen (Robleda, 1964, p. 53).

Así, el acto inexistente no requería de autoridad judicial que pronuncie la nulidad. En el mejor de los casos la participación del juez se limitaba a constatar la inexistencia ya que ella sería una categoría derivada

---

(3) En la Casación N° 576-2000-Lima se alude al principio “pas de nullité sans grief” del Derecho francés al resolver un caso de nulidad de acto jurídico, pero se lo utiliza para hablar de una nulidad procesal, puesto que al referirse al artículo 174 del Código Adjetivo se asevera que: “sin perjuicio no hay nulidad, de tal manera que quien formula el pedido debe acreditar estar perjudicado con el acto viciado, señalando claramente el daño sufrido y, como dice la norma, en su caso precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado”.

de la razón y de la naturaleza de las cosas que no precisa de regulación normativa.

Por lo mostrado, se afirma que estos actos inexistentes propiamente sí serían inválidos de pleno derecho porque la ley no les da significación alguna. Y por ello mismo es que no pueden ser ni confirmados o sujetos a prescripción (Robleda, 1964, pp. 53-54).

En fin, como adelantamos, un sector admite la inexistencia pero limitada a los casos en que no se cumpla con la definición del acto, como sucede cuando falta el consentimiento, el objeto, la diferencia de sexo en el matrimonio y la forma solemne. (Robleda, 1964, p. 57).

Por último, para el sector doctrinario francés que rechaza la figura de la inexistencia, el principio “pas de nullité sans texte” no ha sido consagrado en el Code, por lo que las hipótesis de inexistencias no serían sino supuestos de nulidades virtuales. (Robleda, 1964, p. 69).

## **2. Nulidad de pleno derecho o absoluta**

En segundo término tenemos a los actos nulos. En este caso la nulidad se halla expresada en el texto legal. Acto nulo es el que es considerado ineficaz por contradecir un mandato legal. Tal nulidad tendría que ser declarada por la autoridad judicial y, hasta entonces, el acto existiría y produciría todos sus efectos, pero la declaración operaría retroactivamente al día mismo de la formación del negocio.

La diferencia entre actos inexistentes y actos nulos estribaría en que en los primeros la causa de ineficacia sería la ausencia de un elemento esencial, mientras que para los segundos, la causa sería la voluntad del legislador plasmada en las causales consagradas legalmente (Salvat, 1954, p. 707).

Pero como el acto existe y produce efectos, una vez pronunciada la sentencia, se lo destruye y se retorna al estado primitivo. Por ello se asemeja a la institución romana de la *restitutio in integrum*, pero se diferencia en que en esta era el Pretor con atribuciones creativas de un derecho peculiar quien pronunciaba el remedio, en cambio en la nulidad es el juez quien se limita a aplicar las disposiciones establecidas en la propia ley.



Además la *restitutio in integrum* era exclusiva para ciertos casos y limitada a ciertas personas; en cambio la nulidad si bien puede ser limitada a ciertas personas (cuando se trata de la nulidad relativa) también puede ser de interés general (cuando se trata de la nulidad absoluta) (Robleda, 1964, p. 55).

Entre las subespecies de nulidad que podríamos ubicar en este rubro tenemos a la nulidad de pleno derecho y a la nulidad absoluta, que aunque trabajadas doctrinariamente de modo separado, parecen referirse a lo mismo.

La **nulidad de pleno derecho** se explica porque hay actos que no entran en la categoría de la inexistencia ni tampoco en la que se asigna una acción de nulidad. Y se la llama de pleno derecho porque es obra exclusivamente de la ley, por lo que no cuentan con una acción de nulidad ni de rescisión, siendo la ley la que hiere el acto en su mismo nacer. Además, es absoluta, es decir, que puede reclamarla cualquier interesado, e imprescriptible e inconfirmable, pues, el bien común en el que se funda no cesa ni es renunciable. Aquí no se habla de inexistencia porque no faltan al acto sus elementos constitutivos. Y si no produce sus efectos es porque le ha sobrevenido una sanción extrínseca por parte de la ley que se los impide en interés de la comunidad (Robleda, 1964, pp. 58-59).

La **nulidad absoluta** es de interés general, por ello no se la puede hacer desaparecer, ya que si todos los interesados –incluso el representante del bien público– tienen derecho a hacer caer el acto, la sanción o confirmación por parte de uno no tiene sentido, porque heriría el derecho de los demás. El acto con nulidad absoluta entre en el campo de los actos válidos, pues su carácter es el de una verdadera anulabilidad (Robleda, 1964, pp. 55-56).

### 3. Nulidad de simple derecho o relativa

También en el Derecho francés se trabaja con los actos de nulidad relativa que son los que cuentan con todos sus elementos estructurales, pero la ley, en razón de estar afectados de un vicio, así los declara. Dentro de las categorías de nulidad podemos ubicar en este rubro a la nulidad relativa y a la nulidad de simple derecho, y al igual que en el caso

anterior, aunque se las entiende doctrinariamente de modo separado, parecen referirse al mismo supuesto.

La **nulidad relativa** es la nulidad limitada a ciertos sujetos favorecidos por la ley, que son quienes también la pueden confirmar. Por ello se ubica en el campo de los actos válidos, gozando del carácter de anulabilidad, es decir, de la posibilidad de impugnarla (Robleda, 1964, pp. 55-56).

La **nulidad de simple derecho** contiene entre otros los casos de dolo, violencia y error y los actos de los incapaces. Como no daña directamente al bien común la ley les deja producir el efecto jurídico perseguido. Estos actos se pueden confirmar. Se les llama nulidad de derecho y no de pleno derecho, porque el derecho por sí mismo no anula el acto, o sea, no hace que nazca ya nulo sino que da la opción para anularlo. Por lo tanto, se caracterizan por su confirmabilidad, prescriptibilidad y relatividad en la acusación (Robleda, 1964, p. 61).

### III. EL MODELO ALEMÁN

---

Según la Casación N° 3189-2012-Lima Norte –aquella que dio lugar al V Pleno Casatorio Civil– al tratar sobre el negocio jurídico y su origen como institución es pertinente destacar que es a partir del Código Civil alemán de 1900 que se lo regula como resultado del desarrollo doctrinario del Foro alemán, por lo tanto, corresponde acudir a este ordenamiento a fin de establecer la compatibilidad de esta institución vigente y los principios que la inspiran.

En el antiguo Derecho alemán la distinción entre la nulidad automática –por efecto de la ley– y la impugnabilidad respondía a una creación de la pandectística germánica (Pasquau Liaño, 1997, p. 46).

Cuando el legislador calificaba un negocio jurídico como nulo, como ineficaz o como impugnabile, estaba tomando decisiones conscientes con fuerza de ley, por lo tanto, los posteriores esfuerzos doctrinarios en Alemania se han dirigido a la consolidación, aplicación y desarrollo del sistema legal de nulidades (Pasquau Liaño, 1997, p. 50).

El Código Civil alemán se estima como un código que contiene bastantes elementos teóricos (Robleda, 1964, p. 49). Y en tal ordenamiento

se distinguen la ineficacia, por un lado, y la nulidad y la impugnabilidad (atacabilidad o anulabilidad) por otro, como conceptos claramente distinguibles.

Y aunque existen algunos indicios legales acerca de la figura de la inexistencia, propiamente es negada en este esquema, pues si se dan los elementos constitutivos del acto, este existe no solo como una pura base de hecho, sino con significación para el orden jurídico (Robleda, 1964, p. 73).

## 1. Nulidad

Propiamente el concepto de nulidad no se expresa formalmente en el código pero se deduce de las características de la regulación (Robleda, 1964, p. 75).

La primera característica atribuida por el Código alemán a la nulidad está en la ausencia de confirmabilidad en el sentido estricto de la palabra (Robleda, 1964, p. 76).

La segunda característica es que en el caso de la nulidad no existe propiamente una acción para hacerla valer. El Código alemán se limita a prescribir las hipótesis en que el acto es nulo, por lo tanto, las partes y los terceros pueden conducirse como si el acto no se hubiese puesto, o sea, todos pueden conducirse después del acto lo mismo que antes de él, como si no hubiese sucedido<sup>(4)</sup>. Se la llama nulidad de pleno derecho, porque el derecho se basta y no necesita de la participación judicial (Robleda, 1964, pp. 77-78).

Y como últimas características tenemos que aquí no tiene razón de ser la prescripción porque no hay a qué aplicarla, y, además, cualquier interesado la puede demandar ya que no ha habido cambio alguno de derechos (Robleda, 1964, p. 78).

En resumen, la nulidad es absoluta y puede hacerse valer por todos y contra todos, es imprescriptible y no precisa de acción alguna. Además,

---

(4) Es necesario anotar que para el caso del matrimonio, salvo el caso de defecto formal, no se puede prescindir de la acción de nulidad, y además no puede interponerla cualquiera persona, por lo que el carácter de absoluta se desvanece (Robleda, 1964, p. 77).

es factible de ser apreciada de oficio por el juez. Por lo tanto, no será susceptible de convalidación ni confirmación, aunque sí, excepcionalmente, de conversión (Pasquau Liaño, 1997, pp. 53-54).

Al respecto, Savigny (ápuđ Pasquau Liaño, 1997, p. 53) afirmaba que el acto nulo no existía jurídicamente, por lo que no había necesidad de acción alguna para destruir su apariencia, ni intención que manifestar, ni diligencias que hacer.

En la estricta nulidad no es necesaria acción alguna que la haga valer, por lo que se puede llamar nulidad de pleno derecho toda vez que el derecho solo se basta, sin que sea necesaria la intervención del juez. Ergo, no es necesario hacer caer el acto (o el efecto del acto) porque no existe. Por ello mismo, en puridad, no se habla de legitimidad para accionar la nulidad y tampoco de imprescriptibilidad (Robleda, 1964, p. 78).

Por último, se establece la figura de la conversión del negocio nulo porque el legislador no quiere inutilizar en absoluto la energía desplegada por las partes al intentar celebrar el acto (Robleda, 1964, p. 73).

## **2. Anulabilidad**

Savigny (ápuđ Pasquau Liaño, 1997, p. 53) afirmaba que en el acto anulable o vulnerable la nulidad dependía de la voluntad de una persona determinada, por lo que se fue acuñando la voz de “nulidad relativa”, pero posteriormente dicha terminología se descartó ya que el acto atacable era provisionalmente válido y producía inicialmente todos sus efectos, y solamente ciertos sujetos podían impugnarlo o convalidarlo en plazos reducidos.

La primera característica es que su fundamento no es el orden público sino la protección de los privados que celebraron el acto, pues en cuanto al orden público el acto es perfecto y productivo de efectos (Robleda, 1964, p. 82).

La segunda nota característica es que el acto anulable es susceptible de confirmación la cual puede ser expresa o presunta (Robleda, 1964, p. 83).

Finalmente, es necesario rescatar que en dicho sistema los actos anulables no exigen necesariamente la intervención de la justicia. Basta con que la parte que puede invocar el vicio lo dé a conocer a la otra, y si ésta considera la validez, será ella la llamada a promover las acciones correspondientes (Olazábal F. 1953, p. 218; Salvat, 1954, p. 708).

Dicho de otra manera, la reacción del que impugna el acto no es propiamente un medio judicial, sino simplemente otro acto jurídico unilateral, es decir, una declaración de voluntad. Ergo, el juez no pronuncia la anulación, pues solo intervendrá en caso en que la parte contra la cual se ha manifestado la voluntad de anular el acto, ponga la acción judicial de constatación sobre las condiciones requeridas para que pueda ser atacado el acto (Robleda, 1964, p. 84).

Y, justamente, porque la acción anulativa no es judicial no existe prescripción, sino exclusión del acto impugnativo. Esta exclusión supone la negación de los efectos jurídicos negociales por mandato legal, siendo que el periodo se cuenta desde que se conocieron las causas de anulabilidad o desde que cesaron, según el caso (Robleda, 1964, p. 85). Una vez anulado el acto, se equipara su situación a la de la nulidad.

#### **IV. EL MODELO ITALIANO**

---

En el viejo Código Civil italiano de 1865 solamente se utilizaba como único término la voz nulidad, pero doctrinariamente existían dos grupos. El primero distinguía la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad, mientras que el segundo solamente laboraba con la nulidad y la anulabilidad (Robleda, 1964, p. 86).

Para los primeros es inexistente el acto al que faltan sus elementos constitutivos, nulo es el que no es idóneo para producir efectos porque no es reconocido por el Derecho, y anulable el que tiene los elementos constitutivos y es reconocido por el Derecho pero de modo condicional por no haber sido cumplidas todas las exigencias del Derecho. Para los segundos, si se quiere llamar inexistente a un acto será por falta de un requisito calificativo de la ley, y como este acto no significa nada, en estricto es nulo (Robleda, 1964, p. 87).

Aparecen luego unas corrientes eclécticas para quienes el término genérico que se debe utilizar, por contraposición al de ineficacia, es el de invalidez, conteniendo esta a la nulidad y a la anulabilidad.

Ahora bien, el nuevo modelo italiano nace con la dación del Código Civil de 1942 cuya influencia en el mundo fue notoria, incluyendo a nuestro ordenamiento civil, al punto de considerarse un ícono legislativo internacional. Obviamente al incorporar una nueva regulación, se generó un nuevo modelo normativo para el acto jurídico, con algunas particularidades dignas de resaltar.

Y si bien el código llama a todos los actos nulos, las figuras que se pueden deducir de su texto son la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la rescindibilidad<sup>(5)</sup> (Robleda, 1964, p. 94).

## **1. Inexistencia**

Aunque el código no habla de inexistencia ni tiene a los actos nulos por inexistentes jurídicamente, existe un sector doctrinario que la acoge positivamente, precisando que no le serán aplicables las normas de la nulidad como la de su excepcional sanabilidad (Robleda, 1964, pp. 93-94).

## **2. Nulidad**

La causa de la nulidad es la ley y en este código se procuró convertir la nulidad casi siempre en textual a fin de evitar las nulidades virtuales; pero ante la duda sobre los actos contrarios a la ley, se estableció que sean nulos, a menos que la ley disponga otra cosa (Robleda, 1964, pp. 94-95).

La primera característica de la nulidad es que es absoluta, es decir, pueda hacerla valer cualquiera que tenga interés, incluido el juez de oficio.

La segunda característica de este esquema es que la pretensión de nulidad de acto jurídico es imprescriptible. Ello obedece a que como la nulidad opera de pleno derecho y no puede convalidarse bajo ningún

---

(5) A diferencia de lo que sucede con el Código francés, aquí la rescisión está fuera de la jerarquía de los vicios del acto jurídico, pues supone un acto válido y eficaz, pero por solidaridad y equilibrio social de una sana circulación de los bienes, el acto está en la posibilidad de ser disuelto debido a una lesión económica, o sea, el depauperamiento de una de las partes del acto (Robleda, 1964, pp. 109-110).

mecanismo, es contraproducente que exista un plazo de prescripción para poder incoarla.

Por último, no se admite la confirmación o convalidación del negocio.

En este rubro se tiene que la actividad del juez no es anulativa sino constatativa, pues, la nulidad opera ipso jure o *ipsa lege*, pero se hace hincapié en que la acción para hacerla declarar es una acción judicial, al igual que la acción de anulación. Es decir, tanto cuando el juez constata como cuando pronuncia la nulidad, se requiere de un acto judicial (Robleda, 1964, p. 97).

### 3. Anulabilidad

Para el Código italiano las causales de anulabilidad son la incapacidad tanto natural como legal, y los vicios del consentimiento que incluyen el error, la violencia y el dolo.

La acción de anulación –salvo excepciones– está limitada a determinadas personas, es prescribible, y el acto anulable puede ser confirmado por las personas que tienen derecho a anularlo, lo cual puede resultar de la ejecución libre del acto por parte de ellas. Por consiguiente, el acto vale pero condicionalmente (Robleda, 1964, p. 102).

Y si bien por regla general la anulabilidad es relativa, en el Código italiano es factible ubicar supuestos de **anulabilidad absoluta**, es decir, de interés social, como ocurre con el artículo 606 referido al testamento, perdiéndose de esta manera la nitidez entre la nulidad y la anulabilidad (Robleda, 1964, pp. 103-104).

## V. EL MODELO CANÓNICO

---

Dentro de esta disciplina jurídica toma relevancia el asunto de la nulidad del matrimonio<sup>(6)</sup>, por lo que su estudio debe partir del hecho de la consideración eclesial de dicha institución como un sacramento, lo

---

(6) Además se suele estudiar la enajenación de bienes eclesiásticos (cf. Robleda, 1964, p. 125).

que explica su elevado nivel de protección (cf. Mans Puigarnau, 1962, p. 113).

Por ello mismo, también se prefiere la denominación de acto jurídico antes que la de negocio jurídico, por ser de mejor adaptación al casamiento.

Es de anotar que el tratamiento de la nulidad del matrimonio religioso ha influido notablemente en el tratamiento de la nulidad del matrimonio civil, lo que explica que las nulidades matrimoniales se rijan por un sistema autónomo con características que lo diferencian de cualquier acto jurídico común.

Aunque la idea de distinguir entre nulidad e inexistencia ya estaba instalada en el Derecho canónico a través de la distinción entre *matrimonium nullum* y *matrimonium non existens* (Guarinoni, 2002, p. 2), propiamente al matrimonio religioso mal celebrado se le considera nulo<sup>(7)</sup> y, por ende, se lo tiene como inexistente, de modo que nunca existieron marido y mujer, pues solamente lo eran de modo aparente. Por tal razón, se rechaza enérgicamente el divorcio, pues, en suma, un matrimonio bien celebrado es indisoluble (Molina Meliá, 1998, pp. 11 y 17).

El tema de las nulidades pasa por una suerte de equiparación del acto inválido con su inexistencia. La nulidad solamente se puede conceder cuando el matrimonio celebrado fue inválido, es decir, donde nunca existió himeneo, porque la pareja solo se casó aparentemente (Molina Meliá, 1998, pp. 20 y 22).

Aquí el juez eclesiástico, como es lógico, se limitará a sentenciar que la pareja jamás estuvo casada. Ello trae como consecuencia que el simple paso del tiempo no valide las nupcias que inicialmente estaban viciadas (Molina Meliá, 1998, p. 21). Este sustento, entonces explica de por sí la imprescriptibilidad de la pretensión nulificante.

Y como en materia negocial contamos con un principio de presunción de validez del acto jurídico, es necesario aclarar que siempre se tiene

---

(7) Olis Robleda (1964, pp. 139-140) prefiere hablar de ineficacia.



que acudir a los tribunales para la declaración de nulidad del matrimonio inválido, puesto que ella opera solamente a instancia de parte. En efecto, en el Derecho Canónico la acción de nulidad compete a todo el que tenga interés en que sea declarada la nulidad del acto, por venirle perjuicio de que dicho acto produzca efectos jurídicos como si fuera válido (Germán Aparicio y Gómez Sánchez, 1943, p. 70).

Por otro lado, contrariamente al tratamiento común para los demás actos jurídicos, existen causas de convalidación de un casamiento jurídicamente mal hecho (Molina Meliá, 1998, p. 18).

En resumen, aquí existe una sola figura de invalidez, aunque para significarla se utilizan las voces: nulo, írrito e inválido, por lo que se entiende que no hay supuestos propios de anulabilidad matrimonial.

## **VI. EL MODELO BRASILEIRO**

---

Según la exposición de motivos, nuestro Código Civil del año 1936 también estuvo influenciado por el Código Civil brasileiro (Vidal Ramírez, 1985, p. 274).

En realidad, el Código Civil brasileiro de 1917 tiene una sistemática similar a la del Código alemán y como fue inspirado en él, el modelo corresponde propiamente al BGB (Vidal Ramírez, 1999, p. 22).

No obstante, es necesario indicar que el pensamiento brasileño sienta sus bases en la reconocida obra de Augusto Texeira de Freitas (1860) quien elaboró un esboço de código civil, que si bien quedó solamente en una obra que no llegó a regir normativamente, por su gran valía se considera un modelo que influyó en esta parte del continente, tal y como aconteció de modo más claro con el Derecho argentino.

En este esboço, la particularidad más saltante consiste en contar con una doble división de la nulidad. Por un lado, la nulidad se divide en nulidad manifiesta (o nulidad propiamente dicha) y en nulidad por juzgamiento (o anulabilidad); y, por otro, se divide en nulidad absoluta y en nulidad relativa.

Respecto de lo primero, se conciben dos tipos de nulidad: la manifiesta y la dependiente de juzgamiento. Hay **nulidad manifiesta** cuando en la propia ley se declara que un acto jurídico determinado es nulo o se decreta su nulidad o se lo sanciona con nulidad (art. 787). En cambio hay **nulidad por juzgamiento** cuando en la ley se declara que el acto jurídico es anulable o puede ser anulado (art. 788).

Sin embargo, se precisa que ningún juez podrá pronunciar o juzgar otras nulidades distintas a las que la ley tuviera expresamente declaradas (art. 786). Es decir, queda en claro que en el caso de los actos nulos el juez debe pronunciar la nulidad y en el caso de los anulables el juez debe juzgar la nulidad (cfr. art. 795).

Según el esboço de código civil (art. 789) estamos ante actos nulos o de nulidad manifiesta cuando:

1. Los agentes fueran absolutamente incapaces
2. Los agentes fueran relativamente incapaces
3. Los agentes fueran incapaces de Derecho
4. Los agentes hubieran procedido con simulación o fraude presumidas por la ley
5. No tuvieran un objeto o su objeto principal fuese prohibido
6. No tuvieran modo alguno de expresión de voluntad, o hubiere prohibición en su modo o modificación
7. No tuvieran la forma exclusivamente decretada por ley, o decretada con pena de nulidad
8. Dependiendo para su validez de una forma instrumental, fuese nulo su respectivo instrumento por vicios internos o externos

Y estaremos ante actos anulables o dependientes de juzgamiento cuando:

1. Los agentes actuaren con incapacidad accidental
2. No fuera conocida la incapacidad de derecho de sus agentes, la prohibición de su objeto o de su modo, por la necesidad de una investigación de facto.
3. Hubiera algún vicio de sustancia por ignorancia o error, dolo, violencia, simulación y fraude.
4. Dependieren para su validez de una forma instrumental y fueran anulables los respectivos instrumentos por sus vicios internos o externos.

Los **actos nulos** o de nulidad manifiesta se los reputa como tales incluso cuando no ha sido juzgada por vía de acción o de excepción. Sin embargo, su tratamiento difiere según se trate de una nulidad absoluta o relativa (art. 791).

En cambio los actos anulables o de nulidad por juzgamiento se los reputa como válidos, y se los tendrá como nulos desde el día en que así se sentencie (art. 792). A estos actos anulables ya declarados nulos Teixeira los denomina actos anulados.

Con ello en el artículo 793 se dice que tanto los actos nulos como los anulados no producirán los efectos que tenían según su carácter originario y aparente, pero aclara que dichos actos, si bien no pueden producir efectos como actos jurídicos, es factible de que los produzcan como actos ilícitos o como actos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas o evitadas (art. 794).

Tanto en los actos nulos como en los anulados, respecto de las partes interesadas la nulidad sea pronunciada o juzgada conlleva como efecto la restitución al mismo estado en que se hallarían si el acto no hubiese existido (art. 795).

Por otro lado, como una segunda división tenemos que la nulidad se puede dividir en **nulidad absoluta** y **nulidad relativa**.

Por mandato del artículo 805 habrá nulidad absoluta en todos los casos señalados por el artículo 789 excepto en el supuesto 2, referido a la celebración por un agente relativamente incapaz. Además habrá nulidad absoluta en el caso del inciso 2 del artículo 790 referido al supuesto en que no fuera conocida la incapacidad de derecho del agente, la prohibición de su objeto o de su modo, por la necesidad de una investigación de hecho. Por contraposición, habrá nulidad relativa en el caso del numeral 2 del artículo 789, así como en todos los casos del artículo 790 excepto el inciso 2 (art. 810).

La nulidad absoluta si a su vez fuere manifiesta (es decir, cuando la propia ley declara que un acto jurídico determinado es nulo o se decreta su nulidad o se lo sanciona con nulidad) puede y debe ser pronunciada por el juez, a requerimiento de parte por vía de acción o de excepción, por requerimiento de parte en cualquier oposición o discusión incidente sobre el acto o su instrumento, o sin requerimiento de parte siempre que el acto nulo fuera alegado, o producido su instrumento, para servir de fundamento a cualquier pretensión (art. 806).

En cambio si la nulidad absoluta fuere a su vez dependiente de juzgamiento (es decir, anulable), no podrá ser pronunciada por el juez, pero sí podrá ser juzgada por él a requerimiento de parte por vía de acción o de excepción de la nulidad (art. 807).

Esta nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes que intervinieron o dispusieron el acto, sus representantes o sucesores, cualquier tercero con interés o el Ministerio Público (art. 808).

Estos actos de nulidad absoluta, sean nulos o anulables, no son susceptibles de confirmación, por lo tanto, su nulidad es insanable y no prescribirá en tiempo alguno (art. 809).

Por su parte, la nulidad relativa en el caso del artículo 789 numeral 2 referido al agente relativamente incapaz, no puede ser pronunciada por el juez sino a requerimiento de parte; siendo que solamente la pueden alegar los agentes incapaces, sus representantes o sus sucesores (art. 811).

Igualmente esta nulidad relativa, en todos los demás casos tampoco podrá ser pronunciada por el juez sino a requerimiento de parte, pero sí

podrá ser juzgada por él en vía de acción o de excepción a requerimiento de la parte que intervino en el acto anulable, su representante o sus sucesores (art. 812).

Finalmente, tenemos que la nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación o por prescripción (art. 813), siendo que la confirmación de los actos nulos o anulables no se reputará como una novación (art. 821).

## VII. EL MODELO ARGENTINO

---

Se ha dicho que el Código Civil de 1936 –antecedente directo de nuestro Código Civil vigente– adoptó el sistema que desarrolló el código argentino redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y vigente desde 1871 (Vidal Ramírez, 1985, pp. 275 y 334).

Mejor dicho, el antecedente directo de nuestro vigente Código Civil es el Código Civil de 1936. Y aunque suene un tanto extraño, el sistema del acto jurídico adoptado por el derogado código –de 1936– no es el sistema del negocio jurídico de la doctrina alemana, ni tampoco lo es el sistema del acto jurídico de la doctrina francesa, sino, fundamentalmente el sistema que desarrolló el Código argentino redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield (Vidal Ramírez, 1985, p. 275).

Ahora bien, en el Derecho argentino se diferencia la nulidad de la anulabilidad por el nivel de evidencia del vicio que aqueja al negocio. Por eso es que se habla de vicio (o nulidad) manifiesto o no manifiesto. Allí se entiende por nulidad manifiesta aquella en donde es factible hablar de una visibilidad del vicio, mientras que la nulidad no manifiesta opera cuando el vicio está oculto<sup>(8)</sup>.

En efecto, en la codificación de Vélez se asemejan la nulidad manifiesta con la nulidad propiamente dicha, y la nulidad no manifiesta con la anulabilidad (vide Borda, 1991, p. 422), ergo, cuando se habla de

---

(8) Ver el artículo 1038 del Código Civil argentino. Cfr. Mosset Iturraspe, 1961, p. 229; Neppi, 1947, p. 333; Borda, 1991, p. 413; Abelenda, 1980, p. 431; Zannoni, 2000, pp. 170-171. También se puede ver al respecto a De Castro y Bravo, 1991, p. 474.

nulidad, se alude a que el vicio es de fácil verificación por el juzgador, sin necesidad de una investigación exhaustiva.

Al respecto Zannoni (2000, p. 212) señala que lo manifiesto no quiere decir que el vicio resulte del mismo instrumento material que contiene el negocio, sino que, más bien, significa que aparece manifiesto para el juzgador con objetividad, sin que sea menester, de su parte, valoración de hechos o un control de mérito de circunstancias alegadas. En cambio, cuando se habla de anulabilidad, el vicio está oculto y exige, por parte del juzgador, una evaluación profunda de los hechos.

En este ordenamiento se tiene a la nulidad y a la anulabilidad, por un lado, y la nulidad absoluta y a la nulidad relativa, por otro, y su basamento entre nulidad y anulabilidad sobre la visibilidad del vicio cuenta con un fundamento histórico como es la propuesta esbozada por Teixeira de Freitas (vide Mosset Iturraspe, 1961, p. 230; Bibiloni, 1929, p. 187; Zannoni, 2000, p. 164).

En efecto, Alfredo Orgaz (1948, p. 48) enseña que conforme al Esboço de Freitas el acto nulo se llama de nulidad manifiesta, y el acto anulable se conoce como de nulidad dependiente de juzgamiento. Por eso, la clasificación entre nulidad y anulabilidad difiere de la clasificación entre nulidad absoluta y nulidad relativa (cfr. Garibotto, 1991, pp. 294-295; Zannoni 2000, pp. 164-165).

## CAPÍTULO II

### Acerca de la división bipartita de las nulidades

#### I. LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LAS NULIDADES EN EL MODELO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

---

Nuestro sistema nulificadorio es bipartito. Es decir, nuestro sistema de nulidades negociales comprende solamente hasta dos supuestos: la nulidad propiamente dicha y la anulabilidad.

Lo dicho se refleja en la regulación que tenemos. En el artículo 219 del Código Civil se regulan los supuestos de nulidad del acto jurídico, mientras que en el artículo 221 se señalan las causales de anulabilidad. Además, cada una de ellas cuenta con un tratamiento propio. Así, para la nulidad tenemos los artículos V, 220, 223, 224 y 225; y para la anulabilidad tenemos los artículos 222, 226, 227, 228, 229, 230, 231 y 232<sup>(1)</sup>.

Para nuestro ordenamiento jurídico la nulidad y la anulabilidad son las dos únicas categorías recogidas por la invalidez negocial<sup>(2)</sup> o ineficacia estructural<sup>(3)</sup>, por lo tanto, todas las causales de nulidad y de anulabilidad se presentan siempre al momento de la celebración del negocio

- 
- (1) Se pueden adicionar los siguientes artículos del Libro de Acto Jurídico para la nulidad: 156, 171, 172, 218; y para la anulabilidad: 163, 166, 193, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 y 217.
  - (2) En la Casación N° 1280-2007-Tacna se utilizan indistintamente las voces nulidad e invalidez como si fueran sinónimas.
  - (3) En este punto dejamos de lado la discusión sobre si la rescisión ingresa o no a formar parte de los supuestos de ineficacia estructural.

(ineficacia originaria), suponen un defecto en la estructura negocial (ineficacia estructural) y son de carácter legal, establecidas e impuestas por la ley, no pudiendo ser creadas o pactadas por los particulares<sup>(4)</sup> (Taboada Córdova, 2002b, p. 82).

Parte de lo afirmado se evidencia en la Casación N<sup>o</sup> 864-2004-La Libertad:

“(…) el negocio jurídico que se pretende anular denotaría un vicio que afecta la estructura misma del acto”.

Nuestra judicatura ha venido siempre trabajando con estas dos figuras diferenciadas claramente:

“(…) no existe relación de causalidad entre la materia controvertida, referida a la nulidad del acto jurídico (...) y lo argumentado por el recurrente (...) relativo a las causales de anulabilidad del acto jurídico, figura jurídica totalmente ajena a la relación fáctica establecida en el proceso”<sup>(5)</sup>.

“(…) el pedido concreto del demandante consiste en la nulidad del acto jurídico por la causal de simulación absoluta, en cambio, en la recurrida se ha resuelto por la anulabilidad del acto jurídico por la causal de simulación relativa (...) ello ha causado indefensión al demandante, al no haber sido materia del contradictorio las diversas figuras propias de un supuesto de anulabilidad, entre ellos, la posibilidad de haberse configurado un supuesto de confirmación del acto jurídico”<sup>(6)</sup>.

“Por otro lado, en el caso de los actos jurídicos nulos o anulables (...) nos encontramos ante un supuesto de ineficacia estructural”<sup>(7)</sup>.

---

(4) Esto se debe acoger de modo general, puesto que nuestro Código Civil permite pactar formas convencionales que pueden conllevar a la nulidad del contrato, como se puede observar en el artículo 1411.

(5) Casación N<sup>o</sup> 2794-2003-Huaura.

(6) Casación N<sup>o</sup> 2511-2007-Arequipa.

(7) Casación N<sup>o</sup> 0064-2008-Lima.



Además para nuestra judicatura queda en claro que ambas instituciones son excluyentes:

“(...) carece de objeto discutir en este proceso, pues habiéndose establecido que el acto jurídico es nulo no cabe considerar la posibilidad de ser a su vez anulable, ya que se trata de dos causas excluyentes”<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, en nuestra legislación, en puridad, no existe la figura de la inexistencia negocial que habría sido producto del Derecho francés<sup>(9)</sup> donde se pretendió que tal institución operase de pleno Derecho, sin que el acto jurídico haya tenido real subsistencia jurídica. Se recurrió a ella para, en la práctica, eludir las rigurosas consecuencias a que en el Derecho conducía el principio tradicional consagrado por la jurisprudencia que imponía el carácter taxativo de las causas de nulidad (Diez-Picazo, 2002, p. 455), ello por cuanto habiendo un mandato expreso de nulidad no era posible ampliar sus alcances<sup>(10)</sup>.

Ciertamente, entre nosotros se ha dicho:

“Que nuestro ordenamiento civil prevé la declaración de nulidad de los actos jurídicos limitada a los casos expresamente previstos por la ley, es decir a los indicados literal y limitativamente en el artículo doscientos diecinueve de nuestro Código Civil que en NÚMERUS CLAUSUS determina sus causales”<sup>(11)</sup>.

---

(8) Casación N° 4410-2006-La Libertad.

(9) Francesco Galgano (1992, pp. 261-263) garantiza que la inexistencia es una categoría de origen medieval y que fueron los canonistas de entonces quienes la acuñaron al considerar como inexistente al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Ello debido a que tal unión era contrario al concepto natural de matrimonio a falta de una norma de derecho que hubiese contemplado esa hipótesis. Este autor, citando a Grippo, proclama que la idea de inexistencia contractual es de origen iusnaturalista. Su fundamento estaría en que el legislador no es omnipotente, y toda innovación legislativa encuentra, en todo caso, un límite concreto en el orden natural de las cosas. Por ello agrega que la nulidad deriva de la ley positiva mientras que la inexistencia tiene su fuente en el orden natural de las cosas.

(10) Algo similar acontece hoy en día respecto de las normas que limitan o restringen derechos. Vide artículo 103 de la Constitución Política y artículo IV del Código Civil.

(11) Expediente N° 1610-98.

## II. LA INEXISTENCIA COMO CATEGORÍA SUBSUMIDA EN LA NULIDAD

---

La inexistencia, entonces, hace su aparición en un tiempo en que se rendía culto a la ley, justamente por superar una nefasta consecuencia –entendible en su momento– que originó la Revolución Francesa como fue el afán de santificar la ley restando poder al criterio del juzgador. Nacida la inexistencia, su campo se fue extendiendo a todos los demás actos jurídicos llegando a abarcar, incluso, a los de contenido patrimonial, y luego hasta a los actos del ámbito jurídico procesal (Guarinoni, 2002, p. 9).

Pero posteriormente la legislación, de modo general, no recogió esta figura, incluyendo a la vigente codificación peruana (Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 522).

Más bien, entre nosotros la nulidad y la inexistencia han sido asimiladas (cfr. Torres Vásquez, 2001a, p. 675; León Barandiarán, 1983, p. 62), es decir nulidad e inexistencia negocial son lo mismo según nuestra legislación, desde que no se ha recogido expresamente la figura de la inexistencia del acto jurídico.

Esta asimilación puede ser verificada en algunos fallos:

**“El acto jurídico afectado de nulidad absoluta se reputa inexistente**, nulo ipso iure, por tanto y cualquier acto jurídico subordinado a él es igualmente nulo e insubsistente”<sup>(12)</sup>.

“En la teoría de la invalidez del acto jurídico, se distingue la nulidad de la anulabilidad, de tal manera que es nulo el acto jurídico al que le falta un requisito esencial sea contrario a una norma imperativa o sea ilícito (...) es decir el **acto nulo resulta inexistente** (...) la declaración de nulidad surte efecto “ab initio”, es decir el **acto nulo resulta inexistente**”<sup>(13)</sup>.

---

(12) Expediente N° 1413-90-La Libertad.

(13) Casación N° 505-97-Lima.

“La recurrida hace alusión al artículo doscientos diecinueve del Código Civil, que prevé la nulidad absoluta del acto jurídico, **nulidad** que opera de pleno derecho, **porque importa la inexistencia del acto** y no produce los efectos queridos”<sup>(14)</sup>.

“La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública, porque **un acto nulo es jurídicamente inexistente**, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido”<sup>(15)</sup>.

“Dentro de la patología del acto jurídico, nuestra legislación claramente distingue los actos jurídicos nulos de los meramente anulables. **Son nulos y, por tanto, inexistentes** aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de este, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito”<sup>(16)</sup>.

“De acuerdo con el artículo mil noventiocho (sic) del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley (...) por ello, si la hipoteca no reúne la forma ad solemnitatem exigida por la ley, **no tiene existencia legal, porque no ha llegado a constituirse**”<sup>(17)</sup>.

“(...) mientras que al haberse declarado nulo un acto, este no tiene efectos para nadie pues **nunca existió**”<sup>(18)</sup>.

En la exposición de motivos del Código Civil ciertamente se afirma que para nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo el derrotero del legislador de 1936, se distinguió solamente hasta dos tipos de nulidades, siendo que en la primera –conocida como nulidad absoluta– se integraba el concepto de la inexistencia de los actos jurídicos (Vidal Ramírez, 1985, p. 330).

---

(14) Casación N° 2514-97-Ica.

(15) Expediente N° 4530-98-Lima.

(16) Casación N° 738-99-Cañete.

(17) Casación N° 2638-2002-Puno.

(18) Casación N° 1208-2007-Lima.

Lo dicho era corroborado cuando en el artículo 219 de nuestro vigente código se incorporaba por primera vez la falta de manifestación de voluntad como causal de nulidad del acto jurídico, dado que en el Código Civil de 1936 no estuvo previsto tal supuesto. Ciertamente, en la misma Exposición de motivos se dice que, en puridad, sin manifestación de voluntad no puede haber acto jurídico, por ello mismo es que se integraba la inexistencia al concepto de nulidad (Vidal Ramírez, 1985, p. 330), por lo que, en consecuencia, nuestro codificador solamente trabajó con la nulidad y la anulabilidad, rechazando la institución de la inexistencia negocial.

Esta última aseveración también es verificable en algunos fallos:

“Estamos frente a la nulidad de un acto jurídico (...) pues ha quedado acreditado que el accionante **no emitió manifestación de voluntad** en la formación de dicho acto jurídico”<sup>(19)</sup>.

“(...) así mismo la **nulidad** de los actos jurídicos mencionados en la incoada también debe ampararse al corroborarse la **falta de manifestación de voluntad de todos los copropietarios** en la transferencia del bien”<sup>(20)</sup>.

“(...) el acto jurídico materia de la presente litis es nulo por carecer la parte vendedora del requisito de la **manifestación de voluntad**”<sup>(21)</sup>.

A raíz de todo lo dicho se ha señalado que la inexistencia se torna en un concepto inútil (vide Lohmann Luca de Tena, 1994, pp. 522-523; Montiel Rodríguez, 2003, p. 96) pues se la ha rechazado arguyendo que los sistemas jurídicos que hacen uso de ella ya no requieren de la nulidad virtual (o sea de aquella nulidad resultado de contravenir las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres). Dicho de otro modo, para un sector doctrinario un sistema jurídico no podría contar, a la vez, con la figura de la nulidad virtual y con la de la inexistencia (Zannoni, 2000, pp. 141 y 144; Taboada Córdova, 2002b, p. 102. Cf. Palacios

---

(19) Casación N° 2792-2000-Lambayeque.

(20) Expediente N° 4138-2000.

(21) Casación N° 517-2002-Piura.

Martínez, 2002a, p. 248; Espinoza Espinoza, 2014, p. 29; Morales Hervias, 2005, p. 7; Guarinoni, 2002, p. 32)<sup>(22)</sup>.

Al respecto, el profesor Morales Hervias (2005, p. 4) ha mostrado que la idea enraizada entre nosotros consistente en que un acto jurídico deja de existir una vez cumplido su cometido de crear la relación jurídica, es la causa que explica la posición mayoritaria de no admitir la distinción entre la inexistencia y la nulidad negocial, por la idea que la manifestación de la voluntad es la que determina la estructura negocial.

### III. RECURRENCIA A LA INEXISTENCIA NEGOCIAL

---

Como ya se ha visto nuestro sistema de nulidades negociales es bipartito, es decir, solamente contempla los supuestos de nulidad y anulabilidad. No existe, en estricto, en nuestra codificación la figura de la inexistencia.

Ad empero, es posible ubicar algunos fallos casatorios donde se recurre a esta suerte de variante de nulidad.

Teóricamente, un ejemplo claro de inexistencia negocial alude al supuesto de la falta de manifestación de voluntad del agente; ello porque en la definición que se tiene legalmente de acto jurídico se dice que este es la manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas<sup>(23)</sup>. No obstante, contradictoriamente, en el artículo 219 del Código Civil se sanciona con nulidad el acto que no cuenta con manifestación de voluntad. En efecto, en la misma exposición de motivos se afirmó que la manifestación de voluntad se constituye, no solo en un requisito de validez, sino en el acto jurídico mismo (Vidal Ramírez, 1985, p. 277).

---

(22) El profesor Rómulo Morales (2005, pp. 7 y 9) además de mostrar que en Italia se labora a la vez con la nulidad virtual y con la inexistencia, es de la opinión que el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil no solamente norma la figura de la nulidad virtual sino también la de la inexistencia negocial debido a que en su tenor se lee que la ley puede establecer una sanción diversa a la nulidad para tales casos.

(23) Cfr. Artículo 140 del Código Civil.

La postura de diferenciar la nulidad de la inexistencia ha sido respaldada en el fallo recaído en el Expediente N° 1610-98 donde se dijo:

“Que nuestro sistema civil exige la manifestación de voluntad expresa no **solo como requisito** de validez del acto jurídico sino como elemento esencial del mismo, conjuntamente con la finalidad y la forma; (...) **no se puede confundir la nulidad pretendida de un acto jurídico con su inexistencia** ni con su invalidez, pues si bien la nulidad y la invalidez se hallan relacionadas en tanto implican la existencia de causas originarias y consustanciales con la formación del acto jurídico, su inexistencia implicaría considerar que dicho acto incluso careció de tal etapa formularia (...)”.

Sin embargo, para aclarar el asunto se añade al final de esta consideración que:

“(...) teoría que además no es recogida en nuestro sistema jurídico”.

Al igual que en el caso anterior tenemos el fallo emitido por el 63 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 23111-2002, donde se precisa que:

“Faltaría la manifestación de la voluntad del agente cuando falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar, situación que configuraría, como se ha señalado, una **ausencia de acto o negocio jurídico**. Este impase es superado en nuestro medio a través de un ejercicio de ficción, mediante el que se entiende que **los supuestos de falta total de manifestación de voluntad –que en realidad constituyen inexistencia de acto jurídico– son asemejados dentro de nuestro sistema normativo a los supuestos de nulidad** del mismo”.

Ya en sede propiamente casatoria, un primer atisbo de lo dicho lo podemos encontrar en la Casación N° 576-2007-Lima donde se recurre tanto a la invalidez como a la inexistencia de modo conjunto:

“(…) la figura del *falsus procurador* no puede dar lugar a la nulidad del acto jurídico, porque sino (sic) **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”.

Con algo más de claridad sobre el tema en estudio, jurisprudencialmente en la Casación N° 1772-98-Apurímac, se asevera estar ante un negocio jurídico nulo, pese a que la argumentación se dirige a hablar más bien de un acto inexistente:

“(…) al no existir acuerdo ni manifestación de voluntad **no hay contrato** perfeccionado; (...) Que, como resultado de la valoración de la prueba realizada en las instancias inferiores, se ha establecido de manera indiscutible que **la referida minuta de compraventa no ha sido suscrita por la demandada**, esto no obstante, han concluido que dicho documento contiene los requisitos exigibles para la constitución del acto jurídico, conforme al artículo ciento cuarenta del Código Civil. (...) el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriéndose para su validez la concurrencia de: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. **Quinto.-** Que, para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y voluntad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que, la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario. **Sexto.-** Que, al haberse determinado que la minuta anteriormente glosada ha sido firmada solo por el demandante, es claro que **no se ha producido la manifestación de voluntad**, es decir que no ha sido exteriorizada en la forma señalada en el quinto considerando de esta resolución, atendiendo a que la voluntad de algún modo exteriorizada (manifestada) es elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico; incurriéndose, en consecuencia, en una interpretación errónea del artículo ciento cuarenta del Código Civil, al no haberse

tenido en cuenta este **requisito esencial**. (...) no toman en cuenta que ello demuestra precisamente la falta de perfeccionamiento del contrato por la ausencia de acuerdo concurrente de voluntades entre las partes; en tal sentido, la aplicación que se hace de las normas citadas es indebida para la solución del caso sublitis, siendo de aplicación el artículo mil trescientos cincuentinueve (sic) del Código Civil que prescribe que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

Peor aún es el resultado de la Casación N° 1147-2008-Ucayali donde realmente se recurrió a la institución de la inexistencia negocial, cuando en puridad dicha figura, como venimos afirmando, no está recogida expresamente por nuestra codificación.

Allí, en la consideración quinta se afirmó que:

“(...) la falta de manifestación de voluntad 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”.

En la Casación 0015-2010-La Libertad, aunque referida a una nulidad matrimonial por causal de bigamia, se afirmó:

“En esta circunstancia, el codemandado adolece de un impedimento dirimente o de la no aptitud nupcial, hecho corroborado como se ha expresado. Por tanto, al ser este un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y estando a lo regulado expresamente como causal de nulidad, en el artículo 274; inciso 3 del Código Civil, **se confirma la inexistencia del matrimonio** celebrado por quienes no tienen aptitud nupcial (...)”.

Como se ha podido observar, la mayoría de resoluciones laboran solamente con la nulidad y la anulabilidad negocial, dejando de lado a la inexistencia del acto jurídico, siendo que este modo de laborar es acorde a nuestra legislación.



Sin embargo, es posible ubicar fallos que ya van introduciendo a la institución de la inexistencia negocial por lo menos en sus consideraciones, como los últimos que acabamos de mostrar.

No obstante, es de advertir que estas sentencias, aunque no conforme a nuestra legislación, son correctas. En efecto, la inexistencia y la nulidad son conceptos diferenciados puesto que solo un negocio existente puede ser válido o inválido.

Pero para explicar ello es necesario recurrir a la doctrina a fin de aclarar el tema.

#### **IV. DISTINCIÓN ENTRE LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA NEGOCIAL**

---

La nulidad y la inexistencia negocial son instituciones jurídicas diferenciadas<sup>(24)</sup>.

Hay que distinguir entre la falta que permita la identificación jurídica del negocio y la falta que impide la identificación del negocio como tal (Santoro Passarelli, 1964, pp. 295-296; Galgano, 1992, p. 261).

Dicho de modo más claro, no pueden equipararse ni en principio ni en sus efectos la ausencia absoluta de los elementos esenciales del contrato, y la existencia viciosa –pero existencia al fin– de aquellos elementos necesarios (Manresa y Navarro, 1907, p. 766).

Mientras la nulidad supone un acto que adolece de deficiencias en alguno de sus elementos esenciales, la inexistencia es un concepto aplicable a determinados hechos que presentan la apariencia de actos jurídicos pero que en realidad no revisten el carácter de tales por carecer de alguno de aquellos elementos (Sergio Lezcano, 2009, p. 54).

---

(24) Para Guarinoni hablar de inexistencia negocial no es adecuado, a menos que la teoría del acto inexistente fuese claramente normativa, tendiente a justificar la adopción de determinada solución en ciertos casos. O sea, podría no ser objetable si se adopta una versión normativa o interpretativa de la teoría jurídica; pero, entonces, ya no sería defendible como una teoría descriptiva. Agrega el citado autor que se podría decir que un acto es inexistente cuando carezca de algún elemento exigido por el Derecho natural, pero con ello entraríamos al terreno de las lagunas axiológicas (Guarinoni, 2002, p. 21).

La nulidad supone, por lo menos, el andamiaje negocial externo, se trata de un negocio nacido muerto, mientras que el negocio inexistente indicaría más bien el negocio no nato (Barbero, 1967, p. 635). El examen de si un acto es válido o no, supone que el acto jurídico cuando menos existe (Pescio V. 1948, p. 203; Scognamiglio, 2004, p. 425 et pássim).

Para hablar de nulidad necesitamos de un acto tipo o modelo para compararlo con el que se pretende nulificar. La nulidad requiere siempre de un acto jurídico existente como presupuesto (Pasquau Liaño, 1997, p. 170; Ripert y Boulanger, 1964, p. 411; Albaladejo, 1996, p. 429), de un *factum* exterior del negocio. Y si en la negociación las partes no llegaron ni a un acuerdo aparente no se podrá tener como nulo al contrato (Von Tuhr 1947, p. 306)<sup>(25)</sup>.

La inexistencia es la expresión más radical de la ineficacia negocial, y se diferencia de la nulidad dado que una cosa es existir con vicios y otra es no existir (Zannoni, 2000, pp. 138-139; Scognamiglio, 2004, p. 425). Así, inexistente es el acto que no reúne los elementos exigidos para su existencia y sin los cuales es imposible concebirlo. Acto nulo, en cambio, es el que es considerado ineficaz por contradecir un mandato legal (Aubry y Rau, y Baudry-Lacantiniere ápod Cuadros Villena, 1996, p. 209).

En el peor de los casos lo nulo implicaría una inexistencia pero referida exclusivamente a una inexistencia jurídica (Vidal Ramírez, 1999, p. 498), pues la realidad nos dice que los actos nulos podrán ser inexistentes desde el punto de vista legal, pero no son inofensivos en la realidad porque producen efectos, incluso perjudiciales (Borrel y Soler, 1955, p. 366; Coviello, 1949, p. 368; Flume, 1998, pp. 643-644).

El profesor Borrel y Soler (1942, p. 369) trabaja un ejemplo muy elocuente. Un sujeto compra un cuadro de un pintor de fama para revenderlo. Se entera luego que el vendedor estaba loco no declarado

---

(25) A decir de Renato Scognamiglio (2001, p. 180) cuando el negocio alcanza la existencia, la ley, en atención a vicios o anomalías de gravedad razonable, puede determinar su invalidez bajo dos formas: la nulidad o la anulabilidad. En estos supuestos la ley afecta, con una medida sancionadora, la relevancia vinculante del negocio la cual es negada de raíz, y da lugar a que los efectos no se produzcan (a menos que se permita, con carácter excepcional, una recuperación parcial del negocio para la vida jurídica) en los casos de nulidad. En los casos de anulabilidad, en cambio, dicha relevancia se vuelve precaria, y la parte interesada puede promover una acción judicial destinada a erradicar el negocio, el mismo que, en el entretanto, continuará produciendo sus efectos.

judicialmente. Si se considera dicho acto como inexistente no habría venta ni necesidad de hacer nada. Pero la entrega y el precio son hechos reales. El comprador está expuesto a perder el cuadro, pero no tiene acción para pedir la rescisión del contrato, pues tiene que esperar a ver si se le pide su nulidad. Si la acción de nulidad fuese imprescriptible la situación del vendedor se prolongaría sin esperanza de salir de ella. Y en sentido estricto el comprador no tendría acción para impugnar el contrato porque no era él el que adolecía de incapacidad al tiempo de contratar.

Entonces, es nulo el negocio que es inepto para dar vida a aquella situación jurídica que el derecho apareja al tipo legal respectivo. Es nulo pero existe y puede producir algún efecto de carácter negativo o contradictorio, de otro modo más bien sería inexistente (Betti 2000, p. 410; Zannoni, 2000, p. 142; Moreyra García Sayán, 2005, p. 330). Si el negocio no existe no es posible disponer su nulidad (Scognamiglio, 2004, p. 437).

En efecto, el negocio inexistente se distingue del negocio nulo en el plano de las consecuencias jurídicas: el negocio inexistente no produce efecto jurídico negocial alguno –aunque quizás extranegocial– mientras que es factible hablar de eficacia negocial del negocio nulo (Pasquau Liaño, 1997, p. 167)<sup>(26)</sup>.

Por ello Pasquau (1997, p. 62) agrega que la inexistencia se alude y se delimita pero no se regula pues es un fenómeno que no pertenece al mundo jurídico, mientras que la nulidad es un efecto de la ley por lo que es predicable solo con referencia a contratos existentes, motivo por el cual es exigible una regulación normativa. Dicho de otra manera, la inexistencia tiene su fundamento en la ley pero por exclusión, no por reglamentación (Ocampo, 1918, p. 13).

Se ha señalado que en la inexistencia generalmente no se producen efectos jurídicos provisorios, mientras que en la nulidad sí se producirían algunos (Tenorio Godínez, 1998, p. 221).

---

(26) A modo de ejemplo tenemos que el matrimonio contraído de buena fe produce para el conyugue de buena fe y para los hijos efectos civiles aunque sea declarado nulo, pero no puede producir efectos civiles de ningún tipo un matrimonio que fuera absolutamente inexistente como el caso del himeneo entre personas del mismo sexo o la ceremonia matrimonial ficticia escenificada (Diez-Picazo, 2002, p. 457).

Ahondando en el tema recordemos que el negocio jurídico posee una estructura similar a la de una norma jurídica, donde el supuesto de hecho se dirige a generar ciertos efectos. La nulidad se encamina a un defecto en el supuesto hipotético (Díez-Picazo, 2002, p. 457), mientras que la inexistencia resalta una ausencia del supuesto de hecho.

Esta confusión entre los planos ontológico y deontológico respecto de la nulidad y la inexistencia ha sido resaltado en un fallo argentino (vide Sergio Lezcano, 2009, p. 54):

“El concepto de nulidad es, en el plano normativo, lo que el concepto de inexistencia es en el plano de la causalidad. Al mencionar en sentido jurídico que un acto es nulo, se lo está privando de la imputación de las consecuencias que debía producir, conforme a su naturaleza propia. En tal sentido se lo está reduciendo a la nada en el plano del ‘deber ser’; mientras, la inexistencia del acto solo puede predicarse en el plano del ‘ser’, del acaecer fáctico causal para aludir al acto, que no ocurrió, que no acaeció”.

También se ha dicho que entre la nulidad y la inexistencia existe incompatibilidad pero en un sentido puramente lógico<sup>(27)</sup>, pues en el terreno práctico la inexistencia y la nulidad (y se agrega a la anulabilidad) no tienen diferencias (Montiel Rodríguez, 2003, p. 96); empero, el hecho de que dos institutos produzcan efectos finales similares no es suficiente sustento para afirmar su equiparación conceptual, ya que en la nulidad la pérdida de efectos se ha producido por un defecto del supuesto de hecho, mientras que en la inexistencia se produce por una verificación negativa del supuesto de hecho (Palacios Martínez, 2002b, p. 108). En consecuencia, no es posible pasar por alto este instituto en la teoría general de las nulidades, ya que el acto inexistente no obedece a una relación de género a especie respecto del acto nulo (Sergio Lezcano, 2009, p. 56).

---

(27) Mientras las nulidades constituyen sanciones legales sobre los actos jurídicos efectivos y reales, la inexistencia negocial más que un principio jurídico es una noción primordial de razonamiento y de lógica (Sergio Lezcano, 2009, p. 55). Por ello se afirma que nadie estaría de acuerdo en discutir la nulidad de un acto inexistente, y, además, si el acto inexistente tiene la apariencia de acto jurídico, en verdad tiene existencia material, por lo que es inútil tratarlo de distinguir del acto nulo (Montiel Rodríguez, 2003, p. 97).

Además de lo dicho, las diferencias entre nulidad e inexistencia fluyen en el asunto de la subsanación del negocio. Excepcionalmente, el contrato nulo puede quedar sanado o convalidado, mientras que el contrato inexistente sería absolutamente insalvable (Díez-Picazo, 2002, p. 455; Scognamiglio, 2004, p. 442)<sup>(28)</sup>.

Algo similar acontece con la figura de la conversión del negocio nulo la cual no es aplicable a los casos de inexistencia (vide Galgano, 1992, p. 262; Scognamiglio, 2004, p. 440; Flume, 1998, p. 646; Palacios Martínez, 2002a, p. 285 et pássim)<sup>(29)</sup>.

Por eso para García Amigo (1979, pp. 855-856) solamente el negocio nulo puede ser convalidado o convertido, mas no el negocio inexistente. Únicamente el matrimonio nulo (no el inexistente) podrá dar pie para el supuesto del matrimonio putativo.

Se agrega que la inexistencia del acto puede ser verificada siempre de oficio por el juez, en cambio en la nulidad ello solamente procede cuando se trata de un vicio manifiesto (cf. Sergio Lezcano, 2009, p. 52).

Además, como a la inexistencia se llega a través de un juicio de irrelevancia, mientras que a la nulidad se llega a través de un juicio de invalidez, a la inexistencia no se le puede aplicar en ningún caso la máxima conservación posible de los efectos (Morales Hervias, 2005, pp. 11-12), o sea, no es de utilización en ella los principios de conservación del acto e *in favor negotium*, lo que sí acontece para el caso de la nulidad.

---

(28) Si se entiende a la nulidad como una situación o cualidad del negocio, será casi imposible intentar hablar de algún supuesto de convalidación. Pero entendiendo a la nulidad como una sanción, como una consecuencia jurídica, es totalmente factible entender algunos supuestos convalidantes de la nulidad. Cfr. Pasquau Liaño, 1997, pp. 333-334 y Díez-Picazo, 2002, p. 484.

(29) Como se conoce, por la conversión un acto jurídico nulo se puede adecuar a otro tipo negocial de diferente tipicidad a la que corresponde su inmediata mostración, y cuyo fundamento estriba en una voluntad presunta. Por ello también se la denomina metamorfosis del negocio (De Casso y Romero, y Cervera, 1950, p. 2254). Vide. entre otros León Barandiarán, 1954, p. 339; Moreyra García Sayán, 2005, p. 341; Díez-Picazo, 2002, p. 484 y ss.; Santoro Passarelli, 1964, p. 308; Garibotto, 1991, p. 338; De Castro y Bravo, 1991, p. 465; Doral y Del Arco, 1982, p. 354; Stolfi 1959, p. 93; Galgano, 1992, pp. 325-325; Palacios Martínez, 2002a y 2002b, p. 101, De la Puente y Lavalle, 2004; Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 563 y ss.; Scognamiglio, 2004, p. 447; Torres Vásquez, 2001a, p. 692 y ss.; Albaladejo, 1996, p. 442 y ss.

Por su misma esencia, la conversión tampoco es aplicable a los supuestos de nulidad virtual por contravención al orden público o a las buenas costumbres, siendo de factible utilización en los hipotéticos de simple nulidad negocial.

Finalmente, Puig Peña (1942, p. 538) sentencia que sería diversa la naturaleza jurídica de la acción de inexistencia de la acción de nulidad absoluta, pues esta será siempre una acción personal, supuesto que se debe siempre a un acto contrario a la ley, mientras que la acción de inexistencia puede ser personal o real según los elementos constitutivos del acto.

## **V. EL TRASPASO DEL MODELO PERUANO DE DIVISIÓN DE LAS NULIDADES**

---

Recordaremos que en la exposición de motivos del Código Civil se dijo que para nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la línea del legislador de 1936, se distinguió solamente hasta dos tipos de nulidades, siendo que en la nulidad absoluta se integró el concepto de inexistencia de los actos jurídicos (Vidal Ramírez, 1985, p. 330).

Con lo dicho hasta aquí, podemos concluir que nuestra codificación solamente trabaja con dos supuestos: nulidad y anulabilidad, siendo que si se presentase algún supuesto adicional tendría que ser encajado en cualquiera de estos dos supuestos.

Mas, con lo mostrado en esta parte tenemos que efectivamente los juzgadores han empezado a traspasar el modelo peruano respecto a la división bipartita de las nulidades (sin querer decir con ello que tal accionar sea errado).

De hecho, al existir solamente la nulidad y la anulabilidad como instituciones acogidas taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se recurre a la inexistencia negocial se está traspasando el modelo original acogido por el legislador peruano, lo cual parece obedecer a una necesidad jurisdiccional.

Es decir, este exceso no deja traslucir sino que el seguir laborando únicamente con la nulidad y con la anulabilidad no es correcto ni adecuado para la multiplicidad de supuestos que se presentan en la realidad.

Al subsumir las causales de inexistencia en los supuestos de nulidad el codificador peruano simplificó erradamente el tratamiento

nulificadorio, por cuanto la figura de la inexistencia ya se venía trabajando en alguno de los sistemas jurídicos que inspiraron nuestra codificación de modo diferenciado.

Pero, además, como se ha ido mostrando, nuestro patrón normativo ha ido quedando rezagado, por lo que el permanecer en el modelo original bipartito de las nulidades propuesto por el legislador, además de errado, no es adecuado al devenir actual, dado que la diversificación de supuestos de nulidad e inexistencia se ha ido ampliando notablemente, máxime con el ingreso de contrataciones de naturaleza virtual que son necesarias trabajar bajo otras ópticas.

## **VI. PROPUESTA INCLUSIVA DE LA INEXISTENCIA NEGOCIAL**

---

El hecho de que el legislador no haya trabajado más que con dos supuestos de ineficacia estructural, no quiere decir, en manera alguna, que nosotros estemos de acuerdo con que la inexistencia sea una figura equivalente a la nulidad.

Para nosotros es necesario incorporar la inexistencia negocial en nuestro sistema de modo formal, diferenciándola de la invalidez.

Y decimos de modo formal porque ya en la Casación N° 1728-97-Lima algo se vislumbraba cuando se hablaba del objeto del acto jurídico:

“No puede interpretarse el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil restringiéndola al supuesto de la **existencia** física del bien, cuando a lo que se refiere es al objeto del acto jurídico, es decir, a su contenido, el cual no puede ser física o jurídicamente imposible”.

En este punto, entonces, habiendo mostrado que en la doctrina se diferencian ambas figuras, es necesario hacer un breve deslinde entre las causales de nulidad y las de inexistencia, a fin de mostrar que ambas instituciones tienen supuestos diferentes y, por lo tanto, se hacen merecedoras de tratamientos y consecuencias individualizados.

En doctrina se ha dicho que la inexistencia resulta cuando la falta de algún componente del acto jurídico impide hasta la apariencia del negocio, mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo, contrario a su validez (Morales Hervias, 2005, p. 5).

Ahora bien, partiendo de que existe una propuesta que nos plantea que la nulidad obedece a dos razones: una teleológica y otra estructural (Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 525), tendríamos que las causales de nulidad aludirían a un defecto severo en la estructura del negocio por ausencia de uno de sus componentes, más exactamente, de los requisitos del acto jurídico, o también podrían referirse a un contenido que contravenga una norma imperativa, o el orden público o las buenas costumbres.

### **1. Causales de nulidad negocial**

Las causales para sancionar con nulidad un negocio jurídico serían solamente tres, a saber: ausencia de uno de los requisitos del acto jurídico<sup>(30)</sup>, contravención (a normas jurídicas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres) y mandato legal.

---

(30) Entiéndase bien que cuando hablamos de requisitos nos referimos a la estructura contemporánea del acto jurídico. Así, no estaríamos ante una invalidez si es que faltare algún elemento (voluntad, causa o forma) o presupuesto (sujeto u objeto) del negocio. Hablamos de invalidez cuando se encuentre ausente uno de los requisitos pertenecientes a tales elementos o presupuestos.



Así tendríamos:

**CUADRO 1: CAUSALES DE NULIDAD NEGOCIAL**

<b>Causales</b>	<b>Componente del acto</b>	<b>Requisito faltante</b>	<b>Supuestos</b>	
<b>Ausencia de uno de los requisitos</b>	<b>Elementos</b>	Voluntad	Congruencia entre sus componentes	Voluntad incongruente Incapacidad natural
		Causa	Licitud	Causa ilícita
			Veracidad	Causa putativa Simulación negocial
		Forma solemne	Observancia	Inobservancia de la solemnidad
	<b>Presupuestos</b>	Sujeto	Capacidad	Incapacidad absoluta Ilegitimidad negocial
				Objeto
		Determinación o determinabilidad	Objeto indeterminado o indeterminable	
		Licitud	Objeto ilícito	
	<b>Contravención</b>	Normas jurídicas imperativas		Normas legislativas
		Normas jurisprudenciales		
Normas negociales				
Orden público				
Buenas costumbres				
<b>Mandato legal</b>				

### **1.1. Incongruencia entre los componentes de la voluntad e incapacidad natural**

La falta de manifestación de voluntad no puede ser causal de nulidad, puesto que por definición legal, el acto jurídico consiste justamente en la voluntad manifestada. La causal de nulidad, en estricto, sería una incongruente voluntad.

Al respecto se sabe que la voluntad, en términos muy generales, puede ser concebida como estructurada por dos subvoluntades: la voluntad interna y la voluntad externa.

Por la voluntad interna debemos entender todos los componentes que permiten al agente reflexionar sobre su actitud, pero siempre en el campo intelectual interno. La voluntad externa implicaría manifestar o dar a conocer al mundo exterior el resultado de esas elucubraciones.

Ello ha sido manifestado jurisprudencialmente en la Casación N° 1772-98-Apurímac:

“Para que exista **voluntad jurídica** se requiere de la concurrencia de **elementos internos** (discernimiento intención y libertad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que, la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario”.

Igualmente se tiene a la Casación N° 4003-2007-Arequipa.

“Que, en particular, para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de **elementos internos**: discernimiento, intención y voluntad; con cuyos elementos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; y la **voluntad declarada** es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la voluntad la única que puede ser reconocida por el destinatario”.

Ahora bien, entre la voluntad interna y la externa tiene que haber congruencia. En caso de no haberla estaríamos ante una falsa manifestación de voluntad. Por ello, se ha dicho que si la ausencia del consentimiento –léase incongruencia del consentimiento– resulta de la falta de concordancia de las voluntades, el contrato no ha podido perfeccionarse (Mazeaud, Mazeaud, y Mazeaud, 1960, p. 340).

Entendiendo así las cosas, la causa de invalidez, en recta dirección, sería la de **incongruencia o incoherencia entre los componentes de la voluntad** y comprendería, de modo general, los supuestos de **incapacidad natural** (cfr. Torres Vásquez, 2001a; Taboada Córdova, 2002b, p. 106; Meza Mauricio, 2003, p. 413) y el error obstativo<sup>(31)</sup> (cf. Barassi, 1955, p. 199; Valverde y Valverde, 1925, p. 488; Galgano, 1992, pp. 294 y 304), sin perjuicio de todo otro supuesto puntual referido a una incoherencia entre la voluntad interna y la manifestada<sup>(32)</sup>.

## 1.2. Ilícitud y falsedad de la causa y simulación negocial

La otra causal de nulidad sería la referida al fin ilícito y debería entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto objetivo y subjetivo, es ilícita por contravenir las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres; recordando siempre que la causa no puede devenir ilícita en abstracto, sino solamente en su actuación concreta (cfr. Taboada Córdova, 1996, p. 502; 2002b, p. 115).

Aunque sorpresivamente alguna vez se haya dicho que nuestra Código Civil vigente no ha recogido la regulación de la causa<sup>(33)</sup>, en terreno casatorio se la ha entendido adecuadamente y se la ha regulado como causal de nulidad cuando es ilícita. Así, en la Casación N° 1011-97-Lima al respecto se precisó:

“El acto jurídico es nulo cuando su *fin sea ilícito*, esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues, este no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado”.

---

(31) Es de anotar que para nuestra codificación el error obstativo es trabajado como un supuesto de anulabilidad negocial asemejada al error-vicio.

(32) En el antiguo Expediente N° 770-98 la Corte Suprema dijo que “(...) hay error en el consentimiento cuando la voluntad de las partes no coincida con la causa final y, obviamente, esta es causa de anulabilidad del acto jurídico por impulso exclusivamente de las partes contractuales”.

(33) En la Casación N° 2248-99-Tacna se dijo: “Que el concepto de causa, en el Derecho Civil peruano, encuentra su antecedente en el Código de mil ochocientos cincuentidós, que recogió el aforismo: “no hay obligación sin causa”, siguió en el artículo mil ochenticuatro del Código Civil de mil novecientos treintiséis, en el sentido de móvil decisivo de la voluntad de obligarse, siempre y cuando se haya manifestado, mas no ha sido recogido por el vigente Código, que no se pronuncia sobre la causa”.

También, en la Casación N° 3048-01-Tacna, se ha dicho que:

“Habrá **fin ilícito** cuando respetándose aparentemente la forma del acto jurídico se evidencia la intención de conseguir un efecto prohibido por la ley”.

En la Casación N° 2248-99-Tacna se dijo:

“(…) el concepto de **fin ilícito**, en la doctrina peruana, comprende tanto lo legal como lo moral, y queda a criterio del juez apreciar esta última, en el marco de las denominadas ‘buenas costumbres’ (...) es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (*ius cogens*) especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal; y que para determinar si se produce ese fin será necesario examinar la causa del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan, y su objeto. (...) Será igualmente ilícito el acto jurídico contra *bonas mores*, pues las buenas costumbres, dentro del Derecho Civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponderá calificar al juez”.

Por otra parte, en nuestro medio fácilmente podría hablarse de un sistema unitario de la causa, sistema que sería más adecuado para comprender a cabalidad el rol de la causa como elemento de los actos jurídicos (Taboada Córdova, 2002b, p. 116). Ello implicaría que dentro de nuestro ordenamiento negocial también podemos hablar de la causa en su vertiente objetiva o abstracta, además del fin entendido en su concepción subjetiva (cfr. Taboada Córdova, 2002a, p. 294; 2002b, p. 116)<sup>(34)</sup>. Por lo tanto, una causal de invalidez insinúa también el supuesto de utilización de una causa falsa o aparente. Así, la causa putativa, también conocida como torpe, aparente o falsa, tiene el mismo efecto que la causa ilícita, es decir, ambas son causales de invalidez del acto jurídico.

---

(34) En la Casación N° 3048-01-Tacna se afirmó que el fin ilícito como fin interno no expresado que animaba a la solicitante del crédito y al Banco, no es el fin que se debe analizar, sino más bien el fin explícito del acto jurídico celebrado, que es –según la Corte Suprema– el que corresponde escudriñar y al que alude la norma invocada (arts. 140, inc. 3 y 219, inc. 4).

Por último, tenemos a la simulación negociada que consiste en realizar un negocio de común acuerdo entre las partes contratantes, buscando, a través del acuerdo simulatorio, engañar a terceros. Es absoluta cuando existe un solo acto jurídico denominado simulado. Y es relativa cuando detrás del acto simulado permanece oculto uno verdadero, denominado disimulado. Es decir, en la simulación relativa nos enfrentamos a dos actos: el simulado y el disimulado.

Lo apuntado podría dar pie para ubicar alguna diferencia entre la causa torpe y la simulación, pues, en esta se requiere el concurso de dos voluntades dirigidas a un mismo fin aparente que engañe a terceros, mientras que en aquella bastaría la causa putativa de alguna de las partes para sancionar la nulidad. Por ello, sería factible hablar de causa torpe en los actos unilaterales.

Pues bien, tanto en la simulación absoluta como en la relativa el acto jurídico simulado es inválido. Pero en la simulación relativa, el acto disimulado –en la medida en que contenga todos los requisitos de sustancia y forma– será válido por ser un acto jurídico real, que contiene la auténtica voluntad de las partes.

Por ello se ha dicho que no resulta congruente que el inciso 5 del artículo 219 de nuestro Código Civil sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, sino que se debería abarcar también al acto simulado de la simulación relativa (Taboada Córdova, 2002b, p. 118).

Ahora bien, se suele ubicar a la simulación como un supuesto de discrepancia entre la voluntad externa y la voluntad interna. Por ejemplo, en la Casación N° 276-99-Lambayeque se puntualizó que:

“(…) la **simulación** (...) consiste (...) en la celebración aparente de un acto jurídico **sin que exista voluntad** para ello, (...) la simulación requiere de la concertación de las dos partes para celebrar un acto jurídico aparente en perjuicio de terceros”.

Sin embargo, si recordamos que el acto jurídico se efectúa con el fin de engañar a terceros, a través del acuerdo simulatorio; entonces, estamos ante un caso que envuelve a la causa del negocio, antes que a la voluntad.

Y ello por cuanto las partes simuladoras quieren internamente un resultado que externamente logran conseguir, como es el de celebrar un acto aparente para engañar a terceros. Por lo que debe quedar en claro que los encubridores pretenden interiormente alcanzar ese engaño, de allí que simulen el acto. Ergo, no hay discordancia entre lo querido y lo manifestado (cfr. Brugi, 1946, p. 132; Enneccerus, 1950, p. 388; Díez-Picazo, 2002, p. 218), por lo que no hay defecto alguno en la manifestación de voluntad.

### **1.3. Inobservancia de la forma solemne**

Partiremos recordando que la formalidad no es un elemento común a la estructura de todo acto jurídico sino solamente en aquellos casos en los cuales las partes o la ley prescriban la formalidad bajo sanción de nulidad como componente del acto jurídico.

Para hablar de un supuesto de invalidez se requiere la realización de la forma, por un lado, y, por otro, que su omisión esté sancionada con nulidad.

En este tipo de negocios la forma ha sido taxativamente prefijada por la ley, debido a que su finalidad es asegurar, contra cualquier duda, la univocidad del acto, y garantizar su seriedad en los actos de mayor relevancia, como son los de la esfera familiar, los actos mortis causa, los negocios societarios y las transferencias inmobiliarias (Betti, 2001, pp. 55-56).

El sustento de la formalidad nos la explica Robleda (1964, p. 36) quien dice que es evidente que al exigir de la sociedad organizada que nuestros actos modificadores de las relaciones con los demás sean salvaguardados por ella, esta –mirando al bien común– pueda prescribir condiciones respecto del modo de realizarlos.

En efecto, si bien la forma se constituye en un elemento técnico artificial elaborado por el derecho positivo, no es, como en un inicio en el antiguo Derecho Romano, fruto de una necesidad meramente simbólica, sino que se constituye en un cuadro de certeza y de seguridad social, creado o admitido por el arbitrio del legislador (Robleda, 1964, pp. 38-39).

Esta causal trata de un caso de invalidez por **ausencia** de un requisito de un elemento, en este caso, la **observancia de la forma impuesta bajo sanción de nulidad**<sup>(35)</sup>.

Agregaremos que en algunos casos el acto jurídico se compone por una serie de etapas que hay que respetar. El resultado final será válido si se han cumplido fielmente todas las fases previas de tal modo que si se obviara alguna, el acto adolecerá de invalidez por inobservancia de la forma prescrita; pues en resumen, todos los ciclos constituyen parte de la formalidad del negocio.

Por último, hay que añadir que la solemnidad puede estar señalada en la ley o establecida convencionalmente tal y como se puede ver en los artículos 1411, 1412 y 1413 de nuestro Código Civil<sup>(36)</sup>.

#### **1.4. Incapacidad del sujeto (salvo las excepciones de ley) e ilegitimidad negocial**

El primer supuesto –la incapacidad del sujeto– nos refiere que el acto jurídico será inválido cuando el sujeto sea absolutamente incapaz. En este caso el ataque del código no se dirige al sujeto como presupuesto negocial, sino al requisito de su capacidad.

Aquí se ha intentado cobijar bajo su directriz solamente a los casos de incapacidad absoluta regulados en el artículo 43 del Código Civil, es decir, a los casos de incapacidad absoluta de ejercicio (Taboada Córdova, 2002b, p. 108) por contraposición a la incapacidad relativa de ejercicio reservada para los casos de anulabilidad conforme al inciso 1 del artículo 221 del Código Civil.

---

(35) Un caso bastante sugerente es el de la hipoteca. Según la Casación N° 1276-01-Lima, como el artículo 1098 del Código Civil no sanciona con nulidad a la exigencia de que sea otorgada mediante escritura pública, ella constituiría solamente una formalidad *ad probationem*. En igual sentido tenemos a la Casación N° 1618-99-Lima.

(36) Para Eric Palacios (2002b, p. 150) estos artículos del Código Civil son contrarios al principio de legalidad de la invalidez, que consiste en que la ley es la única capaz de establecer alguna causal de nulidad y que las partes solo pueden configurar dentro de su autonomía privada causales de ineficacia en sentido estricto.

Al respecto se ha precisado jurisprudencialmente:

“(…) agente capaz, (…) es, que los sujetos que intervienen sean personas que gocen de lucidez mental que les permita discernir sobre los alcances de los actos que realicen”<sup>(37)</sup>.

El legislador ha ubicado como única excepción a este caso el artículo 1358 del Código Civil referido a la celebración de actos concluidos por incapaces en ejercicio (no privados de discernimiento) cuando se vinculen a actividades de su vida cotidiana<sup>(38)</sup>. Sin embargo, el profesor Aníbal Torres (2001a, p. 696) nos hace ver que las excepciones sobrepasan al supuesto regulado en el artículo 1358<sup>(39)</sup>, por lo que preferimos agregar la salvedad de las excepciones que la ley estipule, tal y como ha propuesto el indicado profesor.

Además de la incapacidad absoluta de ejercicio, como otro supuesto encontramos aquí a la incapacidad conocida como de derecho (vide Salvat, 1954, p. 715; Barassi, 1955, p. 178)<sup>(40)</sup> a la que llamamos **ilegitimidad negocial**. En este supuesto la ley misma impide que determinado sujeto celebre tal o cual negocio jurídico preestablecido.

Se ha dicho que la capacidad de derecho o legitimidad negocial aludiría a la posibilidad individual de que un sujeto capaz pueda generar una consecuencia jurídica en su esfera de libre disposición (Beltrán Pacheco, 2001, p. 5).

Aquí la prohibición, se caracteriza por estar individualizada, recayendo su efecto en un agente o en un grupo muy reducido. Por lo que no existe impedimento para que otro sujeto celebre el negocio, o para

---

(37) Expediente N° 2352-92-Lima.

(38) Es de hacer notar, como bien resalta Borda (ápuđ Castillo Freyre y Martín Horna, 2003, p. 5), que no se trata propiamente de “actos nulos pero tolerados”.

(39) Tenemos por ejemplo a los artículos 46, 229, 455, 457, 530, 557 y 646 del Código Civil.

(40) A criterio del profesor Jorge Beltrán (2001, p. 5) nuestro Código Civil no establece como condición de validez de un acto jurídico la legitimidad del sujeto, por lo que carecer de esta facultad no afectaría la estructura del negocio jurídico. Por esta misma razón es que propugnamos que esta legitimidad, al ser entendida como capacidad de derecho, podría ser incluida en el rubro bajo estudio.



que los sujetos impedidos celebren otros negocios, por eso Ferri (2002, p. 260) habla de incapacidad para adquirir.

Tenemos así, por ejemplo, que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de su propia sociedad conyugal<sup>(41)</sup>. También se tiene en este rubro los casos de impedimento de adquirir derechos reales por contrato por parte de ciertas autoridades políticas, así como por ciertos funcionarios o servidores públicos<sup>(42)</sup>.

Como se puede apreciar, en este supuesto el agente está facultado para celebrar cualquier otro acto jurídico, menos el que la ley le impide otorgar de modo específico (por motivo de sus cualidades o por la situación envolvente), razón por la cual se habla también de una falta de legitimación intersubjetiva como causal de invalidez (Moreyra García Sayán, 2005, pp. 326-327).

### **1.5. Imposibilidad, indeterminación o indeterminabilidad e ilicitud del objeto**

Respecto del objeto negocial, la primera causal de invalidez alude a la **imposibilidad del objeto**, la cual puede ser física o jurídica.

Entendiendo al objeto como la realidad susceptible de ingresar en la autorregulación privada (la que comprendería a la relación jurídica a crearse, y con ella a las prestaciones, a los bienes corporales e incorporales, los servicios y las abstenciones), la posibilidad requerirá la adecuación de cada una de ellas a las leyes naturales y a las leyes humanas.

Sabido es que para dar origen a la nulidad del negocio, la imposibilidad no ha de ser relativa sino absoluta (o cuando menos cuasiabsoluta), es decir, la imposibilidad debe ser para todos (o para casi todos) y no solo para el sujeto obligado.

---

(41) Si bien esta causal es explicable teóricamente, su falta de regulación expresa (legal o jurisprudencialmente) exigen ubicarla dentro de otro supuesto. Consideramos, así, que a falta de tratamiento de esta causal, fácilmente podría encajar en el caso de objeto jurídicamente imposible, esto partiendo del hecho de que se intenta establecer una relación jurídica prohibida legalmente. En un intento de distinta dirección, se podría, también ubicar en los casos de invalidez por contravención a normas legales imperativas.

(42) Ver el artículo 1366 del Código Civil.

Y, además de absoluta, tal imposibilidad ha de ser originaria, pues un acto jurídico cuyo objeto es posible inicialmente pero al cual le sobreviene una imposibilidad, es plenamente válido.

Para aclarar un poco el panorama es de resaltar que la imposibilidad física es originaria cuando existe al momento de la celebración del negocio jurídico. Respecto de ella misma se ha dicho que puede ser perpetua (caso en el cual no hay acto jurídico por falta de objeto) o temporal (como cuando en un acto jurídico se ha convenido que la obligación deba cumplirse cuando la prestación llegue a ser posible) (Torres Vásquez, 2001a, p. 231).

Esto nos conlleva a entender que la imposibilidad no solo es posible de clasificarse en absoluta y relativa, sino que entre ambas podría existir un estado intermedio de imposibilidad, al que hemos denominado imposibilidad cuasiabsoluta.

La imposibilidad absoluta hace referencia a la incapacidad de materialización del objeto para cualquier sujeto de derecho. Mientras que la imposibilidad relativa alude a la falta de existencia o realización del objeto por un agente concreto obligado. Así, existiría un estado intermedio concerniente a los supuestos en que el objeto del negocio es imposible de cumplir para un grupo importante de sujetos, pero que para otro tanto no lo es.

Por ejemplo, en nuestro país es difícil hablar del cumplimiento de una prestación referida a otorgar un viaje interestelar. Eso sería físicamente imposible para nosotros, pero podría no serlo para una realidad en donde estos viajes fuesen de regularidad continua.

Esta propuesta tendría su asidero en que la imposibilidad física es relativa en el tiempo, pues, debido a los vertiginosos avances científicos se hace pronto posible lo imposible (Torres Vásquez, 2001a, p. 231). Nosotros creemos que también la imposibilidad física es relativa en lo que refiere a espacio y lugar.

Nos puede ayudar la afirmación de que si antes de cumplida la condición o de vencido el plazo ha desaparecido la ilicitud por haberse suprimido la prohibición legal o por haber devenido moral lo que era inmoral,

no hay razón para que se afecte la validez del contrato (Torres Vásquez, 2001a, p. 237). Esto como se verá es pasible de presentarse en un determinado lugar, como sucedería, por ejemplo, con la emisión de una ordenanza local o regional; o cuando en una zona se supera la visión antiética de tal o cual conducta.

Así las cosas, se puede decir que la imposibilidad física puede apuntar a ser relativa en un tiempo o en un lugar. Es decir, aquello que hoy en día es imposible, mañana puede no serlo, como también aquello que es ilegal o inmoral, puede no dejar de serlo en un determinado lugar, pero sí en otro.

Adicionando un ejemplo, tenemos que es imposible físicamente, en la actualidad la entrega de una vacuna que cure la enfermedad del sida. Empero tal medicamento, en breve puede ser una realidad en cierta zona del planeta y no en otras, hasta que se dé su uso generalizado.

En fin, basta distinguir que la posibilidad física del objeto está dada por su factibilidad de realización con ajuste a las leyes naturales (Vidal Ramírez, 1999, p. 122), mientras que su posibilidad jurídica está referida a su conformidad con el ordenamiento jurídico (Vidal Ramírez, 1999, p. 122; Moreyra García Sayán, 2005, p. 120).

Por otro lado, tenemos que el **objeto** del acto jurídico, además de posible, debe ser **determinado** o, cuando menos, **determinable**. Al celebrar un acto se debe especificar la parte de la realidad que ingresa a formar parte de la norma negocial creada por los privados. Cuando no se tiene en claro cuál es el objeto del negocio jurídico, este no puede subsistir, por lo que acarrea su invalidez.

Lo contrario fomentaría inseguridad al momento de su verificación; pues, si recordamos, el acto jurídico genera normas entre los particulares, y tales normas deben contar con cierto grado de claridad para lograr su efectividad, pues, en caso contrario no habrá medio de exigir por parte del deudor prestación alguna (León Barandiarán, 1954, p. 329).

Por último, de modo similar al tratamiento de la causa, cuando la parte de la realidad integrada a una regulación (mediante la creación de normas negociales) contraviene a normas imperativas, a las buenas

costumbres o al orden público, el negocio adolecerá de invalidez (cf. Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 535; Torres Vásquez, 2001a, p. 697). Para Galgano (1992, p. 269) el objeto es ilícito cuando la cosa objeto del contrato sea el producto o el instrumento de actividades contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, como sucede, por ejemplo, con el caso de venta de estupefacientes.

### **1.6. Contravención de normas jurídicas imperativas, del orden público y de las buenas costumbres**

El acto jurídico ilícito ha sido entendido como aquel cuyo contenido transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (Messineo, 1986, p. 480), lo cual coincide más o menos con la redacción del artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil.

Y si la ilicitud del negocio se puede dar cuando se contraviene a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, sin embargo, solamente el caso de vulneración de normas jurídicas imperativas (legales, jurisprudenciales<sup>(43)</sup> o negociales) podrá ajustarse a los supuestos de invalidez propiamente jurídica del negocio<sup>(44)</sup>.

En tal sentido, una causal adicional de nulidad es la que alude a la contravención de normas jurídicas imperativas.

---

(43) En este supuesto se trata de contravenir el mandato originado en una autoridad que usualmente es un juzgador. Sin embargo, también es factible que este caso se presente con otro tipo de autoridades no necesariamente judiciales, como bien podría ser una autoridad administrativa, por lo que también estarían comprendidas.

Entiéndase, entonces, que utilizamos el vocablo jurisprudencia en un sentido amplísimo, no solo para abarcar los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada y a los actos administrativos firmes de última instancia (Torres Vásquez, 2001b, p. 468) sino también a los mandatos temporales emanados de una autoridad competente cuya eficacia sea latente y altere una situación o relación jurídica.

(44) Nosotros separamos los casos de invalidez en invalidez jurídica e invalidez socioética. Y dentro de las causales de invalidez jurídica tenemos a la invalidez por contravención a normas jurídicas imperativas, mientras que el otro apartado alude a la infracción del orden público o de las buenas costumbres (invalidez socioética) (vide Tantaleán Odar, 2010, p. 182 y ss.). Pero al hablar de invalidez por contravención a normas jurídicas imperativas, lo estamos haciendo en un sentido muy restringido. Ya que si, por ejemplo, un acto vulnera una norma consuetudinaria también debería ser considerado como inválido jurídicamente, pero nosotros preferimos ubicar tal supuesto en un caso de invalidez socioética. Esto se explica por cuanto no encontramos mejor denominación para este tipo de invalidez, o sea, para aquella invalidez por contravención, en donde se puedan insertar, además de las normas legales, otras normas jurídicas (como las jurisprudenciales o las convencionales) sin llegar a incluir a las normas consuetudinarias.

A diferencia de la causal de invalidez por mandato legal, en este caso la norma no establece expresamente la sanción de nulidad contra el acto (justamente por ello es conocida como nulidad implícita), cosa que sí sucede con la nulidad ordenada expresamente.

La siguiente causal de nulidad refiere el supuesto en que el acto jurídico contraviene al orden público. A estos actos se les puede llamar actos antisociales.

El acto jurídico no es válido más que con la condición de plegarse a las normas morales y sociales; ergo, la falta de esa condición dictada por el interés común se sanciona (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, 1960, p. 335). No basta, entonces, con un análisis netamente estructural para agotar el estudio de la invalidez negocial.

Y esto se explica porque la razón de ser de la nulidad de un acto jurídico es la de proteger de sus efectos dañosos a los sujetos. Por ello la nulidad debe preservarse no solo a los actos imperfectos en su origen, sino también a aquellos negocios que se conviertan en actos cuyos efectos o consecuencias constituyen franca y abierta ilicitud. O, en palabras del profesor Lohmann (1994, pp. 525-526) la nulidad debe ser una sanción que supervigile no solamente la construcción sino también la vida del negocio mismo<sup>(45)</sup>.

El negocio antisocial sería –tomando las frases del profesor Messineo (1986, p. 485)– aquel negocio contrario al orden público, es decir, cuando contenga una finalidad que se dirige contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que gozan de la característica de ser imperativos e inderogables.

Efectivamente, por orden público se ha entendido al conjunto de principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto coactivo.

---

(45) Por ejemplo, en el Derecho Administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un elemento suyo viciado o faltante (Anacleto Guerrero, 2004, p. 537).

Así, el orden público indicaría los principios de base de nuestro ordenamiento social (Espinoza Espinoza, 2005, p. 261).

Esta noción de orden público se va modificando continuamente, conforme a la evolución de la sociedad (Espinoza Espinoza, 2005, p. 261), toda vez que se trata de un concepto que varía de lugar en lugar y de época en época (Messineo, 1986, p. 487).

Messineo (1986, p. 487) nos ilustra con el ejemplo de la esclavitud que hoy en día es contraria al orden público, pero que estuvo en auge y constituía una institución lícita en pueblos civilizados de la antigüedad.

Ciertamente, cuando un negocio contraría el orden público, está amenazando un orden social, al que el Derecho debe resguardar. Por ello, es que el acto antisocial recae dentro del campo de los negocios ilícitos.

Por último, el codificador peruano ha dispuesto la nulidad del acto jurídico **contrario a las buenas costumbres**.

El concepto de costumbre a que se refiere el codificador en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil es a un hábito socialmente aceptado que merece anteponer el calificativo de “buena” por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada (Espinoza Espinoza, 2005, p. 279). Y aunque nuestro codificador ha preferido la utilización de la frase buenas costumbres, a fin de cuentas, el negocio que las objeta es denominado **inmoral** (pero haciendo hincapié en una inmoralidad colectiva, no abarcando la inmoralidad individual ni la religiosa).

En efecto, violentar a las buenas costumbres sería semejante a contravenir a la moral, debido a que la buena costumbre es la adecuación de la conducta a las reglas de la moral (Espinoza Espinoza, 2005, p. 279).

Con lo dicho, las buenas costumbres solo ejercen su función como factor negativo limitando la autonomía privada de las partes. El ordenamiento jurídico deniega el reconocimiento y con ello la coaccionabilidad a los negocios jurídicos que infringen gravemente la moral social reconocida por una gran parte de la comunidad jurídica (Larenz s.f., p. 599).

Para Flume (1998, p. 435) se violentan las *bonos mores* cuando se contradice las convicciones plasmadas en las buenas costumbres y el sentimiento de decoro de todos los que piensan equitativa y justamente. Refieren, así, un sano sentimiento popular.

Al respecto, no debe extrañarnos que el Derecho extienda su sanción a la moralidad, puesto que esta conforma una de las condiciones fundamentales e indispensables de la vida común, constituyendo así uno de los fines preservados por el Derecho (Vanni, 1923, p. 90).

### **1.7. Mandato legal**

En estricto, el presente supuesto no consiste exactamente en una causal de nulidad. Lo indicado no viene a ser sino una norma remisiva hacia otras en donde se haya estipulado expresamente a la nulidad como sanción. Se refiere entonces a los casos donde la sanción de nulidad fluye de modo textual o expreso en la redacción de algún precepto legal.

## **2. Causales de inexistencia negocial**

Con todo lo dicho líneas arriba y entendiendo que la categoría de la inexistencia es algo que tiene que ver con el supuesto de hecho y no con la consecuencia jurídica (Pasquau Liaño, 1997, p. 93), diremos que el acto jurídico inexistente se presentará cuando, efectivamente, esté ausente el negocio como tal.

En palabras de Sierra Pomares (s.f., p. 520) el acto inexistente sería aquel al que le falta un elemento esencial en su formación de modo que no se puede concebir el acto con la ausencia de aquel elemento.

Enneccerus (1950, p. 737) señala que la inexistencia significa que el negocio se celebró con carencia total de alguno o algunos de sus requisitos esenciales. Mientras tanto el supuesto de nulidad implica que el contrato cuenta con los requisitos esenciales, pero alguno de ellos adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a ley.

Zannoni (2000, p. 139) enseña que la inexistencia se da ante la carencia de algún requisito esencial o condición de existencia del negocio.

El punto para arribar a las causales de inexistencia nos lo facilita el profesor Robleda (1964, p. 53) quien narra que en el Derecho francés la inexistencia textual solamente fluía del artículo 146 del Codex y se refería al caso del matrimonio, pero de una lectura del artículo 1108 se podían deducir supuestos de inexistencia implícita para todo acto jurídico. Mejor dicho, para entender los supuestos de nulidad implícita se trabaja de modo negativo con los componentes del negocio.

Francisco Ocampo (1918, p. 14) enseñaba que los componentes cuya falta pueden ocasionar la inexistencia del acto son el consentimiento, el objeto, la causa, la solemnidad y los elementos llamados de definición.

Así, tomando lo dicho y recordando la estructura contemporánea del negocio jurídico, la invalidez se origina por causa de la carencia de algún requisito del acto jurídico (o por su contenido ilícito), mientras que la inexistencia se manifestará cuando nos enfrentemos ante una falta total de cuando menos uno de sus elementos o presupuestos. En otras palabras, si llegare a faltar o la voluntad, o la causa, o la forma solemne, o el sujeto, o el objeto, el negocio no será tal.

Al omitir algún elemento o presupuesto se le resta al acto jurídico un aspecto esencial que lo desnaturaliza abruptamente como tal, por lo que no es ya factible denominarlo siquiera negocio.

Recalcaremos, entonces, que la diferencia entre invalidez e inexistencia estriba en que en la invalidez falta uno de los requisitos de los componentes del acto, mientras que en la inexistencia falta uno de sus elementos o presupuestos. Ello sin perjuicio de que la invalidez pueda acontecer cuando el contenido del negocio sea ilícito (contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres).

Por tales consideraciones es que proclamamos con Borda (1991, p. 429) que es tiempo de que la inexistencia sea acogida formalmente por nuestro ordenamiento jurídico, y por ello también es que no compartimos del todo la afirmación de la Casación N° 879-2008-Arequipa (si bien acorde con nuestro ordenamiento vigente) donde se dijo que:

“La nulidad de un acto jurídico se configura por **ausencia** o violación de sus **presupuestos**, requisitos o **elementos**”.



Habiendo dicho que la inexistencia se producirá cuando se encuentre ausente uno de los elementos o presupuestos del acto jurídico, las causas serían las siguientes:

**CUADRO 2: CAUSALES DE INEXISTENCIA NEGOCIAL**

CAUSAL	SUPUESTOS	
Ausencia	Elementos	Voluntad
		Causa
		Forma solemne
	Presupuestos	Sujeto
		Objeto

### 2.1. Ausencia de voluntad

En este supuesto falta la voluntad del agente que debe crear el acto jurídico. Mientras que en el supuesto de invalidez, la voluntad existe pero está trastocada; en este caso ni siquiera hay voluntad manifestada.

El elemento primordial de un acto jurídico es la voluntad, un acto en el que no ha concurrido la voluntad no existe, no cabe decir que es nulo, puesto que solamente se puede nulificar aquello que existe (Virreira Flor, 1942, p. 53).

Es inexistente, entonces, el negocio cuando falta de una manera absoluta una manifestación de voluntad (De los Mozos ápod Morales Hervias 2005, 6). Sería inválido, en cambio, cuando exista tal manifestación de voluntad como fenómeno sensiblemente perceptible, pero no existe como acto entendido como intento dirigido a un resultado empírico (Díez-Picazo, 2002, p. 455).

Los supuestos de ausencia de voluntad refieren todos los casos en que no hay ni siquiera exteriorización de la volición y que, de modo más puntual, lo constituyen la **falta de consentimiento en los actos bilaterales, el silencio y las contraofertas sin aceptación**.

A modo de ejemplo tenemos el caso resuelto en el Expediente N° 650-96- Cusco:

“(…) los documentos privados de compraventa y contrato de aclaración (…) son fraguados ya que la referida transfiriente (sic) no los firmó o que en todo caso se trata de un abuso de firma en blanco (…) toda vez que Cristina Enríquez Saravia había perdido la capacidad y habilidad escritural”.

Otro claro caso lo constituye el supuesto del silencio que no implica manifestación de voluntad alguna a menos que la ley o el pacto le otorguen contenido:

“(…) el inciso segundo del artículo mil setecientos ocho del Código Civil ha sido interpretado erróneamente en la sentencia de vista, porque este contiene una sola excepción a la facultad de dar por concluido el contrato y es si el adquirente asumió la obligación de respetar el arrendamiento lo que no ha ocurrido en este caso; (…) también ha sido interpretado erróneamente el artículo ciento cuarentidós (sic) del Código Civil, porque el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado y para la circunstancia de la enajenación de un bien arrendado, **ni la ley le atribuye tal significado**, porque la única excepción que contempla es que el adquirente haya convenido en el respeto del arrendamiento, **ni tampoco existe convenio que le atribuya tal significado**<sup>7(46)</sup>.

Tenemos ahora otro claro ejemplo de silencio y, a su vez, de contraoferta sin aceptación. Aquí la demanda de otorgamiento de escritura de quien pretendía adquirir el bien se declara infundada ya que se había aceptado una oferta pero comprometiéndose al pago en moneda nacional en una fecha determinada unilateralmente por él y no al tipo de cambio del día de pago. En este caso el silencio del vendedor no equivale a voluntad, pues estamos ante una contraoferta no aceptada:

“El silencio no importa manifestación de voluntad. Cuando a una oferta sigue una aceptación pura y simple, existe consentimiento.

---

(46) Casación N° 937-95-Lima.

Pero si se responde a la oferta con una contraoferta y frente a esta el declarante original guarda silencio, no hay consentimiento<sup>(47)</sup>.

Por lo dicho, sabiendo que según el artículo 142 del Código Civil no le atribuye contenido al silencio a menos que las partes o la ley así lo hicieren, cuando un dispositivo normativo prescriba el significado del silencio –aun cuando el sujeto se hubiere mantenido en inercia– no estaremos ante un supuesto de ausencia de voluntad, sino ante una voluntad presumida por la propia ley:

“El artículo doscientos veinte y siete (sic) citado de **la Ley N° 26702 establece de manera expresa** que en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas (sic), **se presume de pleno derecho el consentimiento de la cónyuge del titular de la cuentas**; que en el tal (sic) sentido, el consentimiento presunto que la ley le imputa del titular al cónyuge del titular de una cuenta corriente (...) no importa el ejercicio abusivo del derecho, sino por el contrario el sometimiento al orden legal establecido (...).”

## 2.2. Ausencia de causa

El supuesto de falta de causa se ubica dentro de un supuesto de inexistencia negocial (Espinoza Espinoza, 2008b, p. 50; De Castro y Bravo, 1991, p. 464). La falta de causa determina la inexistencia porque el contrato no produce efecto alguno (Manresa y Navarro, 1907, p. 771). La carencia de causa determina, por regla general, la inexistencia, tanto del negocio jurídico ínter vivos como del testamento (Barassi, 1955, p. 184).

Es evidente entonces que es distinto un supuesto de causa ilícita de un supuesto de ausencia de causa. En la Casación N° 1011-97-Lima se intentó una aproximación al respecto. Se trata de la nulidad de un título valor que:

“(...) la ley cartular la trata (...) como obligaciones carentes de causa”.

---

(47) Expediente N° 158-91-Ica.

Por ello se sentencia:

“(…) en ningún caso, la ley sanciona dicho acto con nulidad por causa ilícita, puesto que lo contrario significaría **equiparar indebidamente** los efectos de un **negocio jurídico sin validez por causa ilícita, con otro negocio en el que la causa** (el crédito o la relación sustancia) no existe y queda (sic) lugar a la figura de enriquecimiento sin causa”.

Bajo esta causal encontramos los supuestos de voluntad expresadas con ánimo de jactancia o con ánimo irascible, además de la ausencia de causa propiamente dicha.

Partimos con las declaraciones hechas *jocandi causa* o declaraciones hechas en broma, que son las que el sujeto realiza con fines teatrales, de jactancia, didácticos o *docenci causa*, de cortesía o forma o loci causa (vide Chiauzzi, 1979, p. 28) o en broma, propiamente dicha (Scognamiglio, 2004, p. 439; Palacios Martínez, 2002a, p. 251).

Y decimos que no hay causa por cuanto el agente que emite la declaración no cuenta con motivación que lo empuje a hacer tal cosa. Mejor dicho, el sujeto no pretende quedar ligado con la voluntad manifestada, pese a que sabe perfectamente lo que está diciendo. Por ello, no compartimos la postura de que el caso de manifestación de voluntad con *animus jocandi* sea un supuesto de incongruente voluntad, menos aún, de falta de manifestación de voluntad<sup>(48)</sup>.

Pero también se ha asimilado a las declaraciones con ánimo de broma con las manifestaciones *ab iratio*, es decir, aquellas pronunciadas con ánimo irascible en un momento de arrebató. Nuevamente ubicamos este supuesto en un caso en ausencia de causa, salvando así el inconveniente de considerar este hecho en un hipotético de ausencia de voluntad, máxime si se ha dicho que ante una manifestación airada si existe

---

(48) Lizardo Taboada (2002b, p. 107) nos afirma que las declaraciones hechas en broma consisten un verdadero caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Para él, la nulidad se impone por el solo hecho de que existe conciencia de que no se está declarando una verdadera voluntad de celebrar un acto jurídico.

voluntad, toda vez que la ira propiamente no excluye la voluntad (Barassi, 1955, p. 176).

Finalmente, tenemos los casos **propriamente de ausencia de causa**, que aunque difíciles de materializarse, pueden ser factibles de serlo. Como ejemplos en la doctrina podemos encontrar el caso de adquisición de un bien que ya se encontraba bajo la titularidad del adquirente, o también el supuesto de un contrato sinalagmático cuando en la operación económica ideada por los contrayentes no existe una equivalencia entre las prestaciones. Y también tenemos el caso de prestaciones alimenticias al cónyuge como compensación por el afecto y asistencia recibidos, cuando en realidad ello corresponde por mandato legal (vide Espinoza Espinoza, 2008b, p. 49). También está el negocio atípico que se pretende gratuito cuando no media ánimo de liberalidad o del que se pretende remuneratorio cuando no hay servicio que remunerar (De Castro y Bravo 1991, p. 464).

### 2.3. Ausencia de forma solemne

Sabiendo que la forma es entendida como una *conditio iuris* para obtener los efectos jurídicos esperados (Robleda, 1964, p. 39), y siendo la forma solemne un elemento de algunos (no pocos) actos jurídicos, esta causal solamente será factible de utilización en los mismos casos de la invalidez, o sea, cuando la forma sea requerida imperativamente.

Si recordamos, la causal de invalidez refiere a la ausencia de un requisito, que para el caso sería propiamente la inobservancia de la forma solemne prescrita.

Pero la tarea de separar la inobservancia (como requisito) de la forma solemne (como elemento) se convierte en una labor titánica.

Borda (1991, p. 427) nos da una pauta para iniciar esta senda. Para él, la falta de forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar al acto inexistente, pues recordemos que también se cuenta con las obligaciones naturales que en muchos casos proceden de negocios en los que falta las solemnidades que la ley exige para la producción de efectos.

Por lo tanto, para hablar de inexistencia por la causal de ausencia de forma se hace necesario caminar con mucho tacto en un terreno casi inaccesible.

Un ejemplo para diferenciar la inobservancia de la forma (como causal de invalidez) de la ausencia de forma (como causal de inexistencia) nos lo puede brindar el derecho sucesorio. Un requisito esencial a todos los testamentos —como actos jurídicos— es el referido a la forma escrita<sup>(49)</sup>. Si un testamento escrito no reúne las demás formas exigidas para el tipo pertinente, el testamento será inválido. Así, por ejemplo, si estamos ante un testamento autógrafo u ológrafo, en el caso de no estar totalmente redactado de puño y letra del testador, ese testamento deviene en inválido. Este sería un supuesto de inobservancia de la forma. Pero cuando estemos ante un testamento elaborado, por ejemplo, verbalmente o contenido en un vídeo, tal testamento se debe tener como inexistente por la ausencia de la forma mínima requerida (cf. Santoro Passarelli, 1964, p. 296; Scognamiglio, 2004, p. 441).

Esta causal sería factible de materialización también en los casos en que se trate de actos solemnes en donde se requiera la participación de un agente calificado, que no se limite a dar fe de lo celebrado (como sería con la labor de un notario o un fedatario), sino donde la participación del tercero involucra su forma.

Ciertamente, desde un inicio en el Derecho francés, cuando el acto requería la participación de un oficial, la ausencia de este implicaba la inexistencia del acto (Robleda, 1964, p. 51).

Así, tenemos el caso de un matrimonio, en donde la participación de la autoridad es determinante para la correcta celebración de las nupcias. Por ello, si dos jóvenes se casan “para ellos mismos”, tal acto no es inválido sino que deviene totalmente en inexistente, pues no se cuenta con la participación de la autoridad que acredita el revestimiento de la forma.

Salvat (1954, p. 711) parece darnos la razón al respecto cuando enseña que un ejemplo de acto inexistente será el supuesto en donde se

---

(49) El artículo 695 del Código Civil recoge este requerimiento.

necesite la intervención de un oficial público que integra con su actuación el acto jurídico. Para el profesor argentino, en este caso la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto.

Borda (1991, p. 428) asiente cuando expresa que en algunos casos la formalidad exige la participación de un oficial público que no se limita a dar fe de lo que ocurrió, sino que integra con su actuación el acto. Y coloca como ejemplo el supuesto de una adopción hecha por un procedimiento distinto al fijado por la ley. De igual opinión son Ripert y Boulanger (1964, p. 441) y Palacios Martínez (2002a, p. 251).

#### 2.4. Ausencia de sujeto

Los casos de ausencia de sujeto podrían llegar a confundirse con los casos de ausencia de voluntad, puesto que al no haber sujeto, tampoco habrá manifestación de voluntad. Ello se refleja en la Casación N° 2736-03-Puno:

“(…) acto jurídico que se encuentra incurso en las causas de nulidad previstas en los incisos primero y tercero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, por **adolecer de la manifestación de voluntad de la vendedora (la huella que imprimió en el documento –por ser iletrada– sería falsa)**”.

Lo mismo acontece en el Expediente N° 405-96-Ica Sala Suprema:

“Si por medio de la prueba instrumental y pericial no se ha podido determinar que el contrato privado de prensa de venta sea auténtico, puesto que **respecto a la firma del vendedor existen dictámenes periciales contradictorios** y, además, los supuestos adquirentes no han probado haber pagado el precio del inmueble, ello supone que el contrato no ha sido suscrito por el vendedor y, por ende, **no existe consentimiento** de su parte para transferir el inmueble sublitis (...)”.

Y en el Expediente N° 825-96-Huaraz:

“Habiéndose demostrado que la **firma-rúbrica** puesta en el contrato materia de nulidad **no corresponde a la actora**, la ilicitud

de este hecho no puede generar un acto jurídico válido y con consecuencias jurídicas; por consiguiente, el acto jurídico es nulo”.

No obstante, el filtro separador de estas dos causales se encontraría en que, mientras en la ausencia de voluntad el sujeto idóneo para manifestarla sí existe y se encuentra presente en el “ámbito de radiación” –por decirlo de algún modo– del negocio; en la ausencia de sujeto, el agente se halla fuera de esta esfera de influencia, por lo que es totalmente ajeno a la celebración del acto jurídico.

En la ausencia de voluntad el sujeto podría manifestar su consentimiento pero no lo hace, en cambio en la ausencia de sujeto, es imposible que el agente declare algo, debido a su total ajenidad a la celebración del negocio.

La ausencia de un sujeto sería factible cuando un sujeto inexistente hace una declaración de voluntad generadora de relaciones jurídicas (Torres Vásquez, 2001a, p. 696). Estos supuestos son frecuentes de materialización en sede virtual.

Un ejemplo recurrente en nuestro medio, se da cuando un falsificador celebra contratos con diversos sujetos, disponiendo, verbigracia, de bienes de un sujeto cualquiera. Como el falsificador se ha hecho pasar por el titular del derecho a transmitir, en realidad jamás ha habido una manifestación de voluntad del agente real o sea de quien estaba en posibilidad de celebrar ese negocio jurídico.

Los contratos supuestos o falsos son un claro ejemplo de inexistencia negocial, como, verbigracia, cuando se invoca un poder aparente<sup>(50)</sup>

---

(50) Al respecto haremos una aclaración. Como nuestro Código Civil permite la venta de bienes ajenos (1409, inciso 2), no sería inexistente el caso en que un sujeto venda los bienes de otro. Pero el supuesto que estamos proponiendo es distinto, ya que en él, el falsificador al hacerse pasar por el verdadero propietario impide que haya una manifestación de voluntad del sujeto (o sujetos) que la ley permite que pueden emitir tal declaración. Cuando se venden bienes ajenos se puede dar a conocer que el bien es ajeno o callar tal estado. Pero si uno vende un bien ajeno como si fuera propio se incurre en el delito de estelionato, lo cual, en el plano negocial, en estricto, confirma un caso de ausencia de voluntad. Insistimos, preliminarmente si alguien vende un bien que no le pertenece, el contrato es válido, luego se verá si las prestaciones son o no ejecutables. Recordemos que para que el objeto sea imposible jurídicamente se requiere de una imposibilidad absoluta (o cuando menos cuasiabsoluta).



(Zannoni, 2000, p. 144; Manresa y Navarro, 1907, p. 770; Sergio Lezcano, 2009, p. 54). Y aunque al no haber manifestación de voluntad alguna, este caso podría encasillarse en la causal de ausencia de voluntad, en estricto, creemos que tal voluntad no se materializa debido a que, en puridad de términos, no existe el sujeto idóneo para manifestar tal declaración.

Un fallo nacional va en esa dirección:

“Si por medio de la prueba instrumental y pericial no se ha podido determinar que el contrato privado de promesa de venta sea auténtico, puesto que respecto a la firma del vendedor existen dictámenes periciales contradictorios (...), ello supone que **el contrato no ha sido suscrito por el vendedor** y, por ende, no existe consentimiento de su parte para transferir el inmueble sub-litis (...)”<sup>(51)</sup>.

## 2.5. Ausencia de objeto

La carencia absoluta de objeto negocial es también un supuesto claro de negocio inexistente (De los Mozos apud Morales Hervias, 2005, p. 6).

Al igual que en los casos anteriores, llegar a ubicar un negocio jurídico que carezca de objeto, es decir, que no cuente con realidad regulada, o con prestación establecida, o con relación jurídica institucionalizada, se torna en un ejercicio espinoso.

El profesor García Amigo (1979, p. 859) nos cita hasta dos fallos españoles similares (del 22/03/1924 y del 22/03/1974) donde por ausencia de objeto se declara inexistente (y no nulo) el negocio jurídico.

Así, estos ejemplos tratan de contratos donde se hacía figurar una finca que realmente no existía. Habida cuenta que quien la transmitía no pudo demostrar su existencia –y, por ende, su titularidad– tuvo acogida la declaración de inexistencia.

---

(51) Expediente N° 405-96-Sala Civil Suprema-Ica.

En fin, como ejemplos últimos Zannoni (2000, pp. 144-145) cita los casos en que una de las partes alude a un bien distinto al que se refiere su contratante. Igual será la situación en el caso de una divergencia sustancial en cuanto al contenido de la voluntad negocial, como cuando alguien dice vender y el otro dice arrendar.

## CAPÍTULO III

# Acerca de la equiparación de la nulidad absoluta y relativa con la nulidad y la anulabilidad

### I. LA EQUIPARACIÓN ENTRE INSTITUCIONES

---

Entre nosotros es común equiparar, de un lado, a la nulidad absoluta con la nulidad propiamente dicha y, de otro lado, a la nulidad relativa con la anulabilidad.

En sentido estricto, nuestro codificador no utilizó las voces nulidad relativa, ni nulidad absoluta; únicamente recurrió a las voces nulidad y anulabilidad.

No obstante, en la exposición de motivos se dice que nuestro codificador asumió como parte de nuestra codificación la nulidad absoluta y la relativa, asimilándolas con la nulidad y la anulabilidad, respectivamente (Vidal Ramírez, 1985, pp. 330 y 332).

En la Casación N° 440-2003-Lima se evaluaba la nulidad y se resolvió sobre nulidad absoluta:

“(…) declarar la **nulidad** del acto jurídico de hipoteca (...) de los considerandos precedentes no se advierte una **nulidad absoluta** del contrato de hipoteca”.

En otro fallo también se entremezclan las voces de nulidad y nulidad absoluta:

“(…) que, siendo ello así, la disposición que realiza el único heredero (…) adolece de **nulidad absoluta**, estando a lo expresamente disciplinado por el inciso 1 del artículo 140 del Código Civil, (…) que, así mismo la **nulidad** de los actos jurídicos mencionados en la incoada también debe ampararse al corroborarse la falta de manifestación de voluntad de todos los copropietarios en la transferencia del bien, omitiéndose lo establecido en el inciso 1 del artículo 971 del Código Sustantivo: que de igual forma tanto las escrituras públicas como los asientos registrales que contienen dichos actos jurídicos devienen en nulas al contener un acto jurídico **nulo**”<sup>(1)</sup>.

Igualmente en la Casación N° 2514-97-Ica también se habla indistintamente de ambas figuras:

“La recurrida hace alusión al artículo doscientos diecinueve del Código Civil, que prevé la **nulidad absoluta** del acto jurídico, **nulidad** que opera de pleno derecho, porque importa la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos”<sup>(2)</sup>.

Algo similar ocurre en la Casación N° 1479-2000-Lambayeque:

“Aun cuando el acto celebrado hubiera podido tener error por defecto en la denominación (…) no podríamos considerar que haya existido **nulidad absoluta**”.

En la Casación N° 1864-00-San Román se puede leer:

“Como se advierte del sentido del artículo doscientos veinte segundo párrafo del Código Civil no se comete ninguna infracción del principio de congruencia procesal previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, trata de una excepción del principio dispositivo ya que el Juzgador está facultado para apartarse de este principio por el cual las partes definen el objeto de la pretensión y **declarar la nulidad**

---

(1) Expediente N° 4138-2000.

(2) Casación N° 2514-97-Ica.

**de un acto nulo ipso iure (nulidad absoluta)** que no fue impedido por aquellas, independientemente de la vía procedimental de los procesos de cognición, (conocimiento, abreviado o sumarísimo)”.

En la Casación N° 2792-2000-Lambayeque se afirma lo siguiente:

“Aquellas afectadas por causa originaria o intrínseca al momento de la celebración o formación del acto, cuyos elementos constitutivos están previstos en el artículo doscientos diecinueve del Código Civil; ineficacia sustentada en el principio de legalidad, por lo que opera la **nulidad ipso iure o absoluta**”.

En la Casación N° 3030-2000-Apurímac esta equiparación se nota con mucha mayor claridad:

“Dirige su comentario a destacar la diferencia que existe entre **la nulidad** del acto jurídico y la anulabilidad del mismo **o sea entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa**; pretensiones demandadas simultáneamente, no obstante que son contradictorias entre sí”.

En la Casación N° 1201-2002-Moquegua también se equipara a la nulidad con la nulidad absoluta:

“En cuanto al inciso 5 del artículo 219 del Código Civil, referida (sic) a la causal de **nulidad** por simulación absoluta (...) opera la **nulidad ipso iure o absoluta**”.

Lo mismo acontece en la Casación N° 2239-2002-Arequipa:

“Que, estando a lo expuesto se advierte la falta de cumplimiento a la formalidad esencial del testamento otorgado en escritura pública (...) en el testamento por escritura pública aparte de la voluntad del testador se requiere (sic) necesariamente la concurrencia de requisitos que se hallan establecidos taxativamente en la ley, los que en caso de no cumplirse **acarrear la nulidad absoluta del acto mismo**”.

Igualmente en la Casación N° 3096-02 se precisa:

“(…) el demandante solicita la **nulidad absoluta** del testamento otorgado mediante escritura pública”.

En la Casación N° 3006-2007-Lima se dijo:

“(…) la **nulidad absoluta** de acto jurídico a que se refiere el artículo doscientos diecinueve puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público”.

Y en la Casación N° 4157-2007-Cusco también se llega a esta conclusión, si bien, se utiliza la voz invalidez:

“La **nulidad** de un acto jurídico (**invalidez absoluta**) es la figura más extrema, y viene a ser la respuesta negativa del ordenamiento jurídico contra la autorregulación de interés (sic) privados que la contravenga, restándole el efecto vinculante del que gozaría”.

Al igual que en la Casación N° 3029-2001-Cusco:

“La **nulidad** de un acto jurídico (invalidez absoluta) viene a ser la respuesta negativa del ordenamiento jurídico contra la autorregulación de interés (sic) privados que la contravenga”.

En resumen, para nosotros la nulidad equivale a la nulidad absoluta, y la anulabilidad equivale a la nulidad relativa.

## II. NULIDAD Y ANULABILIDAD

---

Por nulidad se entiende a la sanción privativa de efectos que opera de pleno derecho, mientras que por anulabilidad se concibe a la privación de efectos pero que acontece mediante una declaración judicial de por medio. Por ello, la diferencia esencial existente entre nulidad y anulabilidad radica en que la primera operaría *ope legis* –por eso se lo considera inexistente– mientras que la segunda acontecería *ope iudicis* –por ello gozaría de alguna eficacia provisional–.

A lo dicho se puede añadir que el defecto en el caso de la nulidad es severo, mientras que en el hipotético de la anulabilidad el vicio es menor y no de tanta gravedad, razón por la cual el acto surte efectos mientras no se lo reduzca totalmente.

Nuestro Código Civil labora con estas dos nociones de nulidad como se puede apreciar de los artículos 219 y 221 de dicho cuerpo normativo.

### **III. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA**

---

En puridad, la nulidad absoluta es la que tiende a proteger intereses de orden público, razón por la cual puede ser intentada por un número amplio de sujetos, entre los que se cuentan, incluso, al representante del Ministerio Público; mientras que la que se concede en favor de ciertas personas o intereses privados, sobre todo de aquellos a quienes la ley ha reservado la acción, sería la nulidad relativa (León Barandiarán, 1954, p. 324; Orgaz, 1948, p. 49; Borda, 1991, p. 414)<sup>(3)</sup>.

Ergo, se denomina absoluta porque la posibilidad de ejercicio de la nulidad está abierta a una gran cantidad de sujetos, incluyendo al representante del Ministerio Público y hasta el mismo juzgador cuando sea manifiesta. Y se denomina relativa por cuanto la facultad de accionar la nulidad está reservada para un número muy reducido de sujetos: usualmente las propias partes y, excepcionalmente, un tercero perjudicado.

Entonces, la diferencia esencial entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa depende del número de personas que se encuentran protegidas y legitimadas para ejercitar la acción (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud 1960, p. 350).

---

(3) La noción de nulidad relativa sería un contrasentido, pues los negocios jurídicos no pueden ser válidos para unos y nulos para otros. Si efectivamente concebimos a la nulidad como equivalente a la invalidez, o sea, como un estado del acto, el negocio o vale o no vale, no puede haber opción intermedia. En el Código Civil chileno en sus artículos 1681 y 1682 se prescribe que la nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay, asimismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Entre tanto el artículo 1724 del Código ecuatoriano divide también las nulidades en absolutas o relativas.

#### IV. LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

---

En el Derecho argentino –fieles al significado filológico de la voz nulidad– se diferencia la nulidad de la anulabilidad por el nivel de evidencia del vicio que aqueja al negocio. Por eso es que se habla de vicio (o nulidad) manifiesto o no manifiesto.

Se entiende por nulidad manifiesta aquella en donde es factible hablar de una visibilidad del vicio, mientras que la nulidad no manifiesta opera cuando el vicio está oculto<sup>(4)</sup>.

El profesor Mosset de Espanés (1980, p. 2) afirma que la distinción entre los actos “nulos” y “anulables” atiende a circunstancias externas, y se vincula con la forma en que el vicio se presente a la vista de un tercero. Así, cuando no se requiere previa investigación judicial para advertir los efectos que existían a la época de formarse el acto, estaremos ante una nulidad manifiesta, o sea un acto nulo; en cambio, cuando la determinación de la existencia o no del vicio depende un pronunciamiento judicial, diremos que el acto es “anulable”.

En un fallo chileno se afirmó que manifiesto es el vicio que se encuentre en el instrumento mismo del acto o contrato ineficaz, y no que resulte de la relación que pueda haber entre ese instrumento y otros elementos probatorios<sup>(5)</sup>.

En la codificación de Vélez se asemejan la nulidad manifiesta con la nulidad propiamente dicha, y la nulidad no manifiesta con la anulabilidad (vide Borda, 1991, p. 422).

En una palabra, cuando en el Derecho argentino se habla de nulidad, se alude a que el vicio es de fácil verificación por el juzgador, sin necesidad de una investigación exhaustiva.

---

(4) Ver el artículo 1038 del Código Civil argentino. Cf. Mosset Iturraspe, 1961, p. 229; Neppi, 1947, p. 333; Borda, 1991, p. 413; Abelenda, 1980, p. 431; Zannoni, 2000, pp. 170-171. Vid. De Castro y Bravo, 1991, p. 474.

(5) JA T. 1948 I p. 3 - Chile.



Zannoni (2000, p. 212) señala que lo manifiesto no quiere decir que el vicio resulte del mismo instrumento material que contiene el negocio, sino que, más bien, significa que aparece manifiesto para el juzgador con objetividad, sin que sea menester, de su parte, valoración de hechos o un control de mérito de circunstancias alegadas.

Por ejemplo, en un contrato celebrado por un incapaz absoluto, al juzgador le bastará verificar si el otorgante contaba o no con menos de 16 años. Algo similar acontece cuando se habla de la bigamia, donde bastaría revisar si el supuesto bígamo, efectivamente, está casado para decretar la nulidad del subsiguiente matrimonio.

En cambio, cuando se habla de anulabilidad, se alude al hecho de que el vicio está oculto y exige, por parte del juzgador, una evaluación profunda de los hechos. Aquí los ejemplos son diversos, como el caso en que se aduce fin ilícito, donde el juzgador, para llegar a dar con la causa ilícita, deberá realizar una investigación exhaustiva, a fin de declarar la nulidad<sup>(6)</sup>. Algo similar sucede con las simulaciones que no son de fácil comprobación judicial, sino que requieren de una investigación detallada por parte del magistrado para detectar la causal.

Mientras que la distinción entre actos nulos y anulables se basa en circunstancias externas, la distinción entre nulidad absoluta y relativa se funda en un aspecto de mayor importancia como es la naturaleza del vicio que afecta al acto, de tal modo que la nulidad absoluta atenta contra el orden público, pero cuando la sanción es instituida solamente en defensa de intereses privados, la nulidad será relativa (Moisset de Españés, 1980, p. 2).

Es por esta razón que la redacción del artículo 1058 bis del Código argentino parece ininteligible, sin embargo, luego de la explicación dada es posible su comprensión:

**La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.**

---

(6) Obviamente, es más sencillo entender el ejemplo si es que laboramos con la noción subjetiva de la causa negocial.

## V. LA CONFUSIÓN DE LA EQUIPARACIÓN DE DIVISIONES DISTINTAS

---

En la exposición de motivos de nuestro Código Civil de 1984 se dice que el Código Civil de 1936 –antecedente directo de nuestra vigente ley– tuvo una acentuada inspiración en la obra de Vélez Sarsfield, es decir, del Código Civil argentino (Vidal Ramírez, 1985, p. 274).

Sabido es que el antecedente directo de nuestro vigente Código Civil es el Código Civil de 1936. Y aunque suene un tanto extraño, el sistema del acto jurídico adoptado por el citado código –de 1936– no es el sistema del negocio jurídico de la doctrina alemana, ni tampoco lo es el sistema del acto jurídico de la doctrina francesa, sino, fundamentalmente el sistema que desarrolló el Código argentino redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y vigente desde 1871 (Vidal Ramírez, 1985, p. 275).

Ya dijimos que se tiene a la nulidad y a la anulabilidad por un lado, y la nulidad absoluta y a la nulidad relativa, por otro, equiparadas respectivamente en nuestro sistema.

Ad empero, en puridad se trata de dos divisiones distintas de las nulidades. Y ello proviene del Derecho argentino, más exactamente, del Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield. O sea, por un lado tenemos a la nulidad y a la anulabilidad, y por otro, a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa.

Como ya se vio, para el Derecho argentino la nulidad manifiesta equivale a la nulidad, y la nulidad no manifiesta equivale a la anulabilidad. Para ellos el basamento de la distinción entre nulidad y anulabilidad sobre la visibilidad del vicio cuenta con un fundamento histórico: la propuesta esbozada por Teixeira de Freitas (vide Mosset Iturraspe, 1961, p. 230; Bibiloni, 1929, p. 187; Zannoni, 2000, p. 164).

En efecto, Alfredo Orgaz (1948, p. 48) enseña que conforme al Esbozo de Freitas el acto nulo se llama de nulidad manifiesta, y el acto anulable se conoce como de nulidad dependiente de juzgamiento. Por eso, la clasificación entre nulidad y anulabilidad difiere de la clasificación entre nulidad absoluta y nulidad relativa (cfr. Garibotto, 1991, pp. 294-295; Zannoni, 2000, pp. 164-165).

Es por ello que como se trata de dos divisiones distintas es posible arribar hasta a cuatro variantes distintas de nulidades, si las combinamos, tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

**CUADRO 3: POSIBILIDADES COMBINATORIAS DE LA NULIDAD**

Legitimidad Evidencia del vicio	Nulidad absoluta (recurrible por cualquier sujeto)	Nulidad relativa (recurrible solo por deter- minados sujetos)
Nulidad (vicio manifiesto)	Nulidad con nulidad abso- luta (vicio manifiesto recurri- ble por cualquier sujeto)	Nulidad con nulidad rela- tiva (vicio manifiesto recurri- ble por determinados suje- tos)
Anulabilidad (vicio no manifies- to)	Anulabilidad con nulidad absoluta (vicio no manifiesto recu- rrible por cualquier sujeto)	Anulabilidad con nulidad relativa (vicio no manifiesto recu- rrible por determinados sujetos)

Sabiendo, entonces, que hay cuatro tipos de nulidades, desde la perspectiva del código de Vélez, intentaremos proponer algunos ejemplos, al respecto.

- Un caso de **nulidad** (vicio manifiesto) con nulidad absoluta (que contraviene intereses públicos) sería, por ejemplo, el de la venta de un parque público. El vicio que aqueja el negocio es evidente por la imposibilidad jurídica del objeto, y como afecta intereses públicos, podría ser recurrible por un amplio espectro de sujetos.
- Un caso de **nulidad** (vicio manifiesto) pero con nulidad relativa (que solo contraviene intereses privados) es el del negocio celebrado por un incapaz relativo (Orgaz, 1948, p. 51). El vicio es evidente pero no puede recurrirlo cualquier sujeto<sup>(7)</sup>.

(7) El supuesto diferenciador de la nulidad con nulidad absoluta (vicio manifiesto recurrible por cualquiera) de la nulidad con nulidad relativa (vicio manifiesto recurrible solo por algún sujeto) lo tenemos claramente establecido para el caso peruano en materia de nulidades matrimoniales. La Casación N° 2220-2005-Puno es bastante elocuente al respecto: (...) las causales (sic) nulidad contempladas en el artículo doscientos setenticuatro (sic) incisos primero, segundo y tercero (...), solo pueden hacerse valer por los mismos cónyuges (...) las otras causales de nulidad previstas en

- Un caso de **anulabilidad** (vicio no manifiesto) pero con nulidad absoluta (que contraviene intereses públicos) sería el caso de una incapacidad de derecho, que requiere de investigación previa para su declaración (Orgaz, 1948, pp. 51-52), pero que puede ser recurrible por cualquier sujeto. La incapacidad de derecho alude a que la ley misma impide que determinado sujeto celebre tal o cual negocio jurídico preestablecido. Esta prohibición, se caracteriza por estar individualizada, recayendo su efecto en un agente o en un grupo muy reducido. Por lo que no existe impedimento para que otro sujeto celebre el negocio o que el propio agente cuestionado realice otros negocios<sup>(8)</sup>.
- Otro ejemplo sería el caso de un negocio con objeto prohibido cuya ilicitud requiera de una investigación de hecho (Salvat 1954, p. 745).
- Finalmente, un caso de anulabilidad (vicio no manifiesto) con nulidad relativa (que contraviene únicamente intereses privados) sería el supuesto de un negocio celebrado con un vicio de la voluntad, como sería la intimidación. El vicio hay que verificarlo con pruebas, pero solamente podrá ser recurrible por el perjudicado, es decir, por el intimidado.

## VI. EL POSIBLE ORIGEN DEL ERROR DE ESTA EQUIPARACIÓN

---

Si recordamos, en el antiguo Derecho alemán se consolidaba la diferencia entre nulidad e impugnabilidad o anulabilidad. Así, Savigny (ápuđ Pasquau Liaño, 1997, p. 53) afirmaba que el acto nulo no existe jurídicamente, mientras que el acto anulable o vulnerable existiría cuando la nulidad dependiese de la voluntad de una persona determinada. En tal sentido, fue Savigny quien utilizó el nomen de nulidad relativa para referirse al acto vulnerable o anulable. Pero, como es evidente, la relatividad

---

el citado artículo doscientos setenticuatro, (sic) pueden ser alegadas por los cónyuges, herederos, el Ministerio Público y por cualquier persona con interés legítimo y actual.

(8) Como ejemplo de incapacidad de derecho tenemos los supuestos del artículo 1366 del Código Civil.

aludía únicamente a que los sujetos que podían impugnar el acto eran unos cuantos predeterminados.

Producto de ello es que surge el desacierto que repercute hasta nuestros días, consistente en equiparar simplistamente la nulidad con la denominada nulidad absoluta, y la anulabilidad con la llamada nulidad relativa<sup>(9)</sup>. Es por ello que posteriormente, en el Derecho alemán, se dijo que el negocio impugnado o anulable no era nulo relativamente, sino que era válido mientras no se lo impugnase, razón por la cual se descartó dicha expresión –la de nulidad relativa– para este supuesto (Pasquau Liaño, 1997, p. 53).

Es verdad que ambas clasificaciones coinciden a menudo, pero ello obedece a un evento accidental y no lógico (Orgaz, 1948, p. 51). La nulidad propiamente dicha podría ser absoluta o relativa sin tener una exacta correlación con la anulabilidad (cf. Zannoni, 2000, p. 158; Palacios Martínez, 2002, p. 269 y ss.).

Este yerro, como se ha venido diciendo, se asentó en nuestro Derecho cuando el legislador trabajó con las nociones de nulidad y anulabilidad, y en la propia exposición de motivos se las equiparó simplistamente con la nulidad absoluta y con la nulidad relativa, respectivamente.

Desde antes de la dación del Código Civil peruano vigente, el profesor Ángel Gustavo Cornejo (1937, p. 309) había avizorado esta inconveniencia cuando dio a conocer el error de equiparación entre dos sistemas independientes. Él afirmaba que claramente una división aludía a la nulidad absoluta (protege el interés público) y a la nulidad relativa (concedida en favor de ciertas personas); y otra división, diferente de la anterior, separaba las nulidades en actos nulos o ipso jure, y actos anulables o de nulidad mediante declaración judicial.

Cornejo (1937, p. 311) sentenció que la distinción entre actos nulos y anulables no correspondía exactamente a la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, respectivamente. Es decir, no todos los supuestos

---

(9) La confusión se acrecienta cuando, por ejemplo, se denomina a la nulidad relativa o subsanable como invalidez incompleta o parcial como lo hace Stolfi (1959, p. 79).

del artículo 1123 del Código Civil de 1936 (nulos ipso iure) eran supuestos de nulidad absoluta (que protegían el interés público). Es inexacto, entonces, identificar las nulidades absolutas y relativas, por un lado, con las nulidades de orden público y de orden privado, por el otro.

En la misma orientación, el profesor León Barandiarán (1954, pp. 337-338), al estudiar el código derogado, nos coloca más de un ejemplo en donde nos enfrentamos a supuestos de nulidad cuyo accionar judicial solamente podría ser intentado por determinados sujetos. Se trata de una nulidad relativa (solo algunos sujetos están legitimados para accionar) pero no se trata de supuestos de anulabilidad. Entre algunos de esos ejemplos se tiene a la nulidad del matrimonio del bigamo cuyo accionar solamente podía ser intentada por el cónyuge actual. En este caso el vicio es severo y evidente por lo que el matrimonio se tiene por nulo, pero el accionar no será factible de ejercerse por cualquier sujeto sino solamente por el cónyuge perjudicado. Situación similar acontecería con el matrimonio del impotente.

Aclarando el panorama Stolfi (1959, p. 97) asevera que la anulabilidad es relativa, por regla general, pero excepcionalmente puede ser absoluta.

Por todo lo esgrimido habrá que sentenciar que la nulidad absoluta no es más grave ni más radical que la nulidad relativa, sus efectos son idénticos. En ambos casos estamos ante la misma institución: la nulidad (Ripert, y Boulanger, 1964, p. 419).

Messineo (1954, pp. 494-495) también es de la misma opinión, pues afirma que la nulidad relativa tendría los mismos caracteres de la nulidad absoluta. La nulidad relativa sería una subespecie de nulidad, mientras que la anulabilidad sería más bien un grado de invalidez.

Dicho de mejor modo, la nulidad no es absoluta porque sancione una falta más grave, sino porque tiende a proteger a otras personas además de la contratante (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, 1960, p. 350).

Por consiguiente, la nulidad absoluta abre un abanico espacioso de legitimidad para su ejercicio, mientras que la nulidad relativa conserva la posibilidad de ejercitar la acción solamente a favor de un número

reducido de sujetos. Por lo tanto, se torna necesario clarificar que lo relativo no es la nulidad, sino la facultad de anular, es decir, la acción o pretensión (Pasquau Liaño, 1997, p. 155).

Por ello Enneccerus (1950, p. 368) sentencia que es erróneo que la nulidad que pende de la voluntad de una persona sea conocida como nulidad relativa, pues una vez tomada la decisión final sobre su estado, el negocio o es nulo o es válido frente a todos.

Finalmente, a efectos de dejar en claro que la división entre nulidad y anulabilidad no coincide plenamente con la división entre nulidad absoluta y nulidad relativa es que señalamos que según Ripert y Boulanger (1964, p. 418) hay nulidades relativas que pueden ser invocadas por cualquier interesado. Además, la nulidad considerada absoluta puede ser confirmada en algunos casos por lo que no se le puede conceder tal característica.

## **VII. LA ASIMILACIÓN LEGISLATIVA ERRÓNEA DEL MODELO PARA EL CASO PERUANO**

---

Con todo lo mostrado queda claro que nuestro legislador generó una suerte de yuxtaposición de dos sistemas de división de las nulidades absolutamente diferentes, simplificando su tratamiento, pero generando algunos problemas aplicativos.

El error se agrava cuando el antecedente directo del Código de 1936 (antecedente del vigente código) fue la obra de Vélez Sarsfield donde se recoge de modo contundente esta doble división de las nulidades.

Hoy en día lo que se busca es un tratamiento diversificado de la nulidad, de tal manera que el operador jurídico cuente con más opciones al momento de solucionar un caso y no tener que parametrarse ineluctablemente solo en dos supuestos de nulidades.

Si insistimos en que la nulidad es una sanción es mejor contar con un abanico de posibilidades a efectos de solucionar una controversia sobre esta materia.

Una visión simplista de la nulidad dividida en dos supuestos, como ya adelantamos, es causa generadora de muchas de las dificultades que acontecen en la casuística nulificatoria negocial.

De entre todos esos inconvenientes sobresale el discutido tema referido a si la nulidad manifiesta es operable o no de oficio por el juzgador, o es que en todo caso siempre será menester contar con el impulso de la parte beneficiada con la acción de nulidad. Ese tema es el abordado a detalle en el capítulo siguiente.



## CAPÍTULO IV

### Acerca de la declaración de oficio de la nulidad manifiesta

#### I. LA NULIDAD DE OFICIO COMO “FACULTAD” JUDICIAL EN EL MODELO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

---

En el artículo 220 de nuestro vigente código se estipula que:

“La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

**Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.**

No puede subsanarse por la confirmación”.

Esta redacción tiene su antecedente directo en el artículo 1124 del Código Civil de 1936 que rezaba:

“La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público, siempre que le cupiera intervenir. Puede ser declarada de oficio por el juez, cuando resulte manifiesta”.

La construcción “nulidad manifiesta” ha venido siendo utilizada desde antiguo en fallos supremos. Por ejemplo, en el Expediente N° 675-92 se dijo:

“(…) por tanto cabe amparar la presente demanda por la **manifiesta nulidad** del acto jurídico materia de este proceso.

Según la exposición de motivos del artículo 219 del Código Civil, el acto nulo, por constituir la expresión de la nulidad absoluta que se fundamenta en principios de orden público, puede ser declarado *ex officio* por el juez (Vidal Ramírez, 1985, p. 332).

La redacción del articulado genera duda sobre si la declaración de una nulidad cuando sea manifiesta, por parte del juez, es o una facultad (potestad) o un deber judicial.

En primer término, en la Casación N° 1843-98, publicada el 23 de mayo de 2000, se corrobora lo dicho cuando se permite la procedencia de la nulidad de oficio cuando sea manifiesta, en este caso por un supuesto de falta de formalidad evidente.

En la Casación N° 505-97-Lima donde se aseveró:

“Cualquiera que tenga interés o el Ministerio Público pueden pedir la declaración de nulidad, y aún (sic) **declararse de oficio por el juez**”.

Y en la Casación N° 3737-97-La Libertad se dijo:

“Al haberse pactado en forma contraria a la prevista por ley, el acto jurídico que contiene la escritura pública (de compraventa) es nulo por lo que, **puede ser declarada de oficio por el juez**, por ser ésta manifiesta, no existiendo incluso la posibilidad de que pueda subsanarse por la confirmación (...)”.

Lo mismo sucede en la Casación N° 2081-98:

“Los jueces están **facultados a declarar de oficio la nulidad** de un acto de donación que no reúna estos requisitos formales que conste en escritura pública, con indicación individual del inmueble donado, su valor real y las cargas que ha de satisfacer el donatario”.

Similarmente en la Casación N° 2581-2002-Ucayali se afirmó:

“Ni la doctrina ni la jurisprudencia, ni el juez pueden crear causales de invalidez, el juez solamente está facultado a **declarar una nulidad de oficio** cuando la misma es **manifiesta**”.

También tenemos a la Casación N° 2857-2007-Lima donde es evidente la creencia de que la declaración de una nulidad manifiesta es meramente potestativa del magistrado:

“Como la asume la sentencia impugnada, el **bien sublitis es ajeno por ser de dominio público**, razón por la cual correspondería no rescindir el contrato en el que se acordó su compraventa, sino **declarar su nulidad**, así como disponer la nulidad de todos los asientos registrales”.

Como es de sencilla verificación, la Sala estima que los privados han contratado sobre un bien de dominio público. Y si postula este raciocinio, al tratar la venta sobre un bien de dominio público, es obvio que estamos ante un objeto imposible y, por lo tanto, se estuvo en la potestad de decretar la nulidad de oficio, toda vez que se trata de un vicio incontestable. Sin embargo, se exime de tal responsabilidad recurriendo a cuestiones procedimentales relativas a que la demanda versaba originalmente sobre rescisión, rechazando el recurso casatorio.

En la judicatura superior, como aconteció en el Expediente N° 256-98-Lima, hablando de nulidad manifiesta, se afirmó:

“Si alguna de las partes recurre a la acción judicial para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, **el juzgador podrá valorar la finalidad del contrato y declararlo nulo**, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, la materia de la controversia”.

En el mismo derrotero se tiene la Casación N° 1864-00-San Román, publicada hacia el 31 de julio de 2001, donde de modo claro se dijo que:

“La declaración de **nulidad de oficio** (...) **se trata de una facultad conferida a los jueces en forma excepcional** y le permite declarar en la sentencia, aunque no haya sido alegada en el petitorio de la demanda, en el de la reconvencción, ni en las

contestaciones mediante las cuales se ejercita el derecho de contradicción”.

Por último, y con algo más de contundencia, tenemos a la Casación N° 3672-01-Arequipa en la cual se dijo que:

“La norma citada establece una facultad del Juzgador para pronunciarse de oficio sobre nulidades manifiestas, mas **no le impone ninguna obligación**”.

Un caso adicional se encuentra contenido en la casación resultante del Expediente N° 2004-299-2JC-Cajamarca en donde se demandó la nulidad de una escritura pública de división y partición, así como de un acta de compromiso notarial, basado en el vicio de la voluntad consistente en un error esencial sobre la cualidad del objeto. El error que se pretende versa sobre el hecho de haber firmado ambos documentos transando sobre bienes inmuebles que eran propios, en la creencia de que pertenecían a ambas partes en conflicto. Es decir, la demandante cede una parte de sus bienes en la división, cuando era evidente que tal reparto solamente procedía respecto de los bienes comunes, y no tanto respecto de los propios.

Pero en el mismo caso el asunto se ve complicado por cuanto existe una Ordenanza Municipal, la N° 007-94-CMPC, emitida por el Consejo Municipal Provincial de Cajamarca donde se proscriben todo tipo de divisiones dentro de la zona monumental de la localidad. Y en caso de ser necesaria la división, previamente se deberá contar con la aprobación de una Comisión de Control designada para tal efecto. Al mismo resultado se llega del estudio de la Resolución Directoral del Instituto Nacional de Cultura N° 020-94-INC/FC.

Como bien se puede evidenciar, el inmueble materia de la división se ubica en dicha zona monumental y la división, evidentemente, jamás contó con la autorización ni la inspección de la correspondiente Comisión.

Estando a lo dicho, en la sentencia se declara la pretensión como improcedente debido a que la causal refiere un caso de anulabilidad y no de nulidad del acto jurídico como se habría pedido. Ad empero,

siendo evidente que estamos ante una nulidad manifiesta y que el juzgador está en el deber de decretarlo de esa manera, con mayor razón si oportunamente se le informó de tales dispositivos legales (sin perjuicio de su conocimiento público presumido *iure et de iure*), aquí se declara la improcedibilidad de la demanda, sin ni siquiera mostrar algún atisbo sobre la nulidad palmaria obrante en el caso, como es la contravención abierta de normas imperativas.

Para ir concluyendo esta parte, basta agregar que para que proceda esta figura la nulidad no solo debe ser manifiesta sino que el pedido de nulidad no debe haber sido peticionado por las partes, pues en caso contrario ya no se trataría de una nulidad de oficio, tal y como se muestra en la Casación N° 1434-2006-Lima:

“Por lo demás, la declaración de nulidad de oficio solo es viable **si la nulidad resultase manifiesta y siempre que no haya sido objeto de la demanda**, lo que no ocurre en el caso de autos, pues como se ha anotado precedentemente, el codemandado (...), al contestar la anotada demanda formula reconvencción, peticionando, entre otras pretensiones, que se declare la anulación e ineficacia de la escritura pública obrante a fojas tres, cuya nulidad de oficio sanciona la Sala Superior al dirimir la contienda, lo que resulta violatorio al debido proceso”.

## II. LA NULIDAD DE OFICIO COMO SUPUESTO INVIABLE

---

Contrariamente a todo lo dicho, de modo totalmente asistemático, en la Casación N° 654-99-Lima se afirmó contundentemente que aun en caso de una evidente nulidad, ella no podría ser declarada de oficio:

“Según el artículo 1093 del Código Civil, la renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos y el saldo al capital, por lo que la falta de este requisito del contrato de mutuo anticrético así como **no haberse otorgado por escritura pública**, si bien haría nulo el contrato, en este caso **no se podría declarar la nulidad de oficio** de acuerdo con lo establecido en el artículo 220 del código acotado”.

Llama poderosamente la atención por qué no se puede declarar la nulidad cuando el defecto formal es evidente, peor aún, cuando el sustento es el propio artículo 220 del Código Civil, que es justamente el que faculta al juzgador a decretar una nulidad de oficio.

Evidentemente, también existe doctrina que respalda la postura de que un juez no podría declarar la nulidad basándose en causales que se apoyen en hechos diferentes a los invocados en la demanda (vide Lohmann Luca de Tena, 2012, p. 45).

Con algo más de sustento, pero también contradiciendo nuestra regulación al respecto, en la Casación N° 2529-2000-Sullana se aseveró que:

“El numeral 370 del Código Procesal Civil, recoge en su primer párrafo el principio de la *reformatio in pejus*, en el sentido que el Superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante; asimismo, tal principio constituye una limitación que tiene el Colegiado encargado de la revisión de la resolución impugnada, (...) **limitación que incluso alcanza a las nulidades de oficio**, como facultad del juez establecida en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, ya que afectaría el principio de la doble instancia”.

Pero más llamativo es el caso de la Casación N° 1479-2000-Lambayeque donde inexplicablemente se sentenció:

“Siendo la congruencia la adecuación del fallo con las pretensiones que intervienen en la litis (...) el juez a (sic) **rebasado el límite** de las mismas y ha resuelto más allá de lo que las partes le han propuesto, pronunciándose en la parte resolutive del fallo por una nulidad sustentada en causas distintas a las invocadas por la parte accionante. (...) La facultad de declarar [de oficio] la nulidad de un acto **aparece no como una declaración que pueda ser objeto de un pronunciamiento expreso en la parte resolutive del fallo**, pues eso atentaría contra el principio de congruencia a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, **sino a una declaración que conformando una parte considerativa del fallo** expedido en un proceso en que se discute otros aspectos relacionados con el mismo acto

**sirve de fundamento para disponer por ejemplo la inexigibilidad de las prestaciones nacidas de un acto inválido”.**

Como se puede ver, lo dicho en esta sentencia es totalmente absurdo y fuera de lo regulado por nuestra codificación, sin embargo dicha afirmación emanó de la Sala Civil permanente de nuestra Corte Suprema.

Pero el asunto se complica cuando en el mismo fallo encontramos una invención judicial que muchos años más tarde nos llevaría al resultado nefasto instalado en el IV Pleno Casatorio Civil:

**“(…) la facultad de declarar la nulidad de un acto** aparece no como una declaración que puede ser objeto de un pronunciamiento expreso en la parte resolutive del fallo, pues eso atentaría contra el principio de congruencia (...), sino una **declaración que conformando una parte considerativa del fallo expedido** en un proceso en que se discute otros aspectos relacionados con el mismo acto sirve de fundamento **para disponer, por ejemplo, la inexigibilidad de las prestaciones nacidas en un acto inválido”.**

En la Casación N° 1682-06-Lambayeque, donde era evidente que una simple cláusula unilateral en una escritura pública no podía ser considerada propiamente como donación, se afirmó:

**“(…) dicho documento mantiene su validez mientras no se declare judicialmente su nulidad, la misma que no puede operar de oficio (...).”**

Por último contamos con la Casación N° 1434-2006-Lima donde se afirmó:

**“Que la indicada resolución, también contiene un pronunciamiento *extra petita* al haberse declarado de oficio la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada a su favor, pues –sostiene– que tal extremo no fue fijado como punto controvertido, en atención –alega– que la pretensión incoada está referida únicamente a la nulidad de la citada escritura pública como documento formal, infringiéndose de esta forma las normas antes glosadas”.**

### III. LA NULIDAD DE OFICIO ES UN DEBER JUDICIAL

---

#### 1. El significado de la voz “nulidad”

A la voz nulidad podemos encontrarle hasta tres significados diferentes. Uno refiere el estado del acto jurídico, otro alude el vicio que aqueja al negocio, y el último sugiere la sanción que le corresponde al acto por ese estado.

En el primer sentido, es decir, como estado situacional de un negocio jurídico, tenemos que según Pedro Monlau (ápuđ Camusso, 1983, p. 9) la voz nulidad deriva de la palabra nulo, cuyo origen etimológico proviene de *nullus*: de *ne que* significa no y *ullus* que significa alguno, es decir, ninguno. Así, por nulo debe entenderse lo que es falta de valor y fuerza para obligar o tener efecto. Viendo ello, una primera aproximación hace clara referencia a los efectos, lo que en términos negociales aludiría, más exactamente, a la eficacia del acto jurídico. En este caso se asocia nulidad con invalidez.

En la segunda concepción de la nulidad encontramos que en la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa Calpe (1964, p. 1506) se asevera que la nulidad atañe al vicio que disminuye la estimación de una cosa. Por lo tanto, partiendo de una perspectiva estrictamente filológica el vocablo nulidad debe limitarse a significar defecto, vicio o tacha que disminuyan o menoscaben la buena opinión de una cosa o persona. Así, no se diría tal persona es una nulidad, sino tal persona tiene una nulidad. Y llevando lo dicho a sede judicial se afirma que el elemento característico de la nulidad es que el acto adolezca de un vicio que lo invalide. En tal vicio se funda el ejercicio de la acción nulificante y sobre la cual ha de recaer la prueba (Camus, 1945, p. 211)<sup>(1)</sup>.

En este punto es necesario traer a colación que el Código Civil francés emplea generalmente el término nulidad para expresar el vicio que aqueja al acto jurídico (Robleda, 1964, p. 51).

---

(1) Por ello es que es viable ubicar dentro del término genérico vicio a las especies fundamentales como son la nulidad y la anulabilidad, y como figuras de segundo orden a la nulidad *ipso iure* y la por vía de excepción, la nulidad absoluta y la relativa, y la sanable y la insanable (Robleda, 1964, p. 45).



En fin, y pese a algunas opiniones en contra como las de Maier (1980), Von Feuerbach (ápuđ Maier, 1980, p. 132), Nieto Blanc (ápuđ Zannoni, 2000, p. 161), Nino (1985, pp. 198-199), Hart (ápuđ Nino, 1985, p. 199) y Delgado Echeverría (2006), entre otras, la doctrina, no solo nacional sino también extranjera, ha sido concordante en manifestar que la nulidad es una sanción (vide Moreyra García Sayán, 2005, p. 326). Efectivamente, en el ámbito jurídico sustantivo es casi unánime dicha concepción<sup>(2)</sup>, lo cual se corrobora con algunas normas legislativas<sup>(3)</sup>, lo que, a su vez, nos da la razón para considerar a la nulidad como una verdadera sanción y no tanto como un estado del acto jurídico.

## 2. ¿Qué es la nulidad manifiesta?

De las tres acepciones mostradas en el acápite anterior, cuando hablamos de nulidad manifiesta, recurrimos al segundo significado, o sea, la que alude al vicio. Por lo tanto, cuando se habla de nulidad manifiesta hay que entenderla como vicio manifiesto.

Ya anotamos que en el Derecho argentino se entiende por nulidad manifiesta aquella en donde es factible hablar de una visibilidad del vicio, por lo que se puede colegir, de modo sencillo, que estaremos frente a una nulidad no manifiesta cuando el vicio esté oculto<sup>(4)</sup>.

A su vez, —y como ya se adelantó— en ese sistema normativo se asemeja la nulidad manifiesta con la nulidad propiamente dicha, y la nulidad no manifiesta con la anulabilidad (vide Borda, 1991, p. 422).

(2) Cfr. En sede nacional: Vidal Ramírez, 1999, p. 495; Taboada Córdoba, 2002b, p. 107 et pássim, y 2002a, p. 179; Idrogo Delgado, 1993, p. 232; Cuadros Villena, 1996, p. 207; Anacleto Guerrero, 204, p. 537; Lohmann Luca de Tena, 1991, p. 27, p. 527; Palacios Martínez, 2002, p. 91 et pássim.

Y en el ámbito foráneo: Abelenda, 1980, p. 413; Scognamiglio, 2001, pp. 170 y 180. Natalino Irti (ápuđ Palacios Martínez, 2002, p. 100); Neppi, 1947, p. 332; Salvat, 1954, p. 702; Borda, 1991, p. 406, y 1995, p. 536; Garibotto, 1991, p. 329. Por ejemplo, Victorio Pescio (1948, pp. 200 y 202), a efectos de no dudar que nos enfrentamos a una sanción, utiliza el vocablo castigo para referirse a la nulidad.

(3) En el artículo 140 del Código Civil peruano en su inciso 4 se estipula que uno de los requisitos del contrato es la forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, lo cual coincide con el tratamiento italiano consagrado en el artículo 1325 de su Código Civil, donde, además, conforme al artículo 1350 existen algunos contratos que deben efectuarse por escritura pública o por documento privado, bajo sanción de nulidad.

(4) Vide Mosset Iturraspe, 1961, p. 229; Neppi, 1947, p. 333; Borda, 1991, p. 413; Abelenda, 1980, p. 431; Zannoni, 2000, pp. 170-171. También se puede ver al respecto a De Castro y Bravo, 1991, p. 474.

Cuando en el Derecho argentino se habla de nulidad, se alude a que el vicio es de fácil verificación por el juzgador, sin necesidad de una investigación exhaustiva. En cambio, cuando se habla de anulabilidad, se alude al hecho de que el vicio está oculto y exige, por parte del juzgador, una evaluación profunda de los hechos.

Se trata, entonces, de un tratamiento que, si bien no se condice con el Derecho peruano, es necesario darlo a conocer, por cuanto nos conduce a una regulación muy cercana al verdadero significado lingüístico del vocablo nulidad.

Al respecto, entonces, el chileno Victorio Pescio (1948, pp. 211-212) asevera que el juez solamente puede declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esta aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que el vicio debe constar en el acto mismo, sin recurrir a otros antecedentes o probanzas. Por lo tanto, si para concluir que el acto adolece de nulidad es necesario referirse a otros antecedentes o aducir pruebas, el vicio no será manifiesto y el juez no podrá formular de oficio la declaración (cfr. Galgano, 1992, p. 317).

Como algunos ejemplos tenemos a los actos jurídicos que adolecen de la formalidad solemne estatuida legalmente (incluyendo a aquellos que son resultado de un procedimiento, cuando es evidente que dicho procedimiento no se ha cumplido en su totalidad) así como los celebrados violentando el orden público o las buenas costumbres.

Por lo tanto, no es atendible la opinión judicial en cuanto a un segundo significado acerca de la nulidad manifiesta:

*“(...) la nulidad manifiesta se orienta a dos significados. El primero (...) es aquella que se presenta al descubierto, de manera clara y patente y frente a la cual el juzgador fácilmente se percató de ella y la declara (...). El segundo significado no radica en lo ‘manifiesto’ de la nulidad sino que esta se encuentra encubierta pero luego resulta ‘manifiesta’, como cuando se celebra un contrato con una finalidad ilícita que no ha sido expresada”<sup>(5)</sup>.*

---

(5) Expediente N° 256-98-Lima.

Ahora bien, como se viene diciendo, para el Derecho argentino la nulidad manifiesta equivale a la nulidad, y la nulidad no manifiesta equivale a la anulabilidad.

Por eso también para ellos la clasificación entre nulidad y anulabilidad difiere de la clasificación entre nulidad absoluta y nulidad relativa (cfr. Garibotto, 1991, pp. 294-295; Zannoni, 2000, pp. 164-165), pues cada una de tales clasificaciones obedece a distintos orígenes. La nulidad absoluta sería aquella peticionable por cualquier sujeto, entre tanto, la nulidad relativa sería aquella que es recurrible solamente por un pequeño espectro de sujetos beneficiados, toda vez que menoscaba intereses particulares.

Por lo tanto, pese a que la nulidad propiamente dicha se corresponde casi siempre con la nulidad absoluta, y la anulabilidad con la nulidad relativa, es totalmente viable hablar de un caso de nulidad propiamente dicha con nulidad relativa, así como de un caso de anulabilidad pero con nulidad absoluta.

### **3. Cuándo debe decretarse una nulidad manifiesta**

Claramente, el punto de partida para que proceda declarar oficiosamente una nulidad es que ella sea evidente. Por lo tanto, cuando el vicio no es manifiesto es inviable siquiera hablar de la posibilidad judicial declarativa.

Por ello, no estamos totalmente de acuerdo con lo resuelto en la Casación N° 690-2009-Lima donde se declaró la nulidad de un contrato de prestación de servicios con base en la causal de fin ilícito. Y ello por cuanto este requiere siempre de investigación por parte del juzgador, pues, es bastante improbable que pueda fluir de modo manifiesto en algún negocio.

En el Derecho argentino, cuando se trata de una nulidad manifiesta, para ser decretada por el juzgador se debe referir a un vicio evidente y, además, tratarse de una nulidad absoluta, es decir, recurrible por un amplio espectro de sujetos.

Dicho de otro modo, para que el juez pueda proceder de oficio es menester que se conjuguen ambas circunstancias, o sea que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca de manifiesto en el acto (acto nulo). Es en estos casos donde ineludiblemente el juzgador deberá pronunciarse declarando la invalidez del acto (Moisset de Espanés, 1980, p. 4).

En tal directriz, pareciera no ser viable la declaración de oficio de una nulidad manifiesta en el caso, verbigracia, de bigamia, toda vez que si bien nos enfrentamos a un vicio palmario (nulidad manifiesta), se trataría de una nulidad relativa puesto que solo un pequeño sector de sujetos podría peticionarla. En efecto, en nuestro medio se puede revisar la Casación N° 2759-2009-Tumbes en donde el Colegiado Supremo asevera que en el caso de bigamia los únicos legitimados para demandar serían únicamente los cónyuges.

Ahora bien, en el artículo 1047 del Código Civil argentino se prescribe que:

**“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.**

Esto se explica porque la nulidad absoluta argentina implica que la nulidad la puede solicitar cualquier interesado, pero la exigencia adicional para ser declarada de oficio es que se trate de un vicio evidente al interior del negocio.

Pero como se puede ver, el texto legal difiere notablemente de nuestra codificación, pues aquí, además del verbo “puede” se agrega que “debe” ser declarada por el magistrado.

Ello mismo explica también por qué el artículo 1048 del mismo Código Civil prescribe lo siguiente:

**“La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.**

Esta redacción no quiere decir sino que cuando estamos ante un supuesto de nulidad relativa en realidad nos referimos a que se trata de supuestos donde no cualquiera puede demandar la nulidad. Por tal motivo, si el interesado no invoca la nulidad, el juez no puede subrogarse en tal atribución concedida de modo exclusivo, aun tratándose de un vicio (nulidad) manifiesto.

Lo dicho ha sido reflejado meridianamente en la Casación N° 879-2008-Arequipa donde acertadamente se concluye que no es posible declarar la nulidad de oficio cuando estamos ante un supuesto de anulabilidad (léase nulidad relativa). En realidad, como ya lo adelantamos, el sustento radica en que los actos conocidos entre nosotros como anulables se caracterizan por ser de nulidad relativa, es decir, que su invocación queda reservada solamente para ciertos sujetos, por tal motivo el juzgador no puede declarar la nulidad en estos casos dado que no se trata de un supuesto de nulidad absoluta:

**“La declaración de nulidad sobre un acto **anulable** se pronunciará a **petición de parte**, lo que implica interpretar que este derecho **no puede ser asumido de oficio** por la autoridad jurisdiccional, convirtiendo en improcedente que el juzgador en aflicción (sic) del principio *iura novit curia* declare de oficio la nulidad del acto submateria”.**

#### **4. ¿Existe la nulidad manifiesta en el Código Civil peruano?**

Como bien se puede advertir, nuestro tratamiento difiere en cierta medida del sistema argentino. Pero la interrogante a hacernos responde a si es que en nuestro Derecho se ha tomado, aunque sea en parte, algo de este modo regulatorio.

Tal y como se ha adelantado, consideramos que en nuestra actual legislación se puede asegurar la existencia de un espacio donde se

recogió la nulidad manifiesta entendida propiamente como nulidad, es decir, como vicio evidente.

En efecto, ya vimos que el artículo 220 del Código Civil permite la declaración de la nulidad por parte de la judicatura cuando ella resulte manifiesta. Como es de fácil apreciación, en este caso se utiliza el vocablo nulidad como el vicio que aqueja al negocio jurídico.

En nuestro sistema casatorio (Casación N° 1479-2000-Lambayeque) se ha dicho al respecto lo siguiente:

“Por nulidad manifiesta se conoce aquella que no requiera otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el juez ha accedido en el curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionando su validez”.

Por lo tanto, para comprender esta parte del Código Civil peruano es necesario recurrir donde el sentido acotado líneas arriba. O sea, para poder sancionar una nulidad manifiesta –un vicio palmario– se requiere que tal defecto, además de evidente, trate de una nulidad absoluta, es decir, recurrible por cualquier sujeto.

Este razonar explica por qué en un fallo argentino se haya dicho lo siguiente:

“Cuando la nulidad del acto jurídico es solicitada por quien carece de *legitimatío ad causam* o de *legitimatío ad processum*, el eventual rechazo de la pretensión no condiciona la necesaria declaración de nulidad de oficio, si esta es absoluta y manifiesta”<sup>(6)</sup>.

En palabras más diáfanas, es necesario comprender en todo este tratamiento la línea de pensamiento argentino. Es decir, además de ser manifiesta la nulidad (visibilidad del vicio propiamente dicho) se debe tratar de una nulidad absoluta (recurrible por cualquier sujeto). Por lo que para que un juez pueda sancionar la nulidad debe referirse a una nulidad

---

(6) JA, t. 1970-12, p. 437 - Argentina en Vega Vega, 1998, p. 440.

absoluta y, además, ser manifiesta. En suma, se trataría, según los argentinos, de una nulidad propiamente dicha, con nulidad absoluta. Pues, la nulidad relativa, aun con vicio manifiesto, no es susceptible de ser sancionada de oficio por el juzgador.

Por ello también para Argentina se ha dicho que el juez no podrá embarcarse de oficio en la investigación sobre la presunta existencia de un vicio, por más que se alegue que ese defecto provocaría una nulidad absoluta; en tal caso se estaría ante un “acto anulable” y para llegar a su declaración judicial sería menester la correspondiente petición de la parte interesada (Moisset de Espanés, 1980, p. 5).

Obviamente que esta última afirmación puede ser negada en el Derecho peruano aduciendo que nuestro código no ha recogido tal tratamiento y se puede arribar a una consecuencia distinta vía interpretación. Dicho en términos más claros, según nuestra codificación para que el juez declare la nulidad de oficio bastará con que el vicio sea evidente, sin que necesariamente se trate de una nulidad recurrible por un grupo amplio de sujetos beneficiados. Así, el supuesto de bigamia encajaría perfectamente en la regulación establecida por nuestra codificación.

Por ello, entre nosotros se ha afirmado que por la nulidad manifiesta, en el sentido semántico, es la que se presenta al descubierto, de manera clara y aparente, y frente a la cual el juez fácilmente se percató de ella y la declara, sin petición de parte. En suma, el vicio debe ser ostensible, patente, evidente de modo tal que para establecerla el juez no tenga que recurrir a otros actos o medios probatorios (Lama More, 2011, pp. 3-4).

En fin, innegablemente, el vicio tiene que referirse –dentro de nuestro sistema– a un supuesto de nulidad, mas no a uno de anulabilidad, para poder ser declarado de oficio.

## **5. ¿La declaración de una nulidad manifiesta es potestativa para el juzgador?**

La gran duda que surge luego de todo lo dicho es si la declaración de una nulidad manifiesta es una potestad que tiene el juzgador o se trata más bien de una imposición hecha a la judicatura.

La redacción del código parece ser clara en el sentido de que se trata de una potestad concedida al juez. Ello es claro de colegir desde que en el segundo párrafo del artículo 220 se indica que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

Insistimos, pareciera ser que nuestra codificación faculta la declaración de nulidad al juzgador de modo que ante un acto jurídico que adolezca de un vicio evidente, el juzgador podría desentenderse de tal declaración y continuar su evaluación del caso sometido a su competencia.

Existe en doctrina la postulación de una segunda interpretación consistente en que en el código debiera entenderse como que entre los facultados para peticionar la nulidad están las partes, un tercero interesado, el Ministerio Público y hasta el juez. Por ello se ha dicho que la ley le da la posibilidad al juez de declarar la nulidad si en el curso de un proceso tomara conocimiento de ella, lo que equivale a decir que la declaración de nulidad no está reservada solamente para el fiscal, las partes y los terceros con interés (Lohmann, 1994, pp. 554-555).

Dicho de otra manera, la voz “puede” según Lohmann (1994, p. 555) equivale a una posibilidad procesal, lo que a fin de cuentas se traduce como un deber, porque el juzgador no puede permanecer impassible ante un negocio inmoral o ilegal, por ejemplo.

Por nuestra parte, estimamos que si bien existe una facultad concedida al magistrado, ella no obedece tanto a desentenderse o no del vicio, sino más bien a que debe pronunciarse sobre el vicio rechazándolo o aceptándolo.

Un fallo español nos brinda algunas luces al respecto:

“Como norma general, las sentencias han de ajustarse a las peticiones de las partes para no incurrir en vicio de incongruencia, sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*, en el caso de existir una nulidad manifiesta, no alegada por las partes, **el juez debe destruir la apariencia de validez que crea todo negocio jurídico**, especialmente si tal apariencia constituye



obstáculo al ejercicio de un derecho o al cumplimiento de un deber”<sup>(7)</sup>.

Es decir, partiendo de esta sentencia, se podría concluir que la sanción de una nulidad manifiesta no queda a potestad del juez, sino que estamos, más bien, ante un deber impuesto al magistrado, toda vez que no debe perderse de vista que el juez es el principal operador jurídico y, por ende, se encuentra al servicio de la administración de justicia.

Así nos lo muestra un fallo panameño:

**“Que el órgano jurisdiccional declare de oficio una nulidad cuando ella aparece de manifiesto, más que un derecho es una obligación que pesa sobre él. El juez debe declarar la nulidad aunque ella no haya sido alegada por ninguna de las partes y aunque estas no la deseen”**<sup>(8)</sup>.

Y se corrobora por otra sentencia española:

**“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesta en el acto, de donde se deduce que el extremo de no haber formado parte de la litis no es óbice para su declaración en cualquier instancia”**<sup>(9)</sup>.

En una palabra, un juzgador, al chocarse con una nulidad manifiesta –o sea con un vicio incuestionable– está en la ineludible responsabilidad jurídica de pronunciarse al respecto. Por ello, en el Expediente N° 1413-90 se declaró la improcedibilidad de una demanda que pretendía la resolución de un contrato de mutuo anticrético que no fue elevado a escritura pública, debido a que se encontraba afectado de nulidad (vide Vega Vega, 1998, p. 440).

---

(7) EDC p. 291 - España en Vega Vega, 1998, p. 440.

(8) P. 1999, p. 293 – Panamá en Vega Vega, 1998, pp. 440-441.

(9) FCSJ, T. 307, p. 292 - España en Vega Vega, 1998, p. 441.

Como fundamento de tal proceder tenemos que, si se parte de que la nulidad es un estado del acto (y no una sanción), evidentemente el sustento de la nulidad manifiesta decretada de oficio radica en que la nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho y como tal debe considerarse el negocio como inexistente (Lama More, 2011, pp. 4-5).

Sin embargo, como estamos convencidos de que la nulidad es una sanción (y no un estado situacional del acto) y que además no opera ipso iure, el sustento de esta actuación oficiosa es otro y se ubica en el orden público.

Este razonar es abogado por el profesor Luis Moisset de Espanés<sup>(10)</sup>, para quien si el juzgador tomó conocimiento del vicio manifiesto la ley misma le concede facultades para enmendar las cosas, precisamente porque está en juego el orden público, o sea un interés social superior, por lo que el juez en estos casos no solamente puede pronunciarse –y que por el principio de congruencia procesal le estaría vedado en otras hipótesis–, sino que, además, debe forzosamente hacerlo para proteger los intereses públicos vulnerados por ese tipo de nulidad, que ha podido conocer por su carácter manifiesto. En suma, la ley le concede esa facultad extraordinaria, expresando que en ese caso “puede” decretar la nulidad aunque no haya sido solicitada por una de las partes, pero, además, los principios generales del respeto al orden público nos llevan a la conclusión de que “debe” hacerlo.

De hecho, si el juez detectase una nulidad insalvable concerniente al acto jurídico materia del proceso, dejarla pasar equivaldría a mirar hacia el otro lado, soslayando tamaña imposibilidad de evaluar la dimensión de unos efectos jurídicos que de suyo no pueden producirse (Jiménez Vargas-Machuca, 2007, p. 7).

Nuestra Corte Suprema ha dicho algo en el sentido de que el juzgador estaría llamado a imponer de oficio la nulidad manifiesta debido a que su sustento sería que el tema de fondo obedece a asuntos de orden público, tal y como se mostró en la Casación N° 2844-2002-Lima:

---

(10) La referencia es a una comunicación virtual con el anotado jurista desde Córdoba de fecha 28 de abril de 2011.

“(…) la Ley General de Arbitraje establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias que interesan al orden público (…) en el presente caso, se cuestiona tanto la **nulidad** del documento, así como del acto jurídico que lo contiene y el asiento registral respectivo; sin embargo, al tratarse de asuntos que **implican una decisión respecto de normas imperativas que conciernen al orden público** no pueden ser sometidas a arbitraje, pues, las partes no tienen facultad de disposición respecto de ellas”.

Totalmente en contra, el profesor Rómulo Morales (2012, pp. 19-20) ha dicho que el principio de congruencia no cuenta con excepción alguna.

Si bien esta afirmación puede gozar de algún sustento procesal actual, hay que tener en cuenta que el tema de la nulidad manifiesta siempre se ha trabajado como una excepción, pues, ya el Código de 1936 así la contemplaba, y ello no solo en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo muestra el propio jurista.

En tal sentido, más bien se ha dicho que estamos ante un deber jurisdiccional toda vez que el juez no puede apreciar actos manifiestamente nulos y no expresar pronunciamiento alguno. El juez no puede permanecer impasible ante negocios manifiestamente nulos, lo contrario sería retornar al dogma de la voluntad por encima de un sistema jurídico (Polanco Gutiérrez, 2013, pp. 3 y 6).

Esta concepción también ha sido acogida positivamente por nuestra judicatura suprema. En efecto, en la Casación N° 436-97-Huaura se dijo que:

**“El juzgador de mérito al apreciar que hay cargas pactadas entre las partes, que no han sido incorporadas en la escritura de donación, ha determinado y declarado su nulidad, lo que es conforme a derecho”.**

Asimismo, tenemos a la Casación N° 1843-98-Ica donde el recurrente afirmó que si bien no invocó en su demanda el artículo 220 del Código Civil debido a que la nulidad además de poder ser invocada por cualquiera:

“(…) el **juez está en la obligación** de utilizarla al momento de sentencia según lo dispuesto en el artículo siete del Título Preliminar del Código Civil”.

De modo más contundente tenemos a lo dicho en la Casación N° 2081-98-Lima donde se afirmó que:

“La nulidad manifiesta se conoce como aquella que no requiere de otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el juez haya accedido en el curso de un proceso en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionando su validez, y que en tal caso **el juez debe declarar la nulidad incluso sin que las partes lo invoquen**”.

Adicionalmente, tenemos a la Casación N° 1864-2000-San Román, donde se agrega la discusión del tema referido a la vulneración de la congruencia procesal:

“(…) se ha determinado que las pensiones alimenticias antes referidas y fijadas en porcentajes, fueron el resultado de actos de transacción con el obligado mediando simulación absoluta, por lo que considera que debe declararse la invalidez de tales actos al constituir una nulidad manifiesta que debe ser declarada de oficio de conformidad con el artículo doscientos veinte segundo párrafo del Código Civil. (...) Que, como se advierte del sentido del artículo doscientos veinte, segundo párrafo del Código Civil, **no se comete ninguna infracción del principio de congruencia procesal** previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, trata de una **excepción del principio dispositivo** ya que el juzgador está facultado para apartarse de este principio por el cual las partes definen el objeto de la pretensión y declarar la nulidad de un acto nulo ipso jure (nulidad absoluta) que no fue impetrado por aquellas, independientemente de la vía procedimental de los procesos de cognición, (conocimiento, abreviado o sumarísimo) (...) siendo menester que se ampare este cargo en virtud de la **facultad nulificante del juzgador**”.

En fin, es en la Casación N° 2293-2001-Lima, donde se puede ver con mucha mayor claridad la problemática en discusión:

“El impugnante César Alberto Luyo Luyo, al sustentar su denuncia por la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, arguye que respecto a la acción interpuesta por su parte, **la nulidad del contrato no ha sido invocada** como sustento de la contestación del demandado **ni fijada como punto controvertido** por lo que la Sala ha debido tener presente la declaración contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por cuanto **los jueces solo están facultados a declarar de oficio la nulidad del acto jurídico cuando ella resulte manifiesta**, no siendo el caso de autos en que se ha recurrido a siete considerandos para llegar incluso a una conclusión errónea”.

Y se concluye que:

“En el caso materia de litis, don César Alberto Luyo Luyo es representante y accionista mayoritario de una Sociedad Agente de Bolsa quedando evidenciado en autos que cobraba comisiones ilegales por conseguir depósitos para el Banco, acción que estaba prohibida por la Circular N° 005-86 - EF/90 del Banco Central de Reserva de fecha 13 de febrero de mil 1986, vigente cuando sucedieron los hechos; la intención del recurrente era ilícita porque el cobro de las comisiones estaba expresamente prohibido, por lo tanto, el **acto jurídico** que vinculaba a los sujetos de la relación material **es nulo manifiestamente**. Bastando que simplemente se contravenga el ordenamiento jurídico, que no solo comprende los ilícitos penales sino también los ilícitos administrativos o civiles que traen como consecuencia la nulidad del acto jurídico”.

## 6. ¿Dónde queda la potestad nulificante del juez?

Con todo lo dicho y recordando que el juzgador se torna en el principal operador jurídico encargado de administrar justicia a nombre –nada más y nada menos– que de la nación peruana, es inconcebible pretender entender el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como

una mera facultad concedida al juez para pronunciarse sobre una nulidad manifiesta. El magistrado tiene el deber de pronunciarse sobre el vicio que aqueja al acto, cuando dicho defecto sea manifiesto. No se trata de una superficial potestad concedida al juzgador como podría inferirse simplistamente de una lectura literal del Código.

Al respecto, se puede objetar que la declaración del juez no es obligatoria sino facultativa toda vez que la literalidad del artículo en mención así lo prescribe. En todo caso, en la redacción codificadora debió utilizarse el vocablo “debe” en vez de “puede”, cosa que no se hizo.

Sobre lo mencionado, nos parece que la voz “puede” no está tan mal utilizada en el texto codificador, pero la interpretación que se le da no la juzgamos la más acertada.

Así, consideramos que el juzgador sí cuenta con una facultad en este ámbito nulificadorio, pero tal potestad no puede aludir a que el magistrado está autorizado para desentenderse de la invalidez de un negocio jurídico cuando en su estructura se visualice una nulidad manifiesta.

La potestad de la magistratura estaría, más bien, en que una vez ubicado el vicio evidente, el juzgador debe pronunciarse sobre él, pero, eventualmente, puede rechazar la sanción de nulidad del negocio. Es decir, la potestad del juzgador se encuentra en la permisión de sancionar o no la nulidad a través de su pronunciamiento, no tanto en desentenderse del pronunciamiento.

En suma, el juzgador está compelido a pronunciarse sobre el vicio manifiesto, pero está facultado para sancionarlo o no.

Obviamente, este supuesto sería ocasional. Mejor dicho, queda claro que casi siempre ante un vicio evidente el juzgador se pronunciará sobre la nulidad del negocio en sí. Pero en ocasiones el juzgador, si bien obligatoriamente deberá manifestarse sobre el vicio palmario, estará facultado para rechazar la sanción de nulidad del negocio, pues, no debe perderse de vista que:

“La nulidad de un acto jurídico solo debe pronunciarse cuando hubiera un interés legítimo lesionado que sufriera un perjuicio

irreparable, pero no cuando exista una finalidad práctica que imponga admitir la validez<sup>(11)</sup>.

## **7. La nulidad manifiesta y la posibilidad de un quebrantamiento del debido proceso**

Con todo lo indicado, un primer aspecto a discutir –salvable por cierto– es el referido a que con la declaración de una nulidad manifiesta se vulneraría la congruencia procesal que se espera en toda tramitación.

Como ya se vio líneas arriba, que, si bien la regla general es que las sentencias han de ajustarse a las peticiones de las partes, existe un principio –el *iura novit curia*– por el cual el juez está en el deber de aplicar el derecho correspondiente al caso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Este principio está recogido, con algunas pequeñas discusiones doctrinarias, en el artículo VII del Código Procesal Civil y en el artículo VII del Código Civil.

Ergo, en el caso de existir una nulidad irrevocable, no alegada por las partes, el juez tendría que decretarlo de ese modo, sancionando al negocio con nulidad.

Por esto es que se ha afirmado que el ejercicio de la potestad oficiosa nulificante no infringe, en modo alguno, el principio de congruencia, pues, el sistema privilegia el interés público frente al interés particular o privado (Lama More, 2011, p. 5; Jiménez Vargas-Machuca, 2007, pp. 2-3). En efecto, este poder como facultad procesal concedido al juez viene a constituir una excepción a la regla conforme a la cual el juez no puede emitir pronunciamiento sobre lo que no constituye materia de la controversia judicial (Lohmann, 1994, p. 555).

Son diversas las casaciones donde se comunica que la declaración oficiosa de la nulidad patente no contraviene principio procesal alguno.

Por ejemplo, en la Casación N° 1864-00-San Román se estableció que:

---

(11) JA, 1943-11 p. 678 - Argentina en Vega Vega, 1998, p. 440.

“Como se advierte del sentido del artículo doscientos veinte segundo párrafo del Código Civil **no se comete ninguna infracción del principio de congruencia procesal** previsto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, trata de una excepción del principio dispositivo ya que el juzgador está facultado para apartarse de este principio por el cual las partes definen el objeto de la pretensión y declarar la nulidad de un acto nulo ipso iure (nulidad absoluta) que no fue impetrado por aquellas, independientemente de la vía procedimental de los procesos de cognición (conocimiento, abreviado o sumarísimo)”.

En la Casación N° 2081-98-Lima se afirmó:

“Cuando los jueces declaran de oficio la nulidad manifiesta de un acto jurídico que conocen con objeto de resolver una controversia, (...) **no contraviene lo dispuesto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil (referido al principio *iura novit curia*)**”.

En el mismo derrotero tenemos a la Casación N° 2067-2002-Junín donde se dijo que:

“El pronunciamiento de la Sala Revisora, respecto a una **causal de nulidad distinta a la invocada** por la demandante en su escrito de demanda, **no afecta el derecho al debido proceso**”.

En la Casación N° 2250-2007-Moquegua, con algo más de detenimiento, se dijo que la nulidad manifiesta:

“(…) es una consecuencia inherente de la nulidad ipso jure del acto nulo (...) que no requiere de una sentencia que así lo declare (...) en cuanto constituye una **excepción a los principios del Derecho Procesal Civil**, según los cuales la potestad jurisdiccional requiere de las pretensiones alegadas por las partes (...) Basta (...) que el juez (...) constate la existencia de una causal de nulidad absoluta, para que, **de oficio, sin pedido de parte**, declare la nulidad del acto jurídico vinculado a la controversia”.



En la Casación N° 135-2010-Arequipa también se dijo:

“(…) por lo tanto, el acto jurídico que contiene la referida minuta mediante la cual los codemandantes Jaime Alberto Del Carpio Rodríguez y José Wenceslao Croaldo Zeballos Delgado sustentan su derecho para interponer la presente demanda de obligación de dar suma de dinero y pretender el pago de utilidades de la empresa Arequipa Express comité 4 Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada es nula de pleno derecho; que como ya se indicó en el considerando noveno de la presente resolución, no es sancionadora, sino reconocedora de una situación ya existente, eliminando la referida apariencia de validez y obteniendo el efecto *erga omnes*. a manera de precisión, **como se advierte del sentido del artículo doscientos veinte segundo párrafo del Código Civil, no se comete ninguna infracción del principio de congruencia procesal previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, se trata de una excepción al principio dispositivo, ya que el juzgador está facultado para apartarse de este principio por el cual las partes definen el objeto de la pretensión y puede declarar la nulidad absoluta de un acto nulo ipso jure que no fue impetrada por aquellas**”.

Pero si bien el hecho de que el juzgador al pronunciarse sobre el vicio evidente que aqueja al acto, no atentaría contra la congruencia procesal, si puede, en cambio, atentar contra el derecho de contradicción y defensa de los justiciables. Ello pese a que en la Casación N° 3737-97, publicada hacia el 9 de marzo de 2000, se haya afirmado lo contrario:

“De los hechos se advierte una nulidad manifiesta y se señala que **la declaración de oficio no vulnera el derecho al debido proceso** invocado en el fundamento del recurso de casación”.

O sea, hoy en día se considera que la nulidad y la invalidez refieren la misma situación negocial comportándose como instituciones idénticas, y que, por lo tanto, si la nulidad fluye en algún supuesto, se tiene al acto como nulo sin mayor tramitación.

En esa orientación, el que la nulidad opere de pleno derecho o que con el solo hecho de manifestarse deba ser declarada de oficio por el juzgador, puede ocasionar algunos supuestos de contravención al debido proceso.

En efecto, para el profesor Pasquau Liaño (1997, p. 138) los caracteres de la nulidad pueden superar inclusive las garantías propias del proceso civil. Por ejemplo, si la nulidad se produce automáticamente y es apreciable de oficio, queda diezmado el derecho de defensa de quien pretende la eficacia del contrato.

Piénsese en un supuesto en que un testador “T” y un notario “N” tienen un pariente común “P”. Obviamente entre el testador y el notario no existe parentesco alguno.

“T”, debido a que “P” es pariente suyo, le deja parte de su herencia a través de un testamento (sin interesar para nada que “P” sea pariente del notario “N”).

Si dicho testamento fuere evaluado en sede judicial por cualquier motivo, podría darse el caso de que el juez, al examinarlo, verifique que uno de los beneficiados –o sea “P”– al ser pariente del notario “N” ha ocasionado la nulidad del testamento (al menos parcialmente).

En efecto, en el artículo 688 del Código Civil se establece la nulidad de las disposiciones en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, así como a favor de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Y si, en cambio “T” obviara en el testamento consignar a “P” como su heredero, en caso de ser sucesor forzoso, el testamento también sería cuestionado, por preterición.

Lógicamente “P” intentaría informar al juzgador que hereda a “T” porque también es pariente suyo y que, por lo tanto, la nulidad no debe operar viéndola únicamente desde la óptica del notario “N”. Lamentablemente, si el juzgador se ciñe al texto normativo declarará el testamento como nulo sin mayor reparo, al menos en lo que respecta a las cláusulas que benefician a “P”, es decir, sin concederle la oportunidad de defenderse.

Como bien se puede observar, la aplicación de oficio de la nulidad ante un vicio manifiesto, si bien se trata de un deber de la judicatura, no es menos cierto que una aplicación mecánica, sin cautela de tal

dispositivo, podría atentar contra la garantía del debido proceso en algunas ocasiones.

Un fallo colombiano nos ilustra al respecto:

“(...) si el vicio absoluto no aparece de manifiesto en el acto o contrato no puede declararse (...). Si la nulidad no encuentra apoyo en el petitorio de la acción, ni en las defensas de la oposición, excede la relación procesal y la sentencia no podría reconocerla; y si no son parte en la controversia todas las personas que concurrieron a la formación del acto, la nulidad declarada sin la intervención de todos dejaría sin oportuna defensa a las que estuvieron ausentes del juicio, lo que es contrario al orden público”<sup>(12)</sup>.

Entre nosotros la Casación N° 4334-2006-Apurímac ha intentado dar una respuesta a este dilema:

“(...) de acuerdo al artículo doscientos veinte segundo párrafo del Código Civil la nulidad a que se refiere el artículo doscientos diecinueve: ‘Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta’; que esta declaración de oficio, es explicada por la doctrina en el sentido que ‘(...) es una consecuencia inherente de la nulidad ipso jure del acto nulo que, como hemos señalado, significa que no requiere de una sentencia judicial que así lo declare. Y se explica, por ello, en cuanto que constituye una excepción a los principios del Derecho Procesal Civil, según los cuales la potestad jurisdiccional requiere de las pretensiones alegadas por las partes (...) Basta, pues, que el juez que conoce de una litis constate la existencia de una causal de nulidad absoluta para que, de oficio, sin pedido de parte, declare la nulidad del acto jurídico vinculado a la controversia. Nuestra codificación civil no exige más requisito que el que ‘resulte manifiesta’(...) (...) en tal virtud, **no obstante la controversia que aún subsiste sobre la referida declaración de oficio, entre la doctrina del**

---

(12) GJ, T. 97 p. 59 - Colombia en Vega Vega, 1998, p. 441.

Derecho Civil y la del Derecho Procesal Civil, el mencionado dispositivo sigue vigente”.

## 8. La nulidad manifiesta y una propuesta de tratamiento

Con todo lo dicho, creemos que siempre que un magistrado se encuentre con un supuesto de nulidad manifiesta, es decir, ante un vicio patente, se encuentra en el deber de pronunciarse sobre tal acontecimiento a efectos de verificar si es que es o no viable dicha declaración.

Sin embargo, a fin de no vulnerar los derechos contenidos en la garantía del debido proceso, y evitando un automatismo en la aplicación de las nulidades negociales, será menester que, previamente a su pronunciamiento sobre la nulidad notoria, el magistrado dé oportunidad a las partes intervinientes en el litigio para que se manifiesten sobre la viabilidad o inviabilidad de la declaración nulificante.

Nuestra propuesta encuentra sustento en la Casación N° 879-2008-Arequipa, donde afirma:

“Que, el principio *iura novit curia*, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no es absoluto, pues, a pesar de que el juez es quien posee el control para la selección de las normas jurídicas que van a ser utilizadas para resolver la litis, su actividad está limitada por algunos principios procesales de inexcusable cumplimiento **para que sea respetado el derecho de defensa de las partes, sobre todo en un modelo de proceso adversaria** como el nuestro, caracterizado por la contradicción entre las posiciones de las partes y la congruencia con la decisión. Sétimo: Que, así uno de los aspectos del derecho de contradicción es que **las partes deben tener permanentemente conocimiento de las normas jurídicas que se considera aplicables al litigio tanto por la otra parte como por el Juez y de las modificaciones que sobre este aspecto se produzcan a lo largo del proceso**. Por ello, cuando el órgano jurisdiccional –en su decisión– ejerce los poderes concedidos por el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes y las normas consideradas por aquellas, el principio de contradicción opera como un límite para el juez, imponiéndole

la obligación de motivar el rechazo de la selección o calificación normativa de las partes y otorgarles la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente si el órgano jurisdiccional formula una opinión jurídica distinta”.

En nuestro caso hipotético narrado líneas arriba, para que el juez pueda materializar su declaración nulificante, a “P” –y a la otra parte– se les debiera conceder la oportunidad de hacer su descargo respectivo sin atentar contra su derecho constitucional de acción como parte conformante de un debido proceso.

Entonces, sería recomendable que todo supuesto de invalidez proveniente de un defecto ostensible del negocio sea estudiado en sede judicial con todas las garantías del caso, para que, luego de tal evaluación, se determine si atañe o no aplicar la sanción nulificatoria correspondiente.

Esta propuesta, además, es recomendable porque la declaración oficiosa de una nulidad manifiesta puede acontecer en cualquier estadio procesal (Lama More, 2011, p. 4).

Ante lo dicho, existe una razonable propuesta consistente en que si la nulidad manifiesta se advierte en la etapa postulatoria, podría ser incluida como punto controvertido; pero si se pusiese de manifiesto después, el juzgador podría integrar la resolución que fijó los puntos controvertidos agregando dicho punto (Abanto Torres, 2012, p. 27), todo ello a fin de no diezmar el derecho de contradicción de las partes.

## **9. La nulidad manifiesta, el proyecto de reforma del Código Civil y el Cuarto Pleno Casatorio Civil**

En el año 2006 se publicó el proyecto de reforma del Código Civil, donde el artículo 220 se modificaba decretando expresamente que en ningún caso el juez podía declarar la nulidad de oficio.

Nuestros comentarios al respecto ya han sido vertidos, por lo que la conclusión es que dicha modificatoria implica un desconocimiento total de la parte sustantiva en aprovechamiento de la parte procesal, cuando tranquilamente se puede encontrar una salida amalgamadora como la reseñada líneas atrás.

Al respecto, el profesor Héctor Lama (2011, p. 6) aseveró que de prosperar esta modificación legislativa, se le privaría el juez de un eficaz instrumento de rápida solución de los conflictos donde alguna de las partes en controversia pretenda hacer valer su derecho en un acto que resulta evidente para todos su invalidez, obligando al juez –contraviniendo elementos básicos de equidad– a darle efecto jurídico a un negocio que a todas luces resulta contrario al ordenamiento jurídico, contraponiendo el interés privado al público, invirtiendo con ello las elementales reglas de una sana convivencia pacífica, donde el interés individual prevalece sobre el interés de todos.

Al respecto, se ha señalado que pronunciarse sobre la extensión de los efectos de un acto nulo, y peor pretender que estos se ejecuten, constituiría una suerte de complicidad del juez en el agravio al orden jurídico (Jiménez Vargas-Machuca, 2007, p. 7).

Esta modificatoria agrava la situación porque primero estipula que cuando el juez advierta una nulidad la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes y luego impide taxativamente declararla de oficio. Con esto parece que se está dejando amplia libertad para que las partes decidan la validez o nulidad del acto, lo cual no está arreglado a nuestro ordenamiento, pues no debe olvidarse que la nulidad es una institución de orden público, y no es viable que se la deje en manos privadas como si se tratara de un derecho disponible (Abanto Torres, 2012, p. 28).

Las nulidades no se votan, no se acuerdan privadamente, para ello está el juzgador que es quien, representando a la nación, está llamado a evaluar la juridicidad de las actuaciones privadas. No se olvide que Kelsen (2000, p. 230) sostenía que las normas (entiéndase en este caso las normas negociales) siempre se presumen válidas y tienen que ser anuladas por un órgano especial, de modo que los efectos jurídicos previamente producidos puedan ser abolidos, y sin esa declaración la norma no puede ser considerada nula. Y añade que en el Derecho moderno está excluida la idea de un Estado en que cualquiera está autorizado a declarar una nulidad, porque esto implicaría una situación de anarquía.

Pero, además, con esta modificación se contribuye a incrementar la sobrecarga procesal con un nuevo proceso innecesario, difiriendo inútilmente la solución de la causa, pues la acumulación es inevitable; por lo

que el traslado a las partes y al Ministerio Público, atenta contra el derecho de los justiciables a que su conflicto sea resuelto en un plazo razonable (Abanto Torres, 2012, p. 28; Jiménez Vargas-Machuca, 2007, p. 12).

El profesor Freddy Escobar (ápuđ Morales Hervias, 2012, p. 20) al respecto ha puntualizado que si el contrato es nulo, el juez así debe declararlo, para evitar los costos al mercado y al sistema (pues lo contrario implicaría iniciar un nuevo proceso nulificante con el gasto de recursos que ello implica); pero, además, las partes no deben tener el poder de decidir que la nulidad no tenga consecuencias o que no afecte sus planes.

Por su parte, en el Cuarto Pleno Casatorio Civil<sup>(13)</sup> se discutió el tema del desalojo por precariedad, y en el fundamento 56 se dijo que:

“La no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía –con el cual justificaba su posesión el demandado– se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, **como es una nulidad manifiesta** prevista por alguna de las causales del artículo 219 del Código Civil (...) pero **sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde sí discuta tal situación**”.

Por lo que se declara –por mayoría– como doctrina jurisprudencial vinculante que:

**“5.3. Si 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**

---

(13) Es menester anotar que en el año 2007 se llevó a cabo un Pleno Jurisdiccional Distrital en Ica donde la conclusión unánime fue la factibilidad de declarar de oficio la nulidad manifiesta en un proceso donde se discutía otra materia, precisándose que la utilización de tal facultad debía hacerse de modo excepcional. De similar modo en el año 2010 en el Pleno Nacional Jurisdiccional Civil también se votó a favor de que se pueda decretar la nulidad manifiesta de oficio en la parte resolutive de la sentencia y no tanto en la parte considerativa como sostuvo la ponencia en contra (vide Abanto Torres, 2012, pp. 28-29).

**situación en la parte considerativa de la sentencia** –sobre la 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<sup>7(14)</sup>.

En primer término, no nos parece acertada la opinión que cree que por tratarse de un pleno casatorio vinculante lo resuelto en el numeral 5.3 debe ser observado por todos los jueces no solo en los procesos de desalojo, sino en todo tipo de proceso judicial (Polanco Gutiérrez, 2013, p. 7). Y no nos parece acertado porque la decisión vinculante refiere exactamente el tema del desalojo y no otro.

En segundo lugar, no cuenta el fallo con sustento alguno que fundamente tal decisión, por lo que ello hay que buscarlo en la doctrina.

En uno de los votos en minoría (de los vocales Ponce, Valcárcel, Miranda y Chaves) parece esbozarse como sustento que la vía procesal para el desalojo es la sumarísima, y por su excesiva cortedad no se podría discutir a fondo el tema de la nulidad del título, lo cual –como se sabe– se hace en un proceso lato como el de conocimiento.

Pero ante este razonar se debe precisar que no estamos hablando de cualquier vicio que aqueja el acto, sino de uno evidente y a todas luces visible y palpable por el juzgador. Es por ello que sería factible la declaración judicial, incluso en estos casos.

Ahora bien, tenemos que el profesor Rómulo Morales (2012, p. 14) concuerda con los postulados del Pleno, pues según su parecer el artículo 220 no refiere que el juez pueda o deba declarar la nulidad manifiesta sino que puede desestimar la demanda cuando manifiestamente el contrato sea nulo. Y agrega, basado en doctrina alemana, que en estos casos

---

(14) Esta decisión vino a zanjar la gran incertidumbre generada en la Corte Suprema al respecto. Por ejemplo, en la Casación N° 2009-2002-Juliaca-Puno en un proceso de desalojo se detectó que el contrato de anticresis no estaba formalizado por escritura pública por lo que implícitamente lo declaró nulo con la consecuente declaración de precarios de los demandados. En cambio, en casos idénticos, en las Casaciones N° 1801-2000-Moquegua y N° 1074-2004-La Libertad se concedió eficacia probatoria al acto manifiestamente nulo, por tratarse de un “contrato privado de anticresis” que constituía título posesorio.



no es menester una acción especial encaminada a producir la nulidad, ni tampoco a constatarla, pues la nulidad es un efecto que se produce ipso iure por el hecho mismo de la existencia del vicio.

Evidentemente esta concepción parte del paradigma antiguo de considerar que la nulidad pertenece al campo real y no al campo imputativo. Ya venimos insistiendo en que la nulidad no opera ipso iure o automáticamente: es una sanción que la debe establecer el juzgador a través de una sentencia que para la mayoría es declarativa, por ello se habla de declaración judicial.

En esa senda, el profesor Morales (2012, p. 16) propugna que una correcta interpretación del artículo 220 es que el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta aunque no haya sido invocada, tal y como se ha declarado en el Pleno Casatorio. Se sustenta el profesor (Morales Hervias 2012, 17-18) en que en los diversos códigos civiles, incluyendo el nuestro, se menciona el poder jurídico del juez de declarar la nulidad de oficio, pero no se indica expresamente el modo en que se “declara” de oficio la nulidad.

Al respecto debe quedar en claro que no es posible extraer la interpretación anotada del texto legal. La interpretación propuesta por el citado profesor solamente es viable a través de una modificación legislativa, pues del texto de la ley, no nos parece dable arribar a dicho sentido.

Y decimos esto porque partiendo del principio del círculo hermenéutico, si se revisa el contexto de esta disposición queda bien en claro que el legislador sí ha querido dotar al juez de la herramienta nulificante oficial. El propio profesor Morales señala un sinnúmero de códigos que tienen una norma idéntica o, incluso, más clara que la de nuestro código. Por lo tanto, nos parece impensable que todos esos legisladores se hayan equivocado. Y por ello mismo no parece del todo hacedero decir que se ha venido interpretando el artículo 220 de modo falaz sin tomar en cuenta el verdadero contenido real de este poder jurídico (Morales Hervias, 2012, p. 23). Una cosa es que se haga necesaria una reestructuración o reinterpretación de la institución, y otra muy distinta decir que la interpretación que se está haciendo es incorrecta.

Por otro lado, el profesor Morales Hervias (2012, p. 16) –basado en la opinión de Eugenia Deho– afirma que en realidad se trata de un tema de defensa procesal. Es decir, estaríamos ante una excepción procesal pero no propuesta por el demandado sino por el juez, cuyo efecto es desestimar la demanda. O sea, según este parecer, el juez puede excepcionar una causal de nulidad del contrato (como si fuera el demandado) aunque las partes no la invoquen (Morales Hervias, 2012, p. 23).

Sin embargo, el mismo profesor más adelante parece contradecirse, porque advierte que la interpretación que él propone es compatible con el principio de iniciativa de parte. Pero ¿eso quiere decir que el juez no puede subrogarse al demandante para accionar, pero sí puede subrogarse al demandado para excepcionar?

La contradicción es notoria. Líneas adelante se afirma que el principio *nemo iudex sine actore* (en virtud del cual el proceso se promueve solo a iniciativa de parte) es una regla que no admite excepción alguna (Morales Hervias, 2012, pp. 19-20), pero ¿y las excepciones procesales judiciales de las que viene hablando el profesor, acaso no serían una suerte de excepción?

Además, el resultado de una excepción deducida por el demandado y declarada fundada jamás genera un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, en cambio, si tal excepción es “deducida” por el juez como fundamento de su sentencia, queda claro que es altamente probable contar con un pronunciamiento sobre el fondo.

En resumen, si bien la propuesta esbozada por el anotado jurista es digna de ser discutida a fondo, por el momento es claro que la declaración de una nulidad manifiesta es una herramienta de suma utilidad en la tarea judicial. Ciertamente, estamos de acuerdo con que la declaración de nulidad manifiesta de modo automatizado por los jueces puede degenerar en infracciones serias al debido proceso o más propiamente a los derechos de acción y contradicción. Pero de allí a suprimirle definitivamente esta arma al juez, no nos parece hacedero, peor en una realidad como la peruana, donde la “viveza” impera.

Quienes han laborado desde la perspectiva judicial, conocen y entienden a la perfección la calidad y utilidad de esta potestad concedida

por el legislador a la judicatura. Será menester, entonces, establecer barreras claras para que un juzgador no se extralimite, pero nada más.

En fin, el numeral 5.3 del Pleno Casatorio Civil es contrario a la posición mayoritaria de dejar sin efecto actos jurídicos manifiestamente nulos, ya que, además de que la nulidad de oficio permite al juez privar al acto jurídico de la eficacia probatoria que alguna de las partes pretendiera darle en el proceso pendiente de ser resuelto (Lama More, 2011, p. 1), no es dable que un negocio nulo con estas características goce de eficacia probatoria o, peor todavía, que no tenga ningún valor dentro de un proceso, pero siga produciendo efectos jurídicos fuera de él (Polanco Gutiérrez, 2013, p. 1).

## **10. La nulidad manifiesta en los procesos penales y la opinión del Tribunal Constitucional**

En doctrina se ha reclamado que el juez penal también debe contar con esta potestad nulificante de oficio, pues en algunos casos penales, la declaratoria de nulidad del acto jurídico involucrado es inevitable. Se coloca como ejemplo el caso de un delito contra la fe pública donde el documento –luego de un peritaje– se determina como falso, por lo que se propone que el juez penal, con base en el artículo 220 del Código Civil, también pueda declarar nulo el acto jurídico (vide Del Carpio Narváez, 2009; cf. Jiménez Vargas-Machuca, 2007, p. 8).

Al respecto, si bien el tema es bastante interesante y merecedor de ser debatido, en este caso tenemos que replicar que el ejemplo propuesto no es un supuesto de nulidad manifiesta, pues el peritaje implica ya un acto investigativo, lo cual discute abiertamente la institución de la nulidad manifiesta. Por lo tanto, si ese acto jurídico debe ser declarado nulo por el juez penal, no lo será, en puridad, por el supuesto del artículo 220 del Código Civil.

Se recurre a esta figura, a propósito del artículo 97 del Código Penal, que parece dar algunas pautas al respecto:

“Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”.

Es más, el artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal regula el mecanismo de hacer efectiva esta medida. Allí se dice que el Ministerio Público o el actor civil, cuando corresponda aplicar el artículo 97 o se trate de bienes sujetos a decomiso de conformidad con el artículo 102 del Código Penal, que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida, solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído en el bien.

En realidad, las reglas procedimentales allí establecidas de modo detallado no buscan sino garantizar el derecho de defensa de todos los involucrados (más o menos como venimos propugnando para la sede civil).

No obstante –insistimos– se puede ver que en esta regulación se habla solamente de los actos jurídicos del condenado siempre que sean posteriores a la sentencia, siendo su finalidad preservar el patrimonio para que se pueda cumplir con la reparación civil o la evitación de disposiciones fraudulentas (quedando a salvo los derechos de terceros). Ergo, como es necesario averiguar si la disposición fue fraudulenta, ello implica salirse del campo de acción de la nulidad manifiesta.

En efecto, ante tal situación somos de la idea que serían fácilmente de aplicación las disposiciones estatuidas para la acción pauliana, en donde la disposición se presume fraudulenta y perjudicial para el acreedor, siendo que el disponente se libra de tal presunción acreditando que tiene otros bienes libres u otorgando garantía suficiente para satisfacer al acreedor<sup>(15)</sup>.

Pero todo ello, no hace sino corroborar que no estamos ante un vicio palmario pues la intencionalidad fraudulenta no se la puede verificar en el simple acto jurídico, sino que es necesaria una investigación al respecto.

Por consiguiente, al menos bajo el amparo de estos dispositivos no es posible hablar de la aplicación de la facultad conferida por el artículo 220 del Código Civil.

---

(15) Ver artículo 195 del Código Civil.

Ad empero, nuestro Tribunal Constitucional parece haber entendido todo lo contrario, y ha generado un espacio discutible, dando luz verde para que los jueces penales puedan recurrir al artículo 220 del Código Civil a efectos de declarar la nulidad de un negocio abiertamente inválido.

El caso refiere que hacia el 6 de febrero de 1996 se dictó sentencia penal condenatoria por el delito de estafa a una pareja de esposos, donde además se estableció la reparación civil a favor del agraviado, por lo que se procedió a trabar embargo en un bien inmueble de propiedad de los condenados. No obstante, con evidente intención de no acatar lo dispuesto en la sentencia penal, los condenados, con fecha 5 de mayo de 1997, procedieron a ceder la propiedad del bien embargado a favor de sus hijos en calidad de anticipo de legítima. Con ello, la Sala Penal entiende que las decisiones se basaban en un acto jurídico viciado de nulidad, como es el anticipo de legítima. Por lo tanto, también ellas resultaban nulas.

Y ante el argumento de la parte consistente en que un juez o una Sala Penal no tendrían competencia para pronunciarse sobre la validez de un acto jurídico civil, en el fundamento jurídico 8 de la Sentencia N° 2494-2005-AA se precisó que:

“(…) este Tribunal considera que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que mediante la resolución impugnada dispuso la nulidad de los actos posteriores a la condena, ha ejercido válidamente sus potestades de preservar la intangibilidad de lo decidido en la sentencia penal, pero, además, tal decisión resulta oportuna y eficaz para el fin perseguido, en la medida en que derivar la declaración de nulidad a un juez competente, vista la reticencia de los condenados, hubiera supuesto un mayor perjuicio para los agraviados con el delito, sobre todo **si en el expediente penal se han reunido todos los supuestos y documentos para que dicha declaración proceda de oficio, conforme lo prevé, además, el artículo 220 del Código Civil**, según el cual la nulidad declarada por ley (art. 219.7) ‘(…) Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta’”.

Y se agregó en el fundamento 9:

“En el presente caso, la nulidad de los actos posteriores al hecho delictivo está sancionada en el artículo 97 del Código Penal, lo cual supone una declaración expresa por mandato, no del juez **sino de la propia ley**, potestad que ha sido ejercida de oficio por el juez penal, sin que ello pueda considerarse violatorio de algún derecho constitucional, como alega el recurrente”.

Aquí, como se aprecia, los magistrados constitucionales conciben a la nulidad como un estado situacional del acto o, en el peor de los casos, como una sanción pero que opera por imperio de la ley, es decir, ipso iure.

Como sea, ante esta decisión la doctrina ha dicho que para los magistrados constitucionales, un juez penal cuenta con todos los elementos de juicio para declarar la nulidad de los actos jurídicos conexos con el delito, a fin de preservar la ejecución de su sentencia, evitando que el agraviado tenga que recurrir a la vía civil (Abanto Torres, 2012, p. 30).

No obstante, una conclusión de esta naturaleza sí es de sumo cuidado, pues si nuestros jueces civiles –expertos en la materia– alguna vez incurrir en excesos, al no serles muy fácil el diferenciar un nulidad manifiesta de la que no lo es, es altamente previsible que un juez penal también pueda excederse.

Por ello se anota que, dada la naturaleza del proceso penal, una resolución que declare una nulidad “manifiesta” de un acto jurídico deberá contener una buena fundamentación, además de garantizar el debido contradictorio a las partes (Abanto Torres, 2012, p. 30), tal y como lo prevé el propio artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal.

Pero, insistimos, desde nuestro punto de vista, no estamos ante la figura de la nulidad manifiesta recogida por el artículo 220 del Código Civil.

## **11. Un tema final: la declaración oficiosa de la nulidad manifiesta luego de la prescripción decenal**

Venimos diciendo que la facultad conferida al juzgador para declarar una nulidad manifiesta debe ser ejercitada con mucho tino, a fin de evitar

cualquier tipo de excesos. Ese es en el fondo el gran miedo de algunos justiciables y doctrinarios.

Lo resuelto en la Casación N° 554-04-Cusco es una muestra tangencial de ello.

Aquí la Corte Suprema advirtió que la nulidad que aquejaba al acto había sido declarada de oficio, atentando contra el derecho de defensa pues a la parte afectada con dicha nulidad no se le había permitido alegar sus argumentos, máxime si la causal era la contravención al orden público y a las buenas costumbres.

Pero el punto álgido del caso es que se trataba de un negocio celebrado diecinueve años antes, es decir fuera del decurso prescriptivo para que siquiera se intente la nulidad sin que se pueda oponer con éxito la excepción de prescripción.

Lamentablemente, la Corte Suprema al respecto solamente dijo que una sentencia razonablemente justa no debía omitir tal particularidad, y no agregó nada más.

A nuestro criterio, el juzgador no puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 220 cuando la pretensión de nulidad esté prescrita. Y no lo puede hacer porque no puede subrogarse en la parte cuando la prescripción sanciona subjetivamente su inercia por tanto tiempo (tal y como se verá de modo más detallado en el capítulo pertinente a la prescripción).

Es decir, si ya la pretensión prescribió y no es viable que la pueda ejercer la parte –sin el alto riesgo de la correspondiente excepción–, el juzgador tampoco estaría habilitado para hacer lo propio; a menos que se le conceda al perjudicado la posibilidad procesal de interponer una **excepción de prescripción contra la decisión del juez**, pero lamentablemente ese mecanismo procesal no existe en nuestro ordenamiento instrumental.

Así como en materia penal o administrativa sancionadora la autoridad no cuenta con potestad persecutoria cuando la falta ha prescrito, igualmente no podría hacer valer el juez una nulidad si es que el

verdadero interesado no hizo lo propio en su momento. Esto realmente sí sería un exceso.

Además, un razonamiento contrario parte siempre de la errada idea de que la nulidad es un estado del acto, cuando venimos insistiendo en que se trata de una sanción. Y si es una sanción, debe sujetarse a plazos perentorios.

Claro está, esto se amalgama con nuestra propuesta de que, a diferencia de la nulidad propiamente dicha, la inexistencia y la nulidad por contravención al orden público o a las buenas costumbres no debieran estar sujetas al plazo de prescripción decenal (vide Tantaleán Odar, 2010).



## CAPÍTULO V

### **Acerca de la declaración de nulidad basada en una causal distinta a la ventilada procesalmente**

Conectado al capítulo anterior también en sede casatoria se ha presentado la dicotomía de si es posible o no declarar la nulidad de un acto jurídico basada en una causal, cuando el accionante peticionó la demanda basada en otra causal.

Nuestra Corte Suprema se ha inclinado en algunos casos porque ello es factible, y en otros definitivamente ha cerrado las puertas.

#### **I. LA POSTURA CASATORIA A FAVOR DE LA NULIDAD POR CAUSAL DISTINTA A LA INVOCADA EN LA DEMANDA**

---

Esta primera posición encuentra su sustento en el principio *iura novit curia* consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que precisa que el juez debe aplicar el derecho que corresponda aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, debiendo en tal caso, no fundar su decisión en hechos diversos alegados por las partes.

Esta postura ha sido sustentada en algunos fallos casatorios, por ejemplo, tenemos a la Casación N° 2148-2007-Callao:

“Este principio, traducido como ‘el juez conoce el Derecho’ le da la libertad al juez a la hora de elegir la norma aplicable al

caso, pero teniendo como límite la plataforma fáctica proporcionada por las partes en la demanda y contestación (...). Cumplir este cometido significa en primer lugar encontrar en el ordenamiento jurídico la regla abstracta con la cual el hecho concreto debe ser juzgado, para hacer después una simbiosis de congruencia y exacta aplicación de aquel (...). Al haber declarado el ad quem **la pertinencia al caso de autos de la norma contenida en el artículo doscientos diecinueve, inciso octavo, del Código Civil, en vez de los incisos uno y cinco invocados por la parte demandante como sustento jurídico de su demanda, se ha ceñido estrictamente a la facultad que le confiere el principio *iura novit curia***”.

## II. LA POSTURA CASATORIA EN CONTRA DE LA NULIDAD POR CAUSAL DISTINTA A LA INVOCADA EN LA DEMANDA

---

Esta segunda postura casatoria entiende que no es posible la declaratoria de nulidad pues con ello se afectaría al debido proceso, al atentarse contra el derecho de defensa de la parte demandada que ha defendido en el proceso la causal invocada y no otra. Además, se afectaría el principio de congruencia procesal toda vez que al resolver sobre una causal distinta de la peticionada, se estaría yendo más allá de la pretensión.

Entre los fallos casatorios que se acogen a ella, al tenemos a la Casación N° 3564-2002-Lima:

**“(...) el petitorio de la demanda se sustentó en el fin ilícito y la simulación absoluta** y al fijarse los puntos controvertidos se tenía que determinar si el acto jurídico de la compraventa materia de nulidad contenía un fin ilícito y adolecía de simulación absoluta. (...) **la sentencia de vista ha resuelto la controversia sustentada en la nulidad del acto jurídico cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible, lo que no ha sido materia del petitorio de la demanda**, ni tampoco punto controvertido fijado en la audiencia respectiva, sin que la parte demandante haya impugnado la fijación de los puntos controvertidos. (...) el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil permite

al juez aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, pero sin embargo, no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; (...) **la sentencia de vista al sustentar su decisión en un argumento legal que no ha sido materia del petitorio ni materia controvertida, ha afectado el derecho de la recurrente, que no ha podido ejercitar su derecho de defensa al respecto**".

### III. LAS CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL DE LIMA NORTE

---

En el año 2009 se llevó a cabo un Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte<sup>(1)</sup>. Allí, entre otros temas, se discutió si era posible que el juez declarase la nulidad de un acto jurídico por una causal distinta a la invocada en el petitorio de la demanda.

Por la primera ponencia se dijo que ello sí era posible en virtud del principio *iura novit curia* consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que precisa que el juez debe aplicar el derecho que corresponda aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente, debiendo en tal caso, no fundar su decisión en hechos diversos alegados por las partes.

La segunda ponencia se dijo que ello no era posible pues se afectaría al debido proceso, al atentarse contra el derecho de defensa de la parte demandada que ha defendido en el proceso la causal invocada y no otra. Además se afectaría el principio de congruencia procesal toda vez que al resolver sobre una causal distinta de la peticionada, se estaría yendo más allá de la pretensión.

Como se hace notar en el documento del Pleno, la duda surge en el caso en que el juez estime una pretensión cuando la causal por la que concede no ha sido alegada por el demandante, sino que aparece de lo actuado.

---

(1) Ver Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ) - Corte Superior de Justicia de Lima Norte 2009.

Así, el primer criterio se basaría en que ya se habría producido un debate sobre la validez de un acto jurídico y se llega a determinar que la causal invocada por la parte no es la pertinente, sino otra, pues se toma en cuenta que ha habido un debate sobre los hechos.

En el debate respectivo se tuvo como resultado que para quienes optaron por la primera postura, opinaron que sí era posible la declaración de nulidad sobre una causal distinta, siempre que los hechos hayan sido descritos de modo adecuado en la demanda y sobre estos hechos haya girado la controversia, es decir, siempre que no se desvirtúen los hechos alegados y debatidos en el proceso.

Por su parte, quienes se inclinaron por la segunda posición, insistieron en la vulneración del debido proceso, del derecho, de defensa y del principio de congruencia. No obstante precisaron que, de modo excepcional, el juez se podía pronunciar por causal distinta siempre y cuando el demandado haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre todos los hechos expuestos en la demanda, brindándole el debido contradictorio y el juez haya fijado como punto controvertido la causal, sometándose al contradictorio y debate probatorio dicho extremo.

Al someter a votación en el Pleno el resultado fue un empate de 4 votos para cada ponencia, y como el Presidente contaba con voto dirimente, votó por la primera ponencia.

Lo saludable de este Pleno, además de generar algo de predictibilidad, es que se sometió a debate un tema interesante. Lo lamentable es que luego de la discusión se llegue a un resultado totalmente inclinado a una de las posturas sin intentar una nueva construcción. Dicho de otra manera, nos parece que las conclusiones a las que se arriba en los grupos de trabajo son susceptibles de armonizar en una sola (cf. Abanto Torres 2012, p. 29).

#### **IV. ¿CUÁL SERÍA LA POSIBLE SOLUCIÓN?**

---

Con todo el soporte teórico mostrado líneas arriba tenemos que el artículo 220 solamente habla de la declaración de oficio cuando estemos ante un vicio manifiesto, en los demás casos ello es improbable.

Por consiguiente, si es permisible la declaración de nulidad manifiesta cuando se está tratando un tema distinto, a fortiori, sería posible la declaración de nulidad de oficio cuando en el proceso se está discutiendo también sobre nulidad, pero sobre otra causal.

Por ejemplo, si una parte demandó la resolución de un contrato de anticresis, pero esta no se celebró vía escritura pública, es totalmente permisible al juez declarar la nulidad del contrato por un defecto formal insubsanable (con las atingencias hechas en el capítulo anterior).

A fortiori, en el mismo caso, si una de las partes demandase la nulidad del contrato de anticresis basada en fin ilícito, el juez sí podría declarar nulo el contrato por la causal de ausencia de forma solemne al no ser hecha vía escritura pública.

En cambio, si, por ejemplo, se está discutiendo una nulidad por falta de manifestación de voluntad y luego aparece la causal del fin ilícito, evidentemente no estamos ante un vicio manifiesto, por lo que el juez no podría declarar la nulidad, incluso estando ante la misma pretensión nulificante.

En ese caso somos partícipes de la postura que rechaza la declaración de nulidad sin la opción dada a la parte para defenderse, pues evidentemente preparó su defensa para una causal y no se puede ver sorprendido por una nueva que –para nuestro caso– no es evidente.

Por ello mismo, también compartimos la idea de excepcionalidad, consistente en que el juez se podría pronunciar por causal distinta siempre y cuando el demandado haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre todos los hechos expuestos en la demanda, brindándole el debido contradictorio y se haya fijado como punto controvertido la nueva causal, sometiénose al contradictorio y debate probatorio. Ello sobre la base de un principio no anotado ni discutido en el pleno jurisdiccional como es el de economía procesal.

Entonces, intentando amalgamar de modo final, diremos que si el juez se encuentra ante un vicio plausible de nulidad, aún no estando alegado por el demandante, es viable su declaración, pero, a fin de no vulnerar los derechos contenidos en la garantía del debido proceso, y evitando

un automatismo en la aplicación de las nulidades negociales, será menester que, previamente a su pronunciamiento sobre la nulidad notoria, el magistrado dé oportunidad a las partes intervinientes en el litigio para que se manifiesten sobre la viabilidad o inviabilidad de la declaración nulificante.

En cambio, si se tratase de un vicio no manifiesto, solamente el juez podrá pronunciarse siempre que la causal no invocada originalmente haya sido debatida tanto probatoria (fáctica) como argumentativamente (jurídica). Y para ello nos parece que el filtro procesal es haberla colocado como punto controvertido en el debate procesal.

En fin, basta agregar que esta propuesta de tratamiento solamente sería viable para el caso de dos causales –ambas de nulidad– y no para la combinación de una causal de nulidad y otra de anulabilidad, como se hizo notar acertadamente en la Casación N° 2511-2007-Arequipa:

“(…) conforme se advierte de la demanda (...), **el pedido concreto del demandante consiste en la nulidad del acto jurídico por la causal de simulación absoluta, en cambio, en la recurrida se ha resuelto por la anulabilidad** del acto jurídico por la causal de simulación relativa (...) en los supuestos en los que el juzgador advierta una disconformidad o discrepancia entre lo que se solicita (...) y los hechos en los que se funda ese pedido, tendrá la posibilidad de tomar las medidas que le autoriza el ordenamiento procesal, mas no podrá variar el petitorio de la demanda”.

## V. ¿EL VICIO MANIFIESTO DEBE REFERIRSE EXCLUSIVAMENTE AL TEMA VENTILADO EN EL PROCESO?

---

Continuando con lo pronunciado en el capítulo anterior y, según todo lo dicho hasta ahora, tenemos que en el Derecho argentino cuando estamos ante una nulidad manifiesta (o sea un vicio evidente) y a la vez con un supuesto de nulidad absoluta (o sea que la puede pedir cualquier sujeto), es viable que el juez declare de oficio la nulidad. Pero si se trata de un caso de vicio manifiesto pero con nulidad relativa (solo un determinado sujeto puede pedirla), el juzgador no podrá sentenciarla.

Pero como nuestro ordenamiento jurídico no es del todo igual al argentino, tendríamos que un caso de vicio manifiesto, pero con nulidad relativa (donde solo un sujeto la puede pedir) sí podría ser sentenciado por un juzgador, ya que el artículo 220 parece permitirlo, pues basta con que la nulidad sea palmaria.

Ahora bien, estando de acuerdo o no con que la nulidad evidente sea declarada o no de oficio, la doctrina es conforme en afirmar que el vicio de nulidad debe vislumbrarse en la misma causa que se está ventilando ante el juzgador. Por ejemplo, si se demandara divorcio y el juez verificase que el acta matrimonial tiene un defecto insalvable; o si se demandase una inejecución contractual y el contrato hubiese sido celebrado por alguien absolutamente incapaz.

No obstante, existe un caso digno de ser discutido y puesto a consideración. Se trata del Expediente N° 2006-01008-Cajamarca, que si bien no llegó a la esfera casatoria, es aconsejable darlo a conocer.

En este caso, se ventilaba ante el 2° Juzgado de Familia la pretensión de doña Aura Martha Burgos Soriano contra Tancredo Pastor Guevara Cabanillas sobre entrega de frutos de la sociedad de gananciales respecto de un vehículo común. En media tramitación procesal el demandado dispuso a favor de su madre sus acciones y derechos correspondientes al vehículo, indicando que dejaba a salvo el derecho de su cónyuge respecto del 50 % de las acciones y derechos que le correspondían por su condición de tal.

La demanda fue declarada fundada a favor de la demandante, pero al enterarse de lo acontecido, solicitó, dentro de la misma causa, la nulidad del contrato de compraventa, ya que por mandato del artículo 315 del Código Civil, se requería de la participación de ambos cónyuges para la disposición del vehículo por ser bien perteneciente a la sociedad de gananciales.

El juzgador del caso declaró fundado el pedido decretando la nulidad de la compraventa entre el demandado y su madre; y entre los fundamentos, además de la contravención de una norma imperativa, se resalta la mala fe del demandado puesto que con dicho contrato se pretendía burlar el derecho de la demandante ya concedido en la causa, pues, como

la demandante había ganado el proceso de entrega de frutos, la venta evidenciaba una actitud maliciosa.

Evidentemente, el demandado interpuso apelación aduciendo la violación del principio de congruencia ya que el pronunciamiento sobrepasaba los límites de lo pedido por la demanda, toda vez que al tratarse de un proceso sumarísimo de entrega de frutos, no era posible sustanciar en esta vía una causa referida a la nulidad negocial.

La Sala Civil decidió revocar la resolución original bajo el principal argumento del atentado contra el derecho de defensa, en especial del tercero que adquirió el bien, además de que dicha pretensión debía sustanciarse en un proceso de conocimiento.

Como se puede ver, los temas sobre los que gira la nulidad tienen que ver –en parte– con aspectos subjetivos y no manifiestos, como es la mala fe de los contratantes y una eventual simulación de compraventa. No obstante, también está presente el caso de la vulneración del artículo 315 del Código Civil, que sí se puede tomar como un supuesto de vicio manifiesto, ya que estaba acreditado que el vehículo era de la sociedad conyugal.

No falta razón cuando se dice que este tema debe ser discutido en un carril procedimental más amplio, peor todavía porque la *causa petendi* versa sobre un tema totalmente distinto, motivo por el cual no es del todo desacertado rechazar el pedido de nulidad.

En fin, como el vicio es evidente y se le ha dado a conocer al juez tal situación, dentro de la misma línea de pensamiento que postulamos, no vemos obstáculo para que el juez pueda pronunciarse sobre la causal de nulidad, pero con la previa participación del demandado y del tercero, a fin de garantizar el derecho de defensa, y acoger positivamente el principio de economía procesal.

## **VI. UN TEMA FINAL: LA NULIDAD POR CAUSALES INCOMPATIBLES**

---

Un caso final refiere la incongruencia casatoria referida a la demanda nulificante, basada en causales incompatibles.



En la Casación N° 3124-2005-Ica se demandó la nulidad de acto jurídico de compraventa sobre las causales de falta de manifestación de voluntad, simulación absoluta y fin ilícito.

El juez de la causa declaró infundada la demanda, mientras que la Sala Superior la declaró improcedente por estar ante un petitorio imposible jurídicamente. Ciertamente, para la Sala Superior –y no parece faltarle razón– la causal de falta de manifestación de voluntad es incompatible con la de simulación absoluta, toda vez que si no hay manifestación de voluntad, o sea voluntad externa, mal puede afirmarse que hay divergencia entre esta última y la voluntad interna.

Para la Corte Suprema este razonamiento no encierra ningún análisis y la Sala Superior se equivoca pues:

“(…) no debe soslayar que cuando el justiciable interpone una demanda de nulidad de acto jurídico lo que pretende de modo final es precisamente la nulidad de dicho acto por cualquiera de las causales que haya invocado **pero nulidad al fin** y de ningún modo la invalidez por todas y cada una de las causales alegadas”.

Desde nuestra perspectiva, este razonar de los magistrados supremos es errado, pues en los fundamentos de hecho se deben especificar las causales y mostrar ello con las debidas pruebas. Y efectivamente, al probar que no hubo manifestación de voluntad mal se puede hablar de que hubo simulación absoluta, a menos que se utilicen las causales de modo acumulativo, v. gr., subordinadamente.

La Sala Suprema parece darse cuenta de ello y matiza su razonamiento de la siguiente manera, pero insistiendo en que debe haber pronunciamiento sobre el fondo:

“(…) en caso de existir una aparente contradicción de causales, ello contribuirá como argumento corroborativo de lo endeble de la fundamentación de la demanda pero **no constituye argumento eximente de pronunciarse sobre el fondo de la pretensión (…)**”.

Contrariamente, en un caso idéntico, en la Casación N° 5651-2007-Puno el Colegiado Supremo se pronunció expresamente sobre

la incompatibilidad de las causales de nulidad, declarando que en un caso de tal naturaleza estamos efectivamente ante un supuesto de improcedibilidad:

“(…) se expone que las causales de nulidad de acto jurídico son la **ausencia de la manifestación de voluntad externa del agente y la simulación absoluta**. (...) En el presente caso, la recurrida señala que las causales invocadas en la demanda tienen naturaleza jurídica distinta, que en el caso de la falta de manifestación de la voluntad del agente, prevista en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil, se exige para su configuración la ausencia de la manifestación exterior de voluntad del agente; mientras que en la causal de simulación absoluta, regulada en el inciso 5 del mismo artículo, se exige para su configuración legal una manifestación exterior de voluntad del agente, pero en apariencia, por lo que concluye que **ambas causales son incompatibles entre sí** (sic), excluyentes, configurándose una indebida acumulación de pretensiones. (...) Del texto de la demanda se aprecia que **el actor no ha planteado una acumulación de pretensiones subordinada u alternativa**, caso en el cual el juez de mérito, primero examina la principal y, en caso de no encontrarla fundada, pasa a la subordinada o alternativa. (...) siendo ello así no se corrobora los motivos del error *in procedendo* que se aluden. Es que de acuerdo a lo regulado en el artículo 128 del Código Procesal Civil, un acto jurídico procesal es declarado **improcedente**, si la omisión o defecto es de un requisito de fondo”.

Tal y como anticipamos, nosotros nos inclinamos por la segunda postura que entiende que hay una indebida acumulación, puesto que las causales realmente son incompatibles entre sí. Y también como ya se adelantó, y la propia Corte Suprema lo muestra, el mecanismo de evitación de esta improcedibilidad de la demanda es recurrir a una acumulación o subordinada o alternativa.

Como se entenderá, el problema radica en que si por un lado no denuncio todas las causales posibles corro el riesgo de que el juzgador declare infundada la demanda por entender que no se configura una causal, pero sí otra. Por ejemplo, si demando la nulidad de la venta de un bien ajeno por la causal de objeto imposible y el juez está convencido de

que la real causal es el fin ilícito, como vimos líneas arriba, podrá rechazar la demanda, por no denunciar la correcta causal. Pero, por el otro lado, si acumulo varias causales me corro también el riesgo de arribar a una indebida acumulación.

Por ello, es menester entender bien cada caso en particular y acumular debidamente las causales.



## CAPÍTULO VI

### Acerca del mecanismo de establecimiento de la nulidad

#### I. LA OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO COMO MECANISMO EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

---

Entre nosotros se ha venido diciendo que la nulidad, por estar sancionada en la ley opera ipso iure, o sea, de pleno derecho. Lo dicho parece fluir de la redacción del artículo 219 donde se estipula literalmente que bajo las causales allí señaladas el acto jurídico es **nulo**.

Por nulidad mayormente se entiende a la sanción privativa de efectos que opera de pleno derecho o ipso iure, por lo que la nulidad operaría *ope legis*, a diferencia de la anulabilidad que acontecería *ope iudicis*. Ello obedecería a que el defecto en el caso de la nulidad es severo, motivo por el cual se considera que la sanción opera automáticamente, mientras que en el hipotético de la anulabilidad el vicio es menor y no de tanta gravedad, razón por la cual el acto surte efectos mientras no se lo reduzca totalmente.

Ciertamente, en la exposición de motivos del Código Civil se dice que el acto nulo lo es de pleno derecho, lo que significa que no requiere de una sentencia judicial que así lo declare; y solamente si por lo menos una de las partes pretendiese su validez, corresponderá al juez declarar la nulidad absoluta sin que la sentencia tenga carácter constitutivo, pero sí meramente declarativo (Vidal Ramírez, 1985, p. 332).

Al respecto, jurisprudencialmente se ha dicho:

“Que, atendiendo a la naturaleza de la **pretensión de nulidad** de actos jurídicos destinada a obtener decisiones de **carácter declarativo** partiendo de una situación incierta para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de certeza del derecho controvertido”<sup>(1)</sup>.

Pero, además –siempre en la exposición de motivos– se ha añadido como característica de la nulidad ipso iure, que el acto es jurídicamente inexistente, o sea que no genera efectos (Vidal Ramírez, 1985, p. 332).

Para comprender mejor lo dicho, el profesor Carlos Ambrosioni (1965, 101) nos enseña que en el antiguo Derecho Romano si el negocio era prohibido por la ley, era nulo, de nulidad absoluta que se producía ipso iure, sin declaración judicial al respecto. Este principio surgía de la Constitución que figuraba en el Libro 1, Título 14, fragmento 5 del Código de Justiniano.

De allí tenemos el rezago actual común de encontrar autores que afirman que los actos nulos son aquellos en los que la nulidad se produce ipso iure, sin que sea necesaria declaración judicial de por medio, ya que el acto nace inatendible (De Ruggiero, 1915, p. 313; Albaladejo, 1996, p. 434; Coviello, 1949, p. 370; Díez-Picazo, 2002, p. 472; Cuadros Villena, 1996, pp. 210-211).

Por consiguiente, para nuestro ordenamiento legal, literalmente se consideraría que la nulidad opera de pleno derecho, lo que ha ocasionado un razonamiento de innecesidad de recurrir al órgano judicial para tal declaración (cf. Taboada Córdova, 2002b, p. 95; Romero Montes, 2003, p. 300; Cuadros Villena, 1996, pp. 210-211).

Es decir, en puridad, no se necesitaría de participación judicial alguna para decretar una nulidad negocial, y en el peor de los casos la sentencia judicial que avale tal nulidad sería solamente práctica (León Barandiarán, 1983, p. 65; Taboada Córdova, 2002b, p. 95; Díez-Picazo, 2002,

---

(1) Expediente N° 2006-0209-Cañete.

p. 473) o utilitaria (Rubio Correa, 2001, p. 29; Stolfi, 1959, p. 84; Albaladejo, 1996, p. 434; García Amigo, 1979, p. 862)<sup>(2)</sup>.

Por ello se ha dicho que el negocio jurídico nulo nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido, es decir, nace muerto; a diferencia del negocio anulable que es provisionalmente productivo de sus efectos jurídicos, que nace con vida pero gravemente enfermo (Taboada Córdoba, 2002b, p. 90) y por poseer un vicio en su conformación tiene un doble destino alternativo y excluyente: o es confirmado por la parte afectada (en cuyo caso seguirá produciendo sus efectos jurídicos) o es declarado judicialmente nulo (en cuyo caso la sentencia opera retroactivamente a la fecha de celebración del negocio anulable como si hubiera sido nulo desde un inicio). Dicho destino depende exclusivamente de la parte afectada por la causal de anulabilidad.

El que la nulidad opere de pleno derecho ha sido ratificado por numerosas sentencias nacionales:

“El acto jurídico afectado de nulidad absoluta se reputa inexistente, **nulo ipso iure**, por tanto y cualquier acto jurídico subordinado a él es igualmente nulo e insubsistente”<sup>(3)</sup>.

“La nulidad absoluta del acto jurídico **opera de pleno derecho**, porque importa la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos”<sup>(4)</sup>.

“(…) al haber devenido en **nulos de pleno derecho** los contratos de arrendamiento suscritos”<sup>(5)</sup>.

“(…) el acto **nulo lo es de pleno derecho** y por ello no requiere de una sentencia judicial que así lo declare”<sup>(6)</sup>.

---

(2) Por ejemplo para el español García Amigo (1979, p. 862) tanto en la inexistencia como en la nulidad se crea una apariencia jurídica que puede desaparecer pero que no se obliga a hacerlo más que por conveniencia.

(3) Expediente 1413-90-La Libertad.

(4) Casación 2514-97-Ica.

(5) Casación 1152-98-La Libertad.

(6) Casación 1772-98-Apurímac.

“(…) el Juzgador está facultado para apartarse de este principio por el cual las partes definen el objeto de la pretensión y declarar la nulidad de un **acto nulo ipso iure** (nulidad absoluta) que no fue impetrado por aquellas, independientemente de la vía procedimental de los procesos de cognición (conocimiento, abreviado o sumarísimo)”<sup>(7)</sup>.

“En cuanto al inciso 5 del artículo 219 del Código Civil (...) opera la **nulidad ipso iure**”<sup>(8)</sup>.

“No obstante que la anticresis **sea nula de pleno derecho** por la omisión de forma”<sup>(9)</sup>.

“(…) la formalidad (...) es una esencial o del tipo solemnitatem, es decir se trata de una exigencia o requisito formal que es constitutivo del acto y su inobservancia acarrea en definitiva **su nulidad de pleno derecho**”<sup>(10)</sup>.

“(…) el título con el que pretenden justificar su posesión los demandados resulta **nulo de pleno derecho** al no haberse celebrado en la forma solemne que señala el artículo 1005 del Código Civil de mil novecientos treintiséis, esto es mediante Escritura Pública; en consecuencia siendo **nulo de pleno derecho el contrato** de fojas treintiuno, (sic) los demandados no tienen título que justifique su posesión”<sup>(11)</sup>.

“(…) que dicho contrato resulta ser **nulo de pleno derecho** (...) además si el acto jurídico en el que la actora ampara su derecho de propiedad es **nulo de pleno derecho** y sin valor legal alguno, no existe razón justificable para amparar la presente demanda de nulidad de acto jurídico (...) la actora no puede pretender la reivindicación del inmueble sublitis, amparándose en un contrato de

---

(7) Casación N° 1864-00-San Román.

(8) Casación N° 1201-2002-Moquegua.

(9) Casación N° 2009-2002-Juliaca-Puno.

(10) Casación N° 2239-2002-Arequipa.

(11) Casación N° 2056-2007-Cajamarca.



compraventa en la que no ha intervenido ni autorizado, es decir **nulo de pleno derecho**<sup>(12)</sup>.

“(...) la presente litis ha sido promovida por la Comunidad demandante con la finalidad de que se declare la nulidad del contrato de cesión y transferencia del predio Acomachay (...) contrato contenido en la Escritura Pública (...), acumulativamente que se declare la nulidad de su inscripción en los Registros Públicos (...), por lo que (...) es **nulo de pleno derecho**”<sup>(13)</sup>.

“(...) al no haber sido realizada bajo la forma prescrita por la Ley resulta **nula de pleno derecho** (...) ya que el acto nulo no puede ser subsanado (...)”<sup>(14)</sup>.

“(...) al haber dispuesto unilateralmente (...) deviene en nula la prenda, ya que no se puede validar un acto jurídico que es **nulo de pleno derecho**”<sup>(15)</sup>.

“(...) que, a mayor abundamiento, 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

---

(12) Casación N° 2139-2007-Lima.

(13) Casación N° 557-2008-Junín.

(14) Casación N° 1519-2008-Ica.

(15) Casación N° 3839-2008-Cajamarca.

está recién condenado con la nulidad un acto jurídico sino que está declarando una situación ya existente”<sup>(16)</sup>.

El fundamento de la operatividad de pleno derecho también parece haberse manifestado jurisprudencialmente, y coincide con algunos de los sustentos esbozados por la doctrina. En efecto, al hablar de la nulidad, en la Casación N° 2792-2000-Lambayeque, como supuesto de ineficacia estructural se afirmó que se trata de:

“Aquellas afectadas por causa originaria o intrínseca al momento de la celebración o formación del acto, cuyos elementos constitutivos están previstos en el artículo doscientos diecinueve del Código Civil; **ineficacia sustentada en el principio de legalidad, por lo que opera la nulidad ipso iure o absoluta**”.

## II. LA NULIDAD REALMENTE NO OPERA DE PLENO DERECHO

---

Acabamos de decir que entre nosotros mayormente se estima que la nulidad opera de pleno derecho.

No obstante, para Pescio (1948, p. 205) la utilización de la voz nulidad de pleno derecho es una denominación que induce al error de creer que la sanción nulificante opera instantánea y mecánicamente. Este autor muestra que la acción de nulidad y la correspondiente sentencia son siempre necesarias, toda vez que la acción nulificatoria sería la vía jurídica por la cual se obtiene el aniquilamiento o destrucción del acto, que no reúne las condiciones requeridas para su validez (Pescio V., 1948, p. 206).

En la nulidad absoluta la sentencia es como el certificado de defunción, mientras que en la nulidad relativa la sentencia se pronuncia como la condena que hace morir al acto jurídico (Pescio, 1948, p. 205). Ergo, en todos los casos, al menos en líneas generales, la nulidad requiere siempre ser pronunciada por el juzgador (Salvat, 1954, p. 709).

---

(16) Casación N° 135-2010-Arequipa.

El razonamiento de que la nulidad opera derecho es sumamente discutible, pues toda nulidad tendría que ser sentenciada de esa manera por el órgano judicial competente para que el negocio nulo deje de tener efectos jurídicos (Espinoza Espinoza, 2004, p. 40; Núñez Molina, 2003, p. 100 y ss.; Larenz s.f., p. 585).

Juan Espinoza citando a Bianca (vide Palacios Martínez, 2002b, pp. 34-36) afirma que la nulidad no excluye que el negocio pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes, por tanto, la producción de efectos no es la nota distintiva entre un negocio nulo y uno anulable. En otras palabras, los supuestos de ineficacia no impiden que el acto ineficaz produzca otros efectos dispuestos por la ley, aunque no sean deseados por las partes (Torres Vásquez, 2001, p. 661).

Por su parte, Werner Flume (1998, pp. 643-644 y 651) nos dice que el negocio nulo no es solamente un acontecimiento fáctico, sino un negocio jurídico, por lo que pueden producirse consecuencias jurídicas con base en un negocio jurídico nulo, a lo que agrega que el negocio jurídico nulo puede tener relevancia jurídica de diversas maneras, como si fuera válido, si con base en él se realizan prestaciones o si el negocio se consuma de otra manera.

Por lo tanto, es falso que para que haya nulidad no es necesaria la declaración caso por caso, ya que sobre la base de un negocio inválido se pueden producir ciertos efectos (Ripert y Boulanger, 1964, p. 411).

Se ha dicho que la extensión de la expresión nulidad de pleno derecho a la nulidad radical induce desde antiguo a confusión, dando a entender que la nulidad más grave no exige declaración, lo cual no es cierto (Manresa y Navarro, 1907, p. 767).

A este tema el profesor Miguel Pasquau (1997, p. 145) se dirige con cierto sarcasmo cuando asevera que una de las más importantes preguntas sobre nulidades encuentra como respuesta que la nulidad opera *ipso iure*, automáticamente, pero “a veces” es necesaria la sentencia para destruir la apariencia generada por el contrato.

Todo lo dicho cuenta incluso hasta con un soporte histórico. No debe olvidarse que según Filanti (ápu*d* Pasquau Liaño, 1997, p. 165) en el

sistema del Code napoleónico el acto nulo no pertenecía al mundo de lo jurídicamente irrelevante pues era necesaria una sentencia para sustraerse a sus efectos, debido a que se manifestaba una eficacia precaria del acto nulo<sup>(17)</sup>.

En la misma línea Ripert y Boulanger (1964, p. 423) nos enseñan que en el Derecho antiguo se llamaba nulidad de derecho a la que operaba por sí misma, sin intervención del juez. Pero tal noción ya no corresponde a ninguna realidad. Es decir, incluso cuando haya una violación flagrante de la ley, la nulidad debe ser siempre pronunciada por el juzgador.

Sabemos que, de acuerdo con nuestro sistema jurídico imperante, la nulidad debe estar establecida en la ley. Empero, en manera alguna, el hecho de que la ley amenace al acto con nulidad, quiere decir que la nulidad opere de pleno derecho<sup>(18)</sup>, pues, lógicamente, la nulidad debe estar establecida en la propia ley, porque ese es el instrumento con el que operarán los juzgadores.

Dicho de otra manera, incluso cuando la nulidad esté expresamente prevista por la ley y exista una violación evidente de la regla legal, es necesario recurrir al juez para su verificación (Ripert, y Boulanger, 1964, p. 424; Espinoza Espinoza ápod Palacios Martínez, 2002b, p. 34).

Compartimos, así, la opinión del profesor Ángel Gustavo Cornejo (ápod Idrogo Delgado, 1993, p. 224) quien sostiene, de modo rotundo, que la nulidad no opera de pleno derecho y por ello debe ser sentenciada por la judicatura. En igual sentido se pronuncia Leoncio Olazábal (1953, p. 221) cuando afirma que la declaración de la existencia de nulidad está sometida siempre a decisión judicial.

---

(17) Inclusive la inexistencia contaba con una acción consistente en despejar la incertidumbre que el acto inexistente podía suscitar respecto de las posiciones jurídicas que se verían afectadas si el acto fuese válido (Pasquau Liaño, 1997, p. 166).

(18) Se considera que el término nulidad de pleno derecho es lo que impide una declaración judicial, pero habría que tener en cuenta que se ha dicho –al menos en sede administrativa– que la “nulidad de pleno derecho” requiere ser expresamente declarada por los órganos legitimados para hacerla y, por tanto, no opera de manera automática (Anacleto Guerrero, 2004, p. 539). Este tema es de muy fácil entendimiento en materia procesal donde, para que opere la nulidad es imprescindible su declaración judicial, puesto que mientras no se ejercite una conducta destinada a conseguir tal sanción el acto será reputado válido y eficaz.

Así las cosas, toda nulidad requiere, pues, el ejercicio de una acción y no entraña la inexistencia del acto, puesto que, lógicamente, la nulidad de un acto jurídico supone su existencia, porque no puede anularse lo que no existe (Idrogo Delgado, 1993, p. 225).

Es más, justamente por ello es que nuestra legislación preestablece un carril procesal amplio para la nulidad, porque es necesario llevar a cabo diversas acciones tendentes a probar las causales de invalidez a fin de decretar la nulidad, amén de un decurso prescriptorio extintivo para la interposición de la demanda.

En efecto, en una sentencia donde se afirma que la nulidad es declarativa, se insiste en que la vía adjetiva para una nulidad negocial debe ser amplia. La interrogante que surge es por qué se hace necesario tanto determinamiento judicial en un caso donde la solución debió operar ipso iure. Si el proceso de nulidad negocial cuenta con una vía instrumental amplia es porque será ineludible contar con un pronunciamiento judicial al respecto:

“(...) el juzgado dispuso que se tramite en la Vía del Proceso Abreviado, que no resulta en el caso la adecuada para el **logro de la finalidad** de los derechos que comprende el debido proceso vulnerándose el derecho de defensa de los demandados al recortárseles el plazo para poder ejercer su defensa así como para probar los hechos que alegan (...) **no contiene una justificación razonada de por qué la causa debía tramitarse en la vía abreviada en vez de la de conocimiento**”<sup>(19)</sup>.

Salvat (1954, p. 709) enseña que en todos los casos la nulidad requiere siempre ser pronunciada por el juzgador sin importar si estamos ante una nulidad o una anulabilidad, siendo necesario recordar que en el Derecho argentino en la nulidad propiamente dicha no se necesita mayor indagación judicial, mientras que en la anulabilidad le corresponde al magistrado escudriñar hasta dar con el vicio que aqueja el acto.

En definitiva, tanto en el caso de nulidad y anulabilidad se requiere pronunciamiento por el juez (Zannoni, 2000, p. 174), pues en ambos

---

(19) Expediente N° 2006-00209-Cañete.

supuestos la posición de quien debe ejecutar el contrato no varía, y en los dos deberá promover la respectiva anulación, con el riesgo de ser condeñado por incumplimiento en caso de desestimación de la demanda (Galvano, 1992, p. 321).

Entonces, la nulidad, cualquiera que sea su clase, debe ser declarada por sentencia judicial firme, la cual retrotrae sus efectos al momento de la celebración del acto declarado nulo (Belaúnde Moreyra, 2002; Valverde y Valverde, 1925, p. 515; Ramírez Gronda, 1943, p. 194).

Referente a este tema, en la legislación comparada tenemos que el Código argentino en su artículo 1037 señala que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en ese código se establecen. En igual sentido se informa (artículo 1047) que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto.

En Chile (artículo 1687) se estatuye que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Igualmente se dice (artículo 1689) que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales.

En el Código Civil boliviano en su artículo 546 se exige la verificación judicial tanto de la nulidad como de la anulabilidad, pues explícitamente se indica que la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente.

Y en cuanto al Anteproyecto del Código Europeo de Contratos o Proyecto de Pavía, en su artículo 141 se estipula que la nulidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de 10 años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2 (vide García Canteros s.f.).

En suma, la nulidad, a diferencia de la inexistencia, al ser un efecto previsto como sanción por la ley, deberá ser pedida judicialmente y someterse tal petición a un plazo de prescripción (Pasquau Liaño, 1997, p. 49).

Recordemos que para María Gimeno (2001, p. 49) la denominada invalidez en sentido fuerte implica que la aplicación de lo normado no se materializa hasta que no sea constitutivamente declarada por el órgano competente para ello.

Con todo lo expresado nos preguntamos junto a Lutzesco y Pasquau (1997, p. 186), ¿por qué darle a la nulidad el sello del automatismo, cuando todas las demás sanciones, aunque a veces menos graves, deben surgir siempre de un acto emanado del órgano competente? En tanto no haya una decisión judicial, el acto nulo produce los mismos efectos que el acto regularmente celebrado. En ese sentido, todas las nulidades no son sino anulabilidades –en el sentido exacto del vocablo– pues será necesario un fallo judicial para que pueda hablarse de negocio nulo

O como bien lo señala Galgano (1992, p. 321) la posición de quien debe ejecutar un contrato que esté afectado por una causa de invalidez no varía dependiendo de que se trate de una causa de nulidad o de anulabilidad. En ambos casos si se resiste a ejecutar el contrato, se debe promover el juicio para su invalidación, y a él le incumbirá el riesgo de ser condenado por incumplimiento si la demanda no es acogida.

En fin, si bien las causales de invalidez aluden al aspecto orgánico y funcional del negocio, en estricto la nulidad no nace de un defecto orgánico o funcional, sino que siempre requerirá el ejercicio de la *querella nullitatis* (vide De Castro y Bravo, 1991, p. 474).

### **III. FALLOS CASATORIOS QUE CONTRADICEN LA OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO DE LA NULIDAD**

---

En nuestra judicatura es factible ubicar más de un fallo que discuten, de una u otra manera, la operatividad automática de la nulidad.

En la Casación N° 64-2008-Lima, se señala que los actos nulos lo son desde su celebración, pero en la consideración décimo tercera se afirma que:

“(…) se aprecia que la sentencia que los efectos de la sentencia que declara nulo dichos actos son de carácter general, por lo cual se entiende que aquellos actos son nulos desde su celebración (…) la nulidad o anulabilidad del acto jurídico **se declara judicialmente** en base a causales taxativamente establecidas en la ley, las cuales afectan la estructura misma del acto jurídico”.

Con algo más de claridad en la Casación N° 1021-Huaura se afirmó que:

“(…) **estas nulidades no operan automáticamente**, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada”.

Ahora bien, tenemos una Casación sumamente interesante al respecto. Se trata del fallo casatorio N° 1843-98-Ica que versa sobre un contrato de anticresis celebrado sin revestir la forma exigida por ley bajo sanción de nulidad como es la de Escritura Pública<sup>(20)</sup>.

Los demandantes pidieron la nulidad de la anticresis y la Sala Superior de Ica, entendiendo que la nulidad opera de pleno derecho, declaró improcedente la demanda, insubsistente la sentencia apelada y nulo todo lo actuado, y sus fundamentos se pueden ver en el texto casatorio:

“(…) el Superior Colegiado ha **considerado nulo** el contrato de anticresis de fojas cinco, por incumplimiento de una formalidad expresadamente establecida en el Código Civil, como causal de dicha sanción, concluye indicando que **como ya era nulo de pleno derecho, resulta un imposible jurídico declarar la nulidad** de un instrumento nulo (…)”.

Aquí el recurrente, extrañado por la sentencia, aduce que:

“(…) respecto a la causal de Inaplicación del artículo doscientos veinte del Código Civil (…) la citada norma sustantiva

---

(20) Vide artículo 1092 del Código Civil.



**complementa** lo dispuesto por el artículo doscientos diecinueve del mismo cuerpo legislativo (...).”

Si partimos de que para nuestro ordenamiento jurídico la nulidad opera ipso iure, el razonar del Colegiado de Ica sería totalmente correcto.

Al respecto, ya vimos que el profesor Miguel Pasquau (1997, p. 145) habla de este tema con ironía cuando afirma que una de las más importantes preguntas sobre nulidades encuentra como respuesta que la nulidad opera ipso iure, automáticamente, pero “a veces” es necesaria la sentencia para destruir la apariencia generada por el contrato.

Por ello se ha dicho que el derecho es un difícil arte que impone el deber de establecer distingos, matices y gradaciones y que la solución de un caso no puede ajustarse a reglas matemáticas (Moisset de Espanés, 2011, p. 3).

Ello mismo se refleja cuando la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, contradiciendo lo resuelto por el Colegiado Superior, afirma lo siguiente:

“(...) 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”.

La Sala Suprema, ante el razonar del Colegiado Superior afirma:

“(...) el Superior Colegiado ha considerado nulo el contrato de anticresis (...) indicando que como ya era nulo de pleno derecho, resulta un imposible jurídico declarar la nulidad de un instrumento nulo; soslayando mayúsculamente la naturaleza de **la declaración judicial de nulidad**, que como ya se indicó **no es sancionadora, sino reconocedora de una situación ya existente, eliminando la referida apariencia de validez y obteniendo el efecto *erga omnes***. (...) en consecuencia, no existe, en lo absoluto imposibilidad jurídica alguna; y por el contrario, precisamente para ello existe la pretensión de Nulidad de Acto Jurídico (...) la declaración judicial en ese mismo sentido resulta perfectamente legal”.

Cuando se habla en el fallo de que con la sentencia nulificante recién se logra el efecto *erga omnes*, ¿acaso no se está aseverando que la sentencia de nulidad de acto jurídico es, no solo necesaria, sino hasta indispensable?, ¿cómo explicar, entonces, que la nulidad opera *ipso iure* cuando para lograr efectos ante terceros se necesita siempre de un proceso judicial?

Tan llamativo es el caso que, ante el Colegiado de Ica que intentó aplicar la nulidad de pleno derecho, los vocales supremos:

“(...) RECOMENDARON a los vocales integrantes de la Sala Civil de la Corte Superior de Ica resolver los conflictos jurídicos que se les planteen **con mayor estudio de los hechos y conocimiento del derecho** (...)”.

La misma mordacidad del profesor Miguel Pasquau (1997, p. 145) referida a que la nulidad opera automáticamente, pero “a veces” se necesita de una sentencia, se refleja también en la Casación N° 1772-98-Apurímac donde se afirmó:

“(...) el acto nulo lo es de **pleno derecho** y por ello **no requiere de una sentencia judicial** que así lo declare, **salvo que** se pretenda ejercitar un derecho sobre su base”.

Ahora bien, en la Casación N° 2988-1999-Lima se empieza a vislumbrar de modo más claro la necesaria participación del juez en un supuesto

de nulidad negocial, por lo que se podría inferir que las nulidades no pueden operar de pleno derecho.

“Será igualmente ilícito el acto jurídico contra ‘bona mores’, pues las buenas costumbres dentro del derecho civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que **en todo caso corresponderá calificar al juez**, y es **errado calificar apriorísticamente**, que **su invocación resulta insuficiente para sancionar con nulidad** un acto jurídico”.

Por otro lado, aunque en materia sucesoria, contamos con la Casación N° 1380-T-97-Junín que ratifica que la nulidad de un acto jurídico es resultado de un proceso judicial:

“(…) declarar la invalidez de un testamento (...) requiere de **todo un proceso** contencioso, con demanda, contestación, prueba, sentencia (...)”.

Con algo más de contundencia en la Casación N° 2658-2003-Áncash, referida, evidentemente, a un proceso de nulidad de acto jurídico, se afirmó que:

“(…) **la sola aplicación de las causales de nulidad invocadas no configura la causal invocada**, puesto que para ello se requiere el reexamen de los elementos probatorios, lo cual es una labor ajena al debate casatorio”.

Siguiendo esta misma línea tenemos el caso ventilado en la Casación 3271-2011-Lima. En esta causa se demanda la nulidad de una transacción extrajudicial por perjudicar el derecho de un tercero fiador, declarándose infundada la demanda sobre la base de un Informe contenido en un Oficio que quitaba la legitimidad al demandante, pues le restaba la calidad de fiador. La Corte Suprema, pese a que dicho elemento probatorio sería suficiente para denotar la nulidad de la transacción extrajudicial (que operaría de pleno derecho), asevera que:

“(…) la pretensión de nulidad del acto jurídico sobre la base de un informe preliminar contenido en el Oficio N° 6807-2002 de la Superintendencia de Banca y Seguros, pese a que **dicho**

**documento no fue admitido ni actuado en el proceso**, ninguna de las partes lo ha ofrecido ni adjuntado al proceso, y no obra en autos.

Un elocuente caso que reafirma la ineludible participación judicial en la nulidad es el basado en la causal de simulación, desarrollado en la Casación N° 4673-2007-Lima Norte, donde se tiene que probar efectivamente el contubernio:

“El sustento de la presente acción reposa en la causal de simulación (...) en la demanda claramente se expresó que el comprador (...) trabajaba como un simple vendedor ambulante y que por tal razón, le resultaba imposible que pueda reunir el precio de la venta. Por consiguiente, al concluir la Sala Superior que el mencionado codemandado es sujeto de crédito y cuenta con ahorros en el sistema financiero, se arriba a la conclusión de que no existe la simulación alegada. El hecho de que se concluya en que no está probada la entrega del precio de la venta no implica necesariamente la causal de simulación absoluta en los términos a que se refiere el artículo 190 del Código Civil”.

A igual conclusión se llega en el Expediente N° 832-98:

“No tiene la condición de precario si el contrato de compraventa constituye un título válido para poseer el predio de litis, máxime si no se encuentra probado que tal contrato hay sido dejado sin efecto o **declarado su invalidez judicialmente**”.

Por último, en la Casación N° 2844-2002-Lima se reserva exclusivamente la sentencia de nulidad a un juzgador, restándole tal atribución, incluso, a un árbitro:

“(..) las partes han convenido que cualquier controversia, discrepancia, litigio, disputa, reclamo o diferencia que se origine en relación con la ejecución, validez, existencia, aplicabilidad nulidad, resolución, terminación o interpretación de este contrato o de cualquier otra materia vinculada o contenida en él, será resuelta definitivamente mediante un arbitraje de derecho (...) la Ley General de Arbitraje establece que

**no pueden someterse a arbitraje las controversias que interesan al orden público (...) en el presente caso, se cuestiona tanto la nulidad del documento, así como del acto jurídico que lo contiene y el asiento registral respectivo; sin embargo, al tratarse de asuntos que implican una decisión respecto de normas imperativas que conciernen al orden público no pueden ser sometidas a arbitraje pues las partes no tienen facultad de disposición respecto de ellas”.**

#### **IV. LA INORGANICIDAD DEL MODELO PERUANO PARA LA OPERATIVIDAD DE LAS NULIDADES**

---

Acabamos de ver que existen fallos discordes acerca de si la nulidad debe operar o no de pleno derecho.

Ya se anotó meridianamente que la aserción por la cual la nulidad operaría de pleno derecho, es decir, por el solo imperio de la ley, parece venir de un rezago romano antiguo.

Ello sería pasible de entender desde que en la antigua Roma los ciudadanos romanos poseían un relativo grado de cultura jurídica (cf. Coulanges, 2012). O sea, los ciudadanos romanos tenían un nivel bastante aceptable de conocimientos jurídicos, lo cual explica fácilmente el hecho de que una nulidad operase de pleno derecho, pues era conocido por todos la causal que afectaba la celebración del acto, máxime si la nulidad propiamente se basaba en el incumplimiento de rigorismos formales.

De hecho, sabido es que en el Derecho Romano la nulidad tuvo una gran simplicidad, dado que en los primeros tiempos el formalismo imperaba y era la base principal de todas las relaciones jurídicas, por lo que los actos voluntarios debían ajustarse al rigorismo formal de la época (Ponssa de la Vega de Miguens, 1981, p. 90). Por tanto, si se observaban las solemnidades el acto existía y producía efectos; en caso contrario, se consideraba como inexistente y no producía efecto alguno (Olazábal F., 1953, p. 216; Salvat, 1954, p. 704; Torres Vásquez, 2001, p. 684; Valverde y Valverde, 1925, pp. 506-507; Abelenda, 1980, p. 412; Cornejo, 1937, p. 307; Ambrosioni, 1965, pp. 94- 95; Chiauzzi, 1979, p. 30; Zannoni, 2000, pp.146-148).

Ello, entonces, nos lleva a afirmar que los romanos no conocieron una teoría sobre la nulidad del negocio jurídico, por lo menos en la época clásica del Derecho, pues si faltaba algún requisito esencial en el acto se tenía como inexistente (Ambrosioni, 1965, p. 103). Y como el acto o era válido o era inexistente en la antigua Roma, no se conoció una acción de nulidad (Ambrosioni, 1965, p. 92).

Dicho de mejor modo, en ese contexto no se requería acción alguna para obtener la nulidad porque el ejercicio de esa acción era imposible, pues legalmente no existía acto ni negocio que pudiera ser anulado (Sierra Pomares s.f., p. 519).

Gran parte de nuestros doctrinarios clásicos y también de nuestros magistrados siguen manejando esta concepción, la que, de una u otra manera, es la que parece regir en nuestro sistema, partiendo de la redacción del Código Civil, y considerando, además, lo expresado en la exposición de motivos.

No obstante, ya mostramos líneas arriba que existe un gran sector doctrinario, sobre todo extranjero, que ha ido repensando esta situación y entiende que la nulidad no puede operar de pleno derecho sino que, como toda figura jurídica de índole sancionadora, que pertenece a la esfera imputativa, debe ser resultado de una evaluación por parte de un sujeto especializado, como es el juzgador; ya que la sociedad actual no parece contar con el nivel relativamente alto de conocimientos jurídicos que poseían los antiguos ciudadanos romanos.

Ello mismo parece acontecer con algunos magistrados que también van entendiendo que la nulidad no puede operar de pleno derecho, lo cual se refleja más o menos en los fallos mostrados; y que, en todo caso, insistir en que la nulidad opera ipso iure genera muchos inconvenientes al momento de aplicarla en la realidad.

Por consiguiente, con todo lo anotado va quedando en claro que las discrepancias mostradas entre los distintos fallos casatorios obedecen a que un primer sector se aferra a la concepción romanista antigua y tradicional en donde no existía la necesidad de una sentencia para un negocio nulo, de donde infieren que la nulidad opera ipso iure; permaneciendo en un modelo teórico que si bien era entendible en alguna época, no

lo es para la era actual en donde los postulados del Derecho Procesal han variado notablemente.

Ello mismo explica por qué el sector discrepante de la judicatura empieza a consolidar la idea de que toda nulidad, por muy evidente y absoluta que pareciere, requiere ineludiblemente de una sentencia judicial que así lo declare.





# CAPÍTULO VII

## Acerca del tratamiento prescriptorio de la nulidad

### I. LA PRESCRIPCIÓN DECENAL DE LA NULIDAD NEGOCIAL EN EL MODELO DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS IMPLICANCIAS

---

Como bien se sabe:

“Mediante la prescripción extintiva se extingue una acción por el transcurso del tiempo, ante la falta de acción del interesado para defender el derecho correspondiente”<sup>(1)</sup>.

Los fines de la prescripción extintiva han sido señalados en las Casaciones N° 1304-2000-Callao y N° 1842-2000-Callao, acorde a las doctrinas subjetivas y objetivas vigentes:

“La prescripción extintiva tiene como finalidad, además de **contribuir a la seguridad jurídica, sancionar la inactividad del titular** de la pretensión al haberse interpuesto la demanda fuera del plazo fijado por la ley para cada caso en particular”.

Según nuestra codificación la acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los diez años, mientras que la acción de anulabilidad, a los dos años<sup>(2)</sup>, conforme al artículo 2001 incisos 1 y 4 respectivamente.

---

(1) Casación N° 1454-2001-Lima.

(2) En Argentina (artículo 4030) este lapso temporal también es de 2 años, mientras que en Chile (artículo 1691), Ecuador (artículo 1735) y España (artículo 1301) es de 4 años, y en Bolivia (art. 556) y Francia (art. 1304) es de 5 años.

En la Casación N° 2177-2007-La Libertad se indica lo propio, si bien se recurre a la voz caducidad en vez de prescripción:

“Por tanto, advirtiéndose de autos que la demanda incoada contiene una pretensión civil ordinaria de nulidad de título de propiedad y otros (...) se arriba a la conclusión que no ha operado la caducidad, al no haber transcurrido el plazo previsto por el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil”.

A modo de ilustración tenemos que en Chile (artículo 1683) y Argentina (artículo 4023) este lapso temporal también es de 10 años, mientras que en Ecuador es de 15 (artículo 1726).

Entre nosotros se ha dicho que la prescripción de la acción de nulidad tendría por objeto que el acto jurídico nulo adquiriera validez por el transcurso del tiempo (Cuadros Villena, 1996, pp. 232-233).

Esta línea de pensamiento parece haber inspirado el voto en discordia de la Casación N° 1519-2008-Ica, donde se concluye contundentemente que:

“(...) del cuaderno de excepciones se verifica que la pretensión contra el documento de donación señalado ha prescrito por resolución judicial firme; por consiguiente, **la validez del referido acto sigue surtiendo sus efectos**”<sup>(3)</sup>.

No obstante, esta última aserción no es aceptada por un sector doctrinario para quienes la prescripción de la acción de nulidad no significa que el acto nulo se convalide por el transcurso del tiempo (Taboada Córdoba, 2002b, p. 94), lo cual ha sido ratificado en la Casación N° 1519-2008-Ica donde se aseguró que:

“(...) el hecho de que se haya declarado prescrita la acción de nulidad no le otorga validez al acto jurídico”.

Según Taboada (2002b, p. 94), esta situación, en realidad crea una falsa apariencia de validez del acto nulo. La solución a este dilema, para

---

(3) Casación N° 1519-2008-Ica.

este autor, sería la de considerar que si bien la acción de nulidad ya no puede ser interpuesta al prescribir, la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo, exigiéndosele su cumplimiento, tendría la posibilidad de defenderse, deduciendo la prescripción ya no como acción, sino como excepción<sup>(4)</sup>.

Por ello en la Casación N° 1016-99-Cusco<sup>(5)</sup> se dijo que:

“La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, de ahí que el juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada, (...) por lo que siendo esto así, no puede considerarse que el solo (sic) transcurso del tiempo o del plazo prescriptorio, es suficiente para que se dé por extinguida la acción”.

Pero surge, entonces, un tema también trascendente conectado a la prescripción y demás aspectos procesales consistente en que transcurridos los diez años desde la celebración del negocio nulo (no declarado judicialmente), cualquier sujeto podría demandar la ejecución del negocio, y la contraparte tendría que estar defendiéndose vía excepción a fin de que no prospere la ejecución de las prestaciones basadas en el acto reputado nulo. Es evidente que en un caso así el beneficiado con el decurso decenal saldría airoso.

Sin embargo, un segundo sujeto podría nuevamente interponer la ejecución de las prestaciones basadas en el acto nulo, y como la sentencia del primer proceso solamente vincula a las partes de esa relación procesal, nuevamente el beneficiado con el plazo prescriptorio tendría que deducir una nueva excepción de prescripción extintiva, donde otra vez saldría airoso.

Ad empero, puede aparecer un tercero y un cuarto sujeto (y así sucesivamente) que intentasen el cumplimiento del acto y siempre habría que estar atentos para deducir la excepción de prescripción. ¿No es este un

---

(4) Al respecto se ha dicho que no tendría sentido permitir discutir vía excepción en un proceso judicial la nulidad de un acto jurídico cuando el plazo del ejercicio de la acción ha prescrito, pues habiéndose extinguido la tutela jurisdiccional que concede la acción, se entiende que dicho derecho tampoco podría ser alegado vía excepción (Anglas Castañeda, 2004, p. 2).

(5) En similar sentido se puede ver la Casación N° 2137-2000-Lima.

caso de inseguridad permanente, donde hay que estar pendiente a cada demanda para deducir la excepción de prescripción extintiva?

No se debe perder de vista que un razonar como el que planteamos ha sido confirmado por nuestra Corte Suprema:

“La prescripción solo extingue la acción, mas no el derecho, de modo que la declarada en otro proceso, concluye la acción que le dio origen, no pudiendo servir de base para declarar la improcedencia de una nueva demanda, mucho menos de oficio”<sup>(6)</sup>.

Ahora bien, partiendo del hecho de que la nulidad operaría automáticamente y obedece a un estado del negocio incorrectamente estructurado, para el profesor Taboada (2002b, p. 94) hubiera sido preferible optar por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad en nuestra codificación (cfr. Díez-Picazo, 2002, p. 474; y Palacios Martínez, 2002b, p. 118), pues lo que es inicialmente vicioso no puede convalecer por el transcurso del tiempo (Anglas Castañeda, 2004, p. 1).

Dicho de otra manera, si se considera que la acción de nulidad es de índole declarativa, entonces lo coherente es que sea de naturaleza imprescriptible (Díez-Picazo, 2002, p. 460). Es decir, si la nulidad propiamente es un estado situacional del acto jurídico, y la acción de nulidad no busca sino solamente verificar ese estado, motivo por el cual la sentencia es meramente declarativa, queda claro que la pretensión no puede prescribir en el tiempo, pues –en caso contrario– se desnaturalizaría absolutamente la esencia de la nulidad.

A lo dicho, además, se puede agregar que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se sustentaría en la función protectora del orden público o del interés general (Garibotto, 1991, p. 289; Moisset de Espanés, 1980, p. 5).

Ello explica por qué en Bolivia la acción de nulidad negocial es imprescriptible (art. 552).

---

(6) Casación N° 2197-98-Huaura.

Es de anotar que entre nuestras fuentes codificadoras figura el código civil italiano. Y para el sistema italiano, guardando consistencia en su tratamiento, la pretensión de nulidad negocial no prescribe en el tiempo, justamente porque se trata de una acción que se basa en un supuesto existente ab initio y que no puede servir para convalidar la causal viciosa presente coetáneamente a la celebración del acto.

En este punto estimamos conveniente indicar, a manera de ilustración, que la acción de nulidad del matrimonio no caduca ni prescribe en virtud del artículo 276 de nuestro Código Civil.

Además, en el artículo 1096 del Código Civil de 1936 se regulaba la imprescriptibilidad de la acción cuando versaba sobre un supuesto de simulación, lo cual ha sido puesto de manifiesto en sede casatoria<sup>(7)</sup>:

“(…) se denuncia la inaplicación de los artículos 1169 y 1096 del Código Civil del año mil novecientos treinta y seis; (...) la segunda norma denunciada establecía: ‘La acción de simulación es imprescriptible entre las partes, pero se aplicará a los herederos de ellas la regla del artículo 874’”.

Pero la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no se encuentra reconocida en el código peruano. Es más, ya el Código Civil de 1936 establecía un plazo prescriptorio de 30 años, reducido a 10 en el actual cuerpo normativo.

A nuestro parecer el establecer este plazo prescriptorio contradice –sistemáticamente hablando– el tratamiento que el legislador propuso para la acción de nulidad negocial, por las razones expuestas líneas arriba.

Lo mostrado, entonces, revela que nuestro modelo para el caso de las nulidades negociales es asistemático y poco coherente.

---

(7) Casación N° 3556-2006-Lima. Se tiene también en el mismo sentido al Expediente N° 490-94-Arequipa.

Ad empero, es de anotar que para nosotros este plazo decenal no solo es correcto sino hasta necesario, pero ello partiendo siempre de una correcta visión sancionadora de la nulidad, por la cual se sujetaría a todo el tratamiento doctrinario actual que rige la regulación de todas las sanciones jurídicas.

## II. LAS DIFICULTADES DEL INICIO DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL

---

Es evidente que si partimos de entender que el acto nulo lo es ab initio y que, en todo caso, toda sentencia al respecto sería meramente declarativa, el plazo prescriptorio debiera empezar a computarse desde la fecha misma de celebración del negocio.

Entre nosotros en la Casación N° 864-2006-La Libertad se precisó:

“(...) el artículo mil novecientos noventitrés (sic) del Código Civil señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.

Al respecto ya se ha mostrado que para el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos o Proyecto de Pavía (artículo 141) la nulidad se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de **10 años a contar desde la celebración del contrato**, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte.

Lo dicho ha sido acogido positivamente en nuestro medio. Como ejemplo tenemos a la sentencia en Casación N° 1038-2009-Cusco, en la cual se afirma que:

“(...) si se tiene en cuenta que el acto jurídico submateria se celebró el veintisiete de marzo del año mil novecientos ochenta y tres el plazo de suspensión operó en tanto estuvo vigente la sociedad de gananciales y vuelve a iniciarse el decurso prescriptorio luego del fallecimiento del citado cónyuge que determinó el

fenecimiento de la sociedad legal de allí que a la fecha de interposición de la demanda, esto es cuatro de abril de dos mil seis, **ya había transcurrido más de diez años de la celebración del acto jurídico** sub júdice y por lo tanto resulta aplicable la norma prevista en el inciso 1 del artículo 2001”.

También tenemos a la Casación N° 2466-2009-Huánuco donde los magistrados supremos, recurriendo a la doctrina, declaran que el plazo prescriptorio para una nulidad negocial opera independientemente de que el interesado tenga o no conocimiento de la posibilidad de ejercer la acción. En efecto, en este fallo se dice que la prescripción:

“(…) comienza a correr con prescindencia de si el pretensor tenga o no conocimiento sobre la posibilidad de ejercitar la acción, por el carácter objetivo de la prescripción, ya que el efecto que se impone como consecuencia del transcurso del tiempo deriva de la ley y en las consideraciones que sirven de fundamento a la prescripción. Por consiguiente no resulta atendible lo alegado por la recurrente en el sentido de que el término inicial del plazo prescriptorio está constituido por la fecha en que la compraventa cuestionada se inscribió en los Registros Públicos (...) puesto que de acuerdo al principio consagrado en el artículo mil novecientos noventa y tres del Código Civil, **el plazo debe correr independientemente que el interesado tenga o no conocimiento de la posibilidad de ejercer la acción**; es decir, **resulta irrelevante que haya tomado o no conocimiento del acto impugnado a través de la publicidad que otorga los Registros Públicos**”.

Este caso es bastante complejo e ilustrativo pues la compraventa cuestionada se celebró el 15 de diciembre de 1997, la demanda de nulidad se presentó el día 14 de diciembre de 2007 (es decir dentro del plazo decenal permitido por ley), empero la notificación a la otra parte se efectuó recién el día 26 de setiembre del año 2008, motivo por el cual se interpuso la excepción de prescripción, declarándose fundada.

Y se declara fundada debido a que por mandato del inciso 4 del artículo 438 del Código Procesal Civil es el emplazamiento válido el que interrumpe la prescripción extintiva, lo cual concuerda con el inciso tercero del artículo 1996 del Código Civil en virtud del cual se interrumpe la prescripción con

la citación de la demanda o por otro acto por el cual se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a juez o autoridad incompetente.

Evidentemente la recurrente, introduce el debate acerca del verdadero término inicial para el cómputo del decurso, puesto que esgrime como sustento que ella no tenía conocimiento exacto de la fecha de celebración del negocio, por lo que el plazo prescriptorio no debe correr, sino desde que ella toma conocimiento, lo cual acontece cuando el acto jurídico se inscribe hacia el 17 de noviembre de 1999 en los Registros Públicos. Por ello mismo es que en el primer voto en discordia se dice que:

“(...) también es cierto que de conformidad con lo establecido por el artículo 2012 del citado Código se presume sin admitir prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de la inscripción registral, consecuentemente, el plazo para solicitar la Nulidad del Acto Jurídico de compraventa y la Nulidad de la Inscripción Registral se computa desde el día siguiente de la inscripción del título en el registro respectivo, **toda vez que antes de esto se desconoce la existencia de los actos celebrados por las partes** y conforme se puede advertir (...) es de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (...) inscrito ese título (...) por lo que (...) **no ha prescrito el derecho de interponer acción por la nulidad de la compraventa**”.

Siguiendo la misma senda en la Casación N° 2744-2004-Apurímac se generó la duda referida a desde cuándo empieza a computarse el plazo prescriptorio para demandar la nulidad del acto jurídico, y cuya redacción es bastante elocuente:

“(...) **desde la celebración** del acto jurídico y de la Escritura Pública que lo contiene a la fecha de interposición de la demanda han transcurrido **veintinueve años**, venciendo con exceso el plazo de diez años previsto en el artículo dos mil uno inciso primero del Código Civil; y que además, de acuerdo a la citada Escritura Pública, **la demandante participó en el acto jurídico de compraventa**.

(...) la prescripción debe contarse desde la **fecha en que el documento fue utilizado** en el año mil novecientos noventa y siete (sic)



ante los Registros Públicos; que entonces solo han transcurrido **siete años**; y que debe aplicarse el artículo mil novecientos noventicuatro (sic) inciso octavo del Código Civil que establece que se suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano; que elevado el Cuaderno de Excepciones a la segunda instancia, la Sala revisora confirma la apelada expresando como fundamentos: a) que la interpretación del precepto contemplado en el artículo mil novecientos noventicuatro (sic) inciso octavo del Código Civil es que el plazo de prescripción se suspende cuando el despacho judicial está suspendido a consecuencia de paralizaciones laborales o cualquier otra razón que imposibilite recurrir a tribunales; b) que ello no es de aplicación al presente caso, puesto que la actora no ha acreditado que se encontraba imposibilitada de acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercitar su derecho; y, c) que estando ante una pretensión que tiene por objeto la declaración de nulidad de un acto jurídico y las causales de nulidad invocadas se remontan necesariamente al **momento de su celebración**, por consiguiente este es el momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción y **no el momento de la inscripción registral** del acto como pretende la actora”.

Pero al agregar:

“(…) que ella no intervino en la compraventa siendo falsificada la huella digital”.

Se afirma que:

“(…) el inicio del plazo prescriptorio respecto de pretensiones sobre declaración judicial de invalidez de acto jurídico, como la pretensión de Nulidad Absoluta de Contrato de Compraventa **no se determina exclusivamente por la fecha en que se produce este sino por el momento en que se puede ejercitar la acción** (...) en ese orden, nadie puede petitionar la nulidad de un acto jurídico cuya existencia desconoce o del cual en ninguna forma válida pudo conocerlo; por consiguiente, **es a partir del conocimiento del acto jurídico –acto conocido–, que se inicia el decurso prescriptorio**; de modo tal que si el pretensor ha

participado en el acto jurídico el plazo se computa desde la fecha de la celebración del acto, pero si no ha participado, este se computa a partir del momento en que toma conocimiento del mismo; salvo que hayan existido elementos que brindaron al pretensor la posibilidad de tomar antes conocimiento de la existencia del acto de haber actuado diligentemente –acto conocible–, dado que tampoco se puede privilegiar al pretensor negligente que vinculado de algún modo a la relación jurídica que cuestiona nunca echó mano de los medios que se le puso a su disposición para tomar conocimiento del acto; en cuyo caso a partir de la presencia de dichos elementos se contabiliza el plazo prescriptorio”.

En el mismo sentido la Casación N° 2868-2003-Cusco la impugnante petitionó que el plazo se compute desde la inscripción en Registros Públicos:

“(…) respecto de la segunda causal se sostiene: a) que la Sala incurre en error al computar el plazo prescriptorio de la acción de nulidad desde la fecha de la Escritura Pública sin considerar que es desde su inscripción registral, que debe hacerse el cómputo de conformidad con los artículos mil novecientos noventitrés (sic) y dos mil doce del Código sustantivo, puesto que era un acto privado entre las partes contrayentes y pasó recién a conocimiento público desde la fecha de su inscripción”.

Pero en este caso la Corte responde que:

“(…) la actora no puede reclamar el inicio del cómputo del plazo prescriptorio a partir de la inscripción de la compraventa en razón de que los documentos de fojas ciento cincuenta y siguientes aparece que **ella sí tuvo conocimiento oportuno de la compraventa antes de su inscripción**”.

Sin embargo, en este otro discutido caso, correspondiente a la Casación N° 864-2006-La Libertad, la Sala resuelve que el plazo prescriptorio ha sido interrumpido por cuanto:

“(…) conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Suprema Corte y a la doctrina nacional, la prescripción extintiva

es un instituto jurídico de naturaleza procesal y constituye una sanción al titular del derecho material, por no haberlo reclamado judicialmente dentro del plazo legal y por tanto está íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica (...) el Código Penal, establece en su artículo cien que: ‘La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal’”.

No obstante, la Sala confunde gruesamente el supuesto de suspensión del decurso prescriptorio, lo cual se hace notar en los votos en discordia donde se dice que:

“(...) debe advertirse que **la nulidad de acto jurídico constituye una pretensión principal, independiente y autónoma**, por tanto no se trata de una pretensión civil derivada de un hecho punible tipificado como delito en el Código Penal, sino de una acción eminentemente civil”.

Con todo, lo que nos interesa para este trabajo es que se considera que el plazo prescriptorio realmente corre desde la celebración del negocio jurídico:

“(...) con relación a la prescripción extintiva, ha quedado establecido en las instancias de mérito que el acto jurídico de compraventa, cuya declaración de nulidad se pretende en el presente proceso, ha sido celebrado (...) por escritura pública de fecha doce de marzo de mil novecientos noventiuno (sic); por tanto, a la fecha de interposición de la demanda (catorce de septiembre de dos mil cuatro) había transcurrido con exceso el plazo previsto en el artículo dos mil uno inciso primero del Código Civil, razón por la que se ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva (...) debido a su especial naturaleza la nulidad de acto jurídico constituye una pretensión eminentemente personal, pues lo que en esencia persigue el actor es que se declare la ineficacia de la relación jurídica intersubjetiva establecida entre el vendedor y el comprador, ello debido a que el negocio jurídico que se pretende anular denotaría un vicio que afecta la estructura misma del acto; en consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo dos mil uno inciso primero del Código Civil, **el plazo de prescripción para ejercitar válidamente la acción de**

**nulidad de acto jurídico es de diez años contados a partir de su celebración”.**

Sin embargo, si tenemos en cuenta que:

“El inicio del decurso prescriptorio tiene lugar **desde que la pretensión puede ejercitarse** mediante la acción, tal como prescribe el artículo mil novecientos noventitrés (sic) del Código Civil; pues según el principio romanista ‘actio nata’ es menester que la pretensión haya nacido y esté en la posibilidad de ser ejercitada”<sup>(8)</sup>.

“(…) El artículo mil novecientos noventitrés (sic) del Código Civil establece que el plazo prescriptorio comienza a correr **desde el día en que puede ejercitarse** la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho, en consecuencia, (...) el plazo mencionado empezará a correr desde que el titular del derecho tiene conocimiento de la vulneración del mismo”<sup>(9)</sup>.

Es entendible que el plazo para una nulidad negocial no se compute desde la celebración del acto jurídico sino desde que se tiene conocimiento de su existencia. Lo dicho ha sido ratificado por algunos fallos casatorios:

“La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, esto **es desde que se tiene conocimiento de la existencia del acto jurídico** objeto de impugnación”<sup>(10)</sup>.

“La acción de nulidad de acto jurídico puede ejercitarse desde que el mismo acto ha sido formalmente realizado; sin embargo, conforme al principio romano de que **la ignorancia de hecho no perjudica**, si el daño permaneció oculto (por su propia naturaleza, o por el dolo del ofensor), entonces, **la acción puede interponerse recién cuando sea conocido**. (...) el ejercicio de la acción comienza, por regla general, cuándo (sic) se produce el hecho

---

(8) Casación N° 1386-01-Arequipa.

(9) Casación N° 1454-01-Lima.

(10) Casación N° 1308-2000-Cusco.

(daño), presumiéndose que el hecho es conocido por el titular de manera inmediata; pero, **cuando no ocurre así, el término inicial de la prescripción de la acción es el momento en que el interesado se enteró del perjuicio, siempre y cuando pueda probarlo**<sup>(11)</sup>.

La Casación N° 2870-2007-Cajamarca es bastante elocuente al respecto:

“(…) en la Resolución de la Sala Superior (…) se declara fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción en tanto habrían transcurrido más de diez años desde que se emitió el acto cuya nulidad se demanda. Si lo primero es cierto, lo segundo constituye un imposible físico, pues su condición de heredera aún no se habría declarado (…) conforme al artículo dos mil doce del Código Civil, toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones registrales, por lo que ha tomado conocimiento del acto jurídico cuya nulidad se petitiona en junio del año dos mil cinco, fecha de su inscripción (…) presunción jure et de jure que no puede dejarse de lado por simples especulaciones que escapan a la objetividad con que se debe administrar justicia. El plazo de **prescripción** para solicitar la nulidad **de este acto jurídico** empieza a transcurrir **desde que la recurrente se entera** de la celebración de dicho acto (esto es, en junio del año dos mil cinco, fecha de su inscripción registral), por lo que el plazo de prescripción aún no ha transcurrido. La fecha en que se realizó el acto de donación nada tiene que ver en este caso, máxime si como se ha dicho la demandada mantuvo oculto tal acto jurídico. (…) el acto jurídico materia de nulidad fue puesto en conocimiento *erga omnes* desde la fecha de su inscripción, lo que tuvo lugar el veintidós de junio del año dos mil cinco, por lo que no se configura el plazo de prescripción a que se refiere el inciso primero del artículo dos mil uno del Código Civil. (…) de otro lado, el artículo mil novecientos noventa y tres del Código Civil establece que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. Es claro que **la norma diferencia**

---

(11) Casación N° 977-99-Ayacucho.

**claramente el nacimiento de la acción misma (*actio nata*) del momento en que esta puede ejercitarse;** (...) no parece haber mayor dificultad para determinar el inicio del plazo prescriptorio, *verbi gratia*, cuando una de las partes que ha intervenido en un contrato pretenda luego su nulidad o anulabilidad por cualquiera de las razones que autoriza la ley material, pues aquella tuvo conocimiento del acto desde su celebración misma; sin embargo, cuando se trata de terceros ajenos al mismo, de cuya existencia no fue posible tomar conocimiento por tratarse de un acto que se ha mantenido oculto, sin que se le haya dado siquiera publicidad registral, circunscrito solo a la esfera interna de los contratantes, el inicio del plazo prescriptorio se supedita a que estos hayan tomado conocimiento efectivo de su existencia y no desde la fecha de su celebración. (...) el artículo mil novecientos noventa y tres del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción (*diez a quo*), lo que ocurre cuando se toma conocimiento de la existencia del acto jurídico que se trata de impugnar, (...) para la actora aún no ha transcurrido el plazo de diez años a que se refiere el inciso primero del artículo dos mil uno del Código Civil (...).”

Nuevamente, podemos ver que estas discordancias en nuestra Corte Suprema obedecen a que se acogió un modelo incoherente. De modo simple, si se hubiese optado por la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad, no estaríamos ante estos supuestos.

Pero si se aceptase la prescripción decenal, sería necesario un tratamiento de la nulidad como cualquier sanción jurídica, sujeta a plazos prescriptorios y a la reglamentación procesal existente al respecto, que –a nuestro parecer– es como se ha señalado inicialmente en este acápite; es decir, que el decurso en realidad se computa desde que el interesado está en la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional para el inicio del proceso nulificante con la emisión de la respectiva sentencia, y no tanto desde propiamente la celebración del acto jurídico, a menos –claro está– que la parte demandante haya participado en la celebración del negocio.

### III. LAS DIFICULTADES DEL TÉRMINO DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL

---

También en la ya anotada Casación N° 2466-2009-Huánuco se discutió el término final del decurso prescriptorio para que la pretensión de nulidad sea acogida favorablemente.

Como ya adelantamos, en este caso la compraventa cuestionada se celebró el 15 de diciembre de 1997, la demanda de nulidad se presentó el día 14 de diciembre de 2007 (es decir dentro del plazo decenal permitido por ley), empero la notificación a la otra parte se efectuó recién el día 26 de setiembre del año 2008, motivo por el cual se interpuso la excepción de prescripción, declarándose fundada, debido a que por mandato del inciso 4 del artículo 438 del Código Procesal Civil es el emplazamiento válido el que interrumpe la prescripción extintiva, lo cual concuerda con el inciso tercero del artículo 1996 del Código Civil en virtud del cual se interrumpe la prescripción con la citación de la demanda o por otro acto por el cual se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a juez o autoridad incompetente.

En esta causa el último voto en discordia intenta aclararnos el panorama:

“(…) la Sala de mérito no ha considerado, conforme señala el artículo 1993 del Código Civil, que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho; en ese contexto, se tiene que al acto jurídico de compraventa materia de nulidad fue celebrado con fecha **quince de diciembre del año mil novecientos noventa y siete** (...) siendo este el plazo inicial del término prescriptorio (...) la demanda ha sido interpuesta el día **catorce de diciembre del año dos mil siete** (...) por lo que la acción interpuesta **aún no prescribe**. Se considera que la citación con la demanda constituye un hecho que produce la interrupción del decurso prescriptorio (...) cuando este acontecimiento se ha dado mientras discurre el plazo primigenio (...). Sin embargo, cuando no se ha producido ninguna circunstancia que afecte el normal transcurso del tiempo (...) no resulta razonable estimar que el último día del plazo no ocurre el día que se ejerce el

derecho de acción, esto es con la interposición de la demanda, sino con la notificación de la misma como lo afirman las instancias de mérito, en primer término, porque **el acto de notificación (...) no tiene lugar el mismo día que se presenta la demanda sino mucho después (...)** lo cual evidentemente **reduce el plazo prescriptorio**, y en segundo término, porque **las demoras incurridas por el personal encargado de notificaciones no puede ser de responsabilidad del justiciable** debido a que afecta el ejercicio del derecho de acción”.

Es claro que el razonar del voto en discordia es adecuado y legítimo, y lo es porque nuestro sistema judicial es parsimonioso y falto de credibilidad, por lo que no se puede dejar –sin más– en manos de los notificadores un asunto de tanta envergadura.

Para terminar y solamente a modo de ilustración tenemos el caso de la Casación N° 774-2001-Huánuco, donde (si bien refiere un supuesto de responsabilidad civil extracontractual que prescribe a los 2 años) se acoge mayoritariamente y de modo exacto el mismo sustento narrado para el voto en discordia en el caso anterior, peor aún porque la demanda se la presentó el 11 de julio de 2008 –o sea dentro del plazo de ley– pero se la notificó recién el 25 de marzo de 2010.

#### **IV. OTRO RIESGO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL**

---

En la Casación N° 1772-98-Apurímac se resuelve el caso por el cual don Porfirio Paulino Prada pide el otorgamiento de escritura pública de compraventa a doña Lucía Mérida Prada Prada sobre la base de una minuta de compraventa. Y siendo que en la realidad la demandada no había firmado la minuta en la cual se sustentaba la pretensión, reconvino la nulidad del acto jurídico de compraventa y de la minuta que lo contenía.

El caso se resolvió a favor de la demandada declarando improcedente la pretensión de otorgamiento de escritura pública toda vez que:

“(…) como resultado de la valoración de la prueba realizada en las instancias inferiores, se ha establecido de manera indiscutible que **la referida minuta de compraventa no ha sido suscrita** por la demandada (...)”.



Ad empero, se agrega una consideración muy extraña y peligrosa:

“Noveno.- Que, por otro lado, el acto nulo lo es de pleno derecho y por ello no requiere de una sentencia judicial que así lo declare, salvo que se pretenda ejercitar un derecho sobre su base, sin embargo, en el caso concreto, **siendo improcedente la acción del actor, es evidente que ha desaparecido la perturbación ocasionada por la utilización del documento que contiene el acto jurídico nulo, por tanto, deviene en improcedente la acción reconvenzional de nulidad de acto jurídico**”.

Por lo que no solo se declaró improcedente la demanda sobre otorgamiento de escritura sino también la reconvencción de nulidad de acto jurídico y de documento que lo contiene.

Lo temible aquí es que los magistrados supremos asumen que como la nulidad opera de pleno derecho no es necesario declararla, máxime si ya se declaró improcedente el otorgamiento de escritura pública que era lo que “perturbaba” –a decir de la Corte Suprema–, la estabilidad de la demandada.

Pero si recordamos que la nulidad del acto jurídico se la puede accionar solamente hasta dentro de 10 años, qué pasaría con este caso si es que luego de 10 años se intentase una pretensión nueva sobre la base de la minuta “nula de pleno derecho”; máxime si ella opera únicamente a pedido de parte<sup>(12)</sup>.

Recuérdese que en sede casatoria se ha asegurado que:

“(…) la pretensión contra el documento de donación señalado **ha prescrito** por resolución judicial firme; por consiguiente, la validez del referido acto sigue surtiendo sus efectos (...) **habiendo quedado cerrado todo camino judicial para pronunciarse respecto de la validez o no del acto jurídico** (...) al haberse declarado fundada la excepción de prescripción (...) no resulta

---

(12) En la Casación N° 2137-2000-Lima se ratificó que: “De conformidad con el artículo 1992 del Código Civil, los jueces no pueden fundar sus fallos en la prescripción que no ha sido alegada, lo que presupone que dicha institución no puede ser invocada de oficio por el juez en sus fallos”.

conducente pronunciarse respecto de los actos jurídicos posteriores (...)”<sup>(13)</sup>.

Queda claro que si es la misma pretensión (otorgamiento de escritura pública) se podrá deducir la excepción de cosa juzgada; pero, ¿y si se trata de otra pretensión distinta? (por ejemplo ejecución de obligación de dar bien cierto, o resolución de la obligación con indemnización por daños y perjuicios), ¿en qué se podrá basar la reconviniendo para oponerse a la pretensión?

Si la minuta era nula ipso iure, no sería necesario demandar la nulidad, pero como se cuenta con este plazo decenal para accionar, y peor aún, donde la Sala Suprema no se ha pronunciado, ¿qué buen sustento podría tener esta señora conforme a nuestra legislación?

Con lo dicho, se tendría que demandar ineludiblemente la nulidad de la compraventa (antes de los 10 años de prescripción).

## **V. EL TEMA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL DEBIDO A CAUSALES DISTINTAS DE NULIDAD**

---

La Casación N° 2416-2010-Lima introdujo a debate un tema singular a tal punto que generó que tres vocales emitieran voto singular, siendo dos de ellos de resultado totalmente contrario al voto en mayoría.

El caso trata de que la señora Tania García demandó la nulidad de una compraventa celebrada el 8 de septiembre de 1995 por su difunto cónyuge Luis Lastarria y su persona como vendedores frente a los compradores Ángel Lastarria y María Pacheco, con base en las causales 1, 3, 4 y 8 del Código Civil, y subordinadamente la nulidad por anulabilidad por incapacidad relativa del agente. Su fundamento radica en que los señores Lastarria Pacheco demandaron al matrimonio Lastarria García, en virtud del contrato discutido, el otorgamiento de escritura pública, la partición del bien y su entrega. Ello generó formular la reconvención del caso alegando la nulidad del contrato por simulación absoluta, proceso

---

(13) Ver voto en discordia de la Casación N° 1519-2008-Ica.

que culminó con la sentencia que declaró fundada la demanda e infundada la reconvencción ordenando la suscripción de la Escritura Pública, la partición y entrega del bien.

Hecha la demanda, los señores Lastarria-Pacheco dedujeron la excepción de cosa juzgada argumentando que en el proceso anterior ya se había resuelto la litis, pues la reconvencción versaba sobre nulidad de acto jurídico, resultando irrelevante que la causal invocada en esa época haya sido la de simulación absoluta, y en el presente proceso las causales sean la falta de manifestación voluntad, objeto imposible, fin ilícito y contra-vencción al orden público y buenas costumbres.

Pero, además, dedujeron la excepción de prescripción extintiva arguyendo que la demandante tenía hasta el 8 de setiembre del año 2005 para interponer la demanda, siendo ella interpuesta fuera de plazo.

El juez civil declaró fundadas las excepciones, mientras que la Sala Superior revocó el fallo solamente en cuanto a la excepción de cosa juzgada y la declaró infundada porque el petitorio y el interés no eran idénticos al proceso primigenio, no cumpliéndose con la triple identidad.

En cuanto a la prescripción, que es el tema que nos convoca, en el fallo casatorio se discutió si es que habría operado o no la interrupción de la prescripción extintiva, y se dijo lo siguiente:

“(...) acorde a lo estipulado por el artículo 1996 inciso 3 del Código Civil se interrumpe la prescripción por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique el deudor aún (sic) cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente. (...) mal puede la recurrente alegar que la pretensión de declaración de nulidad (...) por adolecer de simulación absoluta incoada vía reconvencción (...) produjo la interrupción de la prescripción lo que daría lugar al reinicio del plazo prescriptorio”.

Y a continuación se construyeron los fundamentos:

“(...) los fundamentos de hecho de la causal de nulidad de acto jurídico por simulación absoluta (...) son distintos los fundamentos fácticos de las causales invocadas para atacar de nulo el

mismo acto jurídico, esto es las previstas en los incisos 1, 3, 4 y 8 (...) consiguientemente al no ser la *causa petendi* la misma ha operado la Prescripción Extintiva”.

Y se remata con un argumento bastante elaborado:

“(…) de no ser así podría entenderse de manera errónea que las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código sustantivo pueden ser invocadas y demandadas consecutivamente no operando la prescripción extintiva (...)”.

Evidentemente el voto en discordia entendía que la pretensión no había prescrito dado que el transcurso del tiempo se había interrumpido por el objeto de la pretensión reconventional cuya petición consistía en la nulidad de la misma minuta.

Queda en claro que la solución planteada por la Corte Suprema es adecuada y también utilitaria. Por ello la doctrina respondió favorablemente a este fallo.

En efecto, el profesor Martín Hurtado (2012, p. 109) se pregunta si la interrupción del plazo de prescripción es perpetua o no, ya que nuestro código no regula tal supuesto. Y ante el artículo 1998 del Código Civil que regula la interrupción por la citación con la demanda se interroga si tiene sentido que el plazo de prescripción se reinicie si la sentencia desestimó la demanda, pues el enunciado normativo no señala cuál debe ser el resultado del proceso para que haya posibilidad de hacer el reinicio del citado plazo. Para este profesor lo resuelto es correcto porque en caso contrario se produciría que los plazos de prescripción nunca llegasen a su fin.

Por su parte, el profesor Guillermo Lohmann (2012, p. 45) saluda esta decisión y parte de criticar la tesis de la recurrente consistente en que en la pretensión de nulidad es indiferente la causal en la que se fundamenta. Y al resaltar que la nulidad es una sanción, indica que es totalmente viable que el demandado pueda ser citado primero por una causal y luego por otra, pero que una consecuencia legal puede deberse a distintas razones y son estas razones las que justifican la consecuencia, no a la inversa.

Ahora bien, en la práctica, conectado a lo dicho, existe una realidad necesaria de discutir.

Ante un acto inválido una señora primero demanda por una causal, por ejemplo, fin ilícito. Luego de perder el proceso, se demanda nuevamente por la misma causal, pero ahora ya no la señora sino su conviviente. Ante un nuevo rechazo, vuelve a demandar por la misma causal ahora el hijo, y así sucesivamente.

Por temas procesales, mientras no se vincule a todos los involucrados en el proceso, la sentencia nos los liga. Y lamentablemente mientras se piense que la legitimidad para demandar la nulidad es absoluta, podrá seguirse demandando la nulidad por parte de cualquier sujeto, incluyendo los compadres de la señora, su vecino, etc.

Afortunadamente, la Casación en revisión ayuda en algo cuando dice que la prescripción corre independientemente por cada causal. Partiendo de este razonamiento hay que entender que la causal también corre independientemente para cada sujeto, de tal manera que si se cumplieran los diez años, ya habría prescrito la pretensión para todos.

En resumen, tenemos que si un mismo sujeto demanda más de una vez pero por distintas causales, el plazo prescriptorio sigue corriendo para todas las causales de modo independiente, y no hay interrupción. Y si demandan distintos sujetos pero por la misma causal, también el plazo prescriptorio sigue transcurriendo para todos los sujetos. Por último, si demandara el mismo sujeto por la misma causal, aunque el plazo prescriptorio sí se interrumpe, en este supuesto le es oponible la excepción de cosa juzgada.

## **VI. LA INORGANICIDAD DEL MODELO RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD NEGOCIAL**

---

Ya adelantamos que las discordancias en los fallos casatorios obedecen a que se acogió un modelo teórico incoherente. Si se hubiese optado por la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad, tal y como lo trabaja el Esboço de Teixeira de Freitas o el Código Civil italiano, en el cual se inspira parte de nuestro tratamiento nulificante, no estaríamos estudiando y analizando todos estos supuestos.

Pero como también ya nos pronunciamos, para nosotros este plazo de diez años sí es oportuno y adecuado, pero para su correcta comprensión es indispensable concederle a la nulidad un tratamiento como el de cualquier sanción jurídica, sujeta a plazos prescriptorios y a la reglamentación procesal existente.

## **VII. UN TEMA FINAL: LA CADUCIDAD EN EL CASO DE NULIDAD DE ACUERDOS ASOCIATIVOS Y SOCIETARIOS**

---

Un último tema discordante alude a si es posible cuestionar un acuerdo de asamblea de una asociación a base de las reglas temporales de la nulidad del acto jurídico o, si irremediamente el plazo es el consagrado en el artículo 92 del Código Civil. Como muestra de la primera postura tenemos lo vertido en la Casación N° 4938-2009-Lima y como muestra de la segunda tenemos a la Casación N° 2238-2011-Lima.

Para este rubro, conociendo ya que en el V Pleno Casatorio Civil hubo un pronunciamiento al respecto, pasamos a revisar solo dos sentencias afines, la Casación N° 2978-2011-Lima y la N° 3867-2010-Lima, referidas a la nulidad de los acuerdos tomados al interior de una asociación civil que nos pueden ilustrar sobre la complejidad del tema<sup>(14)</sup>.

---

(14) Adelantamos que para el profesor Rómulo Morales (2014, p. 41) ambos casos refieren un supuesto de nulidad negocial (sin recurrir a la inexistencia) ya que hubo falsificación de firmas, y por ende falta de manifestación de voluntad; así mismo el objeto fue indeterminado puesto que no se cumplió con precisar el requisito del lugar de la convocatoria. En cambio para el profesor Juan Morales (2014a, pp. 48-49) es necesario distinguir si estamos ante un pedido de nulidad de acuerdos de alguno de los órganos de la asociación, o estamos frente a un pedido de nulidad de un acto jurídico, aun cuando este tenga como sustento algún acuerdo asociativo. Y se dice esto porque en la Casación N° 2978-2011-Lima no se solicita la nulidad de los acuerdos de la junta, sino la nulidad de los actos jurídicos a través de los cuales se habrían hecho efectivos los acuerdos de la asamblea general, por lo que se sería de aplicación el artículo 219 del Código Civil. En cambio en la Casación N° 3867-2010-Lima hay un cuestionamiento a los acuerdos adoptados por la asamblea general de la asociación, por lo que resulta de aplicación el artículo 92 del código sustantivo. Totalmente en contra, para la profesora María Elena Guerra (2014, p. 74) en ambos casos estamos en el supuesto en que es la asociación misma, como sujeto de derecho, la que pide la nulidad de un acuerdo asociativo y no los asociados (y por la teoría del órgano es evidente que actúe uno de los órganos para pedir la nulidad de los acuerdos), por lo que la norma aplicable es la contenida en el artículo 219 del Código Civil.

## **1. Reminiscencia de la Casación N° 2978-2011-Lima**

En este primer caso la demandante Asociación Civil Jockey Club del Perú solicitó la nulidad de un sinnúmero de actos jurídicos, ante lo cual los demandados propusieron la excepción de falta de legitimidad para obrar activa ya que quien otorgó la buena pro discutida fue la misma asociación civil, por tanto no podía la misma persona jurídica promover la nulidad de dicho acto, además las causales de nulidad no podían sustentarse en hechos propios. También se dedujo la excepción de caducidad alegando que bajo el título de nulidad de acto jurídico se pretendía la nulidad de acuerdos adoptados en la asamblea general, para lo cual era de aplicación el plazo previsto en el artículo 92 del Código Civil.

El juez declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa ya que el proceso de nulidad puede ser promovido por cualquier persona con interés, no siendo aplicable la teoría de los hechos propios; y fundada la excepción de caducidad por cuanto si bien la pretensión principal se denominaba nulidad de acto jurídico derivada de la participación en la redacción y suscripción del Acta de la Junta General Extraordinaria, era de aplicación el artículo 92 que prevé que el plazo para impugnar los acuerdos adoptados por la asamblea en el caso de asociaciones es de 60 días para los asociados presentes y 30 días para los ausentes y terceros con interés.

Ante la apelación respectiva, la Sala declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa por considerar que los artículos 1362 y 229 del Código Civil regulan la teoría de los actos propios, por la cual se entiende que nadie puede alegar su propia torpeza para invocar la nulidad del acto, siendo la asociación demandante quien participó en los actos materia de la demanda a través de sus representantes legales, por lo que no podía pretender la nulidad de los actos en los que intervino.

Ya en Sede Suprema se dijo que el hecho de que la actora haya invocado como causales de nulidad de los acuerdos cuestionados las previstas en el artículo 219 del Código Civil no implicaba que la litis necesariamente verse sobre nulidad de acto jurídico y que sea de aplicación el plazo prescriptorio decenal, pues es evidente que lo que se impugna es la validez de los acuerdos adoptados por la asamblea general de una asociación, situación que se rige por el derecho de personas; máxime, si se tiene en cuenta que quienes impugnaban la validez de dichos acuerdos

son los asociados integrantes del actual Consejo Directivo de la asociación demandante quienes alegan que la anterior directiva habría incurrido en irregularidades en la convocatoria y en el desarrollo de la asamblea.

También la Corte Suprema se pronuncia sobre la infracción de los artículos 139 inciso 9 de la Constitución y IV del Título Preliminar del Código Civil, donde se consagra la prohibición de la analogía cuando se restringen derechos. Al respecto se afirma que las instancias de mérito no habrían aplicado el artículo 92 por analogía, sino más bien habrían aplicado en estricto la norma jurídica pertinente a los hechos.

Por último, en cuanto a la denuncia de infracción del artículo 1362 del Código Civil, que establece el Principio de la Buena Fe Contractual, se precisa que esta norma invocada, por ser de derecho material es impertinente para resolver las excepciones ya que ella sería evaluada propiamente en un pronunciamiento de fondo.

En el fallo casatorio existe un voto en minoría que entiende que el artículo 92 del Código Civil establece un plazo especial de caducidad solo aplicable para los asociados, y no para terceros fuera de ella, por tanto el artículo 92 no impedirá que los terceros formulen sus pretensiones de nulidad de los acuerdos de la asociación al amparo de las normas generales de nulidad del acto jurídico. Por consiguiente, la aplicación del plazo de caducidad del indicado artículo 92 a terceros diferentes de los asociados que pretenden la nulidad de un acuerdo asociativo, sería aplicar una norma restrictiva de forma analógica en contra de estos terceros que se encuentran bajo el amparo de los artículos 220 y 2001 del Código Civil (que prevén la posibilidad de que los terceros con legítimo interés puedan ejercer su derecho de acción para solicitar la nulidad de actos jurídicos dentro de un plazo de 10 años), lo cual está prohibido por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Para este voto, el artículo 92 requiere a) que el impugnante sea un asociado, y, b) que el objeto de impugnación sea un acuerdo asociativo, sin importar de qué órgano de la asociación provenga; pero en el presente caso se advierte que la demandante no es asociada del Jockey Club del Perú, sino, es la misma asociación, la cual es diferente de sus asociados.



Respecto de la doctrina de los actos propios se concluye que dicha teoría resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos, porque de lo contrario esta podría ser empleada como una forma de convalidación de actos nulos por parte de los celebrantes de un acto jurídico al no permitírsele a estos la posibilidad de acudir a la vía judicial para solicitar su nulidad.

## **2. Reminiscencia de la Casación N° 3867-2010-Lima**

En este segundo caso, de modo similar al anterior, se demandó la nulidad del acto jurídico contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de la Asociación de Vivienda Hijos de Apurímac, invocando como principal fundamento jurídico el artículo 219 inciso 6 del Código Civil. La judicatura recondujo tal fundamento al artículo 92 del código civil donde se fija un plazo de caducidad de 60 días contados a partir de la fecha del acuerdo para impugnarlo, explicando que dicho lapso temporal es breve ya que se prioriza la estabilidad de los acuerdos adoptados por las asociaciones, de modo que si no se impugna el acuerdo dentro de este término, queda firme e inamovible, operando la caducidad de la acción.

Se asevera que, si bien se fundamentó en el artículo 219 inciso 6, es el artículo 92 el que resulta aplicable, porque el ordenamiento jurídico nacional regula expresamente el supuesto de hecho descrito en la demanda como uno de impugnación de acuerdo asociativo; y estando a que se habría producido la caducidad de la acción, la que puede ser declarada de oficio por el juez conforme al artículo 2006 del Código Civil, la demanda devino en improcedente.

Aquí existe un voto en discordia para quien se evidencian serios vicios, como por ejemplo, la asamblea no se habría realizado en el lugar indicado para la convocatoria; además, una de las 354 personas consignadas como asistentes había fallecido con anterioridad; y otros tantos asociados no habrían participado en dicha asamblea pese a estar consignados en el acta. En este voto se agrega que, de conformidad con el principio del *iura novit curia*, si bien el artículo 92 establece una vía especial para tramitar las demandas que pretendan impugnar la validez de un acuerdo asociativo; ello no impide ni restringe el derecho de los socios de

sustentar su acción en supuestos que implican la nulidad del acto jurídico, pues cabe señalar que un acuerdo adoptado por una asociación constituye igualmente una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, por lo que no existe prohibición para que los afectados demanden tal supuesto bajo la pretensión de nulidad de acto jurídico.

### **3. La pugna entre los artículos 92 y 219 del Código Civil y la primacía de las normas**

En teoría general del Derecho se sabe que cuando estamos en el ordenamiento jurídico en general, prima siempre la norma jurídica o dispositivo de carácter general sobre el dispositivo o norma jurídica especial. Así, por ejemplo, en nuestro sistema jurídico prima la Constitución Política sobre una ley, y esta sobre un dispositivo de rango reglamentario.

En cambio cuando estamos ya dentro de un subsistema jurídico, por ejemplo, el civil, el penal, el tributario o el laboral, allí el principio se invierte de tal modo que prima la norma jurídica especial sobre la general. Por ejemplo, por mandato del artículo 2001 inciso 4, la llamada acción pauliana prescribe a los 2 años, pero cuando se trata de un fraude dentro del ámbito sucesorio por renuncia, se extingue a los 3 meses, según el artículo 676 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa acontece algo similar.

El artículo 92 del Código Civil efectivamente regula los supuestos de nulidad de acuerdos asociativos, los cuales son realmente actos jurídicos<sup>(15)</sup>, pero los regula vía impugnación; es decir consagra el supuesto de nulidad de un acuerdo tomado al interior de una persona jurídica específica, la cual se hace valer a través de una impugnación judicial. Entre tanto, el artículo 219 regula la nulidad negocial de modo general.

---

(15) Por si hubiere duda acerca de si los acuerdos asociativos son actos jurídicos, se puede revisar el artículo 223 del Código Civil que regula la nulidad en los actos plurilaterales, que es la esencia de todos los actos que crean y regulan las personas jurídicas.

Igualmente, el artículo 92 establece dos plazos de caducidad específicos para estos casos, mientras que el artículo 2001 inciso 1 establece los supuestos de prescripción de la nulidad negocial de modo general.

El sustento de tal diferenciación es la inseguridad jurídica para los terceros, pues nadie contrataría con una asociación sabiendo que habrá que estar pendiente durante diez años por si alguien solicite la nulidad de los acuerdos (Morales Godo, 2014a, p. 47). O sea, la impugnación es una regla especial que desplaza las reglas generales de la acción de nulidad (Guerra Cerrón, 2014, p. 72).

Por lo tanto, estando ante una regulación general, como son los artículos 219 y 2001, frente a una regulación especial y perteneciendo ambas normas al subordinamiento jurídico civil, queda claro que será preferida la regulación especial, en una palabra, el artículo 92 del Código Civil.

Este criterio de especialidad, como técnica de composición aplicable ante una antinomia entre dos normas, ha sido el asumido por el V Pleno Casatorio<sup>(16)</sup>.

Como se ha reseñado, en la Casación N° 2978-2011-Lima se declaró fundada la excepción de caducidad porque si bien la demanda es de nulidad de acto jurídico derivada de la participación en la redacción y suscripción del Acta de la Junta General Extraordinaria, es de aplicación el artículo 92 que prevé que el plazo para impugnar los acuerdos adoptados por la asamblea en el caso de asociaciones es de 60 y 30 días. Por tanto, hace bien la Sala en afirmar que la demandante ha pretendido forzar la figura de la nulidad negocial para cuestionar la validez de los acuerdos cuando dicha pretensión se debió plantear como impugnación de acuerdos.

En el caso de la Casación N° 3867-2010-Lima se razona del mismo modo al aseverar que el ordenamiento jurídico nacional regula expresamente el supuesto como uno de impugnación de acuerdo societario, aun cuando se haya planteado formalmente la nulidad del acuerdo con base en las normas de la nulidad de acto jurídico en general.

---

(16) Vide 6.3. del V Pleno Casatorio. Cf. Espinoza Espinoza 2014, 29; Calle Taguche 2014, 71; Morales Godo 2014a, p. 46.

Todo este razonar ya se venía trabajando desde antiguo; por ejemplo, en el Expediente N° 1095-95 se dijo exactamente lo mismo, cuando se demandó la nulidad de los acuerdos asociativos bajo el amparo de los incisos 6 y 7 del artículo 219 del Código Civil.

#### 4. Pero ¿y la correcta interpretación del artículo 92 del Código Civil?

Ahora bien, si es correcto que la norma contenida en el artículo 92 del Código Civil es una especial respecto a la regulación de la nulidad en general, una cosa muy distinta es cómo se debe entender tal redacción.

El artículo 92 del Código Civil reza:

“**Todo asociado** tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse **en un plazo no mayor de sesenta días** contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas **por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición** al acuerdo, **por los asociados no concurrentes** y por los que hayan sido **privados ilegítimamente de emitir su voto**.

Si el acuerdo es **inscribible en el registro**, la impugnación puede formularse dentro de los **treinta días** siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado”.

Como se ha reseñado, en la Casación N° 2978-2011-Lima se declaró fundada la excepción de caducidad porque se cree que el artículo 92 prevé el plazo de caducidad de 60 días para los asociados presentes y 30 para los ausentes y los terceros con interés.

Pero en el voto en discordia se hace ver que el plazo de caducidad para la impugnación del acuerdo es solo aplicable para los asociados, es decir, para aquellas personas que integran la asociación y no para terceros fuera de ella; ergo, los terceros podrán formular la pretensión de nulidad de los acuerdos de la asociación al amparo de las normas generales de nulidad de acto jurídico.

Al respecto, la profesora Aldana Durán (2003, pp. 447-448) entiende que este artículo es una suerte de limitación del derecho de acción de los asociados y ello se explica por los limitados plazos y las exigencias formales para la tramitación.

Sostiene contundentemente que el Código Civil ha previsto que se encuentran legitimados a impugnar los acuerdos bajo este artículo únicamente los asociados. Por consiguiente, ello no impedirá que los terceros formen la pretensión de nulidad de los acuerdos de la asociación pero bajo el amparo de las normas generales de la nulidad de acto jurídico (Aldana Durán, 2003, pp. 449 y 452).

El profesor Fernández Sessarego (2004, p. 276) opina que este artículo garantiza los derechos inherentes al asociado para permitirle el control sobre las decisiones que se adopten en la asamblea general como en el consejo directivo, facultándolo para actuar judicialmente contra los acuerdos que sean contrarios a la ley o al estatuto.

En igual sentido se pronuncia el profesor Juan Espinoza (2006, p. 835) para quien los acuerdos que se tomen en la asamblea general vinculan a todos los asociados, es por eso que el artículo 92 del Código Civil prevé la solución cuando un asociado no esté conforme con dichos acuerdos.

En efecto, el artículo es claro en indicar que son tres los sujetos facultados para impugnar, siendo todos ellos necesariamente asociados como se indica al inicio del artículo. Estos tres tipos de legitimados son los asociados asistentes, los asociados no concurrentes y los asociados privados ilegítimamente de emitir su voto<sup>(17)</sup>.

---

(17) El V Pleno incluyó como legitimado al asociado expulsado por el acuerdo impugnado. El fundamento de tal disposición radica en que cuando el asociado ya es expulsado, deja de serlo y pasa a ser un tercero más, por lo que se sometería al plazo decenal de la nulidad negocial común. Pero

Se arriba a este resultado interpretativo, además, cuando se lee de corrido los artículos del código, pues, sistemáticamente, desde el artículo 84 al 87 se habla de la asamblea, y desde el 88 al 93 se habla de los asociados.

Igualmente, nos ayuda para llegar al mismo resultado hermenéutico la redacción propuesta por el Proyecto de Ley de Enmiendas de 1997 (cf. Fernández Sessarego, 2004, p. 278) donde, en el segundo párrafo se decía:

“La demanda impugnatoria puede ser presentada **solo por los asociados** que hubiesen dejado constancia en el acta de su oposición al acuerdo, por los no concurrentes o por los que hubiesen sido privados ilegítimamente de emitir su voto. La demanda será dirigida contra la asociación”.

Por lo tanto, pensar que solamente los asociados pueden impugnar los acuerdos es absurdo. Y pensar que los terceros se someten al plazo de caducidad previsto para los asociados desnaturaliza la *ratio legis* de la norma, que no es otra sino la de brindar seguridad a los acuerdos que se vayan tomando al interior de una asociación, pero respecto de los integrantes a quienes vincula.

## 5. La prohibición de la analogía de normas restrictivas

Por mandato del artículo 139 inciso 9 de nuestra Carta Magna y el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, está proscrita la analogía para el caso de normas jurídicas que restringen derechos.

En el recurso que da origen a la Casación N° 2978-2011-Lima se denuncia la utilización analógica y extensiva del artículo 92 del Código Civil, cuando dicha norma está restringida a los derechos de los asociados.

La Corte Suprema entiende que las instancias de mérito no han aplicado el artículo 92 por analogía sino que han aplicado en estricto la

---

el Pleno quiso incluirlo en los reducidos plazos de caducidad debido a que justamente cuestiona el acto de su expulsión por lo que, de declararse fundada su pretensión, seguirá siendo asociado, hecho que solamente se sabrá al final del proceso (Calle Taguche, 2014, pp. 72-73). Además, para el profesor Jairo Cieza (2014a, p. 55) se deben incluir entre los legitimados a los asociados que se abstuvieron de emitir su voto.

norma jurídica pertinente a los hechos que son materia de la demanda al haberse establecido que cuando se trata de cuestionamientos relacionados con la validez de los acuerdos de la asamblea general dicha pretensión debe ser tramitada en la forma y oportunidad previstas en la norma en referencia.

Acertadamente, en el voto en discordia, como se entiende que el plazo previsto en el artículo 92 del Código Civil es solo aplicable a los asociados, se asevera que la aplicación del plazo de caducidad a terceros diferentes de los asociados que pretenden la nulidad de un acuerdo asociativo, sería aplicar una norma restrictiva de forma analógica.

Si recordamos, la analogía es un mecanismo para resolver las lagunas normativas, pero no es utilizable cuando la norma aplicable existe. O sea, al ser una herramienta de integración jurídica se usa cuando luego de haber buscado en todo el ordenamiento jurídico no se encuentra una norma aplicable al caso ni siquiera vía interpretación extensiva.

En el presente caso es claro que el artículo 92 no es el aplicable al caso de los cuestionamientos hechos por terceros no asociados, pues para ese supuesto existen las normas referidas a la nulidad del acto jurídico.

## **6. El resultado del V Pleno Casatorio Civil**

En el V Pleno Casatorio Civil se discutió este tema y se terminó por zanjarlo –al menos eso se intentó–, si bien con algunas exageraciones doctrinarias en la parte considerativa (vide Espinoza Espinoza, 2014, p. 26; Morales Godo, 2014b, p. 32; Cieza Mora, 2014b, p. 39). Es decir, si bien el soporte teórico redactado en el Pleno es bueno, ello es entendible para un trabajo de investigación (cf. Morales Godo, 2014b, p. 32), mas no para una sentencia, pues no se olvide que a fin de cuentas en el Pleno se soluciona una controversia judicial puntual, y en este caso obedece a la Casación N° 3189-2012-Lima Norte.

Y aunque el Pleno ha recibido otras tantas críticas desde diversas aristas<sup>(18)</sup>, allí se concluyó, estableciendo como doctrina jurisprudencial

---

(18) Juan Espinoza (2014, p. 27) afirma que es inadecuado pretender explicar los alcances del artículo 92 del Código Civil a partir de la doctrina italiana referida al artículo 23 del Código italiano por

vinculante, que la impugnación de todo acuerdo emitido por una asociación civil se fundamenta de manera obligatoria en el artículo 92 del Código Civil, ello con base en el criterio de especialidad normativa; lo cual, de una u otra manera, constituye un avance para lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales, íntimamente ligada al principio de seguridad jurídica (Ramírez Jiménez, 2012, p. 3).

Por tanto, con ello se dejó sentado que el plazo para impugnar estos actos no es el decenal, sino el de 60 días contados desde el acuerdo o 30 días desde su inscripción.

Siguiendo esa línea se precisa que no es posible interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos sustentados en cualquier otra norma, primordialmente las del acto jurídico fuera del plazo previsto en el artículo 92, por tanto con este Pleno se toma la posición de que la impugnación como medio de defensa de los asociados cubre todo tipo de vicisitud negocial, incluyendo ineficacia, nulidad, anulabilidad y hasta inexistencia (Espinoza Espinoza, 2014, p. 28)<sup>(19)</sup>, pues con la nulidad y la impugnación se persigue el mismo fin (Guerra Cerrón, 2014, p. 72).

Aquí también se declara expresamente quiénes son los legitimados para este proceso impugnatorio, siendo tales: el asociado que asistió y dejó constancia de su oposición, los asociados no concurrentes, los

---

el hecho de que son supuestos de contenido diverso. Para Juan Morales Godo (2014b, 35) falta el desarrollo de los criterios y supuestos que deben presentarse para que se pueda, excepcionalmente, aplicar las normas generales del acto jurídico. Un buen trabajo crítico desde la Teoría General del Derecho y de la Argumentación es el de Renzo Cavani (2014) quien muestra con claridad la deficiencia argumentativa del Pleno Casatorio, además de la confusión aplicativa de instituciones jurídicas. De todo ello podemos rescatar que una debilidad fuerte del fallo es no haber podido demostrar que el artículo 92 del Código Civil es una norma especial respecto a las normas que regulan la nulidad del acto jurídico en general, por el que tuvo que ser preferida.

(19) Para Juan Espinoza (2014, p. 29) sostener que la impugnación no es aplicable para los casos de inexistencia negocial implica hacer diferenciaciones entre las causales de impugnación que el propio código no ha hecho, generándose una injustificada disparidad de tratamiento. En cambio, para Jairo Cieza Mora (2014b, 40 et pássim) no hay subsunción de invalideces negociales en la impugnación judicial de acuerdos, ya que esta es una distinta modalidad de ineficacia negocial para los actos jurídicos unilaterales emitidos por personas jurídicas, ergo, existe una complementariedad entre ambas figuras que deben ser abordadas bajo la óptica de las ineficacias negociales. En igual sentido se pronuncia Rómulo Morales Hervias (2014, p. 27). En fin, para Juan Morales Godo (2014b, p. 35) en el Pleno faltó el desarrollo de los criterios y supuestos que deben presentarse para que se pueda, excepcionalmente, aplicar las normas generales del acto jurídico, o sea determinar qué circunstancia habilita a salir de la regla.



asociados privados ilegítimamente de emitir su voto, y –se agregan– los asociados expulsados por el acuerdo impugnado.

Por último –luego de establecer que la vía es el proceso abreviado y la competencia del juez civil– se aclara que el juez podrá adecuar las demandas no sustentadas en el artículo 92 del Código Civil siempre que el petitorio y los fundamentos de hecho cumplan con los requisitos del anotado artículo, empero se precisa que si el plazo estuviere vencido, se procederá a declarar improcedente la demanda por falta de interés para obrar.

En este Pleno la gran duda que se genera es cómo proceder cuando un tercero es el que pretende impugnar el acuerdo asociativo. Ante el establecimiento claro de quiénes son los únicos legitimados para impugnar el acuerdo, se puede argüir que los terceros podrían recurrir a la nulidad negocial, tal y como lo hemos señalado líneas arriba (vide Espinoza Espinoza, 2014, p. 30; Morales Godo, 2014a, p. 49 y 2014b, pp. 35 y 20). Pero la incertidumbre se presenta por la redacción hecha en el punto 1 de la doctrina jurisprudencial vinculante donde dice expresamente que **la impugnación de todo acuerdo emitido por una asociación civil se fundamenta de manera obligatoria en lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil.**

## 7. El mismo tema en el ámbito societario

Algo similar a lo anotado para el caso de las dos Casaciones anteriores aconteció en la esfera societaria.

Acabamos de ver en la Casación N° 2978-2011-Lima que el juez estimó que el proceso de nulidad puede ser promovido por cualquier persona con interés, no siendo aplicable la teoría de los hechos propios, mientras que la Sala declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa por considerar que los artículos 1362 y 229 del Código Civil regulan la teoría de los actos propios, por la cual se entiende que nadie puede alegar su propia torpeza para invocar la nulidad del acto, siendo la asociación demandante quien participó en los actos materia de la demanda a través de sus representantes legales, por lo que no podía pretender la nulidad de los actos en los que intervino. La Corte Suprema revocó el fallo alegando que la denuncia de infracción del artículo 1362 del Código

Civil, que establece el Principio de la Buena Fe Contractual, por ser una norma de derecho material es impertinente para resolver las excepciones ya que ella sería evaluada propiamente en un pronunciamiento de fondo.

Para el ámbito del Derecho Societario el resultado interpretativo dado a conocer para el artículo 92 del Código Civil en el caso de las asociaciones es el mismo para el cuestionamiento de acuerdos al interior de las sociedades.

Pero en este caso, con algo más de claridad, este tema se regula en los artículos 140 y 150 de la Ley General de Sociedades. En el primero de habla de la impugnación de los acuerdos de la junta general y en el segundo de la nulidad de los acuerdos de la junta.

Al respecto, en la Casación N° 5659-2007-Ica se ratificó que:

“(…) el A quo declaró improcedente la demanda (…) aplicando los artículo 139 y 140 de la Ley General de Sociedades (…) y concluye que el demandante adolece de legitimidad para obrar por cuanto pretende la impugnación de dos actos societarios **en los cuales ha participado** su representada (…) quien **no ha hecho constar su oposición** y en nombre de otro Municipio (…) entidad de la cual no ostenta representación (…) Se corrobora el error in procedendo (…) **la nulidad de acuerdos societarios tiene una amplitud en su legitimación procesal activa**, como se ha advertido anteriormente, por tanto, no es posible declarar improcedente la demanda”.

Entonces, como el tratamiento en la Ley General de Sociedades es mucho más detallado, vía analogía se podrían solucionar algunos vacíos para el caso de las personas colectivas sin fines de lucro. Y en el mismo sentido, pero a la inversa, aunque para las sociedades la ley es más clara, cualquier laguna también se podría salvar recurriendo a la doctrina jurisprudencial establecida en el V Pleno vía analogía, toda vez que –como se ha dicho– el carácter y la sustancialidad de las personas jurídicas lucrativas y de las no lucrativas es el mismo (Cieza Mora, 2014a, p. 52, y 2014b, pp. 41 y 67; cf. Morales Hervias, 2014, p. 23).

# CAPÍTULO VIII

## Acerca de la naturaleza de la nulidad

### I. LA NULIDAD ES UNA SANCIÓN OBJETIVA SEGÚN EL MODELO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Como ya se anotó, aunque existe una muy autorizada doctrina en contra<sup>(1)</sup>, la nulidad mayormente es entendida como una sanción, y ello ha sido recogido jurisprudencialmente.

Por ejemplo, en la Casación N° 516-2001-San Martín se dijo:

“Por nulidad debemos entender la **sanción** que consiste en privar de los efectos que son propios al acto jurídico inadecuadamente conformado”.

En la Casación N° 2581-2002-Ucayali se dijo que:

“(…) la **invalidez** sea la nulidad o anulabilidad, es una **sanción** que impone el ordenamiento jurídico a los negocios jurídicos que no se ajustan a determinados aspectos estructurales de orden legal”.

En la Casación N° 1706-2007-Lima se afirmó:

“(…) la ejecutada no invoca como argumento de su contradicción la ausencia de alguna de las formalidades para la validez de la

---

(1) Entre otros se puede ver: Maier (1980), Von Feuerbach (ápuđ Maier, 1980, p. 132), Nieto Blanc (ápuđ Zannoni, 2000, p. 161), Nino (1985, pp. 198-199), Hart (ápuđ Nino, 1985, p. 199), Delgado Echeverría (2006).

hipoteca (...), sino un cuestionamiento que incide en la validez sustancial del acto jurídico, el cual –por lo demás–, no se **sanciona** con nulidad sino con anulabilidad”.

Algo más se dice en la Casación N° 2377-2007-Puno:

“La demanda de nulidad de acto jurídico es una que busca se **sancione** un acto como nulo por no concurrir alguno de los requisitos que para su validez exige el artículo 140 del Código Civil”.

Del mismo razonar es la Casación N° 1765-2011-la Libertad:

“(…) se ha determinado que existió fraude en la compraventa (...) situación que se encuentra **sancionada** con nulidad por nuestro ordenamiento jurídico”.

Y en la Casación N° 72-1999-Arequipa se menciona algo acerca de los límites de tal sanción:

“Cuando la ley **sanciona** con nulidad la omisión de formalidades expresas, aquella nulidad formal afecta únicamente el acto sujeto a ello, pero no a los demás que pudieran conformar el acto jurídico”.

Y sería sanción porque, como se explica en la Casación N° 3029-2001-Cusco:

“La nulidad de un acto jurídico (invalidez absoluta) viene a ser la **respuesta negativa del ordenamiento jurídico contra la autorregulación de interés (sic) privados** que la contravenga, **res-tándole el efecto vinculante del que gozaría**”.

Lo dicho fue respaldado en la Casación N° 3189-2012-Lima Norte –aquella que dio lugar al V Pleno Casatorio Civil– donde se precisó la naturaleza sancionadora de la nulidad, si bien se utilizó la voz genérica de ineficacia:

“Por ello es que la validez de todo negocio jurídico implica el cumplimiento de los elementos, presupuestos y requisitos propios

de la estructura negocial, los cuales de no producirse implican la ineficacia del negocio jurídico que ‘(...) es ante todo, una **sanción**, si por sanción entendemos la **reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción (...)**’”.

Si partimos de que la nulidad es una sanción, ahora toca ver cómo es que opera esta sanción en nuestro ordenamiento jurídico.

Ya se ha indicado que entre nosotros, según la exposición de motivos del Código Civil, el acto nulo lo es de pleno derecho, razón por la cual no requiere de una sentencia judicial que así lo declare. Pero es menester resaltar que la nulidad constituye la expresión de la nulidad absoluta que se fundamenta en principios de orden público (Vidal Ramírez, 1985, p. 332).

En este sentido, hay que entender que la nulidad implica un filtro de naturaleza objetiva, de tal manera que bastará con verificar que se ha incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 219 para que ella opere de pleno derecho.

Dicho de modo más claro, en sede jurídica podríamos simplificar la clasificación de las sanciones conforme el tipo de responsabilidad que las produce, las cuales serían subjetiva, objetiva y mixta.

En la subjetiva interesa sobremanera la concepción mental del sujeto responsable, o sea, el previo estado de meditación sobre los resultados esperados (dolo) o, en su defecto, algún aspecto atribuible exclusivamente al sujeto (culpa). La materia penal es un ejemplo claro de trabajo con responsabilidad subjetiva.

Por su parte la responsabilidad objetiva prescinde totalmente de la intencionalidad o voluntad del sujeto, interesando solamente que haya encajado su conducta en el tipo prescrito jurídicamente para que la consecuencia acontezca como avalancha. Por lo general, la responsabilidad administrativa labora con este tipo de responsabilidad.

Por último, la responsabilidad mixta trabaja, a su vez, con los aspectos subjetivo y objetivo, como sucede, v. gr., en la materia civil.

Interesa ahora saber si para la nulidad se toma en cuenta la intencionalidad o algún aspecto propio del sujeto (subjetiva) o si basta con verificar el haber incurrido en la causal sin necesidad de evaluar el aspecto interno del agente infractor (objetiva).

Como acabamos de decir, para nuestra codificación la nulidad implica un filtro de naturaleza objetiva, de tal manera que bastará con verificar que se ha incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 219 para que ella opere de manera automática.

En la Casación N° 4031-2007-Lima se ratifica lo dicho cuando se dice que el acto será nulo cuando le falte algún componente esencial:

“(…) en principio, el acto jurídico es válido si reúne los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil; definiéndose entonces como todo hecho humano, lícito, con manifestación de voluntad que produce consecuencias jurídicas, siendo **inválido si faltase uno de los elementos esenciales para su validez**”.

Sistemáticamente en el Expediente N° 1610-98 se agregó que la nulidad opera cuando nos encontramos frente a uno de los supuestos previstos legalmente:

“(…) nuestro ordenamiento civil prevé la declaración de nulidad de los actos jurídicos **limitada a los casos expresamente previstos por la ley**”.

Unificando y con algo más de claridad en la Casación N° 1233-2007-Lambayeque se afirmó que las causales de nulidad extán enumeradas legalmente y siempre refieren un supuesto de carencia de algún componente del negocio o por la transgresión de una norma de orden público:

“Que, el artículo 219 del Código Civil, también denunciado por el impugnante, establece las causales por las que el acto jurídico es nulo; determinando que **solo podrá serlo por las causales allí enumeradas con carácter taxativo; todas ellas establecidas por la carencia de alguno de los elementos esenciales o requisitos de validez, así como por la trasgresión de normas perceptivas (sic), de orden público**”.

Entre tanto en la Casación N° 2803-2002-Lambayeque se distingue entre nulidad formal y substancial:

“Debemos distinguir entre la nulidad formal y la nulidad substancial de un título; la primera se refiere a vicios en la forma de su celebración, pues todos los actos tienen una forma determinada, unas veces impuesta por la Ley como condición de su existencia (ad solemnitatem) otras veces para su constatación (ad probationem), mientras que la segunda incide en los vicios del acto jurídico propiamente, que pueden referirse a la voluntad de los contratantes, a su objeto y fin”.

Por ello mismo es que en la Casación N° 898-2002-Lima se aseguró que:

“(...) la nulidad es una sanción solo reservada a la ley no correspondiendo a los sujetos privados establecerlas”.

Con todo lo dicho tenemos que la nulidad trata, entonces, de una sanción que se impone sin mirar la intencionalidad de las partes, pues no toma en cuenta los aspectos subjetivos que hayan concebido los celebrantes.

Pero, además, tampoco se toma en cuenta la gravedad de la infracción pues basta con que se encaje en el supuesto de hecho normativo para que la nulidad, como consecuencia jurídica, se aplique al caso.

Por ejemplo, en la Casación N° 1056-2006-Arequipa, basándose en la opinión de Dromi estatuida para el Derecho Administrativo, se dijo que:

“Las nulidades civiles se conciben como **sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto**; en cambio, las nulidades administrativas no dependen exclusivamente del elemento viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico, es decir, de la significación y gravedad del vicio”.

Consecuentemente, en el tema de la nulidad no interesa la buena o la mala fe de las partes, tampoco interesa el dolo de alguno de los celebrantes, y menos que la intencionalidad sea buena o mala.

Bastará, entonces, como se indica en la exposición de motivos, incurrir en alguna de las causales que se enumeran taxativamente para que el acto sea nulo (Vidal Ramírez, 1985, p. 330).

## II. LA NULIDAD COMO SANCIÓN SUBJETIVA

---

Siendo la nulidad una sanción de naturaleza objetiva, bastaría para su implantación la verificación del incumplimiento de los mandatos legalmente establecidos para que opere.

Dicho de otro modo, alcanzaría con ubicar que en la realidad un negocio se subsume en una de las causales previstas legalmente para que, con su sello de automatismo, la nulidad aparezca desplegando todos sus efectos, cual avalancha, sin contemplación o miramiento alguno.

Sin embargo, llama la atención lo dicho en la Casación N° 576-2000-Lima, donde se afirmó que:

“(…) 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 las formas previstas por la ley, en tanto sean garantía para las partes, lo que **excluye la declaración de nulidad superfluas o sin interés**”.

Como se puede ver, en este fallo parece agregarse un elemento subjetivo a la nulidad de modo tal que no obre simple y llanamente por incurrir en la causal preestablecida legalmente.

Empero, pareciera que este caso trata más bien de una confusión entre los efectos de una nulidad de índole procesal con los de una nulidad propiamente sustantiva. Y ello lo estimamos cierto porque, recordando que se trata de un Recurso de Casación, en la Sentencia se añade:

“Que, el artículo ciento setenticuatro (sic) del Código Adjetivo recoge el principio ‘pas de nullité sans grief’, del Derecho francés, esto es que **sin perjuicio no hay nulidad**, de tal manera que quien formula **el pedido debe acreditar estar perjudicado con el acto viciado, señalando claramente el daño sufrido**



**y, como dice la norma, en su caso precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado”.**

En los casos de la disposición de bienes conyugales en sede casatoria se estima que estamos ante actos jurídicos nulos por mandato expreso del artículo 315 del Código Civil<sup>(2)</sup>, Sin embargo tenemos más de un fallo que desestima la nulidad como sanción operable automáticamente por cuestiones subjetivas. Por ejemplo, en la Casación N° 1687-2003-Loreto se discute la venta de un bien conyugal sin la participación de uno de los cónyuges, y habiendo determinado que se trata de un contrato nulo:

“(…) si contraviniendo dicha norma, se practica (sic) actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil, por **falta de manifestación de voluntad** de ambos titulares del dominio del bien y por ser **contrario a las leyes que interesan al orden público** según el artículo V del Título Preliminar del Código sustantivo”.

Extrañamente se omite el pronunciamiento sobre la nulidad, con base en la sustracción de la materia por una retroventa, lo que ha generado una ineficacia del contrato nulo (¿?), poniendo en tela de juicio la idea de que la nulidad es una sanción que opera objetivamente:

“(…) en el caso subexamen no obstante verificarse la interpretación errónea (sic) las normas denunciadas ello no varía el hecho de que la demanda es **infundada, al advertirse que ha existido sustracción** de la materia, pues **la compraventa materia de nulidad (...) dejó de tener eficacia al haberse efectuado la retroventa**”.

En la Casación N° 3839-2008-Cajamarca se resuelve un caso de evidente nulidad debido a la disposición de un bien conyugal sin la participación de la mujer.

---

(2) Ver Casación N° 372-2005-Arequipa.

En este caso, la Sala Suprema muestra cómo las dos instancias inferiores habían resuelto en contra de la demandante basadas en que la compradora “no pudo conocer el real estado civil del marido vendedor”:

“La resolución de primera instancia desestima por infundada la demanda (...) concluyéndose en que la demandante no ha probado que la acreedora haya tomado conocimiento o se haya encontrado en la aptitud de conocer el real estado civil del cónyuge que constituyó la prenda vehicular o de la naturaleza del vehículo sublitis. (...) La resolución de vista confirmando la apelada desestima por infundada la demanda, precisa que el a-quo ha considerado lo disposición (sic) contenida en el artículo 315 del Código Civil y lo regulado en el artículo 2014 del mismo Código sustantivo, señalándose que **no se ha desvirtuado la buena fe** de la empresa demandada, quedando evidenciado el **actuar malintencionado** del mencionado codemandado, al ocultar su estado civil de casado. Añadiendo, que es de aplicación al caso de autos el principio de publicidad registral, en la medida que en el registro de propiedad vehicular aparecía el codemandado (...) como único titular”.

Como se puede ver, al resolver la nulidad es factible recurrir a aspectos de índole subjetiva, pues si se tratase de un sanción meramente objetiva, en este caso bastaría acreditar que el bien prendado era conyugal para que de plano sea declarado nulo el acto jurídico; sin embargo, la judicatura toma en cuenta la buena fe del adquirente y la mala intención del marido codemandado.

Algo parecido acontece en la Casación N° 2896-2001, donde, luego de señalar que estamos ante un acto nulo por mandato del artículo 315 del Código Civil, no se declara la nulidad porque no se ha acreditado que los compradores del bien inmueble social hayan tenido conocimiento del real estado civil del vendedor:

“(...) los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, debiéndose estos negociar, celebrar y ejecutar según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. (...) si bien el artículo trescientos quince del anotado Código precisa que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, sin embargo, esta disposición

debe armonizarse con los principios contractuales antes referidos, operando la nulidad del acto de disposición de cualquiera de los cónyuges, siempre y cuando los adquirentes tengan pleno conocimiento que el bien por adquirir ostente la calidad de la sociedad de gananciales, conocimiento previo que **importaría la mala fe de estos últimos**. (...) si bien la accionante acreditó haber contraído matrimonio civil con el codemandado (...) con anterioridad a la firma del contrato privado materia de nulidad (...) sin embargo **no ha demostrado** en modo alguno que a la fecha de su celebración, **los compradores hayan tenido conocimiento que el vendedor tenía la condición de casado**, ni mucho menos que este hecho les haya sido comunicado por la demandante (...) lo cual denota la buena fe con la que actuaron los compradores del inmueble, no resultando de aplicación al caso sublitis el artículo trescientos quince del Código Civil”.

Por otro lado, también discutiendo la calidad objetiva de la nulidad, tenemos a la Casación N° 2870-2007-Cajamarca donde la Corte Suprema, pese a discutirse solamente si el decurso prescriptorio ha vencido o no, deja traslucir un evento de naturaleza eminentemente subjetiva para resolver el recurso:

“El plazo de prescripción para solicitar la nulidad de este acto jurídico empieza a transcurrir desde que la recurrente se entera de la celebración de dicho acto (...). La fecha en que se realizó el acto de donación nada tiene que ver en este caso, **máxime si** como se ha dicho **la demandada mantuvo oculto tal acto jurídico**; (...) el acto de donación **se mantuvo oculto**, a tal punto que la donataria ha solicitado la inmatriculación del predio en una partida electrónica nueva y no en la que le correspondía al inmueble sublitis (...).”

En la Casación N° 3048-2001-Tacna también se deja traslucir este tema, si bien se extiende –incorrectamente– un actuar doloso a una persona colectiva:

“(...) la entidad recurrente **no ha intervenido, dolosamente**, en la celebración de los actos jurídicos, **no siéndole imputables los efectos de la nulidad** (...)”.

En la sentencia en Casación N° 3017-2000-Lima también acontece algo similar:

“Es nula la compraventa efectuada por uno de los copropietarios excluyendo **maliciosamente** al otro copropietario del bien materia de litis, habiendo este demostrado fehacientemente su condición de tal”.

Con algo más de nitidez sobre este tema, en la Casación N° 2022-2012 se valora incluso conductas al interior del trámite procesal:

“(…) el a quo ha declarado (…) que las escrituras públicas que celebraron los litisconsortes necesarios pasivos debían declararse nulas porque fueron celebradas de mala fe. (…) la Sala Superior ha señalado que los compradores posteriores no pueden alegar la buena fe porque de autos aparece que se anotó oportunamente que el bien inmueble se encontraba en litigio. (…) este Supremo Tribunal advierte que ni la sentencia de primera instancia ni la sentencia de vista han valorado debidamente los actuados en el cuaderno cautelar acompañado; pero además, **tampoco han analizado la conducta procesal** de los litisconsortes ni su relación con el demandado. (…) el A quo deberá motivar, en base a las pruebas actuadas en el proceso y a **la conducta procesal de las partes, sí (sic) estos actuaron de buena o de mala fe** al adquirir el bien inmueble sublitis”.

## 1. Análisis de la Casación N° 1382-2007-Lima

Un caso sumamente discutible es el de la Casación N° 1382-2007-Lima, fallo que para poder ser mejor entendido es menester revisar sus antecedentes.

### 1.1. Reminiscencia de los hechos

Hacia el 23 de diciembre de 1997, mediante un contrato privado de compraventa, doña Judit Catalina Salgado Sánchez –luego fallecida– vendió a Cirila Huallpa Aguirre de Flores **12 metros cuadrados** de un inmueble de mayor extensión de 202,77 metros cuadrados, sito en la Manzana K, Lote 13 de la Cooperativa de Vivienda Valle de Sarón Limitada Número 430, del distrito de San Juan de Miraflores, incluyendo la

construcción de material noble levantada sobre su superficie, siendo que dicho bien pertenecía a la sociedad conyugal conformada por don Hebal Lelis León Luján y doña Judit Catalina Salgado Sánchez.

Con tales hechos el señor León Luján interpuso demanda para que se declarase la nulidad del referido negocio jurídico, ya que, en su parecer se contravenía lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil en cuya virtud se indica que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere de la intervención del marido y de la mujer. A tal fundamento agregó que la compradora Cirila Huallpa adquirió el inmueble a sabiendas de que se trataba de un bien social, tal y como se verifica en el propio contrato materia de nulidad. Por ello, además de la nulidad, el actor demandó la restitución de la porción vendida y el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios.

La demandada Cirila Huallpa en su contestación admitió haber adquirido la porción del inmueble de mayor extensión, pero asevera que **lo hizo sobre la parte del inmueble que correspondía a su vendedora en calidad de copropietaria**, respetando así los derechos que corresponden al actor por ser casado. A ello añadió que accedió a celebrar el contrato porque la finada esposa del actor le aseguró que construyó el inmueble con su peculio y porque **le suplicó que la ayudara económicamente para su tratamiento contra el cáncer que padecía.**

La sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda y nulo el acto jurídico de compraventa, ordenando la restitución de los 12 metros cuadrados vendidos. Su fundamento esencial se encuentra en que la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad y, en tal sentido, la disposición de los bienes sociales requiere ineludiblemente del consentimiento de ambos cónyuges conforme lo manda el citado artículo 315 del Código Civil, máxime si la compradora tenía conocimiento de la calidad conyugal del bien.

Ante la apelación correspondiente, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia apelada, declarando infundada la demanda, pues estima que **si bien la no intervención del actor en el contrato de compraventa afectaría su validez, dicha sanción de nulidad podría ser tolerada por el ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla la relación**

**conyugal, la magnitud del acto de disposición, y el móvil o finalidad para el cual se realizó el acto de disposición patrimonial por uno de los cónyuges con prescindencia del otro.**

Para fundamentar el fallo, la Sala Superior se basa en la declaración jurada de la hija de la finada esposa, sus declaraciones y las del abuelo, padre de la fallecida; y, además, se sustenta en el abandono moral y económico del que habría sido víctima la finada vendedora.

Por todo ello el Colegiado Superior concluye en que la conducta del demandante constituye un **ejercicio abusivo de un derecho**, pues recién una vez fallecida su cónyuge el accionante pretende que se declare nulo el acto de disposición de la porción del inmueble para que se revierta a la masa hereditaria y, así, poder beneficiarse. Todo ello sin perder de vista que **la vendedora se encontraba en una situación de necesidad de disponer del bien por su grave estado de salud, mientras que por parte de la compradora habría habido buena fe y propósito de ayuda al prójimo, por lo que amparar la demanda no hace sino provocar una desarmonía social y una injusticia.**

Notificada la resolución el perjudicado Hebal Lelis León Luján mediante escrito de folios 566, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista.

## **1.2. Las causales de nulidad en la venta de bien conyugal**

El recurrente denuncia la inaplicación del artículo 219 del Código Civil, toda vez que la pretensión principal es una de nulidad de contrato privado de compraventa celebrado sobre el inmueble perteneciente a la sociedad conyugal, sin la intervención de ambos cónyuges, por lo que es inobjetable que el acto jurídico es nulo ipso iure por contravenir los incisos 1, 4, 6 y 7 del citado artículo antedicho, al igual que el artículo 315 del Citado Código. Pero también se denuncia la contravención al debido proceso, lo que al final da lugar a que se ampare el recurso.

A continuación brevemente evaluamos las causales referidas a la inaplicación normativa para luego comprender si efectivamente se ha violado o no el debido proceso.

El inciso 1 del artículo 219 alude a la causal de **falta de manifestación de voluntad del agente**, situación que no se manifiesta en el presente caso, toda vez que la causal de ausencia de voluntad en realidad refiere un supuesto de inexistencia negocial y solamente es posible de presentarse en algunos puntuales supuestos como serían, v. gr., el caso de una falsificación de manifestación de voluntad, o en el caso del silencio. En el supuesto que nos ocupa, evidentemente, no estamos ante una falta de manifestación de voluntad, pues los contratantes, vendedor y comprador, han expresado perfectamente su voluntad.

En el inciso 4 del citado artículo se nos refiere la ilicitud del fin. Pero, si se recuerda bien, en términos generales, el fin puede ser concebido desde una perspectiva subjetiva y desde una objetiva. Subjetivamente el fin abarcaría los aspectos que habrían motivado la celebración del acto o la finalidad que esperaban alcanzar las partes. Mejor dicho, el fin –subjetivamente hablando– alude o al porqué las partes celebraron el acto jurídico o para qué lo hicieron. Mas como ha hecho notar la doctrina, el porqué unos sujetos celebran un acto jurídico deviene prácticamente en irrelevante para el derecho. Entre tanto, ubicar el para qué celebraron el acto jurídico se convierte en una tarea casi titánica, pues ello subyace en la mente de los sujetos.

Y al preguntarnos en el caso en concreto por qué las partes celebraron la compraventa, nos encontramos con que se la celebró porque la vendedora necesitaba dinero y la compradora quería ayudarla a que obtuviese tal caudal. Y ante la pregunta para qué se celebró la compraventa, tenemos que la compradora lo hizo para poder atenderse de la enfermedad que tenía, y la vendedora para facilitar ese tratamiento. Ergo, vista subjetivamente la compraventa tanto el “porqué” como el “para qué” no violentan ni a normas imperativas, ni al orden público ni mucho menos a las buenas costumbres, por lo que el acto no tendría un fin ilícito. Ahora bien, cuando se trabaja con la vertiente objetiva de la causa, se conoce que ella no puede adolecer de ilicitud, pues siempre estará conforme con el ordenamiento jurídico (Taboada Córdova, 2002b, p. 115), y por estar acogida en el sistema jurídico, no podrá ser tampoco contrario al orden público ni a las buenas costumbres. Consecuentemente, desde una perspectiva objetiva, la causa en el caso que nos ocupa tampoco sería ilícita.

Una causal de nulidad especial que no rige para todos los negocios jurídicos es la inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de

nulidad. Como bien se conoce, la inobservancia de la formalidad prescrita, solamente opera para los actos con formalidad preestablecida legalmente o, excepcionalmente por las partes. Sin embargo, de todas las formalidades establecidas por ley –o convencionalmente–, solamente serán susceptibles de sancionarse con nulidad aquellos casos en que la nulidad esté expresamente prevista como sanción ante el supuesto de inobservancia de esa formalidad.

Ahora bien, una compraventa en nuestro ordenamiento civil se caracteriza por ser un acto no formal, es decir donde las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente para su celebración, y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso. Consiguientemente, es bastante apresurado afirmar que la compraventa adolece de nulidad porque no se ha observado la forma prescrita, cuando a todas luces una compraventa es válida sin interesar la forma que se observe en su celebración, pues bastará con que el consentimiento se manifieste de cualquier modo, hasta inclusive tácitamente.

La última causal invocada alude a que el acto es nulo cuando lo ley así lo declara, y se concatena ello con el artículo 315 del Código Civil donde se establece que para disponer de un bien social se requiere la participación del marido y de la mujer.

Al respecto, –como se verá más adelante– en nuestra jurisprudencia el tratamiento mayormente ha sido homogéneo.

Ahora, cuando un bien social se disponga por uno solo de los cónyuges sí podríamos estar ante un supuesto de invalidez, pero dependiendo del caso en concreto.

Si se observa bien, aunque el matrimonio sea concebido como un patrimonio autónomo, en puridad, el bien pertenece a ambos cónyuges, por lo que la disposición de un bien social por uno solo de los cónyuges nos trasladará a la disposición de un bien parcialmente ajeno.

Al respecto, entonces, sabemos que la venta de un bien ajeno es totalmente conforme al ordenamiento jurídico (vide Castillo Freyre, 2010a. Cf. Castillo Freyre 2010b, pp. 127-130 y pp. 349-354). Entonces, si una venta de bien ajeno no conlleva la invalidez del acto, a fortiori no



será inválido el acto que tenga por objeto la traslación total de un bien parcialmente ajeno. Dicho de otra manera, si alguien puede disponer de un bien totalmente ajeno, ¿cuál es el impedimento de disponer de un bien parcialmente ajeno? (vide Obando Blanco, 2008).

Creemos que el error de la magistratura estribaría en que el negocio jurídico genera relaciones jurídicas, pero tales relaciones –una vez creadas– se rigen por otro régimen jurídico, mas no por el tratamiento del acto jurídico, de tal modo que para el caso que nos ocupa, la regulación idónea es el de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero tal y como lo dispone el artículo 1537 del Código Civil (cf. Beltrán Pacheco, 2001, p. 6).

Como anticipamos, la disposición de un bien social por solamente uno de los cónyuges podría conllevar la invalidez solamente en algunos casos, puesto que tal como está regulado en el código se tendría que evaluar cada contexto, ya que el cónyuge disponente se podría comprometer a conseguir la aquiescencia del cónyuge no participante, sin afectar la validez del acto jurídico<sup>(3)</sup>.

### **1.3. ¿A dónde mira la nulidad negocial?**

En el recurso de casación se denuncia también la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Como ya se ha visto, la Sala Superior entiende que la nulidad puede llegar a ser tolerada por el ordenamiento jurídico. Así, a criterio del impugnante, para sustentar en qué medida la sanción de nulidad puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico, la Sala Superior hace referencia a una declaración jurada y testimoniales de Karin Janette León Salgado y Alfonso Julio Salgado Pérez, quienes en la Audiencia de Pruebas respectiva manifestaron hechos totalmente ajenos al petitorio de la demanda y a los puntos materia de controversia, los cuales habrían sido desvirtuados con los documentos presentados por el recurrente en su escrito del 2 de marzo de 2004.

---

(3) Cf. artículo 1537 del Código Civil.

Al respecto, el sustento fundamental del recurrente es que la norma aplicable al caso, como es el artículo 219 del Código Civil, no admite posibilidad alguna de tolerancia.

A nuestro parecer lo que sucede en el presente caso es que los magistrados supremos laboran con la concepción imperante en nuestro sistema jurídico acerca de la nulidad.

Efectivamente, entre nosotros la nulidad es una sanción aplicable sin interesar quiénes son las partes ni cómo actuaron tales. Mejor dicho, la nulidad no ingresa a evaluar si los celebrantes actuaron o no de buena fe. Entre nosotros –lamentablemente– la nulidad, una vez verificada la causal, desencadena sus efectos sin medir siquiera las posibles consecuencias que su aplicación acarrea en el caso en concreto.

La nulidad –insistimos, lamentablemente– mira solamente al acto jurídico y desvía su enfoque respecto de los celebrantes y sus actitudes.

En suma, no es más que una nueva denuncia de la visión diádica imperante en nuestra magistratura.

Por nuestra parte, somos partidarios de que la aplicación de la nulidad debe obedecer a una visión sistémica, evaluando previamente las consecuencias de su futura instalación. Tal razonar, obviamente, linda con el tratamiento actual que se da a las nulidades.

#### **1.4. La tolerancia de la nulidad**

El recurrente entiende que la nulidad no puede ser tolerada porque la finada esposa tenía al alcance algunos medios para lograr su fin como, por ejemplo, demandar el cambio de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios para tener libertad de disposición de un bien social, o demandar alimentos para sufragar sus necesidades.

A nuestro modesto entender la nulidad sí podría ser tolerada en algunos supuestos.

Ciertamente, si se recuerda que la nulidad es una sanción, y si toda sanción antes de aplicarse es susceptible de graduarse y evaluarse, ¿por qué no hacer lo propio con la nulidad?

Partiendo del acápite anterior, siendo la nulidad una sanción, debe siempre ser evaluada de modo funcional. Es decir, antes de decretarla se deberá tener muy en cuenta no solamente si el negocio incurre en la causal prevista por la ley sino que, además, será necesario estudiar los elementos que rodean al caso para ver la utilidad y practicidad de su declaración.

Por lo tanto, en el caso puntual —a nuestro criterio— el juzgador, al apreciar la funcionalidad de la nulidad, deberá verificar si es factible mantener el acto en pie con la aquiescencia del cónyuge no participante, y en caso contrario sancionaría al negocio con nulidad. Y de decretarse la nulidad, el asunto entre el cónyuge celebrante y el tercero se compondría recurriendo a la regulación de inejecución de obligaciones.

Entonces, cada vez que se esté ante un negocio que adolece de alguna causal de nulidad, es necesario evaluar previamente la aplicación de la sanción y su repercusión no solamente en la esfera de los justiciables inmediatos sino también en la esfera de toda la comunidad jurídica. No es dable la aplicación mecánica de la sanción de nulidad.

Ergo, la afirmación de los vocales superiores de que la nulidad podría ser tolerada por el ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla la relación conyugal, la magnitud del acto de disposición, y el móvil o finalidad para el cual se realizó el acto de disposición patrimonial nos parece una aseveración correcta, de avanzada y con sustento basado en la funcionalidad de la que hay que dotar al Derecho.

### **1.5. La conservación del acto jurídico**

Por último, como corolario de lo anterior no podemos perder de vista que en materia negocial prima el principio de conservación del acto, en virtud del cual los operadores deberán intentar mantener en pie al negocio hasta donde fuere posible y maximizando los efectos anhelados por los celebrantes hasta donde lo permita el ordenamiento.

En el caso en concreto nos parece que los magistrados sí pudieron intentar una solución como la de liquidar la sociedad de gananciales y hacer prevalecer la venta hecha por la cónyuge fallecida en la porción que le hubiere correspondido.

Lamentablemente nuestra judicatura está muy lejos de proporcionarnos una sentencia de tamaña envergadura. El razonar de nuestra magistratura se limita –quizás hasta por encasillamiento legal– a resolver el caso concreto sin inmiscuirse en otros asuntos.

Clara muestra de ello es la consideración novena de la sentencia donde contundentemente se anota que con respecto a la magnitud del acto de disposición, es cierto que solamente se habrían enajenado 12 metros cuadrados de un inmueble cuya extensión alcanza los 202.77 metros cuadrados, pero esta circunstancia, por sí misma, de ninguna forma podría justificar o convalidar la nulidad de un acto jurídico.

En fin, si repasamos el tema de la legitimidad negocial al que hemos aludido anteriormente, podríamos inferir que la cónyuge disponente sí habría contado con legitimidad valorativa para efectuar la venta, aunque no hubiere gozado de un total amparo legal.

Con estos modos de proceder encasillados, circunscritos y limitados, la justicia que espera la sociedad está muy lejos de la justicia que se administra en nuestros tribunales. O como ya alguien ha venido diciendo de modo muy elocuente: **los abogados nacieron el día en que el derecho y la justicia se divorciaron.**

## **2. Análisis de un caso donde se discute la nulidad como sanción objetiva: Casación N° 2266-2007-Cajamarca**

En el presente caso se cuestiona una donación de un bien inmueble efectuada vía documento privado. Evidentemente, la causal denunciada refiere la inobservancia de la forma solemne exigida por la ley para estos actos, como es su elaboración por escritura pública.

La Sentencia de segunda instancia, revocando la primera, declara que el acto es totalmente válido sobre la base de argumentos de diversa índole, como contextuales, interpretativos, principales y hasta constitucionales. Se trata de la Sentencia 107-C recaída en el Expediente N° 2005-0013-06-0604 emitida por la Sala Civil de la Provincia de Chota-Cajamarca, que ponemos a disposición de la comunidad jurídica y que, esperemos, propicie más de un debate.

## 2.1. Reminiscencia de los hechos

El señor Aladino Uriarte Cabrera estuvo casado con doña Ítala Osorio Coronel con quien procreó a la menor Georgina Elvia Uriarte Osorio. No obstante, ya contaba con otros cuatro hijos de una relación anterior con doña Elisa Coronel Pérez, quienes eran: Ismael, Asilda, Edis y Sulema Uriarte Coronel.

El señor Aladino Uriarte junto con su cónyuge Ítala Osorio Coronel adquirieron el predio llamado “La Shita” mediante documento privado de compraventa del 16 de febrero de 1963 de parte de los señores Zárate-Pérez. Es de anotar que en el texto del documento privado se puede leer claramente que este terreno fue comprado para la menor hija Georgina Uriarte Osorio, quien tomaría posesión una vez fallecidos los compradores.

El 18 de marzo de 1968 don Aladino Uriarte junto con su expareja Elisa Coronel Pérez compran el predio “Los Robles” de manos de los señores Cabrera Díaz a favor de sus hijos menores Asilda, Ismael y Edis Uriarte Coronel. Y, al igual que en el caso anterior, declaran que este predio pasará a manos de los menores una vez fallecidos los compradores.

Don Aladino Uriarte muere intestado el 2 de setiembre de 1997, con lo que, mediante el Expediente N° 170-97, se declaró su sucesión intestada, proclamando como herederos a su cónyuge Ítala Osorio Coronel y a su hija Georgina Uriarte Osorio, así como a sus otros hijos Ismael, Asilda, Edis y Sulema Uriarte Coronel.

Al hacerse el inventario de los bienes dejados por el causante, el pleito se suscitó justamente sobre la titularidad del predio “La Shita” pues según Georgina Uriarte este le fue donado a su favor por parte de sus padres hacia el 6 de julio de 1987, ante dos testigos, vía un documento privado certificado por el Juez de Paz del Distrito de Lajas en la Provincia de Chota en la Región Cajamarca.

Pero es menester anotar que en el citado inventario no se consideró al predio “Los Robles”.

Ahora bien, Ismael Uriarte Coronel entendió que el documento de donación a favor de su hermana Georgina era falso, por lo que denunció el delito contra la fe pública, vía el Expediente N° 73-98 tramitado ante el Juzgado Especializado Penal de Chota.

En el Laboratorio Regional de Criminalística de la II Región de la PNP de Chiclayo se concluyó que la firma cuestionada atribuida a don Aladino Uriarte no le correspondía; ello de conformidad con el Dictamen Pericial N° 059/98 obrante en dicho expediente.

Por su parte, doña Georgina Uriarte, en la total convicción de ser la propietaria del predio “La Shita”, denunció a su hermano Ismael Uriarte por el delito de usurpación, siendo el resultado de tal proceso una transacción firmada el día 3 de mayo de 2000 entre ambas partes, en virtud de la cual se le cedía una porción del predio a don Ismael, y, además, ambos se comprometían a no continuar con los procesos penales respectivos.

Con todo lo dicho doña Asilda Uriarte Coronel demandó la nulidad del acto jurídico de donación, dirigiendo su pretensión únicamente contra su hermana Georgina Elvia Uriarte Osorio.

## **2.2. La demanda de nulidad de acto jurídico**

La demandante afirma que el predio “La Shita” fue adquirido en dos ventas sucesivas, una de los señores Zárate-Pérez hacia el 16 de febrero de 1963, y otra de los señores Banda-Dávila el 17 de julio de 1976. Sin embargo, en ambos documentos solamente se reconoce al predio con el nombre de “La Shita” en el primero de ellos. Es más, según las escrituras, “La Shita” sería un predio rural, mientras que el segundo inmueble sería un bien ciudadano ya que en sus colindancias se puede ver que el frontis limita con la avenida Mendivil, hecho que, a su vez, es corroborado por la distancia temporal entre ambos instrumentos, por lo que, en suma, estamos ante distintos inmuebles.

En la demanda se aduce que el documento de donación del terreno en litigio es nulo de pleno derecho por cuanto fue elaborado mediante una escritura privada, violentando la formalidad escrituraria pública estatuida en el artículo 1625 del Código Civil. Por lo tanto, con base en la causal

prevista en el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, el acto deviene en inválido absolutamente.

Pero, además, la demandante aduce que el documento de donación es falso debido a que su padre jamás les comunicó sobre la donación del predio “La Shita”, y su sustento se encuentra esencialmente en la pericia grafotécnica antes mencionada; todo ello sobre la base del artículo 219 inciso 1 del Código Civil.

Como ya se refirió, la demanda solamente se la dirigió contra Georgina Elvia Uriarte Osorio, sin embargo también debió incorporarse, sobre todo, a los donantes, es decir, a Ítala Osorio Coronel y a Aladino Uriarte, mas como este ya había fallecido, se debió demandar a su sucesión.

Al respecto, y adelantándonos un poco, en la Sentencia de segunda instancia el Colegiado precisa que la omisión consistente en no haber demandado a la sucesión de don Aladino Uriarte no puede dar lugar a que se declare la nulidad de los actuados, pues, siguiendo la orientación de algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia, no se puede optar por declarar la nulidad de actos procesales por falta de emplazamiento de aquel sujeto de derecho que se considera también debió integrar la parte demandada, si acaso tal emplazamiento, así como su posterior intervención, en nada variará o cambiará el desenvolvimiento o resultado del proceso.

Como bien se puede percibir, este criterio se funda en que la nulidad, para ser declarada, requiere de un perjuicio cierto y efectivo, que ponga de manifiesto que al ser subsanado exista la posibilidad de cambiar el resultado del proceso, cosa que no se avizora en el caso en estudio. Por consiguiente, la declaración de nulidad de actuados no puede ser meramente lírica ni basarse en supuestas afectaciones que ni siquiera los propios interesados han manifestado, mucho menos atentar contra una pronta solución del conflicto de intereses.

### **2.3. La contestación de demanda**

En lo que respecta a la falta de formalidad requerida para la donación, la demandada arguye que no fue redactada ante notario público por cuanto sus padres desconocían de ello, pero que la validez de la donación no puede ser enervada, toda vez que se efectuó ante el juez de paz

del lugar quien sería el llamado a desempeñar las funciones notariales, pues no hay que perder de vista que en el distrito de Lajas no existe Notaría Pública alguna. Además, se añade que la donación debería ser tomada como un anticipo de legítima, pues su persona se constituye en heredera forzosa.

En la contestación se insiste en que todos los hijos sabían perfectamente acerca de la distribución que los bienes que el padre Aladino Uriarte había adquirido en vida.

Aquí también se aduce que los procesos penales tanto de usurpación como de falsificación se incoaron únicamente por inconvenientes familiares que luego se solucionaron mediante la transacción antes indicada.

Se arguye también que la pericia grafotécnica se habría realizado de modo malicioso y sin el reconocimiento de la donante y los testigos presenciales del acto cuestionado. Esto se sustenta en que el cotejo de la firma se ha hecho basado en una rúbrica obrante en un libro de actas de las Rondas Pacíficas de Llangodén-Lajas, donde, aparentemente, habría firmado el difunto, lo cual cuestiona seriamente la prueba idónea que sirve de base para el cotejo, pues el juez no debería apoyarse en tal instrumental, con mayor razón si la otra donante y los testigos están aptos para declarar sobre la validez del negocio.

Por otro lado, creemos que erradamente en la contestación se discute la legitimidad para obrar de la demandante, pues ella sí tendría un interés sobre el resultado del proceso nulificadorio, tratándose en realidad de un interés patrimonial directo sobre el desenlace de la causa.

También se agrega que la compraventa hecha a su favor del predio ulteriormente donado, tal y como se puede leer en el texto contractual, obedece a que ella en ese tiempo era menor de edad.

Finalmente, se da a conocer que el difunto padre Aladino Uriarte habría tratado a todos los hijos por igual, pues a los hermanos Uriarte Coronel les habría adjudicado el predio llamado “Los Robles” bajo la misma modalidad. Y como en el inventario no se ha considerado este predio, se estaría vulnerando el derecho hereditario de la demandada, pues tal accionar evidencia la mala fe de la accionante.



En este acápite basta agregar que, aunque la demanda solamente se dirigió contra Georgina Uriarte, en el expediente obra también una contestación similar por parte de doña Ítala Osorio, madre de la demandada.

#### **2.4. La sentencia de primera instancia**

En la sentencia, como es fácil de preverse, el juzgador asevera que el mandato de formalidad *ad solemnitatem* estatuido en el artículo 1625 del Código Civil para las donaciones es imperativo sin excepción alguna, razón por la cual, al no contar con escritura pública, la aparente donación habría nacido muerta y no sería susceptible de ser confirmada ni ratificada.

En tal orientación, al no revestirse la formalidad impuesta, la sanción irremediable es la nulidad del negocio, por más que se pueda esgrimir en contra de que esa fue la voluntad real de los contratantes, o que en la zona rural no se utiliza escritura notarial debida a la ausencia de Notarías Públicas, lo que no pasan de ser razonamientos entendibles pero no aplicables al caso.

Así las cosas, el sustento para la exigencia legal de esta formalidad obedece –según el juzgador– a la mayor reflexión que deben tener los contratantes en algunos actos y a la facilidad para interpretar los negocios jurídicos elaborados revistiendo estas solemnidades, así como para generar seguridad jurídica en el tráfico de bienes. En esa línea, al tratarse de un acto solemne que no ha reverenciado la forma impuesta por ley, deviene indefectiblemente en nulo.

Por último, se adiciona que si bien no se ha efectuado nueva pericia sobre la legitimidad de la firma del finado, existe ya un indicio que favorece la declaración de nulidad.

#### **2.5. La sentencia de segunda instancia**

Apelada la sentencia, el Colegiado a cargo de la causa parte por plantearse las dos preguntas que hay que resolver en el presente caso. La primera es saber si es que es posible nulificar en todos los casos un acto jurídico de donación de un inmueble que carece de escritura pública.

Entre tanto, la segunda interrogante se encamina a saber si en el acto jurídico bajo litis se ha llegado a demostrar la ausencia de manifestación de voluntad del donante.

### **2.5.1. La forma en los actos jurídicos**

Sin entrar a la discusión sobre la distinción entre forma y formalidad, diremos que clásicamente se ha entendido que un acto jurídico se encuentra conformado por tres tipos de elementos: esenciales, naturales y accidentales. Los elementos esenciales o generales –que son los que nos interesan– harían referencia a los componentes comunes a todo acto jurídico, por lo que son imprescindibles en su estructura. Ellos serían la voluntad, la causa, el objeto y el sujeto, y en algunos casos la forma.

Contemporáneamente se ha ido reestudiando la estructura del acto jurídico, de tal modo que la doctrina tradicional al respecto se ha visto muy cuestionada. Así, se han rebatido uno a uno los componentes y su ubicación con respecto al acto, además de la naturaleza de su división. Hoy en día se ha propuesto una estructura en virtud de la cual los actos jurídicos están conformados por elementos, presupuestos y requisitos. Pero desde ya se anota que los tres son necesarios para la formación y ulterior eficacia del acto jurídico.

Así las cosas, los elementos comunes a todos los actos jurídicos son solamente la causa y la manifestación de voluntad, mientras que la forma lo es siempre y cuando el negocio requiera de una solemnidad formal bajo sanción de nulidad.

### **2.5.2. La formalidad solemne como componente de un acto jurídico**

Los actos jurídicos pueden ser formales o no formales según que la ley exija o no revestir una formalidad para la manifestación de voluntad.

A su vez, los actos formales se subdividen en actos con forma probatoria (o *ad probationem*) y en actos con formalidad solemne (o *ad solemnitatem*).

Como se adelantó, la formalidad –entendida como exigencia legal– no es elemento común a la estructura de todos los actos jurídicos, sino

solamente en los casos en los cuales la ley –y excepcionalmente las partes– prescriban la formalidad bajo sanción de nulidad como componente del acto jurídico.

Se exige, entonces, la imperatividad de realizar la forma preestablecida y, además, que su inobservancia esté sancionada con nulidad, de modo que si la omisión de la forma no es sancionada con nulidad, la formalidad requerida no será elemento del acto jurídico.

En virtud del artículo 144 de nuestro código sustantivo, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, esta formalidad constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto –por ello se la denomina forma *ad probationem*– y se utiliza solamente para acreditar la existencia del acto jurídico y su contenido, como sucede, por ejemplo entre nosotros, con el suministro o el comodato<sup>(4)</sup>.

En cambio, los actos jurídicos solemnes o con formalidad *ad solemnitatem* son aquellos en donde se reclama que su celebración sea realizada de tal o cual manera y en caso de inobservar tal formalidad, se sanciona con nulidad al negocio.

Ahora bien, al intentar aproximarnos a la estructura del acto jurídico conforme a nuestro Código Civil, nos encontramos con que a la manifestación de voluntad se la puede concebir como un elemento consustancial del acto jurídico pues, según nuestro legislador, ella se dispone como la esencia misma del negocio. Mientras tanto, a los elementos esenciales de carácter general el código los denomina requisitos de validez (cf. Vidal Ramírez, 1999, p. 84), a los cuales Lohmann (1994, p. 61) prefiere denominar elementos de validez.

Si revisamos nuestro código en su articulado 140, es fácil inferir que el acto jurídico está compuesto por cuatro requisitos. Ellos son el agente capaz, el objeto física y jurídicamente posible, el fin lícito y la forma cuando su inobservancia se sanciona con nulidad. El vocablo requisitos lo deducimos del propio texto de la ley, cuando se dice que para su validez “se requiere (...)”.

---

(4) Vide artículos 1605 y 1730 del Código Civil.

Por lo dicho –con mucha falta de claridad– podemos ir concluyendo que nuestro Código Civil considera al acto jurídico estructurado por un solo constituyente sustancial (manifestación de voluntad) aunado a cuatro requisitos de validez, entre los cuales está la forma solemne.

En conclusión, sea en la visión tradicional o contemporánea, o según la redacción de nuestro código, un acto con formalidad solemne, cuando no cumpla dicha exigencia, es inválido, por lo que le corresponde en estricto la sanción de nulidad.

### **2.5.3. La escritura pública en las donaciones rurales**

Según el mandato del artículo 1625 del Código Civil toda donación de bien inmueble requiere ser hecha por escritura pública bajo sanción de nulidad.

La Sala parte de criticar seriamente a nuestros doctrinarios –salvando algunas pocas excepciones– por estudiar este elemento estructural del acto jurídico de modo casi trivial y sin hacer mayores reparos en su aplicación.

A criterio de los vocales, la exigencia de escritura pública en los actos jurídicos debe ser evaluada atendiendo a las circunstancias que rodean a cada caso en particular.

Hoy en día, la libre contratación es auspiciada por el principio de la libertad de formas, evitando con ello la inclusión de formalidades que impidan la fluidez en el tráfico jurídico, frustrando, de este modo, la satisfacción de intereses de las partes celebrantes del negocio.

Los vocales denuncian agriamente al Estado por no proporcionar los medios idóneos para que la celebración de los actos solemnes se lleve a cabo en el modo mandado por la ley, debido justamente a que no se crean las condiciones apropiadas para su materialización. Así, para ellos, la formalidad solamente puede tener sentido si el Estado hubiere alcanzado a los celebrantes del negocio todos los medios que hagan posible su celebración bajo tal solemnidad.

Todo lo dicho refiere a la procura existencial de la que nos habla García Pelayo (1977, p. 26 y ss.). En efecto, para este autor el ser

humano desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones, bienes y servicios materiales e inmateriales, es decir, por unas posibilidades de existencia. Por lo tanto, corresponde a la política estatal garantizar las condiciones de libertad del individuo. En una palabra, la procura existencial significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad. Entre tanto, el Estado no puede exigirle al ciudadano –sin miramiento alguno– actuar dentro de sus cánones oficiales.

En el caso puntual, por ejemplo, la comunidad de Lajas no cuenta con Notarías Públicas en su entorno, lo cual no es más que una omisión del Gobierno Central de atender las necesidades de la sociedad. Además, es labor del Estado poner en conocimiento de la colectividad el rol que cumplen las Notarías Públicas. Con ello recién el Estado estaría generando un clima donde se podría exigir el cumplimiento de las formalidades requeridas legalmente.

Con todo lo dicho, los vocales sentencian que la escritura pública como formalidad solemne de un negocio jurídico –en este caso de donación– exclusivamente podrá ser vista como una solemnidad siempre y cuando los celebrantes cuenten en su inmediato entorno social no solamente con una Notaría Pública, sino, además, con personal capacitado que sepa orientarlos en tal fin. En una palabra, estaríamos más bien ante una irresponsabilidad del Estado que no puede trasladarse a los celebrantes del negocio.

Por consiguiente, el acto en estudio sería válido, pues no se habría incumplido formalidad alguna, máxime si respalda este razonar la preeminencia de la voluntad declarada sobre los demás componentes del negocio, así como el principio de conservación del acto jurídico.

Para coronar su fundamentación, los vocales agregan que, para el presente caso, no hay que perder de vista que los otorgantes del negocio, así como los demandantes y demandados domicilian en el mismo distrito de Lajas donde se desarrollan los hechos, lo cual abona en favor del desenlace plasmado en la resolución, pues el predio “La Shita” está plenamente identificado, sin que tal afirmación haya sido objeto de cuestionamiento entre los justiciables, recalcando que, a fin de cuentas, se trata de un documento privado de fecha cierta al haber tenido intervención el juez de paz del lugar.

#### **2.5.4. Los límites a la formalidad y el sustento constitucional que ampara el fallo**

Como corolario de lo anterior, en un espléndido argumento, los vocales aseveran que la formalidad de escritura pública exigida legislativamente para un acto jurídico de donación de inmuebles debe tener límites en su aplicación, toda vez que restringe el derecho constitucional a la libre contratación.

Para los Magistrados Superiores la evaluación de este requisito debe atender a las circunstancias que rodean al caso en particular, dado que, so pretexto de la solemnidad prevista en una norma infraconstitucional, se puede lesionar hasta irrazonablemente la esencia misma del derecho fundamental de la libre contratación, como es la voluntad manifestada.

Como bien ya se dijo, mientras el Gobierno no precise el entorno fiel para que la colectividad recurra a las formalidades instituidas para ciertos actos jurídicos, no se puede reclamar mecánicamente el cumplimiento de tales solemnidades, pues, como bien se señala en el fallo en estudio, vista la formalidad de esta manera se tornaría en un frío y perturbador elemento que, inclusive, convertiría en írrita la propia manifestación de voluntad, que, a fin de cuentas, es la esencia del acto jurídico, conforme lo prescribe nuestra codificación.

También de forma resaltante se agrega que si se exigiese la formalidad en todos los casos –como el que nos ocupa– se estaría motivando la desigualdad entre diferentes sectores sociales, pues, por un lado, se beneficiaría con la conservación del negocio jurídico a quienes sí contasen con los instrumentos necesarios para cumplir con la solemnidad exigida, y se perjudicaría, como contraparte, a quienes no tuvieran esas facilidades a su alcance, lo que desembocaría en una génesis de discriminación en el tratamiento del mismo elemento volitivo, pues en uno y otro sector la manifestación de voluntad tiene las mismas características.

En conclusión, a decir del Colegiado, la escritura pública no puede ser exigida como solemnidad en este caso mientras el Estado no genere el contexto adecuado para observar la formalidad impuesta, o, en términos más diáfanos, mientras los celebrantes no cuenten en su inmediato

escenario social ni con una Notaría Pública, ni con personal capacitado que los oriente en tal sentido.

Esa es la derivación a la que se llega vía una interpretación constitucional del artículo 1625 del Código Civil, puesto que, en suma, si se carece de esas mínimas condiciones por responsabilidad estatal, debe entenderse que no existe formalidad infringida, por lo que el acto deviene en válido.

### **2.5.5. Interpretación conforme a la Constitución y control difuso**

El texto del artículo 1625 del Código Civil es contundente en su redacción: se requiere de escritura pública para las donaciones de inmuebles bajo sanción de nulidad. De una interpretación literal –aunque poco meditada– se puede concluir, sin mayores reparos, que la donación que nos ocupa deviene en nula irremediablemente.

Empero, partiendo de todo lo mencionado líneas arriba, lo que hacen los Magistrados Superiores al interpretar el artículo 1625 para su aplicación, nos refiere una interpretación acorde a la Constitución Política.

Y esto lo decimos porque la reinterpretación que se da del citado artículo (así como de las normas conexas) –consistente en que la forma escrituraria pública solamente será exigible cuando el propio Estado haya propiciado el medio apropiado para su exigibilidad– se sustenta en la defensa de los derechos humanos a la libre contratación y a la igualdad ante la ley, con la consecuente prohibición de discriminación<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, conocemos que el control difuso es la institución por medio de la cual en todo proceso sometido a un ente con potestades jurisdiccionales, en caso de presentarse una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, se deberá preferir a la primera<sup>(6)</sup>.

Notablemente, en el veredicto bajo estudio se afirma que es necesario que se imponga el control judicial a la formalidad solemne como

---

(5) Ver artículo 2 incisos 2 y 14 de la Constitución Política.

(6) Ver artículo 138 de la Constitución Política.

elemento estructural de un acto jurídico, entendiéndose que su significación jurídica se ve reducida en tanto los otorgantes de determinado acto carezcan en su hábitat social de determinados mecanismos que les faculten el cumplimiento de las formas impuestas por ley, máxime si la creación de esas condiciones depende exclusivamente del Estado.

### **2.5.6. Sobre la falta de voluntad del agente**

Ingresando alterna y brevemente al segundo punto de debate referido a si Aladino Uriarte no habría participado en el acto jurídico cuestionado, se asevera que en autos no obra prueba suficiente que permita concluir de modo incontrovertible que ha existido ausencia de manifestación de voluntad por parte del donante.

Como bien se ha anotado, el principal medio probatorio para sustentar la falsificación del documento lo constituye el dictamen pericial de grafotecnia obrante en el expediente pero en copia, pues fue actuado dentro del proceso penal de falsificación. Mas su resultado final es desconocido para los magistrados, dado que, como ya también se indicó, las partes transaron al respecto desistiéndose de su tramitación.

Más bien, en el dictamen fiscal emitido en esa causa penal se evidencia que el citado dictamen pericial ha sido objeto de graves cuestionamientos, razón por la cual el Fiscal Provincial Penal a cargo concluye en que con la referida pericia no es posible arribar a la certeza de que la firma del puño gráfico de Aladino Uriarte Cabrera sea falsa.

Por lo tanto, al no haber merecido credibilidad dicho medio de prueba en ese proceso, no puede servir en esta tramitación como medio idóneo para el mismo objetivo, máxime si su actuación no ha derivado de esta causa y tampoco ha sido objeto de debate probatorio.

Muy por el contrario, existen antecedentes que ponen de manifiesto que la intención de donar siempre ha estado presente en el donante, como fácilmente se puede verificar en el contrato de compraventa del predio sublitis, lo que no demuestra sino que el acto de donación a favor de la demandada Georgina Elvia Uriarte Osorio se remontaría realmente a la fecha en que se adquirió el predio.



### **2.5.7. La prescripción de la acción de nulidad**

Si bien hay un apartado completo sobre este tema, es menester pronunciarnos sobre la prescripción extintiva de la acción de nulidad para este caso.

Como bien se puede verificar, la donación cuestionada data del año 1987, siendo que la demanda recién se interpone hacia el año 2005, es decir, con una diferencia excesivamente mayor a la prevista en el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil, para poder incoar la nulidad de un acto jurídico.

Al respecto debemos anotar que en los argumentos de defensa de la contestación de la demanda, ciertamente la demandada se da cuenta de que como el acto cuestionado ha sido celebrado hacia 1987 y la demanda se plantea después de 18 años, la acción pertinente habría prescrito.

No obstante, la demandada reconoce que por un error suyo no dedujo la excepción correspondiente en el momento oportuno, razón por la cual la hace conocer en ese instante.

En efecto, como bien se sabe, la prescripción extintiva solamente opera a pedido de parte, razón por la cual el juzgador no puede fundar sus fallos en ella si es que no ha sido invocada<sup>(7)</sup>, como correctamente se labora en la sentencia en estudio.

O mejor dicho, sí es cierto que ha sido invocada por la parte en un argumento de defensa en la contestación de demanda, mas nuestro Código Procesal Civil exige que la solicitud de prescripción de las acciones judiciales se efectúe a través de los mecanismos procesales conocidos como excepciones y dentro del plazo exigido legalmente<sup>(8)</sup>, cosa que no ocurrió en el presente caso.

---

(7) Ver artículo 1992 del Código Civil.

(8) Ver artículos 446 inciso 12 y 447 del Código Procesal Civil.

### **2.5.8. Acerca de la validez de la transacción sobre acciones penales**

Un punto adicional que no repercute en el fondo del asunto en examen, pero que no deja de llamar la atención, alude a la transacción por la cual los hermanos Ismael y Georgina pactan la no-continuación de los procesos penales que ambos iniciaron mutuamente.

Efectivamente, en el documento de transacción signado entre Ismael Uriarte Coronel y Georgina Uriarte Osorio se puede apreciar que ambas partes conciertan desistirse de continuar con los procesos penales respectivos: Ismael el de falsificación y Georgina el de usurpación. Su fundamento está en que como son hermanos y están de acuerdo en arreglar el litigio, arriban a estos ajustes, para no generarse mayores detrimentos.

Nos parece que esta transacción no es válida pues, por mandato del artículo 1305 del Código Civil, solamente pueden ser objeto de transacción los derechos patrimoniales –y disponibles– de los otorgantes, cosa que no acontece en el caso *sub examine*, pues las acciones penales ni son patrimoniales, ni mucho menos están en manos de las partes, pues su titularidad, de modo general, está a cargo del Ministerio Público.

### **2.6. La conclusión de este caso y la Casación N° 2266-2007-Cajamarca**

Según la sentencia bajo análisis, en lo sucesivo se debe entender que la significación jurídica que se le atribuye a la formalidad *ad solemnitatem* queda condicionada no solamente a la observancia de su faccionamiento vía escritura pública, sino, además, a la preexistencia de una Notaría Pública y de personal capacitado en el inmediato escenario social en el que radiquen los celebrantes del acto.

Con ello, contundentemente, se puede concluir que no todas las donaciones de inmuebles que carezcan de escritura pública serán objeto de nulidad, pues el elemento estructural de la formalidad no reclama aplicación para los actos otorgados en aquellos lugares donde el propio Estado no haya propiciado las condiciones adecuadas para su observancia, es decir, donde no existan ni Notarías Públicas, ni personal orientador al respecto.

A este razonar se desemboca para que cobren plena vigencia los derechos constitucionales a la igualdad y a la libre contratación, así como los principios civiles de libertad de formas y de conservación del acto jurídico.

No nos queda más que resaltar la calidad y osadía de los magistrados que emiten este fallo, esperando que se convierta en un verdadero punto de reflexión, para que donde opera el poder centralizado se den cuenta de que las normas hechas displicentemente desde un escritorio, sin mirar la verdadera realidad, no son susceptibles de aplicación de un modo automático e impensado por el solo mandato legal; con mayor razón cuando se trata de la nulidad negocial, sobre la cual venimos insistiendo en su retorno al lugar que le concierne como es el de las consecuencias jurídicas, el espacio de las sanciones.

Ad empero, lo lamentable de este caso es lo resuelto en la sentencia en casación. Como se ha hecho notar, estamos ante un tema bastante debatible, el cual, evidentemente, iba a terminar en el escritorio de la Corte Suprema:

“Que, conforme lo establece el artículo 1625 del Código Civil, la **donación de bienes inmuebles** debe hacerse por escritura pública (...) bajo sanción de nulidad, y el artículo 140 inciso 4 del mismo código establece la observancia de la forma prescrita para la validez del acto jurídico. (...) la actora (...) ha interpuesto demanda de **nulidad de acto jurídico** (...) a fin de que se declare la nulidad del documento privado de donación de terreno de fecha seis de julio de mil novecientos ochenta y siete, por **no revestir la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad** y por faltar la manifestación de voluntad del agente, siendo la primera de tales causales respecto de la cual procede pronunciarse en la presente resolución”.

El tema es claro, el Código Civil sanciona con nulidad la donación de un inmueble no hecho por escritura pública. Era entonces una inmejorable oportunidad para que nuestra alta magistratura se pronunciara sobre un tema tan delicado y de envergadura; sin embargo, no lo hizo.

En efecto, en el fallo supremo, si bien se puede leer que se saluda el razonamiento de la sala superior por considerarlo adecuado, e, incluso, se agrega como fundamento a la equidad:

“Apelada dicha sentencia, fue revocada por el superior declarando infundada la demanda con el fundamento de que la escritura pública para el acto de donación solo debe considerarse como una formalidad cuyo incumplimiento determine la nulidad solo cuando las partes celebrantes en su inmediato entorno social cuenten con una notaría, la que no existe en la localidad de Lajas, lugar de celebración del acto, lo cual a su entender constituye la significación jurídica del artículo 1625 del Código Civil, lo que determina que en el acto jurídico materia de demanda no existe formalidad incumplida al haberse otorgado con intervención de un Juez de Paz, siendo ello coherente con la preeminencia asignada a la manifestación de voluntad y con el principio de conservación del acto jurídico. (...) **además de lo precedentemente glosado** (...) debiendo destacarse, por añadidura, el hecho de haberse otorgado similar compraventa en el año de mil novecientos sesenta y ocho del predio Los Robles a favor de la ahora demandante Asilda Uriarte Coronel y a otros dos hermanos, lo cual **revela el criterio y la voluntad de proceder con equidad** del mismo progenitor a favor de todos sus hijos, lo que refuerza la validez del acto que se cuestiona en este proceso”.

Nuestros magistrados supremos agregan un absurdo e irrazonable argumento para solucionar el caso:

“(...) en el año de mil novecientos sesenta y tres los esposos donantes (...) al adquirir el predio sub litis denominado ‘La Shita’ dejaron expresa constancia que el predio **lo compraron para su entonces menor hija** Georgina Uriarte Osorio (...) años después, el seis de julio de mil novecientos ochenta y siete y con intervención del Juez de Paz del distrito de Lajas, los mismos esposos otorgaron el contrato denominado de donación (...) a favor de su hoy demandada hija Georgina Uriarte, **lo que significa que el acto jurídico que ahora se cuestiona constituye una ratificación del anterior**”.

El primer grave error, como se puede evidenciar, es afirmar que el haber comprado un inmueble **para alguien** ya hace propietario a este alguien. Esto es un grueso yerro pues los aspectos motivacionales del negocio jurídico son irrelevantes para su validez y eficacia, peor todavía

estando bajo el amparo del Código Civil de 1936 que era anticausalista<sup>(9)</sup>. Si la pareja compró el bien para su hija que era menor de edad, no hay duda de que los propietarios son los padres de la menor y no esta.

Pero el segundo y mayor dislate es el aseverar que como la menor ya era propietaria, la donación en realidad no fue sino una ratificación del acto anterior<sup>(10)</sup>.

Qué duda cabe de que estas extrañezas no tienen asidero jurídico. Si fuera cierto que la compraventa original ya hacía a la hija propietaria, no era necesaria ratificación alguna, máxime si la ratificación solamente es utilizable bajo ciertos supuestos.

Así, no parece desacertado entender que como los padres eran los dueños del predio y pretendían que el dominio fuese de su hija, hayan recurrido a una donación (aunque mal estructurada). El pretender que el diáfano contenido de una donación pase por una ratificación terminó por estropear el buen fundamento construido por la sala superior.

“(…) siendo esto así, resulta **forzoso** arribar a las siguientes **conclusiones**: que el acto de transferencia de dominio del predio ‘La Shita’ a favor de la ahora demandada se remonta al año de mil novecientos sesenta y tres en que su padre así lo declaró en el documento de fojas siete, de lo que resulta que **la denominada donación del seis de julio de mil novecientos ochenta y siete obrante a fojas cinco fue tan solo la ratificación del acto anterior cuya calificación jurídica corresponde al de compraventa a favor de la entonces menor adquirente**, acto jurídico que no exige solemnidad alguna conforme al artículo 949 del Código Civil, no obstante lo cual **el acto ratificatorio, erróneamente denominado donación**, se otorgó con intervención de un Juez de Paz (...) en consecuencia, en el caso de autos **no se ha interpretado erróneamente el artículo 1625 del Código Civil** pues

---

(9) Conforme al artículo 1975 del Código Civil de 1936 para la validez del acto jurídico se requería agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita.

(10) En todo caso la Corte Suprema pudo recurrir a otros mecanismos menos forzados como, v. gr., la estipulación en favor de tercero contemplada entre los artículos 1345 y 1347 del código abrogado.

conforme se ha determinado, el acto jurídico objeto de controversia **no constituye una donación sino la ratificación de una compraventa anterior** para cuya formalización no se requiere de la solemnidad de una escritura pública, razón por la cual siendo válido el referido acto jurídico por haberse ceñido a lo previsto en el inciso 4 del artículo 140 del citado código, tampoco existe interpretación errónea de esta norma, debiendo desestimarse el recurso casatorio”.

### 3. Un significativo caso final: la Casación N° 602-2002-Arequipa

En este caso se notará claramente la intención de la judicatura de incluir elementos subjetivos y contextuales antes de imponer objetivamente la sanción de nulidad.

Versa sobre un matrimonio integrado por Jaime De La Gala Najarro y Nancy Cárdenas Ruiz. El señor Jaime De La Gala celebró con el Banco Santander Central Hispano del Perú un contrato de Constitución de Garantía Hipotecaria sin la participación de su cónyuge, pese a que el Banco era concedor de su real estado civil.

Con fecha posterior la cónyuge Nancy Cárdenas reconoce, vía una escritura pública, la hipoteca.

Luego de todo ello, el matrimonio decide, vía anticipo de legítima, transferir el inmueble hipotecado a su hija María Claudia De La Gala Cárdenas, quien luego demandaría la nulidad del contrato hipotecario basada en la ausencia de participación de su madre, al tratarse de un bien social.

En el fallo se afirma primero que:

“(…) si (…) se practican actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve, inciso primero del Código material, por **falta de manifestación de voluntad** de los titulares del dominio del bien y por ser **contrario a las leyes que interesan al orden público** según el artículo Quinto del Título Preliminar del Código sustantivo”.

Y se añade:

“(...) el presente acto jurídico (...) adolecería de nulidad absoluta (...) por tanto, (...), al resultar la citada hipoteca un acto jurídico nulo, este, por mandato expreso de la Ley **no podría ser subsanada por la confirmación (...)**”.

Pero habiendo dejado en claro que estamos ante un caso de nulidad absoluta, donde no es viable ningún tipo de subsanación, se relativiza notablemente la sanción nulificante, declarando el acto como válido “por esta única vez”:

“El Banco demandado conocía que el garante codemandado (...) tenía la condición de casado (...), y que por tanto, sabía que la referida cónyuge debía participar en el cuestionado contrato de Constitución de Garantía Hipotecaria; pero (...) dicho **vicio se ha visto subsanado** porque la citada cónyuge ha reconocido la hipoteca mediante escritura pública (...); y, que en tal virtud, aquella está de acuerdo con el mencionado acto jurídico, quedando así **perfeccionado el contrato (...)**. (...) las conductas posteriores de parte de los cónyuges demandados de transferir el inmueble (...) hipotecado, vía anticipo de legítima, a la demandante, (...) cuando la voluntad de los codemandados, progenitores de la actora, expresa e indubitablemente ha sido la de garantizar las obligaciones contraídas a favor del Banco con el inmueble sublitis, implican evidentemente, el **ejercicio abusivo del derecho**, el mismo que traslada el actuar de las citadas partes de la esfera privada a la pública (...) por esta vez, debe estimarse que el referido contrato de hipoteca ha sido perfeccionado mediante la también citada escritura pública (...)

Con los casos mostrados y lo ya anotado, no queda más que insistir en que la nulidad no puede operar con automatismo de modo absolutamente objetivo. Es menester la evaluación caso por caso y siempre sin desatender el aspecto subjetivo de los participantes en el acto; pues, como sanción que es, la nulidad debe ser impuesta sistémicamente, o sea pensando en la solución de futuros casos y no parametrándola en un

solo patrón normativo, pues la casuística es variada. Por consiguiente, no es saludable imponer la nulidad cerrando definitivamente las puertas en cuanto a sus supuestos y efectos, máxime si se trata de una sanción que no admite reducciones ni agravaciones.



## CAPÍTULO IX

### Acerca de la legitimación para solicitar la nulidad negocial

La nulidad en la actualidad puede ser demandada por cualquiera que acredite interés, y entre los sujetos legitimados para pedir la nulidad se ubica, incluso, al que provocó la causal sea culposa o dolosamente.

En Derecho Civil, partiendo de la buena fe, rige la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede ir contra sus propios actos o nadie puede ser beneficiado de su propia torpeza.

A nuestro criterio, es tiempo de que la doctrina de los actos propios sea incorporada finalmente a la teoría de la nulidad negocial de modo tal que se le reste legitimidad nulificante a quien propició con su culpa o dolo que el acto jurídico incurriese en una causal que lo invalide.

#### **I. LA LEGITIMIDAD NULIFICANTE NEGOCIAL ES ABSOLUTA EN EL MODELO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

---

De conformidad con la Exposición de Motivos de nuestro Código Civil vigente, el acto jurídico nulo, por constituir la expresión de la nulidad absoluta que se fundamenta en principios de orden público, puede ser alegado por quienes tengan interés o por el Ministerio Público, e, incluso, puede ser declarado *ex officio* por el juez (Vidal Ramírez, 1985, p. 332).

Sabido es que las causales de nulidad tutelan el interés público, mientras que las causales de anulabilidad tutelan el interés privado de las partes celebrantes del acto, a fin de proteger a la parte afectada por la

causal. Así, se llama nulidad relativa a la que se concede a ciertos sujetos, mientras que la nulidad absoluta, como su nombre lo indica, queda abierta a una gran cantidad de sujetos, razón por la cual se entiende que la legitimidad para solicitarla es lata.

Se habla, entonces, de nulidad absoluta, porque la amplitud para solicitarla es grande, por lo que se puede decir que la nulidad puede ser pedida, en términos generales, por cualquiera. Por ello mismo, de conformidad con el artículo 220 del Código Civil, la acción de nulidad puede interponerla cualquier sujeto, siempre que acredite interés. También puede ser ejercitada la acción por el Ministerio Público. Es más, el juez puede declarar de oficio una nulidad cuando ella resulte manifiesta<sup>(1)</sup>.

En efecto, de acuerdo al artículo 220 del Código Civil, el sujeto que tenga que pedir la nulidad tiene que acreditar un interés, pero ese interés, sistemáticamente visto con el artículo VI del Título Preliminar, tendría que ser legítimo económico o moralmente.

Partiendo de la buena fe, se puede decir que quien actuó de mala fe carecería de interés moral para demandar, ya que al actuar contrariamente al principio de la buena fe, no sería ético su accionar. Sin embargo, para ello, primero es menester deslindar si cuando se dice interés “moral” nos estamos refiriendo al mismo tema.

Pero en segundo lugar, el interés que se solicita es disyuntivo, o sea puede ser económico o ser moral. Y si bien, no obstante, nuestro código aclara que para ello se requiere acreditar un legítimo interés económico o moral, al tratarse la nulidad de un asunto de interés público, bastaría alegar esto último para que se entienda por satisfecho el requisito del interés.

Dicho de otra manera, nuestro código exige para demandar la nulidad negocial acreditar el interés legítimo económico o moral, por lo que parece ser que la legitimidad no es muy amplia sino que se reduce a quienes tengan este interés. Sin embargo, cualquier sujeto puede alegar que la

---

(1) En similar línea se orienta la regulación boliviana (art. 551), la argentina (art. 1047), la chilena (art. 1683) y la ecuatoriana (art. 1726).

nulidad es un asunto de interés público, que le concierne a toda la colectividad, motivo por el cual, al ser parte de la ciudadanía, estaría debidamente legitimado para demandarla.

Piénsese, por ejemplo, en que un sujeto conoce que su vecino ha adoptado un menor pero en vez de tratarlo como hijo lo utiliza como sirviente. Este vecino podría recurrir donde el juez solicitando la nulidad de la adopción (verbigracia, por causa ilícita o falsa) y alegaría su “legítimo interés moral” en que él forma parte de la sociedad, por lo que su legitimidad quedaría totalmente franqueada.

Ahora bien, esta legitimidad amplia, basada en la regulación actual del Código Civil, ha sido ratificada por diferentes fallos.

Así tenemos que, en la Casación N° 1522-96-La Libertad se ha dicho que:

“Nuestro ordenamiento distingue dos clases de nulidades, **las que tiene por principio el interés público (absoluta) y la que se concede a favor de ciertas personas** o intereses privados (relativa)”.

En la Casación N° 505-97-Lima se dijo que:

“**Cualquiera que tenga interés** o el Ministerio Público **pueden pedir la declaración de nulidad**”.

En el Expediente N° 1017-97-Puno se afirmó que:

“(…) Tal nulidad puede ser alegada por quien tenga interés, como prescribe el artículo 220 del mismo cuerpo de leyes. (...) la nulidad de un acto jurídico puede ser interpuesta **por cualquier persona que tenga interés**, esto es, que afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso”.

Y en la Casación N° 2381-97-Tacna se repitió:

“(…) mas la nulidad de un acto jurídico **puede interponerla cualquier persona que tenga interés**, esto es, que le afecte

directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso”.

En el mismo derrotero en la Casación N° 526-2007-Lima se aseveró que:

“(…) la ineficacia puede ser dividida también en absoluta y relativa. Es absoluta porque carece de efectos para toda persona por eso se le dice que una ineficacia era *erga omnes*. Por ejemplo, **cuando el acto es nulo, la acción para la declaración de nulidad puede ser hecha valer por quienquiera que tenga interés, contra cualquiera**”.

Con algo más de claridad en la Casación N° 3006-2007 se dijo, luego de que la Sala especializada afirmara que la demandante no tenía legitimidad para demandar la nulidad, al no haber intervenido en el contrato de compraventa cuya nulidad pretendía:

“(…) respecto de la llamada legitimidad para obrar es necesario señalar que un sujeto puede gozar de esta aun cuando no tenga el derecho a la obligación sustancial, ya que el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia de mérito **no corresponde solo al actual titular del derecho sustancial**”.

Esta legitimidad se torna un poco más clara en la Casación N° 864-2006-La Libertad donde se declaró:

“Que, además, no debe perderse de vista que de conformidad a lo que dispone el artículo doscientos veinte del Código Civil, la pretensión de nulidad de acto jurídico puede ser alegada por **cualquier persona que tenga interés**, e incluso por el representante del Ministerio Público; **por tanto no se puede afirmar que la demandante recién haya adquirido legitimidad para demandar la nulidad del acto jurídico, con su declaración notarial de heredera**”.

En la Casación N° 3006-2007-Lima se señala que:

“(…) el artículo VI del Título Preliminar del Código Sustantivo, establece que ‘para ejercitar o contestar una acción es necesario

tener legítimo interés económico o moral'. Por otro lado, concordante con esta norma, el artículo doscientos veinte del mismo cuerpo normativo prescribe que la nulidad (absoluta de acto jurídico) a que se refiere el artículo doscientos diecinueve **puede ser alegada por quienes tengan interés** o por el Ministerio Público. (...) respecto de la llamada legitimidad para obrar es necesario señalar que **un sujeto puede gozar de esta aun cuando no tenga el derecho o la obligación sustancial**, ya que el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia de mérito no corresponde solo al titular del derecho sustancial. (...) se trata de un interés jurídico sustancial particular y concreto, que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de que emita sentencia respecto a las pretensiones invocadas en la demanda”.

En igual sentido, en la Casación N° 3909-2007-Lambayeque se corrigió al a quo del siguiente modo:

“El argumento esgrimido por las instancias inferiores radica básicamente en que la actora no ha intervenido en la celebración del mencionado acto jurídico para que pueda invocar interés en su nulidad. (...) Sin embargo, aun cuando la actora no intervino en el acto jurídico relativo a la Nulidad de la Escritura Pública (...) es evidente que su interés resulta más que evidente en atención a las propias alegaciones vertidas en la demanda”.

Con ello, repetimos, se denota que la nulidad cuenta con una legitimación extensa, de manera que podría ser solicitada por cualquier sujeto.

Y si bien ello ha sido más o menos morigerado por el artículo VI de nuestro Código Civil cuando exige contar con un legítimo interés económico o moral, insistimos en que la nulidad de un acto jurídico, al ser una institución de orden público, podría ser intentada por cualquier sujeto.

En resumen, siendo la nulidad de interés colectivo y perteneciendo todos los sujetos a la colectividad, cualquier individuo, basándose en ello, podría intentar la nulidad negocial. Y si se le exigiese acreditar su legítimo interés, bastaría con aducir que forma parte de la sociedad y por ello quedaría facultado para accionar la nulidad, pues justamente por ello es absoluta a diferencia de la anulabilidad.

## II. LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA NULIDAD NO ES ABSOLUTA

---

Acabamos de decir que en materia de nulidades la legitimidad para accionar es bastante amplia, por lo que, en un inicio podría pedir la nulidad cualquier sujeto, pues el artículo 220 del Código Civil prescribe que la nulidad puede ser alegada por cualquiera.

Ahora bien, pese a que nuestra Corte Suprema ha venido repitiendo lo plasmado en el Código Civil, sin embargo, en más de una oportunidad ha cerrado las puertas de esta legitimidad para accionar la nulidad.

En un caso de simulación absoluta (cuya causal es de nulidad) tenemos a la Casación N° 2061-1999-Huaura donde se manifestó que:

“Para el caso de simulación, el ordenamiento jurídico ha previsto **la declaración de nulidad del acto simulado, acción que puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado**, conforme lo establece el artículo ciento noventitrés (sic) del Código Civil”.

En la Casación N° 2870-2007-Cajamarca se dijo:

“(…) la nulidad de un acto jurídico puede solicitarla cualquier persona que tenga interés o que se vea seriamente afectada con dicho acto, y en el presente caso es manifiesto que el acto jurídico de donación materia de nulidad afecta los intereses de la recurrente, en tanto se reduce la posibilidad de su participación en la masa hereditaria que eventualmente su madre podría dejar a su fallecimiento; es por esto que cuenta con la debida legitimidad para obrar”.

Sin embargo se agregó:

“(…) no siendo aún heredera la actora, carece de legitimidad para obrar (...) cuando el juez examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, debe verificar si existe esa relación formal de correspondencia; o, en la otra acepción, si es la persona habilitada para formular la pretensión. (...) Si la demandante tiene o no la calidad actual de heredera forzosa de su madre, si tal calidad es requisito indispensable para interponer una demanda

de nulidad de acto jurídico, si la donación del inmueble sublitis afecta o no el tercio de libre disponibilidad, o si correspondía dilucidar la presente causa en una vía distinta a la nulidad –entre otros posibles cuestionamientos–, constituyen aspectos que de ninguna manera pueden ser analizados a través de una defensa de forma como la planteada, sino que corresponden ser dilucidados al emitir el respectivo juicio de fundabilidad, exponiendo la debida motivación fáctica, jurídica y doctrinaria que sustente la decisión”.

La Casación N° 1702-2007-Arequipa versa sobre una **ineficacia de testamento**. El sustento es que el causante habría dispuesto de un bien que no le pertenecía. La accionante inicialmente demandó la nulidad parcial del testamento por disponer del bien era de su propiedad, sin embargo la Sala Mixta Descentralizada de Camaná resolvió:

“(…) improcedente la demanda por considerar que **la accionante carece de legitimidad para obrar al no tener vocación hereditaria**; y que en todo caso lo único que puede pretender es la ineficacia del acto, por lo que deja a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente”.

En este caso, como se puede advertir, se afirma que la demandante no cuenta con legitimidad para demandar la nulidad parcial del testamento, ya que no tiene vocación hereditaria. Pero para terminar de mostrar la contradicción, diremos que la demandante hace caso de la disposición de la Sala, presentando su demanda de ineficacia de testamento, y ahora la Sala le declara improcedente la demanda dejando a salvo su derecho para hacerlo valer conforme a ley. Afortunadamente esta situación es corregida en la Corte Suprema, pero ordenando el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En la Casación N° 4981-2007-Lima se afirmó:

“Nuestro ordenamiento jurídico-procesal, de manera excepcional, permite el saneamiento procesal en la sentencia, y, por tanto, no se configura el error *in procedendo* que se aduce. La sentencia de vista considera que la actora **no tiene interés y legitimidad**

**para cuestionar la transferencia del bien**, por no existir declaración previa sobre los derechos que invoca.

Igualmente en la Casación N° 332-2009-Arequipa, también sobre nulidad absoluta, se generaron las siguientes consideraciones:

“El recurrente (...) denuncia (...) que ‘La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado según el caso’; sin embargo, es de anotar que de la fundamentación fáctica de la demanda, intrínsecamente demanda el interés del actor como el de lograr, (sic) a través de la nulidad peticionada es lograr garantizar su acreencia, la que debía ser satisfecha con el vehículo dispuesto. Para que el interés económico sea cierto, y por ende autoritativo de la acción de la nulidad de acto jurídico, éste debe ser cierto y **sustentado en la participación directa en el acto jurídico cuya nulidad se peticiona**, circunstancia que no ha sido debidamente acreditada en autos (...). Nuestro ordenamiento establece que para el caso, se ejercite la acción pauliana (...). De tal forma que en atención al principio de congruencia procesal, se debió desestimar la demanda, pues no era la acción pertinente, pues, conforme a la fundamentación fáctica no había interés económico para interponer la presente demanda”.

Mucho más diáfano es el caso de la Casación N° 3909-2007-Lambayeque donde también se discutió la legitimidad para solicitar la nulidad, la cual fue negada en las instancias inferiores:

“(...) La accionante (...) interpone la presente demanda a fin de que se declare la nulidad, entre otros actos jurídicos, (...), relativo al contrato de préstamo con garantía hipotecaria del inmueble de su propiedad, que según refiere, **fue elaborado fraudulentamente sin que su parte ni su cónyuge hayan expresado su voluntad a favor del codemandado don Armando Sánchez Cuzma.** (...) El argumento esgrimido por las instancias inferiores radica básicamente en que **la actora no ha intervenido en la celebración del mencionado acto jurídico para que pueda invocar interés en su nulidad.** (...) Sin embargo, aun cuando la actora no intervino en el acto jurídico relativo a la Nulidad de la Escritura Pública (...) es



evidente que su interés resulta más que evidente en atención a las propias alegaciones vertidas en la demanda. Siendo que negarle la posibilidad de que se debata judicialmente los hechos invocados en la incoada importará transgredir el principio de tutela jurisdiccional inherente a los justiciables”.

Lo mismo ocurre en el caso de la Casación N° 64-2008-Lima, que resaltando inicialmente el razonamiento del Tribunal ad quem lo corrige:

“(…) no obstante lo expuesto por el Tribunal ad quem (…) en que es de advertir que la parte demandante **no ha tenido intervención en los actos cuya nulidad solicita**, de ahí que debe verificarse el sustento de su legítimo interés conforme a lo preceptuado en el artículo 220 del Código Civil. (...) **la nulidad puede ser alegada por quienes tengan interés**, incluyéndose entre ellos a los acreedores, los cuales en su calidad de terceros relativos se encuentran legitimados. (...) el acreedor que vea defraudado su crédito por actos jurídicos dispositivos de su deudor que a su vez considere nulos o anulables, está legitimado no solo a ejercer la acción pauliana con la finalidad de que se declaren ineficaces dichos actos fraudulentos respecto de él, sino también podrá solicitar la declaración de nulidad o anulabilidad establecidas en el Código sustantivo”.

Algo similar ocurre en la Casación N° 738-99-Cañete, si bien versa sobre nulidad por falsa representación:

“(…) la demandante no está legitimada para demandar la nulidad del acto jurídico en cuestión, en el que además no ha sido parte”.

En el mismo derrotero tenemos a la Casación N° 1494-2007-Lima:

“(…) las demandadas (...) han formulado –entre otras–, la excepción de falta de legitimidad para obrar de las demandantes, toda vez que con fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y nueve, operó la **cesión de posición contractual** (...) por lo que en adelante esta ocupó el lugar de la primera en el contrato de arrendamiento, y procedió a cancelar las deudas mantenidas por aquella frente a la locadora, por lo que Corporación Pesquera

Ilo Sociedad Anónima **quedó al margen de toda relación**; y en el caso de Snow Twist Financial Inc., se trata de una empresa que **jamás intervino en la constitución del arrendamiento financiero**, no es parte de los contratos conexos a él ni acreditada de modo alguno su legitimidad para obrar; (...) las empresas demandantes no niegan no ser parte del contrato cuya nulidad parcial demandan, sin embargo, señalan que en el caso de Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima, esta tiene legítimo (sic) interés económico ya que la subsistencia de la fianza afecta su patrimonio (sic), además que **las causales de nulidad absoluta pueden ser alegadas por cualquiera** que tenga legítimo interés, tal como lo faculta el artículo doscientos veinte del Código Civil, (...) las instancias de mérito han declarado **fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte activa**, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, toda vez que, en efecto, se corrobora que Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima cedió su posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero (...) por lo que no existe ninguna razón que lo legitime a actuar, ya que no es parte del contrato y su patrimonio no se encuentra afectado. (...) en el caso de autos, tal como se ha referido anteriormente, las empresas demandantes no niegan que ya no exista la relación formal de correspondencia (...), es decir, que al no formar parte de la relación contractual ésta carece de legitimidad para reclamar algún derecho respecto del mismo, sin embargo alegan que basta afirmar que tienen legítimo interés económico respecto del mismo para recurrir al órgano jurisdiccional; (...), **aun cuando las demandantes invocaran el simple interés económico para legitimar su actuación, aquel no se evidencia de forma alguna, (...) ni existe indicio alguno** que así lo manifieste o que pueda hacer dudar sobre la probable existencia de algún remoto perjuicio, por lo que el amparo de la excepción de falta de legitimidad para obrar por parte de las instancias de mérito, resulta ajustado a derecho y a lo actuado”.

Peor todavía es el supuesto de la Casación N° 84-2002-Callao, donde contundentemente se precisó que:

“La nulidad del título **corresponde ejercitar únicamente a una de las partes intervinientes en el negocio jurídico**, dentro de

cuya relación sustancial un tercero no tiene legitimidad para obrar, por lo que siendo esto así, el cuestionamiento hecho por un tercero al título de propiedad hubiese producido la declaración de improcedencia de la demanda”.

### **III. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL**

---

Ya se vio en el capítulo referido a la prescripción, al hablar de la caducidad de la acción de nulidad de los acuerdos asociativos, que en la Casación N° 2978-2011-Lima (al igual que en la Casación N° 5659-2007-Ica) se discutió la falta de legitimidad para obrar activa basada en que no puede la misma persona jurídica que celebró el acto jurídico promover la nulidad de dicho acto. En una palabra la demandante no puede sustentar su defensa en hechos propios.

Mientras que el juez sostuvo que el proceso de nulidad puede ser promovido por cualquier persona con interés por lo que no les es aplicable la teoría de los hechos propios, la Sala amparó la excepción, estimando que los artículos 1362 y 229 del Código Civil regulan la teoría de los actos propios, por la cual se entiende que nadie puede alegar su propia torpeza para invocar la nulidad del acto.

En el recurso casatorio se afirma que la doctrina de los actos propios –por la cual el demandante no tiene derecho a demandar la nulidad del acto jurídico que ella misma celebró por el hecho de ser parte en el contrato– resulta improcedente como defensa de forma, pues corresponde su empleo al resolver el fondo de la controversia, por lo tanto, a través de esta teoría no se puede resolver un tema referido a la legitimación activa.

La Sala Suprema acoge este razonar y resuelve afirmando que el principio de la buena fe contractual refiere una norma de derecho material por lo que resulta impertinente para resolver la excepción propuesta.

De igual modo, ya se mostró que en el voto en minoría, recurriendo a la doctrina, se cuestiona radicalmente la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios a un acto jurídico nulo, puesto que la nulidad de pleno derecho no puede ser convalidada ni subsanada por actividades

de los sujetos; amén de que la aplicación de tal doctrina implicaría una forma de convalidación de los actos nulos.

Para ingresar al análisis de estos razonamientos es necesario partir, en primer término, de entender que la doctrina de los actos propios se cimienta en la buena fe como principio.

Como se conoce, en materia civil rige un principio (y como tal con características normativas) como es el de la buena fe. Esta buena fe en sentido subjetivo se refiere a la intención con que obran las personas, es decir, a la convicción de que están actuando conforme a derecho, por eso se la conoce como buena fe-creencia, mientras que en sentido objetivo se trata más bien de una pauta que orienta la actuación leal del sujeto, por ello se la llama buena fe-lealtad (Espinoza Espinoza, 2008, p. 232). Al irradiar este principio en toda la esfera civil, es evidente que también sería de aplicación al caso que nos convoca.

Se ha dicho que la institución de los actos propios es una suerte de manifestación concreta del principio de buena fe, que actúa como una excepción –antes que como regla– frente a determinados casos en que, teniendo buena fe, un comportamiento de una parte afecta la confianza de la otra, al ejercer ciertas facultades contrarias al comportamiento anteriormente desenvuelto, ocasionando un perjuicio a las expectativas de la contraparte (Roca Mendoza, 2009, p. 94).

Insistiendo, entonces, en que la buena fe, como principio general del derecho, genera una norma jurídica, exige su aplicación prescriptivamente, puesto que, a diferencia de la regla, el principio no cuenta con excepciones (Armaza Galdos, 2007, p. 205).

Y como se trata de una norma que obliga a actuar de buena fe, es preferible entender que tal buena fe es utilizable únicamente por seres individuales. Es decir, se puede discutir la actuación malintencionada solamente cuando se trata de un sujeto individualizado. Por tanto, no es posible, en puridad, discutir la actuación temeraria de una persona jurídica sino más bien de quienes actuaron por ella, ya que la persona jurídica no cuenta con soporte racional y menos aún es ente moral.

Así como en sede penal no se puede sancionar a las agrupaciones colectivas ya que ellas no pueden actuar dolosamente, igualmente ello sería predicable para el actuar contrario a la buena fe.

En segundo lugar, es necesario indicar que no es tan cierto que sea imposible recurrir a la doctrina de los actos propios en materia de nulidades.

El propio artículo 92 sí recoge tangencialmente la doctrina de los actos propios. Si se lee bien entre los únicos legitimados para impugnar los acuerdos judiciales están los asociados ausentes y los privados ilegítimamente de emitir su voto. Pero el primer supuesto habla de los asociados presentes. Y para ellos los prerequisites para quedar legitimados son el haberse opuesto en la asamblea ante el acuerdo a tomar (porque es allí donde primero tiene que ejercer su defensa, pues en caso contrario, de ir directamente ante el Poder Judicial carecerían de interés para obrar) y, además, el haber salvado su voto en ese sentido. Por consiguiente, si un miembro votó a favor, o se abstuvo, o se opuso pero no dejó constancia de ello, luego no puede impugnar judicialmente al acuerdo tomado.

En fin, es necesario indicar que en algunos supuestos de nulidad sí es perfectamente posible la materialización de la doctrina de los hechos propios.

En la Casación primera, en el voto en discordia, se afirma que la teoría de los actos propios no es de utilización en materia de nulidades negociales, basando su sustento en una doctrina allí citada<sup>(2)</sup>.

Nos parece que el texto doctrinario citado, bien leído, nos puede llevar al resultado contrario. Ciertamente, allí se dice:

“No cabe duda de que el primer gran tema en donde se cuestiona de una manera radical la posibilidad de aplicar esta teoría es aquel en el cual nos encontramos en presencia de un acto jurídico nulo, en cuya validez creyeron, al momento de su celebración, ambos contratantes (...)”.

---

(2) La referencia es a Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008, p. 2.

La cita es clara. Al hablar de la doctrina de los actos propios, hablamos de la buena fe como mandato normativo principal al actuante dentro de una relación jurídica. O sea, la norma jurídica nacida del principio manda actuar lealmente en la negociación, en la celebración y en la ejecución del acto jurídico. Es decir, antes, durante y después.

Si se lee bien lo anotado, allí se dice que la doctrina de los actos propios no es aplicable en el caso de un acto jurídico nulo cuando las partes **creyeron** que el acto era válido al momento de su celebración.

Lo dicho se ratifica cuando en algunas citas o ejemplos más adelante se refuerza la idea que postulamos:

“Ambos contratantes, al momento de su celebración, están absolutamente convencidos de que los actos que constituyen objeto de sus obligaciones, no son contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres.” (Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008, p. 4).

“(…) podríamos imaginar un supuesto en el cual una persona crea o tenga entendido equivocadamente que su padre –ya fallecido– celebró un determinado contrato y que tal persona, en su condición de heredero universal de su padre, debe cumplir con las obligaciones emanadas de dicho contrato” (Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008, p. 6).

“(…) si cuando celebraron ambas partes consideraban que una de las obligaciones tenía objeto determinable, pero en realidad no lo tenía y una de esas partes, convencida de esta última situación, demandara la nulidad del contrato por objeto indeterminable.” (Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008, pp. 11-12).

Pero, ¿qué pasa cuando una de las partes conocía perfectamente que el acto celebrado era inválido, y aun así lo celebró?, ¿acaso no sería factible que un sujeto, valiéndose de una causal de nulidad adrede, celebre un acto para luego demandar bajo esa causal y eximirse de un pacto firmemente asumido?

Los profesores Mario Castillo y Rita Sabroso (2008, pp. 7-8) colocan un ejemplo referido a un incapaz absoluto que celebra un contrato, y

luego siendo capaz demanda la nulidad. Se dice allí que evidentemente el acto deberá ser declarado nulo y no se podrá escudar lo contrario en la doctrina de los actos propios.

Evidentemente el ejemplo es correcto, pero en el mismo ejemplo se añade un detalle consistente en que el incapaz una vez alcanzada la mayoría de edad **se entera de que el acto que había celebrado era nulo**, con lo cual no se quiere decir sino que el sujeto no sabía que su incapacidad era causal de nulidad. Pero si pensamos en que el propio incapaz ocultase su incapacidad para salir luego beneficiado con la nulidad, la situación es otra.

En efecto, para este supuesto la solución está plasmada en el artículo 229 del Código Civil donde se expresa que si el incapaz ha procedido ocultando su incapacidad a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad. Este es un claro ejemplo de que la doctrina de los actos propios no es tan ajena a nuestro sistema legal y menos en el tema de nulidades.

Hoy en día se puede encontrar que una de las cinco grandes manifestaciones prohibitivas<sup>(3)</sup> esenciales que atacan la buena fe, trabajadas en la doctrina nos muestra el abuso de la nulidad negocial por motivos formales (cfr. Armaza Galdós, 2007, pp. 205-206 y 228-234).

Nos parece que el error de estimar tajantemente que en la nulidad no opera la doctrina de los actos propios se cimenta en dos pilares: uno es el referido a la concepción ontológica de la nulidad y el otro es la regulación extraordinaria concedida a la legitimidad nulificante.

En el primer caso, si se sigue pensando que la nulidad opera de pleno derecho obviamente la doctrina de los actos propios no tendría cabida. Pero si se empieza a entender a la nulidad como una verdadera sanción aplicable a un acto jurídico incorrectamente estructurado, la visión cambia. Si toda sanción es factible de aplicarse bajo un tiempo, por petición

---

(3) Estas cinco manifestaciones prohibitivas esenciales que implican la buena fe serían: *venire contra factum proprium*, *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*, *tu quoque*, retraso desleal, y el abuso de la nulidad por motivos formales (cfr. Armaza Galdós, 2007, pp.205-206 y 228-234).

y bajo unos cánones procesales mínimos, queda claro que uno de estos cánones procesales es el estar debidamente legitimado para demandar.

En cuanto a la regulación generada por el código, efectivamente, la legitimidad nulificante negocial, como ya se mostró, es absoluta en el modelo teórico acogido por el Código Civil peruano.

Para ahondar un poco más en el tema tenemos el caso resuelto en la Casación N° 1152-98-La Libertad, donde queda muy en claro que la legitimidad para obrar en materia de nulidades no es absoluta y el interés que se reclama debe estar debidamente acreditado, con lo cual contundentemente se desvirtúa la idea de que la legitimidad para solicitar la nulidad del acto jurídico sea amplia:

“(...) la interpretación que el recurrente brinda respecto del artículo doscientos veinte del Código Civil efectivamente es la correcta, esto es, que el **interés** que faculta la Ley **para accionar la nulidad de un acto jurídico**, es el legítimo interés económico y moral y **no el que cualquier tercero simplemente invoque** sin existir tal; sin embargo, esta interpretación es también la de los juzgadores; toda vez que si se ha considerado a los demandantes con legitimidad para obrar activa en el presente proceso, es porque en el proceso sobre Nulidad de Resolución Administrativa seguido por la codemandada Ana María Galindo Castillo contra el Estado con el objeto de enervar la resolución que anulaba su título de propiedad, fue admitido su apersonamiento”.

Y para mayor claridad se agrega que:

“(...) siendo ello así, de haber exigido la presentación de dicha autorización habrían tomado conocimiento que, en ese momento, su posible vendedora ya no era propietaria del predio, y se habrían abstenido de celebrar la compraventa; empero, **al no haber procedido así**, los compradores entre ellos el recurrente, **deben asumir las consecuencias de su negligencia**; de tal modo que no se encuentran protegidos bajo el referido principio y completamente arreglado a Ley la inaplicación de los artículos invocados por el impugnante (...) y si en realidad dicha cónyuge se encontraba afectada, ella



era la única autorizada para denunciar tal vicio procesal (...) que, habiéndose reconocido la legitimidad para obrar de la parte actora, carece de fundamento legal la afirmación de que solo el Estado podía interponer la presente demanda”.

Como se puede ver, en este caso la judicatura entiende que el actuar negligente o torpe del interesado, ha desvanecido su legitimidad para accionar la nulidad del acto jurídico.

Con lo dicho es menester recordar que en materia jurídica, básicamente civil, nadie puede ir contra sus propios actos, es decir, nadie puede alegar su propia torpeza para acogerse a derecho. No es factible –jurídicamente hablando– escudarse en un acto realizado con culpa o dolo para salir beneficiado de una situación controversial<sup>(4)</sup>.

Esta doctrina conocida como la de los actos propios encuentra su sustento en la buena fe como eje o postulado central en materia negocial.

El principio de buena fe rige como un pilar en toda la estructura del Derecho Civil. Y la doctrina de la no-invocación de los actos propios goza de sustento en el actuar siempre con lealtad y probidad en las interrelaciones privadas, es decir, en el principio de la buena fe (cfr. Rubio Correa, 1987, p. 231 y ss.; Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2009, p. 321 y ss.).

Es más, no debe olvidarse que para nuestra codificación civil los contratos no solo deben negociarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, sino que este principio también rige su celebración, tal y como se manda en el artículo 1362 de nuestro Código Civil.

Por tanto, si alguien conoce una causal de nulidad existente al momento de la celebración del acto jurídico, y pese a ello lo celebra, debe luego quedar impedido de intentar la nulidad sobre dicha causal.

---

(4) El artículo 335 del Código Civil dispone, por ejemplo, que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de separación de cuerpo o divorcio en un hecho propio.

Entre nosotros, salvo el caso del artículo 229 del Código Civil, tenemos vigente la regulación de la doctrina de los actos propios en materia nulificante pero en sede matrimonial. Ciertamente, cuando estamos frente a una nulidad de matrimonio la legitimación para solicitar la nulidad matrimonial es restringida, a tal punto que siempre debe dilucidarse la buena o mala fe a fin de determinar los efectos de la declaración nulificante<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, en sitial supremo, en la Casación N° 72-99-Arequipa se intentó una tibia aproximación a esta doctrina:

“Al no haberse otorgado anticresis por escritura pública esta resulta nula, esto es, su otorgamiento carece de efecto alguno, por lo que no pueden derivarse de él consecuencias que jurídicamente obliguen a las partes sobre tal materia; no obstante ello, la nulidad del otorgamiento de la garantía anticrética no afecta al mutuo contenido en la minuta (...), pues este subsiste como un acto jurídico independiente, debiendo los hechos retrotraerse al estado anterior de la suscripción del documento nulo; **toda vez que nadie puede beneficiarse de la negligencia de las partes**”.

Mas, en nuestro medio contamos con la Casación N° 4886-2010-Lima como claro ejemplo de lo dicho, si bien se recurre a la institución del abuso del derecho.

En efecto, en este fallo se resuelve una nulidad de acto jurídico de constitución de hipoteca en el que se presume que el demandante tenía conocimiento de que su cónyuge había otorgado en garantía un inmueble donde él mismo habitaba a la fecha de la hipoteca. Sin perjuicio de ello, quedó demostrada que la omisión del demandante en registrar el bien como parte del patrimonio de la sociedad de gananciales obedecía a una **situación provocada por sus propios actos** para alegar la nulidad del negocio jurídico.

---

(5) Cfr. entre otras las Casaciones N° 3760-2000-Lima, N° 10-2001-Arequipa, N° 3001-2003-Moquegua y N° 1889-2004-Junin.

Por ello se precisó que:

“Al actuar el demandante de **mala fe no es posible aplicar la sanción de nulidad del acto jurídico** de otorgamiento de hipoteca, por cuanto se trataría de un abuso del derecho”.

En la Casación N° 3750-2008-Huaura sobre nulidad de acto jurídico se precisó lo siguiente:

“(…) el impugnante sustenta su agravio (...) señalando que, teniendo el derecho de invalidar el acto jurídico para que se declare de que (sic) no es progenitor o padre biológico del menor, por la causa de dolo, se le mantiene en un vínculo filial no legal, por estar viciado el acto de reconocimiento (...), no compartiendo la apreciación de la Sala recurrida, en cuanto sostiene que **no fue engañado porque conocía del estado de la demandada, adecuándose su conducta con la teoría o doctrina de los actos propios**”.

Adicionalmente y de manera contundente, como otro claro ejemplo de la incorporación de la doctrina de los actos propios en sede nulificatoria, tenemos a la Casación N° 909-2002-Lambayeque donde textualmente se dice:

“Según la **teoría de los actos propios**, cuyo sustento es el principio de la buena fe, **quien obtuvo ventaja de un acto jurídico en el que participó** activamente, **no puede posteriormente pretender cuestionar su validez** amparado en supuestas deficiencias en su participación”.

En este caso, aunque en el voto en discordia –que finalmente coincidió con el resultado final de la causa– en la Casación N° 2416-2010-Lima se dijo:

“El ejercicio del derecho de acción, para dar inicio a una nueva relación jurídica procesal en la que se persigue discutir el reconocimiento y satisfacción de una nueva pretensión (...) no puede ser subsumida dentro de las causales de suspensión (...), mucho menos de interrupción del plazo prescriptorio (...) toda vez que con esta interpretación **la parte demandante se estaría**

**beneficiando con su propia impericia**, al haber interpuesto, en el primer proceso, una pretensión errónea (...). **Nadie puede pretender obtener un beneficio de su propia actuación negligente**".

Tenemos también a la antigua Casación N° 1094-99-La Libertad, en la cual se rechazó el pedido de nulidad sobre la base de la doctrina de los actos propios:

“La sentencia de vista ha establecido que la recurrente figura con el estado civil de soltera en su Libreta Electoral y en la escritura de compra del inmueble que hipotecó a favor de la demandante, por lo que su alegación de que al momento de contraer la obligación era casada y que se trata de un bien adquirido con su esposo, **importa fundar un derecho en su propio dolo**".

Otro claro ejemplo de recurrencia a la doctrina de los actos propios es la Casación N° 2190-2006-Cusco, si bien contiene un matiz procesal:

“La sentencia de vista, que confirma la apelada, declara improcedente la demanda porque, como señala en su parte considerativa, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 27584, las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas vía proceso contencioso-administrativo, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado. Tercero: En efecto, la acción contenciosa administrativa, regulada por la Ley N° 27584 tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. **Cuarto: En tal sentido, planteada la demanda como nulidad de acto jurídico, invocando las normas del Código Civil, y no como un proceso contencioso-administrativo, es de aplicación el artículo 175 inciso 1) del Código Procesal Civil, que prescribe que no es viable la nulidad, cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, y que se sustenta en la teoría de los actos propios**".

Por último, contamos con la Casación N° 4181-2007-Loreto donde se recurre a esta doctrina, si bien mezclando las bases de la nulidad sustantiva con las de la nulidad procesal:

“(…) planteada la demanda como **nulidad de acto jurídico**, invocando las normas del Código Civil, y no como un proceso contencioso-administrativo, es de aplicación el artículo 175 inciso 1) del Código Procesal Civil, que prescribe que no es viable la nulidad, cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, y que se **sustenta en la teoría de los actos propios**”.

#### **IV. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE INCORPORAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN SEDE NULIFICANTE NEGOCIAL**

---

La doctrina de los actos propios enseña que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una anterior conducta, cuando ella, interpretada de buena fe, conduce a la conclusión de que el derecho no existe o no se hará valer (Silva-Ruiz, 2010, p. 1). Pero si bien la doctrina de los actos propios tendría serias limitaciones de aplicación en el tema de nulidades (vide Castillo Freyre y Sabroso Minaya 2008), algunos fallos casatorios la han ido incorporando a los supuestos de legitimidad al pretender una nulidad de acto jurídico, pero aun así estimamos necesario un cambio más notorio a favor de ello.

A modo de ejemplo tenemos que en el artículo 1047 del Código Civil argentino se prescribe que:

“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. **Puede alegarse por todos** los que tengan interés en hacerlo, **excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba**. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

Por ello antiguamente se decía que nadie podía aprovecharse de su propio dolo, y por la misma razón la legislación chilena impedía que quien tuviese interés en una nulidad no podía alegarla si es que ejecutó el acto o celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el contrato. El sustento de tal razonar, evidentemente, es evitar que alguien abuse de su propia inmoralidad (Pescio V., 1948, p. 217).

En efecto, al no poder oír al que alega su propia torpeza, no sería factible otorgar legitimidad al que haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (Salvat 1954, 723; Borda 1991, p. 417).

Ahora bien, partiendo de que la nulidad proporciona, mayormente, una legitimidad de gran alcance (por eso se la denomina absoluta), es claro que hasta las propias partes celebrantes –inicialmente– pueden luego cuestionar la nulidad del negocio, incluso si ellas son las causantes del vicio estructural.

A decir de Bibiloni (1929, p. 191) cualquiera de las partes puede oponerse al cumplimiento del acto nulo en caso de serle requerido, incluso aunque se conociera la nulidad en el momento de la formación del acto. De la misma opinión es Manuel Albaladejo (1996, p. 435), quien sustenta su afirmación en que se trata del cumplimiento de un deber que debe ser acogido.

Pensando en una liberalidad, verbigracia como una donación, un sujeto podría sembrar incluso intencionalmente una causal de invalidez –como una causa ilícita– a efectos de que el acto posteriormente se declare nulo. Aquí la invocación de la propia torpeza concluye con éxito, y, a decir de Pasquau (1997, p. 130), la ilicitud de la causa da lugar a la nulidad, y la nulidad permite a cualquiera, incluso a quien participó del móvil ilícito, valerse de ella para retractarse de la liberalidad<sup>(6)</sup>.

Empero, y si nadie puede ir contra sus actos propios, ¿es permisible amparar al donatario que realizó una donación nula por defecto de forma, por ejemplo, aun cuando el defecto fue ocasionado intencionalmente por

---

(6) Obviamente este tema no exime de la denominada responsabilidad contractual pura, entendida como aquella que surge cuando el negocio deviene en ineficaz estructuralmente y ocasiona perjuicios a la otra parte.

él mismo? O mejor dicho, ¿cuenta este sujeto con legítimo interés moral como para pedir la nulidad?

Pensemos en el caso hipotético en que un sujeto tiene una deuda con otro, pero para satisfacerla le dona un terreno pero por una escritura privada, sabiendo que el acto es inválido por defecto formal severo. Luego de ello, logra que el acreedor le suscriba un documento donde se asegura que la deuda original está totalmente saneada, y posteriormente demanda la nulidad de la donación a efectos de recuperar su bien.

Con nuestro tratamiento actual, obviamente la acción nulificatoria será declarada fundada y el deudor de mala fe podrá recuperar su inmueble.

Con los postulados actuales –y parafraseando al profesor Pasquau, (1997, p. 137)– los contratos con causa ilícita en los que una de las partes utiliza la causal de nulidad para desligarse de compromisos firmemente asumidos, o contratos con deficiencias formales que son invocadas por quien los otorgó para recuperar luego sus bienes cuando cambiaron las circunstancias que indujeron a la celebración, ocasionarían la prosperidad de la nulidad.

Entonces, si la acción de nulidad no busca sino hacer valer ante el magistrado una realidad –un estado situacional– del contrato, no se le puede reclamar al justiciable porque accione la nulidad, aun conociendo sus intenciones dañosas.

Lamentablemente entre nosotros el negocio –de modo general– es o no es nulo, por tanto, el juicio de nulidad es un juicio objetivo, un juicio de comprobación que solo mira al contrato, y no a quien interpone la demanda de nulidad (Pasquau Liaño, 1997, p. 154).

En conclusión, entre nosotros la propia torpeza y la mala fe caminan invulnerables en el terreno de las nulidades. Y si bien la inaplicación de los actos propios a las nulidades negociales se ha sustentado doctrinariamente con argumentos bien estructurados (vide Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008), hoy en día existen casos reales que empiezan a contradecir tal concepción, lo cual se va reflejando en algunos fallos como los mostrados (cfr. Albaladejo, 1996, p. 436). Por tal motivo es menester

empezar a medir esa forma de razonar, incorporando a la discusión de la nulidad la doctrina de los actos propios, de modo tal que no solo se limite el estudio a la causal estructural de invalidez, sino que, además, en el tema procesal, se evalúe la correcta legitimidad del solicitante, no solo exigiendo un lisonjero interés económico o moral en el resultado del proceso.



# CAPÍTULO X

## Acerca del tratamiento en la disposición de bienes ajenos

### I. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS EN CONTRA

La disposición de bienes ajenos<sup>(1)</sup> es el tema en el que más variedad de fallos tenemos.

Cuando se regula tal situación usualmente se declara la nulidad del acto dispositivo, sin embargo, aun tratándose de similares supuestos, se ubica la sanción con base en diferentes causales.

Por ejemplo, para un grupo de fallos, la disposición de un bien ajeno constituye un supuesto de **fin ilícito**.

(...) por cuanto en dicho documento hacen aparecer que mi esposo pone en garantía nuestra casa que pertenece al hogar conyugal, a fin de que garantice un préstamo sin que se haya dado el consentimiento para tal garantía (...) al amparo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil el acto jurídico es nulo, cuando su fin sea ilícito, cuando falte la manifestación de voluntad del agente y cuando no reviste la forma prescrita por la ley;

---

(1) En este espacio concordamos con el profesor Mario Castillo (2010a, p. 63) para quien se entiende por bien ajeno aquel que no se encuentra en el patrimonio de una persona, incluyendo tanto a los bienes existentes como a aquellos cuya existencia aún no se ha producido. Igualmente comulgamos con la idea del anotado profesor en cuanto a que a la venta de un bien ajeno (aunque nuestro código lo regule de modo distinto), en estricto, no se aplican las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues el vendedor no se ha comprometido a lograr nada del tercero respecto del comprador, sino que se ha comprometido a efectuar un acto propio (Castillo Freyre, 2010a, p. 126).

(...) del artículo trescientos quince del Código acotado, para disponer de los bienes de la sociedad conyugal o gravarlos, se requiera la intervención del marido y la mujer<sup>(2)</sup>.

Es más, en la Casación N° 1017-97-Puno apresuradamente se dijo que se trataba de un delito:

“Que la ley permite la compraventa sobre cosa ajena, siempre que el comprador conozca esa situación (...) fuera de esas circunstancias la venta de cosa ajena es un delito (...) denominado estelionato, por lo que constituye un acto ilícito. (...) Que cuando el acto jurídico tiene un fin ilícito, es nulo. (...) la sentencia de mérito incurre en error al considerar que la venta de cosa ajena no está sancionada con nulidad y es solo rescindible a solicitud del comprador, confundiendo la acción del comprador de cosa ajena, informado de esta situación, con la del propietario despojado”.

Para otro sector casatorio, la disposición de bienes ajenos recae en la causal de falta de manifestación de voluntad del agente.

“(...) al momento de la celebración de la escritura pública de constitución de hipoteca con relación al inmueble denominado (...) tenía la condición de casada, asimismo, al momento de disponer de dicho bien no tenía poder especial para actuar en representación de la sociedad conyugal (...) en consecuencia, al no haber este último expresado su manifestación de voluntad en dicha transferencia, el acto de disposición deviene en nulo, de conformidad con el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil<sup>(3)</sup>.

“(...) si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad de acto jurídico previsto en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código sustantivo por

---

(2) Expediente N° 675-92.

(3) Casación N° 1666-01-Junín.

falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien”<sup>(4)</sup>.

“(…) el acto jurídico materia de la presente litis es nulo por carecer la parte vendedora del requisito de la manifestación de voluntad del propietario para enajenar el bien, exigencia que prescribe el artículo 219, inciso 1, del vigente Código Civil”<sup>(5)</sup>.

“(…) la transferencia involucró tanto el bien propio del demandado (...) como el bien de la sociedad conyugal (...), por lo que dicha venta se encuentra incurso en causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de la cónyuge demandante”<sup>(6)</sup>.

Para otro grupo, el supuesto de disposición de bienes ajenos recae en la causal de **objeto física o jurídicamente imposible**.

“Un caso de **imposibilidad jurídica del objeto** tratándose de un contrato de compraventa es justamente el de la venta de bien ajeno, puesto que ningún sujeto puede transferir a otro un derecho del que no es titular”<sup>(7)</sup>.

“Que, siendo ello así resulta evidente que a la fecha de efectuarse la inscripción de declaratoria de herederos a favor del codemandado antes referido, dicho bien era de propiedad del demandante por haberlo adquirido por adjudicación, por lo que la inscripción a favor del hijo del causante deviene en nula por no haber sido este ya propietario del referido bien, en aplicación de lo dispuesto por el **inciso 3 del artículo 219 del Código Civil**”<sup>(8)</sup>.

“Que, en este orden de ideas, la venta mencionada constituye una **imposibilidad jurídica del objeto**, puesto que ningún sujeto

---

(4) Casación N° 3156-01-Loreto.

(5) Casación N° 517-2002-Piura.

(6) Casación N° 2858-2007-Lambayeque.

(7) Casación N° 1728-97-Lima.

(8) Expediente N° 4297-98.

puede transferir a otro un derecho del que no es titular, por tanto, se ha configurado la causal prevista por el artículo 219 inciso 3 del citado Código Civil, de modo que la compraventa materia de este proceso deviene nulo<sup>(9)</sup>.

**“Hay imposibilidad jurídica del objeto** en razón de que ninguna persona puede transferir a otro un derecho del que no es titular<sup>(10)</sup>.

“La demanda de fojas veintiocho pretende la nulidad de la escritura pública de compraventa (...) por adolecer (...) **objeto jurídicamente imposible**. (...) es un hecho demostrado que a la fecha de suscripción de ese acto jurídico, la vendedora (...) ya no era propietaria del inmueble por haberlo vendido legalmente el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa (...) toda vez que el contrato de compraventa requiere la manifestación de voluntad del propietario del inmueble o de su apoderado en el caso que se encuentre debidamente facultado, pero no de la voluntad de quien ha dejado de ser dueño por haber vendido el inmueble<sup>(11)</sup>.

**“La transferencia de un bien ajeno convierte al objeto de la compraventa en jurídicamente imposible**, conforme a la previsión contenida en el inciso 3 de la norma material citada, ya que ningún sujeto puede vender el bien del cual no es titular por ser contrario a las leyes que interesan al orden público<sup>(12)</sup>.

“(...) siendo notoriamente evidente que una misma persona enajenó dos veces el mismo bien inmueble (...) lo previsto en los artículos 140 y 141 del Código Civil, por cuanto si bien tales dispositivos se corresponden con los elementos esenciales que le otorgan validez al acto jurídico, ellos sin embargo resultan de aplicación al caso *sub examine* por cuanto de lo resuelto por la

---

(9) Expediente N° 852-98.

(10) Casación N° 3017-2000-Lima.

(11) Casación N° 3713-2001.

(12) Casación N° 409-2002-Cusco.

Sala de Vista, la segunda venta (...) se comporta como una **operación jurídicamente nula**<sup>(13)</sup>.

“(...) acto jurídico que (...) se encuentra incurso en las causales de nulidad previstas en el inciso (...) **tercero del artículo doscientos diecinueve** del Código Civil, (...) por haberse celebrado sobre bienes jurídicamente imposibles (por tratarse de bienes sobre los cuales la demandante, y no la vendedora, acredita vocación hereditaria y, por tanto, la propiedad)”<sup>(14)</sup>.

“(...) al haber vendido los bienes inmuebles que no era de su propiedad se incurre en causal de nulidad prevista en el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, concordante con el inciso 3 del artículo 140 del mismo ordenamiento legal”<sup>(15)</sup>.

“(...) la transferencia de un bien por una persona que no ostenta la calidad de propietaria constituye un imposible jurídico, configurándose la causal de nulidad contenida en el numeral 3 del artículo 219 del Código Civil (sic)”<sup>(16)</sup>.

“(...) para que la venta de bien ajeno sea válida, es necesario que el comprador tenga conocimiento al celebrar el contrato que el bien objeto de venta es ajeno, (...) situación que se encuentra sancionada con nulidad por nuestro ordenamiento jurídico, al amparo de lo previsto en el **inciso 3) del artículo 219 del Código Civil** (...) la transferencia de un bien por una persona que no ostenta la calidad de propietaria constituye un imposible jurídico”<sup>(17)</sup>.

En el Expediente N° 4530-98 incluso se precisó que se trataba de un objeto imposible y no tanto de un fin ilícito:

---

(13) Casación N° 2032-2003-Piura.

(14) Casación N° 2736-03-Puno.

(15) Casación N° 4550-2008-Puno.

(16) Casación N° 1332-2009-Cajamarca.

(17) Casación N° 1765-2011-La Libertad.

“(…) **su objeto es física o jurídicamente imposible**, porque no es posible jurídicamente transferir aquello de lo que no se es propietario. (...) Los cónyuges demandados no podían transferir por vía de anticipo de legítima de un bien que ya no les pertenecía, por lo tanto, el objeto de dicho acto jurídico para favorecer a su hijo deviene en un imposible jurídico. (...) los hechos expuestos como fundamentación fáctica de la demanda **no califican la causal de nulidad del Acto por tener este un fin ilícito**, sino propiamente la causal contemplada en el inciso tres del mismo artículo doscientos diecinueve, esto es, **cuando su objeto es física o jurídicamente imposible**”.

Totalmente en contra en la Casación N° 1135-96-Chimbote se aseguró:

“**La venta de bien ajeno no constituye un objeto física o jurídicamente imposible**, ya que se halla regulado por el artículo 1539 del Código Civil, el mismo que prevé como consecuencia jurídica la rescisión del contrato de compraventa a solicitud del comprador y no la nulidad de dicho acto jurídico”.

No obstante, en otro fallo se dijo que el supuesto recae tanto en un fin ilícito como en un objeto imposible:

“Que, siendo ello así los vendedores están enajenando un bien que no les pertenece, teniendo la relación contractual un **fin ilícito y un objeto física y jurídicamente imposible** encuadrados dentro de las causales de nulidad del acto jurídico previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo doscientos diecinueve del Código Civil”<sup>(18)</sup>.

En la Casación N° 2377-2007-Puno también se arriba a la misma conclusión; sin embargo, es de precisar que propiamente estamos en este caso ante una doble venta por parte del mismo propietario originario, lo cual evidentemente también encaja en el hipotético de venta de bien ajeno, desde que el propietario original se desprendió del bien una vez y volvió a venderlo cuando ya era ajeno. Como se hace notar, no se discute

---

(18) R. N. N° 07-2002-Cusco.

si estamos ante una concurrencia de acreedores, sino si estamos o no ante un negocio nulo:

“La demanda de nulidad de acto jurídico es una que busca se sancione un acto como nulo por no concurrir alguno de los requisitos que para su validez exige el artículo 140 del Código Civil (...) precisando su artículo 219 en el inciso 3 que el acto jurídico es nulo, entre otros, cuando su objeto es jurídicamente imposible, que es la causal invocada por la demandante (...) por lo que sostienen que el inmueble fue transferido dos veces por el mismo propietario, con lo que **habría una concurrencia de acreedores que debe ser resuelta mediante la demanda de mejor derecho de propiedad.** (...) el Colegiado ha establecido que en el caso submateria se manifiesta el supuesto en el que un mismo propietario ha vendido dos veces el bien (...) aparte de lo cual debe señalarse que **la demanda no persigue la declaración de un mejor derecho de propiedad, sino la declaración de nulidad del acto jurídico**”.

En un caso similar se decretó la nulidad:

“No se puede disponer de bienes que ya han sido transferidos en propiedad a otras personas por haber dejado de pertenecer a su dominio; de ser así, **el acto jurídico de transferencia deviene en nulo**”<sup>(19)</sup>.

Para un siguiente sector de sentencias la disposición de un bien ajeno constituye en realidad un supuesto de **nulidad virtual**, es decir, no recae en ningún hipotético puntual:

“(...) el marido, en su condición de administrador de los bienes comunes, requería la intervención de su cónyuge para disponer o gravar los bienes comunes a título gratuito u oneroso; que tratándose de bienes gananciales, en tanto que la adjudicación no se practique, como consecuencia de la correspondiente liquidación, no puede atribuirse uno de los cónyuges el dominio del todo o

---

(19) Expediente N° 693-95-Lima.

una parte de los bienes gananciales determinados (...) por lo que ese acto de disposición adolece de **nulidad virtual**<sup>(20)</sup>.

“La venta de bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero dueño es un **contrato contrario a las leyes que interesan al orden público**, ya que tanto la Constitución derogada de mil novecientos setentinueve (sic) como la vigente garantizan el derecho de propiedad (...) El verdadero propietario del inmueble, que no ha intervenido de la compraventa y que sin su consentimiento ni su autorización se ha vendido el inmueble, tiene como argumento de defensa la nulidad del acto jurídico de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil<sup>(21)</sup>.”

“(...) si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad de acto jurídico previsto en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código sustantivo por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser **contrario a las leyes que interesan al orden público** según el artículo quinto del Título Preliminar del Código material<sup>(22)</sup>.”

En otro caso se ha dicho que estamos ante un supuesto de abuso del derecho:

“Quien no es propietario de un bien, no puede disponer de él y vender un bien ajeno y el dueño no puede ser privado de su dominio, sin que medie su voluntad, porque la Ley no ampara el **abuso del derecho**<sup>(23)</sup>.”

En el Expediente N° 968-95-Lima, acreditada la venta sin la participación de la propietaria verdadera, se declaró que estábamos nada más y

---

(20) Expediente N° 1575-91.

(21) Casación N° 1376-99-Huánuco.

(22) Casación N° 3156-01-Loreto.

(23) Casación N° 282-T-97-Puno.



nada menos que ante un **acto jurídico simulado**, y por ende, nulo, pero, incomprensiblemente, susceptible de confirmación:

“(…) se fundamenta la acción, en la falta de consentimiento de la vendedora y, por lo tanto, de un **acto jurídico simulado**, para cuyo efecto se sostiene que **la vendedora no ha intervenido en dicho acto habiéndose suplantado su huella digital** (...) que el inmueble no tenía propietario haciendo que le adjudique en un primer momento, para luego con las pruebas aportadas logró que le reconozca como su única propietaria (...) actitud que motivó la decisión de hacer la venta cuya nulidad se solicita, que **este acto rectificatorio posterior constituye en todo caso una confirmación** del acto jurídico realizado conforme se establece en el artículo doscientos treinta del Código Civil”.

En el Expediente N° 1709-2004-Huánuco se dijo que estábamos ante un **error en la persona del vendedor**, pues se ha tratado con un *nom dominus*, creyendo tratar con el *verus dominus* (cfr. Castillo Freyre 2010a, p. 169):

“(…) en el presente caso no estamos frente al supuesto de Nulidad Absoluta (...) resulta evidente que estamos frente a un acto celebrado por el representante (...) acto que no adolece de ningún elemento estructural que acarree la nulidad absoluta del acto jurídico, sino que se **ha afectado o viciado uno de tales elementos: la voluntad del vendedor**”.

Hay también un fallo en donde se declara la nulidad sin precisar la causal:

“(…) en consecuencia, nulo el acto jurídico de compraventa (...), ello básicamente debido a que la compraventa en cuestión se ha celebrado cuando el inmueble objeto de transferencia, ya había salido de la esfera patrimonial de los vendedores”<sup>(24)</sup>.

---

(24) Casación N° 839-05-Arequipa.

En fin, no falta el fallo donde se han incluido todas las causales posibles:

“(…) la privación del derecho de propiedad (...) que sufre una persona sobre sus bienes por actos de terceras personas, quienes, sin autorización de aquel, los enajenan actuando y declarando ser los propietarios de los bienes ajenos, configura principalmente la causal de nulidad prevista en el inciso tercero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil; toda vez que es **jurídicamente imposible**, esto es, **contrario al ordenamiento jurídico**, que un tercero venda como propio un bien ajeno, pues tal conducta está tipificada como delito de Estelionato (...); situación que también puede configurar las causales de **falta de manifestación de voluntad** del agente, esto es, del verdadero propietario, fin ilícito y **contrarios a las leyes que interesan al orden público**”<sup>(25)</sup>.

## II. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS A FAVOR

---

En la Casación N° 27-98-Lima se afirmó que al demandar la nulidad del acto jurídico por disponer un bien ajeno se hacía una:

“(…) interpretación errónea del inciso 3 del artículo 219 del Código Civil (...) si se considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto jurídico física o jurídicamente imposible, confundiendo el objeto del contrato con el acto jurídico (...) el objeto es la transferencia en venta de un bien que **se halla dentro del comercio de los hombres**, como es un lote de terreno, que no tiene la connotación de ese dispositivo”.

También tenemos el supuesto de la Casación N° 384-01-Apurímac donde se afirmó que:

“El hecho de que el propietario primigenio hubiere vendido el inmueble dos veces **no supone la segunda venta fin ilícito justificable penalmente**”.

---

(25) Casación N° 3064-2003-Lambayeque.

Para la Casación N° 2117-2001-Lima, la transferencia de un bien ajeno no es un imposible jurídico:

“(…) se puede entender que **la transferencia efectuada de manera individual por uno de los cónyuges**, atribuyéndose la propiedad del bien, implica estar **dentro de los alcances de un contrato en el que el bien es ajeno**, figura jurídica prevista en el inciso 2 del artículo 1409 del Código Civil, dado que para estar frente a la venta de un bien ajeno se requiere: **a)** que sea un bien cierto e individualmente determinado; **b)** que pertenezca en propiedad a otra persona; **c)** que el vendedor obre en nombre y por cuenta propia; y **d)** que el vendedor carezca del derecho de disposición sobre el bien (...); supuestos que se cumplen, por lo que en principio podría afirmarse que **el objeto es jurídicamente posible**”.

En la Casación N° 2857-2001 se precisó:

“(…) en el caso de autos, se presenta la figura de la venta de bien ajeno, la misma (sic) que se halla normada en el artículo 1537 del Código Civil, **encontrándose sancionada con la rescisión del contrato a solicitud del comprador, mas no con la acción de nulidad o anulabilidad del acto jurídico**, ya que para la celebración de este tipo de contratos, **la ley no exige como requisito de validez que el vendedor sea el propietario en el momento de la celebración del contrato**”.

Y en la Casación N° 2669-2001-Callao se reafirmó lo dicho:

“(…) se presenta la figura de la venta de bien ajeno, la misma que se haya normada en el artículo 1537 del Código Civil, encontrándose sancionada con la rescisión del contrato a solicitud del comprador, mas no con la acción de nulidad o anulabilidad del acto jurídico, ya que para la celebración de este tipo de contratos, **la ley no exige como requisito de validez que el vendedor sea el propietario en el momento de la celebración del contrato**”.

En fin, se puede arribar al mismo resultado de una lectura de la Casación N° 2631-2005-Cusco:

“(…) la venta de la cosa ajena, **como pacto lícito**, obliga al vendedor a obtener la propiedad del bien, para luego transferirlo al comprador. La regla del artículo 1539 se ubica en la hipótesis del vendedor de cosa ajena, que no cumple su obligación de adquirir el bien para transferirlo, y por eso autoriza al comprador que ignoraba esa situación al demandar la rescisión del contrato. La acción será infundada si antes de la citación con la demanda el vendedor adquiere el bien que se obligó a transferir”.

Para terminar, es menester resaltar que existe un sector que entiende que ante un contrato de disposición de bien ajeno el remedio es la rescisión, pero ello opera solamente entre las partes; entre tanto para el verdadero propietario el medio de solución sería propiamente la nulidad:

“(…) la rescisión que contempla esta norma legal se encuentra intrínsecamente vinculada a los que celebraron el acto jurídico, esto es comprador y vendedor, pero **no se refiere al propietario** del bien, que no intervino en el contrato y que por tal motivo **está facultado para solicitar la nulidad** del acto de disposición (...), la venta constituye una imposibilidad jurídica del objeto”<sup>(26)</sup>.

En contra de esta solución se ha dicho que el problema es único y debe ubicarse una solución unitaria sin entrar en detalles de la conveniencia de quien ejercita la pretensión (Beltrán Pacheco, 2001, p. 7).

Ciertamente, en este caso es necesario ponderar la situación de todas las personas interesadas en la controversia, por lo que en un supuesto de venta de bien ajeno deberá primar el criterio de especialidad. Por tanto, la rescisión será el camino más adecuado, aunque –en estricto– se trata de una opción bastante ortodoxa adoptada por nuestro codificador (Castillo Freyre, 2010a, p. 165).

---

(26) Expediente N° 852-98.

### III. EL ESTELIONATO Y LA PERMISIÓN DE DISPONER BIENES AJENOS

---

Cuando conversamos con sujetos comunes haciéndoles conocer que en nuestro derecho está permitido vender bienes ajenos, su reacción natural es la de tildar a nuestro derecho —y con él a nuestras leyes y a nuestros legisladores y jueces— de indeseables.

Es claro que la permisión del tratamiento de la venta<sup>(27)</sup> de un bien ajeno tiene una razón de ser en nuestro derecho, por lo que mal se puede hacer en exigir que un ciudadano común comprenda tales fundamentos.

En efecto, uno puede disponer de todo aquello que esté dentro del comercio humano, y si no figura dentro de su patrimonio, puede adquirirlo en el futuro (Castillo Freyre, 2010a, p. 78), máxime si se recuerda que la mayoría de nuestros contratos solamente generan la obligación de transferir la propiedad, pero no la trasladan directamente.

En una palabra, en las legislaciones donde los contratos no desplacen automáticamente la propiedad, la disposición de bienes ajenos es totalmente viable (Castillo Freyre, 2010a, p. 105).

Lamentablemente, esta confusión se torna en inaceptable cuando son los propios personajes del mundo jurídico los que desconocen los motivos que explican esta regulación, tal y como pareció ocurrir en la Casación N° 4410-2006-La Libertad, donde se culminó agregando que se desconoce la realidad jurídica de dicho tipo de contratos, colocándonos en un limbo:

“(…) vendemos lo que se encuentra incorporado a nuestra esfera de dominio, eso es lo legal; tal es así que **la venta de un bien ajeno está tipificada como delito de estelionato** en el inciso cuarto del artículo ciento noventa y siete del Código Penal. En ese orden de ideas, la **imposibilidad jurídica del objeto se identifica**, a su vez, **con la ilicitud del objeto** (aunque en la realidad no jurídica o antijurídica esto sea posible), y esta situación, a su vez,

---

(27) Por un tema pragmático reducimos la discusión de todos los contratos de disposición al de compraventa, por tratarse de un pacto emblemático.

acarrea la nulidad del acto jurídico conforme a lo normado en el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil. (...) es cierto **que nuestro ordenamiento civil no prohíbe que pueda venderse un bien que no pertenece totalmente al vendedor** (un bien parcialmente ajeno), pues así lo deja entrever el legislador al regular la existencia de esta clase de venta en el artículo mil quinientos cuarenta del Código Civil, concordado con el artículo mil quinientos treinta y nueve del mismo cuerpo legal; **sin embargo, tampoco puede afirmarse que abiertamente lo autorice o permita**”.

La aparente causa de esta confusión parece haber sido detectada por el profesor Mario Castillo (2010a), quien muestra que el punto de quiebre lo constituyó el Código Civil francés.

Ciertamente, se narra que el Derecho Romano antiguo entendía que era posible la venta de un bien ajeno porque era totalmente viable que el vendedor adquiriese posteriormente la titularidad del bien de manos del verdadero dueño para, ulteriormente, transferirla al comprador.

Y si bien esta concepción mantuvo su tradición, fue con el artículo 1599 del Código Civil francés de 1804 donde se rompió este esquema decretando taxativamente que la venta de un bien ajeno era nula. Esta ruptura de las tradiciones romanas se habría producido por diversas causas, pero entre todas ellas nos parece que la más importante consiste en que la legislación romana ha parecido contraria al verdadero principio de la venta, en el cual la única finalidad debe ser la transmisión de la propiedad. Dicho de otra manera, en el *Code* francés se habría modificado completamente la naturaleza del contrato de compraventa, el que, de un contrato simplemente generador de obligaciones habría pasado a ser uno traslativo de propiedad (cfr. Castillo Freyre, 2010a, pp. 96 y 162).

Esta concepción incluso influyó en el Código Civil italiano de 1865 que también en su artículo 1459 declaraba como nula la venta de cosa ajena, pensamiento que fue abandonado al momento de la dación del Código Civil de 1942.

Y como hemos visto al inicio de este trabajo, tanto el sistema francés como el italiano forman parte de nuestros antecedentes o fuentes inspiradoras, por lo que el modo de regulación disímil habría generado esta

aparente confusión, pues la mayoría de la gente suele pensar que, por ejemplo, la compraventa traslada directamente la propiedad, cuando en la realidad no es así.

Ergo, este contenido y significado de uso común de la compraventa arraigado en la sociedad es el que discute agriamente la construcción jurídica que contiene nuestro código y es el que genera la complicación.

Al respecto, contrariando a la filosofía esencialista, Carlos Santiago Nino (1998, pp. 12-13) ha enseñado claramente que los filósofos analíticos parten de entender que la relación entre el lenguaje (por ejemplo, la voz “compraventa”) y la realidad (sus efectos reales) ha sido establecida arbitrariamente por los seres humanos. Por ello nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes.

Es decir, el pretender que la gente común piense tal y como pensó el legislador (conociendo previamente todo el devenir jurídico) al establecer la regulación de la compraventa, se torna en una tarea descomunal (peor aun cuando parte de la propia judicatura piensa más como la colectividad razona, que como pensó el codificador).

Más bien, Nino (1998, p. 13) recomienda el camino inverso, es decir, que sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, es conveniente investigar su significado en el lenguaje ordinario y común, como un medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar pseudocuestiones filosóficas.

Teniendo en cuenta lo dicho, si el pensamiento de la sociedad es que la compraventa traslada directamente la propiedad, es claro comprender que la venta de un bien ajeno es ilícita ante los ojos de la colectividad, por lo que, en puridad y desde esa perspectiva, sí estaríamos ante un contrato que atenta contra el orden público y las buenas costumbres, toda vez que tanto el orden público como las buenas costumbres dependen de la sociedad antes que de la judicatura.

Ahora bien, retornando al esquema reglado por nuestro código, este desarreglo se trasluce y se manifiesta grandemente en las figuras que a

continuación detallamos, cuya aparente incorrección plantea una interrogante crucial a responder, al mismo estilo de un acertijo: **¿Cómo es posible que por un lado el Código Civil peruano en su artículo 1409 inciso 2 permita la venta de bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio, mientras que, por otro lado, el Código Penal peruano, en su artículo 197 inciso 4 sancione hasta con cuatro años de pena privativa de la libertad el acto de vender o gravar bienes litigiosos, embargados, gravados o ajenos?**

#### **IV. LOS BIENES AJENOS, AFECTADOS, EMBARGADOS O LITIGIOSOS COMO OBJETO DEL CONTRATO**

---

En líneas generales, para nuestra legislación el objeto de un contrato es la obligación que emerge de él. A su vez –siempre dentro de nuestra regulación legal– la obligación tiene como objeto una prestación consistente en una conducta que debe realizar el sujeto deudor frente al acreedor para que este vea satisfecho su interés y no se llegue a materializar un conflicto.

Esta prestación, al ser una conducta, tradicionalmente puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer algo.

Conforme al artículo 1409 inciso 2 del Código Civil, la prestación materia de la obligación que emerge de un contrato puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o, incluso, sobre bienes embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

No es este el espacio para entrar a detallar sobre la naturaleza espiritual o consensual de la mayoría de nuestros contratos, por lo que, por el momento, nos será suficiente lo vertido.

#### **V. EL ESTELIONATO COMO DELITO**

---

Nuestro Código Penal, en su artículo 197 inciso 4, regula la contratación de bienes litigiosos, afectados, embargados o ajenos como una modalidad de estafa.



Partiendo de ello hay que entender que la estafa es un delito en virtud del cual se requiere lograr un provecho para uno mismo o para otro, pero en detrimento de la víctima.

Ad empero, el elemento esencial de la estafa nos refiere que se necesita inducir a error al damnificado.

La modalidad de defraudación a la que estamos haciendo referencia se conoce, en doctrina y jurisprudencia, como estelionato.

## **VI. LA APARENTE INCONGRUENCIA LEGISLATIVA**

---

Se debe partir de que el ordenamiento jurídico objetivo se constituye en un sistema normativo, cuyo soporte principal lo estructuran las normas legales, es decir, aquellas normas que provienen de la ley como fuente principal en nuestro derecho.

Recordamos bien que en las aulas universitarias se nos enseñó que el orden normativo (incluyendo al legislativo) debe guardar congruencia, apuntando a su plenitud, de modo que cuando encontremos una aparente contradicción, la intentemos solucionar reinterpretando las normas de manera que converjan armónicamente.

En nuestro caso, pese a la aparente discordancia entre el artículo 1409 inciso 2 del Código Civil y el artículo 197 inciso 4 del Código Penal, consideramos que el legislador peruano ha sido muy prudente en su regulación, razón por la cual la aparente discrepancia es fácilmente diluible.

Para comprender mejor nuestros postulados, separaremos en tres los supuestos hipotéticos generales dentro de los cuales se podrían subsumir los casos reales a manifestarse<sup>(28)</sup>.

---

(28) Declaramos que en este estudio dejamos de lado el supuesto de la venta de bien propio por tratarse de un supuesto de difícil materialización (cfr. Castillo Freyre, 2010a, p. 62).

## **VII. PRIMER SUPUESTO: TANTO TRANSFERENTE COMO ADQUIRENTE CONOCEN DE LA CALIDAD Y SITUACIÓN DEL BIEN**

---

Nuestro primer supuesto partiría de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia contractual.

Si el transferente da a conocer, de modo claro, al adquirente que el bien a transferirse está afectado en garantía, o está embargado, o está sujeto a algún litigio, o se trata de un bien ajeno, y, pese a ello, el futuro transferente celebra el contrato, este contrato es plenamente válido debido a la igualdad de información entre ambas partes y a su común intención, a lo que se suma la buena fe como criterio interpretativo, negociador, de celebración y de ejecución de los contratos (art. 1362 Código Civil).

Esto debe acogerse positivamente puesto que los contratos quedan perfeccionados cuando el consentimiento se presta de manera congruente (art. 1373 Código Civil).

Como un supuesto que nos permite sustentar esta posición tenemos al artículo 1500 inciso 4 del Código Civil, donde se impide al adquirente ejercer el derecho de saneamiento por evicción cuando conocía perfectamente que el contrato versaba sobre un bien litigioso o ajeno.

Además, en el artículo 1537 de dicho cuerpo normativo se regula el hipotético en que ambas partes conocen que el bien materia de la transferencia es ajeno. Allí se nos remite –con mucha lógica– al tratamiento para los supuestos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es decir, aquí el transferente, haciendo las veces de promitente tendrá que hacer lo posible para que el tercero propietario transfiera efectivamente el bien, en caso contrario, el transferente original (promitente) asumirá las consecuencias de la inejecución.

## **VIII. SEGUNDO SUPUESTO: SOLAMENTE EL TRANSFERENTE CONOCE DE LA CALIDAD DEL BIEN PERO NO LA DA A CONOCER**

---

Para ingresar a este terreno debemos partir de que dentro de un razonar común, un adquirente presupone que el bien que se le transfiere es de propiedad del transferente (cfr. Castillo Freyre, 2010a, p. 157). Pero dicha presunción no siempre concuerda con la realidad.

Entonces, puede acontecer que el transferente conozca exactamente la calidad del bien, es decir, que es ajeno, se halla en litigio o está afectado, pero no hace conocer de ello al adquirente.

En este caso estamos ante una omisión, la cual puede o no ser dolosa.

Es decir, el adquirente tarde o temprano sabrá que el bien no es libre o es ajeno, entonces podrá accionar contra el transferente por el supuesto engaño. Pero tal transferente se podría escudar en que el adquirente jamás le preguntó sobre la calidad y situación del bien.

En este caso, nuestra legislación civil no sanciona ni con nulidad ni con anulabilidad este supuesto, sino que deja en manos del adquirente el elegir el camino: puede exigir el cumplimiento de la obligación o puede solicitar la rescisión del contrato.

El artículo 1539 del Código Civil es contundente al respecto cuando indica que la venta de un bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, excepto cuando este hubiese sabido que el bien no pertenecía al vendedor.

Tal rescisión trae como consecuencia la restitución al comprador del precio, además de la indemnización por daños y perjuicios sufridos, los gastos, intereses, tributos y mejoras que hubieren acontecido.

Esta postura ha sido corroborada judicialmente:

(...) la venta de la cosa ajena, como pacto lícito, obliga al vendedor a obtener la propiedad del bien, para luego transferirlo al comprador. La regla del artículo 1539 se ubica en la hipótesis del

vendedor de cosa ajena, que no cumple su obligación de adquirir el bien para transferirlo, y por eso autoriza al comprador que ignoraba esa situación a demandar la rescisión del contrato. La acción será infundada si antes de la citación con la demanda el vendedor adquiere el bien que se obligó a transferir<sup>7(29)</sup>.

Como se ve, la invalidación del contrato no puede operar automáticamente, pues si bien el transferente pecó al no haber dado a conocer la calidad y situación del bien, no es menos cierto que el adquirente también yerra al no actuar con la debida diligencia al no procurar enterarse de la situación real del bien.

Al respecto, se podría decir que tal tratamiento propuesto solo operaría cuando el silencio del transferente se presentara con despropósito, es decir, sin intención alguna. Empero, nosotros creemos que aun cuando el transferente callara intencionalmente sobre la calidad del bien, no estaríamos ante un estelionato, como se explicará líneas adelante.

En estos casos, el remedio siempre es civil –incluso puede serlo administrativamente–, debido a la asimetría informativa existente entre las partes. En mejores términos, el transferente está en mejor posición que el adquirente en conocer sobre el verdadero estado y calidad del bien, y es su deber de informar sobre ello. Pero, insistimos, también es exigible al adquirente una cuota mínima de cuidado y no presuponer a sus anchas que el bien es de propiedad del transferente.

De no ser cierto este razonamiento, muchas de las ventas que realizan diversas inmobiliarias serían ilegales. Así, ciertas empresas dan a conocer inmuebles ofertados y contactan posibles compradores. Aunque ellos aparecen como intermediarios, en la realidad son ellos quienes venden y compran los inmuebles sabiendo a ciencia cierta que ni son dueños ni pretenden serlo, y no por ello su actividad es ilegal, muy por el contrario facilitan el tráfico jurídico.

Nuestra posición al respecto, puede ser avalada –al menos parcialmente– por el tratamiento que da nuestro Código Civil al saneamiento

---

(29) Casación N° 2631-2005-Cusco.

por evicción, consistente en el saneamiento que se debe cuando el adquirente es privado del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de una resolución firme y por razón de un derecho de tercero anterior a la transferencia<sup>(30)</sup> (cfr. Castillo Freyre, 2010a, p. 157).

## **IX. TERCER SUPUESTO: EL TRANSFERENTE CONOCE LA CALIDAD DEL BIEN PERO TERGIVERSA LA INFORMACIÓN**

---

El supuesto que nos interesa para lograr el deslinde trazado hace referencia a que el transferente conoce perfectamente de la calidad y situación del bien, pero cuando realiza el contrato falsea los hechos y da a conocer una irrealidad al adquirente.

Esto es claro, pues, en nuestro Código Penal se estipula que el delito de estelionato se presenta cuando:

“Se vende o grava, **como bienes libres**, lo que son litigiosos o están embargados o gravados”.

Creemos que de una simple lectura –con un mínimo de detenimiento– nos podemos dar cuenta de lo que específicamente se sanciona.

Aquí hay un elemento objetivo contundente que diferencia este supuesto de los demás: se trata de contratar sobre bienes en litigio o afectados como si en realidad no lo estuvieran.

Es decir, el transferente asegura al acreedor que los bienes están libres de polvo y paja cuando en realidad pesa sobre ellos una carga que puede ser un gravamen, un embargo o que el mismo bien se encuentre en litigio.

A renglón seguido, en el mismo artículo se añade que el delito también se materializa cuando:

“Cuando se vende, grava o arrienda **como propios** los bienes ajenos”.

---

(30) Ver artículo 1491 del Código Civil.

Al igual que en el caso anterior, la redacción del artículo nos clarifica el panorama. Ahora se trata de vender o gravar o arrendar un bien ajeno –situación permitida por nuestra legislación civil– pero con el agregado de que se hace conocer al adquirente que el bien es propio.

El elemento sancionado por el Derecho Penal apunta al engaño que utiliza el transferente –no en callar sobre el estado real del bien– sino en inducir a error al adquirente haciéndole creer que el bien materia de la transferencia está libre de cargas o litigios, o que le pertenece al propio transferente, cuando en realidad no es así (cfr. Borda *á*pod Castillo Freyre, 2010a, p. 207).

En una sola palabra, el transferente hace creer al adquirente que el bien a transferirse es propio o es libre cuando en verdad no lo es.

## **X. EL LÍMITE ENTRE EL ESTELIONATO Y LA PERMISIÓN DE CONTRATAR SOBRE BIENES AJENOS, AFECTADOS, EMBARGADOS O LITIGIOSOS**

---

En breves palabras podemos decir que, en el primer supuesto el transferente da a conocer la real situación del bien, es decir, actúa positivamente. Aquí estamos ante una comisión activa correcta. Por ello el contrato es plenamente válido.

En el segundo caso, el transferente calla sobre la calidad del bien, es decir, actúa negativamente, por lo que nos enfrentamos a un actuar omisivo. Es claro que el adquirente no conozca la real situación del bien por lo que, al estar en una suerte de desventaja, goza de la alternativa de elegir entre dos opciones: o rescinde el contrato o exige el cumplimiento y ejecución de la obligación emergida.

Finalmente, en el tercer supuesto, el adquirente falsea la información sobre la real situación del bien. Aquí estamos, al igual que en el primer caso, ante una comisión activa, es decir el transferente actúa de modo efectivo, pero dicho accionar se torna en una actitud impostora, lo cual explica el motivo de la sanción prevista por nuestro Derecho Penal.

Afortunadamente en el Expediente N° 853-98 estos postulados se muestran con claridad:

“Que, si bien los demandados (anteriores propietarios) realizaron **la venta de bien ajeno como tal** cuyo instituto se encuentra regulado por el artículo 1539 del Código Civil; sin embargo, la **rescisión que contempla esta norma legal se encuentra intrínsecamente vinculado a los que celebraron el acto jurídico**, esto es comprador y vendedor, pero no se refiere al propietario del bien, que no intervino en el contrato y que por tal motivo está facultado para solicitar la nulidad **del acto de disposición, pues, lo que acontece** en este caso es que *se ha vendido como propio algo que es ajeno lo que ciertamente constituye un delito previsto y penado por el artículo 197, inciso 4 del Código Penal*”.

También es elocuente el fallo emitido en el Expediente N° 832-98:

Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que impone el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a dicho copropietario. Tratándose de bienes parcialmente ajenos, corresponde al comprador la opción, entre solicitar la rescisión del contrato, o la reducción del precio. El acto de adquisición efectuado por el comprador no se invalida por el solo hecho de que el transfiere (sic) del bien haya sido propietario de una parte de este, en razón que aquel puede hacerlo valer, por lo menos, en la parte que le correspondía al vendedor. No tiene la condición de precario si el contrato de compraventa constituye un título válido para poseer el predio de litis, máxime si no se encuentra probado que tal contrato haya sido dejado sin efecto o declarado su invalidez judicialmente.

Algo también se vislumbra en la Casación N° 718-99-Lambayeque:

La privación de su derecho de propiedad por acto de tercera persona, quien **sin autorización de aquel, lo enajena actuando y declarando ser propietario del bien ajeno**, configura principalmente la causal de nulidad prevista en el artículo doscientos diecinueve, inciso tercero del Código Civil vigente, además de la

prevista en el inciso primero del mismo artículo; toda vez (...) que es jurídicamente imposible, esto es, contrario al ordenamiento jurídico, que un tercero venda como propio un bien ajeno”.

Lo mismo se dice en la Casación N° 2988-99-Lima, donde además se ubica al estelionato como un supuesto de ilicitud:

“El concepto de fin ilícito en la doctrina peruana comprende tanto lo legal como lo moral y queda a criterio del Juez apreciar esta última, en el marco de las denominadas ‘buenas costumbres’ (...) casos en los cuales el ordenamiento jurídico no podría, sin contradecirse a sí mismo, asegurar al acto su propia validez y eficacia; ya que se trata de impedir que un contrato dé vida a determinadas relacionadas opuestas a las normas fundamentales del Estado (...) es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (*ius cogens*), especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal (...) **la venta como propio de bien ajeno está tipificada como delito de defraudación** en el artículo ciento noventa y siete (sic) inciso cuarto del Código Penal, acto ilícito conocido como estelionato”.

De modo similar ocurre en la Casación N° 530-01-Callao:

“Es nulo por ilícito el acto jurídico por el cual **se vende como propio un bien ajeno**”.

Por último tenemos a la Casación N° 3064-2003-Lambayeque donde se dijo:

“(...) la privación del derecho de propiedad (...) que sufre un persona sobre sus bienes por actos de terceras personas, quienes, **sin autorización de aquel, los enajenan actuando y declarando ser los propietarios de los bienes ajenos**, configura principalmente la causal de nulidad prevista en el inciso tercero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil; toda vez que es jurídicamente imposible, esto es, contrario al ordenamiento jurídico, que un tercero venda como propio un bien ajeno, pues tal conducta está tipificada como delito de estelionato”.



Para terminar con este acápite intentamos esbozar un cuadro resumen de lo anotado en este capítulo:

**CUADRO 4: SUPUESTOS ANTE UNA VENTA DE BIEN AJENO**

<b>SUPUESTO</b>	<b>MEDIDA</b>	<b>FUNDAMENTO LEGAL</b>
Comprador y vendedor conocen la ajenidad	Ninguna	1362, 1373, 1409 inc. 2, 1500 inc. 4, 1537, 1539 del CC.
Comprador no conoce de la ajenidad, y el comprador guarda silencio	Rescisión	1491, 1539 del CC.
Comprador engaña al vendedor acerca de la ajenidad del bien	Nulidad	V y 197 inc. 4 del CP.



# CAPÍTULO XI

## Acerca de los actos celebrados por un falso representante

### I. EL MODO DE SOLUCIÓN POSTULADO POR LA JUDICATURA

---

Conectado al tema anterior tenemos ahora el supuesto de un negocio jurídico celebrado por un falso representante. En nuestra Corte Suprema también se ha presentado el dilema ocasionado por la celebración de un acto jurídico por un falso representante, en donde el verdadero legitimado para celebrar el negocio jamás tuvo conocimiento al respecto y pidiendo la nulidad se dijo que en realidad su acto era solamente un supuesto de ineficacia.

En este caso, el basamento que utiliza nuestra judicatura es el artículo 161 del Código Civil que a la letra dice:

“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.

Para ello, además de las sentencias en casación que se analizan a continuación, se pueden ver, entre otras, a las sentencias

Nº 3777-2006-Lambayeque, Nº 621-2007-Piura, Nº 1208-2007-Lima, Nº 2425-2011-Lima Norte, y Nº 4933-2011-Lima<sup>(1)</sup>.

Todo el problema, como se mostrará líneas adelante, radica en la desatinada recepción del artículo 1398 del Código Civil italiano y en su funesta interpretación hecha al interior de la judicatura peruana.

En efecto, partiendo del anotado artículo 161 se concluye simplistamente que como el acto celebrado por el *falsus procuratore* es ineficaz “solamente” para el supuesto representado, será plenamente válido y eficaz para el falso representante y el tercero celebrante, pues en caso contrario se estaría convirtiendo al supuesto previsto en dicho artículo en un hipotético de nulidad.

Evidentemente, este modo de razonar es absolutamente equivocado.

Y el error se termina de cristalizar cuando verificamos la flagrante contradicción existente con, por ejemplo, lo vertido en la Casación Nº 818-98-Cusco:

“Disponiendo el artículo 161 del Código Civil la ineficacia de los actos jurídicos del representante, cuando se exceda de las facultades que se le hubiere conferido, la garantía hipotecaria resulta ineficaz y no se puede proceder al remate del inmueble de propiedad de los demandantes, (...) porque la apoderada estaba obligada a sujetarse a las instrucciones de sus mandantes y **los actores conservan la propiedad del bien sublitis, sin que se encuentre afectado por hipoteca**”.

Peor aún es la situación cuando contrariamente algunas casaciones estiman que el acto jurídico efectivamente deviene en nulo:

---

(1) En la antigua Casación Nº 381-2001-San Román, ya se vislumbraba esta errática solución: “(...) se aprecia que el Banco recurrente resulta siendo un tercero bajo los alcances del artículo 2014 del Código Civil, dado que no le resulta oponible aquello que no se encuentre inscrito; sin embargo, (...) al amparar el recurso de casación estableciendo que el recurrente es un tercero de buena fe registral, tal declaración no constituye un acto de conversión de los actos jurídicos que puedan estar viciados de nulidad (...) este tercero mantiene su adquisición, no perjudicándole la declaración judicial de nulidad de su transferente”. Por lo que se declaró fundada la nulidad del contrato de compraventa e improcedente la restitución del inmueble e improcedente la nulidad de constitución de hipoteca.

“(…) resulta nulo el acto jurídico por tener fin ilícito conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, pues el apoderado se ha extralimitado en sus facultades (...)”<sup>(2)</sup>.

“(…) el acto jurídico materia de la presente litis es nulo por carecer la parte vendedora del requisito de la manifestación de voluntad del propietario para enajenar el bien (...)”<sup>(3)</sup>.

Como vemos, tratándose de un representante que se excedió en sus facultades, se dijo que los efectos no podían perjudicar a los verdaderos propietarios, beneficiando al tercero. Si ello es así, nos parece que, con mayor razón, cuando se carece de facultades representativas, los efectos no debieran verificarse frente a los verdaderos propietarios, por beneficiar al tercero, como lo vienen haciendo nuestros magistrados supremos.

Con lo mostrado, previa una breve revisión de un soporte teórico necesario, vamos a proceder a analizar dos casos saltantes. Uno en donde el contrato celebrado refiere uno de naturaleza obligacional y otro que refiere un negocio de naturaleza real.

## **II. BREVE REVISIÓN TEÓRICA DE LA INEFICACIA NEGOCIAL**

---

### **1. Eficacia e ineficacia negocial**

El derecho objetivo en general, es decir, las normas jurídicas, han sido concebidas para alcanzar un efecto en la realidad social. Partiendo de que las normas no son sino reglas de conducta, las jurídicas también lo serán, por lo que estamos ante construcciones teleológicas, o sea, que persiguen un objetivo (Bunge, 1999, p. 389). El objetivo final de toda norma jurídica puede encerrarse en la justicia, en el orden público, en el bien común, en la tolerancia social, etc. Sin embargo, todas esas normas tienen una meta inmediata dependiendo de la materia que regulen.

---

(2) Casación N° 831-2002-Cusco.

(3) Casación N° 517-2002-Piura.

Ya hemos venido diciendo que los actos jurídicos no son sino una derivación del derecho objetivo –concedido inicialmente al legislador– a fin de que los particulares regulen sus propios intereses, pues no sería hacedera la dación de leyes específicas para cada sujeto individual (Tantaleán Odar, 2008, p. 136; cfr. Bobbio, 2013, p. 157).

Con lo anotado, todos los actos jurídicos apuntan siempre a una finalidad práctica en la vida social, es decir, a un resultado real amparado jurídicamente.

Y cuando el acto jurídico alcance los fines perseguidos, estaremos ante un negocio eficaz; claro está, hablando siempre de efectos jurídicos más que prácticos, o, si se prefiere, de efectos prácticos reconocidos jurídicamente. Por el contrario, cuando el acto no logre alcanzar el objetivo perseguido, estaremos ante un negocio ineficaz.

La ineficacia negocial es el tema que nos convoca en esta oportunidad, y ella ha sido dividida en diferentes modos de trabajo, entre los cuales vamos a recordar los que nos interesan para esta faena.

## **2. Ineficacia estructural e ineficacia funcional**

Sabiendo ya que un acto jurídico es ineficaz cuando no alcanza los objetivos perseguidos, para conocer si estamos ante una ineficacia estructural o funcional, tenemos que detenernos a evaluar la ubicación de la causal que origina dicha ineficacia.

Cuando la causa que origina la falta de surtimiento de efectos está en la estructura del acto, o sea, en su composición, estaremos ante una ineficacia estructural o intrínseca.

Como bien se puede entender, un acto mal constituido no podrá alcanzar los efectos perseguidos, tal y como se los esperaba conseguir, es decir, en la realidad práctica y con el correcto amparo del derecho objetivo.

Como ejemplos claros de ineficacia estructural, en la doctrina se ubican a los supuestos de nulidad y de anulabilidad negocial, pues sus hipotéticos abordan aspectos conformantes del negocio.

Entre tanto, la ineficacia funcional se materializa cuando la raíz de la ausencia de efectos se halla fuera de la composición del acto. Mejor dicho, se está ante un negocio correctamente estructurado, pero por un evento ajeno a su configuración, el negocio pierde la eficacia que tenía originalmente o la que se esperaba alcanzar. Por ello también se la conoce como ineficacia extrínseca.

Los ejemplos de ineficacia funcional son abundantes, y entre tales casos tenemos –según la Casación N° 526-2007-Lima– las modalidades negociales, la resolución, la rescisión, el mutuo consenso, la reversión, etc.

En fin, baste agregar que a la ineficacia estructural se la conoce, genéricamente como invalidez, mientras que a la ineficacia funcional se la concibe como ineficacia en sentido estricto y puro del término (Díez-Picazo, 2002, p. 457).

Nuestra Corte Suprema ha acogido positivamente esta postura doctrinaria:

“(…) debe considerarse que la doctrina nacional postula que la ineficacia (en sentido amplio) puede ser concebida de dos modos: a) la ineficacia estructural o intrínseca, que se refiere a la etapa de formación del acto jurídico y tiene lugar cuando existen defectos o vicios constitutivos que determinan su invalidez; y b) la ineficacia funcional, que se refiere a una etapa posterior a la formación del acto jurídico, y que por causas y circunstancias objetivas externas de carácter económico, social, moral, etc. –que están en relación directa con los intereses particulares de las partes–, la voluntad negocial decae y se extingue; deja de interesar una (sic) o ambas partes el negocio jurídico; siendo la nulidad y la anulabilidad supuestos de la ineficacia estructural, mientras que, por ejemplo, la revocación, la resolución y el mutuo disenso son supuestos de ineficacia funcional”<sup>(4)</sup>.

---

(4) Ver Casación N° 2092-2003-Huaura.

### **3. Ineficacia originaria e ineficacia sobrevenida**

Los supuestos de ineficacia pueden también ser divididos según el momento exacto en que se presenta la causal que origina la ausencia de efectos (Díez-Picazo, 2002, p. 461).

Cuando la causal se encuentra al inicio del acto se está ante supuestos de ineficacia originaria. Mientras que cuando el motivo se presenta ulteriormente a la aparición del negocio, se trata de una ineficacia sobrevenida o funcional.

Como bien se puede ver, usualmente los supuestos de ineficacia estructural coinciden con los de ineficacia originaria; mientras que los supuestos de ineficacia funcional suelen coincidir con los de ineficacia sobrevenida. Es por ello que en la literatura se suele encontrar identidad entre ambas clasificaciones (vide Taboada Córdova, 2002b, p. 29 y ss.).

No obstante, creemos que ello no es del todo cierto, pues sería ante todo, una mera coincidencia. Por ejemplo, la rescisión será un supuesto de ineficacia funcional pues el desperfecto que impide la aparición de los efectos se encuentra fuera de la estructura negocial, sin embargo, la causal se materializa al momento mismo de la celebración del acto, lo que la convierte en originaria, por lo que la rescisión sería un caso de ineficacia originaria pero funcional.

### **4. Ineficacia absoluta e ineficacia relativa**

La ineficacia negocial también puede ser dividida en absoluta o relativa según sea que la ausencia de efectos desplegados pueda ser opuesta ante todos o solamente ante algún grupo de sujetos.

Será ineficacia absoluta cuando la falta de surtimiento de efectos opere para todos. Si alguien la solicitase judicialmente podrá oponerla *erga omnes* en caso de ampararse su pretensión (Díez-Picazo, 2002, p. 461).

Entre tanto, existen supuestos de ineficacia relativa que no es otra que aquella que, una vez acontecida, puede ser opuesta únicamente ante uno o algunos sujetos predeterminados. Es decir, el negocio será eficaz para algunos e ineficaz para otros (Díez-Picazo, 2002, p. 461).



La mayoría de los supuestos de ineficacia están comprendidos en la absoluta, mientras que algunas pocas excepciones se ubican en la ineficacia relativa, también conocida como inoponibilidad. Entre estas tenemos, por ejemplo, a la obtenida por una acción pauliana<sup>(5)</sup> o también el caso del matrimonio putativo con respecto al cónyuge de buena fe y a los hijos<sup>(6)</sup> (Torres Vásquez, 2001a, pp. 668-669).

### **III. EL TRATAMIENTO DEL FALSO REPRESENTANTE EN EL CÓDIGO CIVIL**

---

Sabido es que el acto jurídico puede ser celebrado por un representante<sup>(7)</sup> cuando de por medio ha existido el acto de apoderamiento, es decir, aquel por el cual el representado le concede el poder de actuar al representante.

También se conoce que en un negocio efectuado vía representación existen hasta dos actos: el apoderamiento, celebrado entre el representado y el representante a efectos de concederle el poder correspondiente para actuar; y el acto representativo, que es el que celebra el representante frente a los terceros y que se espera sea desplegado dentro de los límites conferidos por el poderdante.

Ahora bien, cuando el acto jurídico se celebra dentro de los límites de las facultades conferidas por el poderdante, los efectos negociales inciden directamente respecto del representado<sup>(8)</sup>.

Con lo dicho ingresamos a estudiar los supuestos en los cuales los actos del representante devienen en ineficaces al menos respecto del representado. Tales supuestos son tres: el exceso de facultades, la violación de facultades y la falsa representación, y se encuentran previstos en el artículo 161 del Código Civil.

---

(5) Ver artículo 195 del Código Civil.

(6) Ver artículo 284 del Código Civil.

(7) Ver artículo 145 del Código Civil.

(8) Ver artículo 160 del Código Civil.

En el caso del exceso de facultades, el representante se extralimita y va más allá del ámbito conferido por el representado. En la violación de facultades, en cambio, se manifiesta un abuso en la representación, donde el representante persigue fines incompatibles con los del representado. Finalmente, en la falsa delegación no existe la relación jurídica de representación, lo que no quiere decir sino que el acto de apoderamiento no es real, por lo que se está ante un pseudo representante.

En los tres casos, partiendo de una interpretación simple del artículo 161, aparentemente el acto jurídico final o representativo cuenta con ineficacia relativa, es decir, será plenamente eficaz entre el representante y el tercero, mientras que será ineficaz solamente frente al representado.

Ahora bien, nos parece que gran parte de la confusión radica en la inadecuada correlación que se hace entre algunos tipos de ineficacias y la nulidad y anulabilidad negociales.

Para hablar de nulidad o anulabilidad es necesario estar ante una ineficacia estructural, originaria y absoluta, a la vez. Es decir, tiene que tratarse de un supuesto que cumpla con los tres tipos de ineficacia.

El error, como venimos diciendo, se encuentra en que para algún sector basta con que la ineficacia sea estructural, originaria o absoluta –cualquiera de las tres– y automáticamente se la asocia con la nulidad o anulabilidad, lo cual es incorrecto.

Por ejemplo, como ya se anticipó, la rescisión es un supuesto de ineficacia originaria, pero no es causal de nulidad ni de anulabilidad.

#### **IV. ¿EL SUPUESTO DEL FALSO REPRESENTANTE ES DE INEFICACIA ABSOLUTA O RELATIVA?**

---

El supuesto del *falsus procuratore* es un caso de ineficacia funcional, no lo es de ineficacia estructural, porque el defecto no está en la construcción del acto jurídico. Es lo mismo que sucede para el caso de la disposición de bienes ajenos. Por ello es que no podemos hablar propiamente de un negocio jurídico nulo.

Es un caso de **ineficacia originaria**, porque el defecto se presenta en el mismo momento de la celebración del acto jurídico<sup>(9)</sup>.

La pregunta, por cierto no tan sencilla de resolver, es si el supuesto regulado por el artículo 161 del Código Civil se refiere a un caso de ineficacia relativa o absoluta.

Se ha dicho que el caso regulado en el artículo 161 contiene un supuesto de ineficacia absoluta, es decir, el acto celebrado por el aparente representante no surtirá efectos ni ante el supuesto representado, ni ante el tercero, ni ante el falso representante (Fernández Bocanegra, 2014).

Respalda esta postura Massimo Bianca (ápuđ Delgado Pérez, 2013, p. 82) para quien la falta de poder de representación el contrato no es eficaz ni respecto del representado ni respecto del representante, como tampoco del tercero contratante.

Ciertamente, el profesor Lohmann (1994, p. 214) asevera que el negocio celebrado por el falso procurador es ineficaz para el representado en tanto no lo ratifique. Pero agrega que para el tercero, aunque el artículo 161 no lo exprese, también será ineficaz si el poder o las facultades alegadas eran falsas, es decir, cuando faltaba poder o el representante se extralimitó. E insiste en que el artículo no permite que, si se declara la ineficacia, subsista el negocio entre el representante y el tercero, debiendo el acto decaer por entero.

Aunque no parece faltar razón a este modo de entender, para nosotros la falsa representación recae en una ineficacia relativa, como se mostrará más adelante. Pero el concebir que la ineficacia generada por el *falsus procuratore* refiere un hipotético de ineficacia relativa, es decir, solo oponible al aparente representado, o decir que nos enfrente a una ineficacia absoluta, nos conlleva a similares resultados, siempre acordes a la justicia.

---

(9) Para Vincenzo Roppo (ápuđ Fernández Bocanegra, 2014, p. 70), los supuestos de ineficacia originaria abarcan al acto nulo, al anulable, al sometido a una condición suspensiva y al celebrado por el falso representante.

## V. LA DESATINADA RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1398 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

---

El artículo 161 de nuestro Código Civil tomó como modelo al artículo 1398 del Código Civil italiano. Sin embargo, este acogimiento no fue del todo acertado, lo que devino luego en interpretaciones nefastas como las mostradas al inicio y al final de este capítulo.

Si recordamos, nuestro artículo 161 prescribe:

“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.

Mientras tanto el artículo 1398 del Código Civil italiano<sup>(10)</sup> refiere que:

“Aquel que ha contratado con un representante, que no cuenta con poder o que se ha excedido en los límites de las facultades conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato”.

Es evidente, entonces, la diferencia de calidad de redacción con nuestro artículo 161.

El texto del artículo 1398 del *Codice Civile* descarta por completo toda consecuencia nociva para la esfera jurídica del supuesto representado. Así, el acto es absolutamente ineficaz porque el falso procurador no contaba con la legitimidad suficiente para contratar con el tercero (Fernández Bocanegra, 2014, p. 72).

---

(10) “Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facultà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto” (Disponible en: <[http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:IT+content\\_type:6+source:2418/codice+civile/vid/41302168](http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:IT+content_type:6+source:2418/codice+civile/vid/41302168)>).

En efecto, si se lee con detenimiento, queda en claro que en un caso como este, el único responsable ante el tercero es el falso representante. El aparente representado es un ajeno a esta relación, por tanto no puede verse afectado. La disposición es clara, y un mínimo de sentido de justicia así lo determina. Y justamente por ello es que se habla de que el negocio es ineficaz ante el supuesto poderdante.

Por ello coincidimos en que no cabe posibilidad alguna de que el presunto representado incurra en responsabilidad alguna, por lo que su patrimonio no puede verse afectado en lo más mínimo, ni siquiera para resarcir los daños generados al tercero (Fernández Bocanegra 2014, 73).

## **VI. CONSECUENCIAS DE LA FALSA REPRESENTACIÓN**

---

La pregunta que surge al evaluar estos casos es ¿por qué motivo el negocio donde actúa un falso procurador no deviene en nulo, pues se puede alegar falta de manifestación de voluntad, y hasta ilicitud en la causa y el objeto?

Pues bien, el principal motivo por el que un acto celebrado por un falso representante no deviene en inválido radica en que tal negocio puede ser ratificado ulteriormente por el representado, si le conviene, a fin de que surta efectos retroactivamente, tal y como lo manda el artículo 162 del Código Civil y como ha sido corroborado por nuestra Corte Suprema<sup>(11)</sup>. Evidentemente, si asumimos estar ante un supuesto de nulidad, este negocio jamás podría ser ratificado.

Pero además, y por lo dicho, este negocio no contiene algún defecto en su estructura, por lo que no es posible hablar en estricto de nulidad; y justamente por ello es que es susceptible de ratificación. Es decir, el supuesto no encaja en alguna de las causales previstas en el artículo 219 (ver Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 214).

Pero y si no es susceptible de nulidad, ¿qué puede hacer el verdadero propietario ante una situación como la que evaluamos en esta trabajo?

---

(11) Ver Casación N° 2021-97-Lima.

Nuestra Corte Suprema ha dicho –a nuestro criterio erradamente– que los actos celebrados excediendo o violando facultades o con falsa representación, desde que pueden ser ratificados, serían susceptibles de anulabilidad, mas no de nulidad<sup>(12)</sup>.

Esta aseveración es desacertada toda vez que se asimila a la ratificación con la confirmación negocial, lo cual es incorrecto. Además, bastaría revisar las causales previstas en el artículo 221 para corroborar que un acto celebrado por un falso apoderado no encaja en alguno de los supuestos estipulados para los negocios anulables (ver Lohmann Luca de Tena, 1994, p. 214).

Por consiguiente, el tratamiento consiste en que celebrado el acto jurídico por un falso delegado, este se responsabiliza frente al tercero por su actuación, de tal manera que el tercero tiene la posibilidad de exigirle forzosamente el cumplimiento de lo pactado, o ejecutar la prestación por cuenta del deudor, o dejar sin efecto el vínculo generado, con el agregado de la indemnización respectiva por los daños y perjuicios irrogados<sup>(13)</sup>. Por ello decimos que estamos ante un supuesto de ineficacia relativa, pues para el tercero y el pseudo delegado el acto sí tendría eficacia.

Así, verbigracia, si un falso representante vendiera un inmueble ajeno, tal compraventa devendría en ineficaz respecto del verdadero propietario. Para él, el bien sigue siendo de su propiedad. Pero el pseudomandatario tendrá que responder ante el tercero comprador conforme a las normas previstas en los artículos 1537 y 1470, 1471 y 1472 del Código Civil, que nos refieren la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Es decir, el falso procurador deberá hacer todo lo posible para que el bien ajeno sea trasladado de los propietarios verdaderos al tercero comprador. Ello explica también por qué el acto puede ser ratificado por el verdadero dueño. Y en el caso en que el aparente comisionado incumpla, el comprador tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento del traspaso de la propiedad<sup>(14)</sup> (si es que el falso representante convence al verdadero

---

(12) Ver Casaciones N° 738-99-Cañete, 926-2000-Lima y 682-2002-Chincha.

(13) Los artículos pertinentes serían 1138, 1150 y 1158, según si la prestación generada sea de dar, hacer o no hacer.

(14) Ver artículo 1538 del Código Civil.

propietario) o dejar sin efecto el pacto y la consecuente obligación<sup>(15)</sup>, y en ambos casos, además, la correspondiente indemnización<sup>(16)</sup>.

Entre tanto, el propietario original no se verá perjudicado en su derecho.

Por consiguiente, nuestra judicatura se equivoca al creer que ante un caso como este el acto es ineficaz ante el aparente representado, pero plenamente válido y eficaz para el tercero y el falso representante.

O dicho más técnicamente, el negocio sí sería eficaz entre el tercero y el falso representante, pero como no puede afectar al aparente poderdante, el único responsable es y debe ser el falso delegado, sin afectar en lo más mínimo al aparente delegante o a su patrimonio.

Además, el ficticio autorizador no sería responsable civilmente porque técnicamente no le es aplicable ningún factor atributivo, por lo que no tendría por qué afectarse su esfera patrimonial (Fernández Bocanegra, 2014, p. 74)<sup>(17)</sup>.

Por lo dicho, es también inaudito decir que el *falsus procuratore* no responderá ante el tercero porque el artículo 161 no contiene ese supuesto en el segundo párrafo.

Si bien el legislador erró gravemente al colocar el caso del falso representante en un párrafo independiente, es peor interpretar que por esa ubicación no le alcanza responsabilidad alguna al pseudo delegado. Una lectura detenida, armónica y conocedora de los antecedentes nos lleva al resultado contrario. Pensar de modo distinto, es mutilar y desnaturalizar la regulación prevista para estos casos.

---

(15) Ver artículo 1541 del Código Civil.

(16) Ver artículos 1318 al 1321 del Código Civil.

(17) Es menester indicar que para Lohmann (1994, p. 214) la ineficacia no puede ser invocada por la parte negligente, que bien podría ser el representado, si con sus conductas permitió que el tercero confiase en el falso representante, lo cual nos encamina a un supuesto de culpa.

## VII. EL CASO DEL CONTRATO OBLIGACIONAL: CASACIÓN N° 1135-2013-LIMA

---

### 1. Antecedentes y solución judicial

En este caso el señor Edwin Alexander Aranda Abad dijo ser representante del señor Nicéforo Alfredo Belzaurri Álvarez, cuando en realidad no lo era. Y con esta supuesta representación celebró un contrato de compraventa de un inmueble de propiedad del señor Belzaurri, con doña Nelly Libertad Salas Melo.

El señor Belzaurri demandó la ineficacia del acto jurídico contra el falso delegado Edwin Aranda y la tercera Nelly Salas, por cuanto evidentemente el bien era de su propiedad y el señor Aranda no contaba con poder alguno para tal acto en la fecha en que se celebró el negocio.

En la primera instancia el juez de la causa declara fundada la demanda decretando que la compraventa es ineficaz respecto del señor Belzaurri, pero desestima la pretensión de restitución de la titularidad del inmueble basado absurdamente en que el acto jurídico es ineficaz únicamente y exclusivamente respecto al demandante, no siendo oponible frente a terceros.

En la misma sofisticada senda, la Sala Superior declaró fundada la demanda también decretando que el acto de compraventa era ineficaz en la esfera jurídica del señor Belzaurri, pero no frente a terceros:

“(…) de manera tal que para los demás, el acto jurídico de traslación de dominio es perfecto y no puede generar la restitución de la propiedad”.

La Corte Suprema hace bien en definir que el tema en debate consiste en establecer si es que como consecuencia de la declaración de ineficacia de la compraventa corresponde o no ordenar la restitución de la propiedad el bien objeto del acto ineficaz. Pero al declarar infundado el recurso se visualizan múltiples y groseros errores:

“El hecho de que la decisión sea contraria a los intereses del recurrente o que este no concuerde con los argumentos esbozados



por el órgano jurisdiccional no implica la existencia de un defecto en la motivación (...). Según nuestro ordenamiento jurídico, el acto jurídico por el '*falsus procurator*' se encuentra sancionado con ineficacia respecto al falso representado, y no con nulidad absoluta, entendiéndose que **dichas categorías de invalidez** del acto jurídico difieren una de la otra.

Aquí la Sala, luego de una penosa introducción, coloca absurdamente a la ineficacia por falsa representación como un supuesto de invalidez negocial junto a la nulidad.

“En primer término, **la nulidad absoluta implica la existencia de un defecto intrínseco** en la etapa de formación del acto jurídico, por lo que, ante un vicio de gran magnitud, el acto jurídico viciado no es capaz de generar efecto alguno, ni entre los intervinientes ni frente a terceros”.

Aquí, la Sala se descarrila al asimilar simplistamente que toda ineficacia absoluta necesariamente refiere la nulidad, o más exactamente que la ineficacia absoluta es lo mismo que la ineficacia estructural o intrínseca. Ello no siempre es así. Por ejemplo, un acto jurídico con condición suspensiva es un supuesto de ineficacia absoluta, pero no de ineficacia estructural o intrínseca.

“Empero, la ineficacia que prevé el artículo 161 del Código Civil implica que el acto jurídico únicamente **no tendrá validez** en determinadas circunstancias y frente a determinadas personas, mas, frente a otras desplegará todos sus efectos. Es así que, **como menciona expresamente la norma in comento**, el acto jurídico celebrado sin representación o con defecto de representación no tendrá efectos frente al perjudicado (entiéndase, el falso representado o aquel cuya representación fue excedida), pero **sí podrá surtir efectos frente a terceros**, porque en cuanto a su constitución, el acto jurídico es perfecto el **no contener ningún vicio** en la formación de la voluntad, sin embargo, **existe un defecto** en la legitimación representativa que **genera su invalidez** frente a aquella persona falsamente representada”.

Aquí, además de confundirse las nociones de invalidez e ineficacia, brota una interrogante: ¿en qué lugar la norma dice expresamente que este acto sí podrá surtir efectos frente a terceros? Del hecho de que el artículo 161 prescriba que el acto jurídico celebrado bajo estos supuestos es ineficaz con relación al representado, no se sigue ineluctablemente que sí es eficaz para todo el mundo.

Y si se dice que es un acto que no tiene vicio alguno, cómo luego se habla de que sí tiene un defecto.

Pero continúa:

“Esta regla debe ser aplicada incluso al tercero que intervino en el acto jurídico, pues, el tercero puede obrar con desconocimiento del vicio de representación (...) el tercero puede obrar de buena fe”.

¿Y por el actuar de buena fe del contratante se tiene que afectar a alguien que jamás tuvo conocimiento de la representación? ¿Acaso el aparente delegante actuó de mala fe?

Y se corona el pésimo razonar:

**“(...) el demandante pretende que se le restituya la propiedad del inmueble enajenado por el *falsus procurator* (...) es evidente que dicha pretensión es improcedente porque se estaría generando una inoponibilidad *erga omnes* de la ineficacia declarada (...) lo que es ajeno y contrario a la *ratio legis* del artículo 161 del Código Civil que, como ya se ha mencionado, prescribe que el acto es ineficaz únicamente frente al ‘falso representado’. De estimar la pretensión del demandante, se estaría rebasando el terreno de la ineficacia del acto jurídico e ingresando al campo de la nulidad del acto jurídico”.**

Sin mayores comentarios.

## 2. Propuesta de solución

Para este caso, después de todo lo mostrado en la parte primera de este capítulo, tenemos que el asunto se soluciona de modo llano si se parte de concebir al supuesto del falso representante como uno de ineficacia absoluta. De modo tal que el acto celebrado no generaría efecto alguno ni para el representante falso, ni para el tercero, ni mucho menos para el aparente poderdante. Y si el tercero fuese perjudicado, podría reclamar la indemnización del pseudodelegado.

Pero si se quiere trabajar con el supuesto de ineficacia relativa, asumiendo que el acto es ineficaz solamente para el aparente representado, el tratamiento consiste en que celebrado el acto jurídico por el falso delegado, este se responsabiliza frente al tercero por su actuación, de tal manera que el tercero tiene la posibilidad de exigirle forzosamente el cumplimiento de lo pactado (lo cual no será viable si es que el verdadero propietario no quiere transferir su bien), o ejecutar la prestación por cuenta del deudor, o dejar sin efecto el vínculo generado, con el agregado de la indemnización respectiva por los daños y perjuicios irrogados.

Avala esta postura lo preceptuado en el artículo 1363 del Código Civil reconocido en la Casación N° 3312-98-Tacna:

“Al tercero civil, que no ha intervenido en la celebración de un determinado acto jurídico, no tiene por qué afectarle las consecuencias que se deriven de este conforme a lo previsto en el artículo 1363 del Código Civil y tiene para defenderse de los efectos de los contratos en los que no ha participado, los medios que le otorga el derecho común (...)”.

No debemos olvidar que para nosotros la compraventa y casi todos nuestros contratos generan efectos meramente obligacionales, no reales. Por tanto, el tercero no tiene derecho real alguno sobre el inmueble, únicamente tiene un derecho personal contra el *falsus procuratore*, de modo tal que si este no puede cumplir la prestación, queda siempre latente la posibilidad de la indemnización.

Es exactamente lo mismo que acontece en la concurrencia de acreedores y en la venta de bien ajeno.

## VIII. ¿Y EL CASO DEL CONTRATO REAL?: ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 526-2007-LIMA

---

### 1. Reminiscencia de los hechos

Doña María Cobos Angulo y su cónyuge son dueños de un inmueble, el cual fue hipotecado a favor del Banco Wiese por parte de Jorge Wuilfredo Salinas Coaguila, hacia el 21 de noviembre de 1997.

Para lograr tal hipoteca, el señor Salinas falsificó las firmas de los verdaderos propietarios, a efectos de contar con un falso poder para disponer del bien, siendo que la falsedad de las firmas ha quedado corroborada, por lo que debemos entender que el señor Salinas no es un verdadero representante de doña María Cobos y de su cónyuge.

La pareja perjudicada accionó la nulidad del poder por la causal prescrita en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil consistente en la falta de manifestación del agente, lo que fue corroborado por una sentencia civil consentida y ejecutoriada.

Con este fallo a su favor, María Cobos Angulo demandó nulidad del acto jurídico contra Jorge Wuilfredo Salinas Coaguila y el Banco Wiese respecto del acto de hipoteca del bien de su propiedad. Y el sustento de dicha pretensión, en esencia, consistió nuevamente en la falta de manifestación de voluntad de los verdaderos propietarios, ya que el poder había sido declarado espurio.

La demanda fue declarada infundada en primera instancia, dado que el juzgador entendió que se estaría ante una ineficacia negocial en sentido estricto, antes que frente a una invalidez de acto jurídico, todo ello sobre el mandato estipulado en el artículo 161 del Código Civil.

Ante la apelación hecha por la afectada, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 29 de agosto de 2006, confirmó la sentencia primigenia.

Con lo dicho, doña María Cobos Angulo, a través de su representante Nancy Orihuela Cobos interpuso recurso de casación.

## 2. El recurso de casación

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución del 17 de julio de 2007, por las causales previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil.

Allí se denunció la aplicación indebida del artículo 161 del Código Civil, pues se entiende que el ad quem aplicó indebidamente tal disposición, ya que con ello presumiría que la recurrente y su cónyuge facultaron al falso procurador, quien presumiblemente, a mérito de dicho artículo, se habría excedido en las supuestas facultades otorgadas.

Para la impugnante el mencionado artículo 161 no resulta de aplicación a los hechos, pues, pese a estar frente a un *falsus procurator*, se entiende que los verdaderos propietarios jamás dieron a conocer su voluntad sobre gravar el bien, por lo que se estaría ante un acto jurídico nulo, razón por la cual la norma aplicable es el artículo 140 del Código Civil donde se consagra que la esencia del acto jurídico es la manifestación de voluntad, situación que no habría acontecido en el presente caso. En tal sentido, se denuncia también la inaplicación del inciso 1 del artículo 219 del código material.

Consecuentemente, la Sala estima que para poder solucionar el caso se debe determinar si es sancionable con nulidad o ineficacia el acto jurídico contenido en la Escritura Pública de garantía hipotecaria y restricción contractual de fecha 21 de noviembre de 1997, otorgado a favor del Banco Wiese por parte del representante Jorge Wuilfredo Salinas Coaguila a nombre de María Cobos Angulo, cuyo poder ha sido declarado nulo, así como la inscripción registral por haberse falsificado su firma.

## 3. Los serios riesgos de la sentencia

En este caso, partiendo de que los perjudicados jamás realizaron apoderamiento alguno, o sea, delegación de poder al señor Salinas, es evidente que el negocio celebrado por este último, no tendrá –o no debería tener– efectos sobre los verdaderos propietarios del bien gravado.

Como ya adelantamos, el tratamiento para el caso de un falso representante consiste en que celebrado el acto jurídico por un falso delegado, este se responsabiliza frente al tercero por su actuación, de tal manera

que este tercero contratante tiene la posibilidad de exigirle forzosamente el cumplimiento de lo pactado, o ejecutar la prestación por cuenta del deudor, o dejar sin efecto el vínculo generado, con el agregado de la indemnización respectiva por los daños y perjuicios irrogados.

En nuestro caso, al estar ante a un *falsus procurator*, el acto celebrado entre el señor Salinas y el Banco Wiese será eficaz entre ellos, mientras que la constitución de hipoteca no tendría ningún efecto frente a doña María Cobos Angulo y su cónyuge, dueños del inmueble gravado.

Ad empero, todo este razonamiento es sencillo de aplicación cuando estamos ante actos jurídicos generadores de relaciones jurídicas como suelen serlo la casi totalidad de negocios regulados en el código.

Es decir, sabiendo que el acto jurídico genera relaciones jurídicas<sup>(18)</sup>, y en el caso de los contratos lo que se generan son obligaciones —que no son sino relaciones jurídicas intersubjetivas con contenido patrimonial<sup>(19)</sup> donde el deudor queda compelido a satisfacer al acreedor según sea la prestación generada por el contrato— la solución propuesta es de fácil verificación.

Empero, en el caso en estudio estamos ante un acto jurídico que no genera obligaciones en sentido estricto, pues recuérdese que el acto cuestionado es el de una garantía hipotecaria.

En esa dirección, la hipoteca —ha dicho nuestra Corte Suprema— es un acto jurídico sustantivo que crea un derecho real de garantía que se constituye para respaldar obligaciones propias o de terceros<sup>(20)</sup>.

Es decir, que, a diferencia de lo dicho en el rubro anterior, el asunto aquí se complica porque el negocio jurídico no genera obligaciones sino que genera directamente un derecho real sobre el bien gravado.

---

(18) Ver artículo 140 del Código Civil.

(19) Ver artículo 1351 del Código Civil.

(20) Ver Casación N° 3400-2001-La Libertad en Jurista Editores, 2008, p. 262.

Y lo lamentable es que este derecho real generado por un acto jurídico concede al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado<sup>(21)</sup>.

Con las consideraciones expuestas en el texto resolutivo, la actual sentencia deja abierta la posibilidad de que la entidad bancaria ejecute un bien que ha garantizado la deuda de un ajeno. O dicho en mejores términos, con este fallo cualquier sujeto podrá atribuirse poderes de un desconocido, obteniendo un préstamo e hipotecando un bien totalmente ajeno sobre la base de un falso poder, sabiendo que la hipoteca, al ser un derecho real, persigue directamente al bien sin interesar en manos de quien se encuentre, con lo que se verían beneficiados sujetos inescrupulosos, perjudicando a terceros que tranquilamente pueden desconocer acerca de la situación real de su bien.

Por consiguiente, esta resolución contiene un grosero error, pues deja abierta una puerta que favorecería grandemente actitudes ilícitas y contrarias al orden público, en perjuicio de sujetos que ni siquiera tienen conocimiento de que su propiedad está siendo gravada.

Entre tanto, en un expediente anterior, en un caso idéntico, se resolvió absolutamente de modo distinto:

“Es **nulo** el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por el que uno de los cónyuges hipoteca un inmueble que tiene el carácter de bien social por haber sido adquirido dentro del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge”<sup>(22)</sup>.

Algo más, en el fallo se afirma que al no ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil, corresponde dejarse a salvo el derecho de la accionante para que lo haga valer en el modo y forma en que crea o considere pertinente.

Con esta afirmación, si uno piensa con detenimiento, pareciera que lo que se quiere decir es que habría que esperar a que el falso representante

---

(21) Ver artículo 1097 del Código Civil.

(22) Expediente N° 1071-95. Sala Civil Suprema.

pague la deuda al banco para recién proceder a desafectar el bien, situación que penosamente se torna en utópica.

Y en caso contrario, o sea, si el aparente delegado no honrara la deuda, habría que esperar a la ejecución del bien hipotecado para interponer una tercería de dominio, bajo el amparo de los artículos 533 y siguientes del Código Procesal Civil. Ante lo cual, evidentemente, mantener en situación de suspenso a un propietario que jamás gravó su bien, es atentar contra los fines que el derecho propugna y con los valores que lo sostienen.

#### 4. ¿Cuál debió ser la solución del caso?

Si la salida estipulada en la sentencia no es la más idónea, pues no deja de ser manifiestamente peligrosa, es necesario ubicar una propuesta para resolver el caso en cuestión.

Estimamos que la solución la podemos encontrar en el artículo 1099 del Código Civil donde se consagran los requisitos de validez de la hipoteca.

En efecto, para que una hipoteca tenga validez se requiere, entre otros aspectos, que la afectación del bien sea hecha por el propietario<sup>(23)</sup> del bien o por quien esté **autorizado para ese efecto conforme a ley**, cosa que no sucede en el presente caso.

Como bien se ha venido percibiendo, en el expediente sub examine la hipoteca la constituye un falso representante, ergo, al no afectarse el bien por el verdadero propietario, y no teniendo el pseudoprocurador facultades para hacerlo, la hipoteca deviene en inválida.

Pero hay que recalcar que esa invalidez obedece no tanto a la falta de manifestación de voluntad del agente, ya que el delegado aparente sí ha

---

(23) Se ha dicho que cuando se refiere al propietario se alude realmente al “propietario inscrito”, o sea, al titular registral, ello por cuanto la hipoteca requiere de inscripción, pues en caso contrario sería imposible la constitución de la garantía. Con ello –se afirma– se podría solucionar la controversia generada entre los artículos 949, 1099 y 2022 que se suscita cuando un propietario dispone de su inmueble y luego –una vez vendido– lo hipoteca, perjudicando al nuevo propietario no inscrito, pero también afectando al beneficiado con la hipoteca que actuó a base de la publicidad registral (Santa Cruz Vera, 2014, pp. 15-21).



manifestado su voluntad, y tampoco obedece a supuestos de ilicitud, sino más bien a que la hipoteca, como acto jurídico especial y de alto riesgo, requiere de algunos requisitos especiales, y de los cuales uno no se verifica en el presente caso.

En definitiva, para que una hipoteca goce de validez es indispensable que la afectación sea hecha por el verdadero propietario o quien tenga reales facultades para hacerlo, en caso contrario la constitución será inválida, tal y como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, sabiendo que la nulidad, cuando es manifiesta, puede ser decretada de oficio por el juzgador<sup>(24)</sup>, y que, además, el magistrado está en el deber de aplicar el derecho correcto aunque no haya sido invocado por la parte o lo haya sido erróneamente<sup>(25)</sup>, la Sala Suprema debió declarar la nulidad del acto jurídico sustantivo constitutivo de la hipoteca. Lamentablemente no lo hizo.

Por último, sabiendo que la hipoteca es un acto accesorio, declarada su invalidez, el negocio que le da pie –como suele ser un préstamo bancario o, en estricto, un mutuo– permanece intacto, por lo que el *falsus procurator* queda sujeto a la devolución o pago del monto dado en préstamo. En una palabra, el negocio principal, como es el préstamo bancario, sería plenamente eficaz entre el representante espurio y la entidad bancaria, mientras que la garantía hipotecaria, perdería su validez al no estar constituida por el verdadero propietario o por quien debía contar con facultades para ello.

Evidentemente todos estos postulados se simplifican si es que nos ponemos de acuerdo en que el caso del falso representante genera un supuesto de ineficacia absoluta, y solo daría lugar a la indemnización del caso por parte del falso delegado ante el tercero perjudicado.

## **IX. OTRAS “SOLUCIONES” JUDICIALES PROPUESTAS**

---

Para cerrar este capítulo, aunque estimamos meridianamente resuelto el tema, es lamentable decir que nuestra Corte Suprema ha seguido

---

(24) Ver artículo 220 del Código Civil.

(25) Ver artículo VII del Código Procesal Civil.

complicando el asunto, pues en diversos fallos se siguen confundiendo gruesamente las instituciones jurídicas.

Sin mayor ánimo de adentrarnos profundamente tenemos que, por ejemplo, en un caso similar al haberse establecido que fue determinante para la celebración del contrato el haber atribuido a una de las partes una cualidad que no tenía (en este caso el ser la propietaria del bien materia del contrato) se declaró que en puridad estábamos ante un error esencial y, por lo tanto, ante un acto jurídico anulable<sup>(26)</sup>.

Por su parte, en otro grupo de casaciones se confunde la ineficacia representativa con la anulabilidad:

“El artículo 162 del Código Civil 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 el nulo no puede ser ratificado”<sup>(27)</sup>.

“(…) el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable (…)”<sup>(28)</sup>.

“En el presente caso nos encontramos ante el supuesto de un representante que habría celebrado un acto jurídico excediendo las facultades que le fueron conferidas, lo que da lugar a solicitar la ineficacia del acto jurídico, siendo posible impugnarlo únicamente alegando la causal de anulabilidad de este por quien resultare directamente perjudicado, es decir, por el representado, según lo informa el artículo 161 del Código civil”<sup>(29)</sup>.

“(…) el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido o violándolas (….) comporta la nulidad relativa o anulabilidad del mismo (….) el acto anulado puede ser confirmado (….)”<sup>(30)</sup>.

---

(26) Casación N° 1793-1998-Lima.

(27) Casación N° 2192-97-Chimbote.

(28) Casación N° 738-99-Cañete.

(29) Casación N° 682-2002-Chincha.

(30) Casación N° 178-2004-Lima.

“(...) el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable (...)”<sup>(31)</sup>.

“(...) un acto jurídico celebrado por su representante excediendo de las facultades que le confirió, lo que está sancionado con la ineficacia, conforme lo establece nuestro ordenamiento sustantivo en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador, cuya sanción es solo la anulabilidad del acto jurídico (...)”<sup>(32)</sup>.

En un caso final donde se acreditó la falta de consentimiento de la vendedora al no haber intervenido en el acto por suplantación de su huella digital, se determinó inexplicablemente que estábamos ante un acto jurídico nulo por simulación y que, peor todavía, por un actuar posterior de la demandante se habría confirmado el acto inicialmente inválido<sup>(33)</sup>.

## **X. UN TEMA FINAL: EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LA INEFICACIA NEGOCIAL**

---

Sin discutir ya a fondo el tratamiento del falso representante, un tema que también ha generado controversia en la Corte Suprema es el referido al decurso prescriptorio para los casos de ineficacia de acto jurídico, bajo estos supuestos.

En la Casación N° 1227-2012-Lima de modo bien argumentado y contundente se afirmó que el plazo de prescripción era el de dos años:

(...) el punto controvertido consistía en determinar en cuánto tiempo prescribe la ineficacia del acto jurídico. (...) El Código Civil no regula expresamente el plazo prescriptorio para los actos jurídicos ineficaces, salvo en los que se refiere a la acción pauliana, cuyo plazo de prescripción es de dos años, conforme señala el artículo 2001, inciso 4 del referido cuerpo legal.

---

(31) Casación N° 2830-2003-Cajamarca.

(32) Casación N° 1073-2004-Callao. Ver en similar sentido para el exceso de facultades la Casación N° 926-2000-Lima.

(33) Expediente N° 968-95-Lima.

(...) el ordenamiento legal no admite vacíos, ante la existencia de estos es posible aplicar los principios de integración normativas, entre ellos, el de la analogía, que supone encontrar un caso similar, en las que sí existe norma jurídica, cuyas consecuencias puedan ser utilizadas en el caso en que no existan dichas normas; (...) lo ordinario es que los actos jurídicos prescriban y lo extraordinario que ellos sean imprescriptibles (...) la imprescriptibilidad no puede ser utilizada para convertirla en regla ordinaria de los actos ineficaces (...) La Sala Revisora ha optado por señalar que el plazo de prescripción es de diez años, asimilando los supuestos de ineficacia a los de nulidad del acto jurídico. Este Tribunal estima que dicho plazo es incorrecto. (...) la nulidad que es la sanción civil que declara inválido un acto jurídico por defectos estructurales, no admite comparación con un acto ineficaz, dado que aquí no está en juego la validez del propio acto (...) sino los efectos actuales del mismo. (...) a mayor importancia mayor tiempo para la prescripción, y a menor importancia menor tiempo. (...) la relación de semejanza que debe establecerse es la que existe entre la ineficacia del acto jurídico y la señalada en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, ya que hay una identidad de razón entre el caso no regulado con el caso normado, (...) allí se regula un supuesto de ineficacia (el de la Acción Pauliana o revocatoria) y no hay razón para considerar que los otros supuestos de ineficacia deban regirse por plazo prescriptorio distinto. (...) allí se regula la anulabilidad del acto jurídico que puede confirmarse tal como la ineficacia puede ratificarse. Es verdad que no cabe confundir confirmación con ratificación, pero no es menos cierto que ambos tienen el mismo fin: la conservación del acto jurídico.

Sin embargo, anteriormente, en la Casación N° 3777-2006-Lambayeque se había sentenciado que el plazo prescriptorio para estos supuestos era el decenal, y no el bienal:

“(...) el plazo de prescripción previsto en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, para los actos jurídicos anulables no resulta de aplicación para el supuesto de ineficacia del acto jurídico previsto en el artículo 161 del citado Código; resultando de aplicación para la ineficacia del acto jurídico por exceso de

representación el plazo de prescripción general previsto para las acciones personales, conforme al artículo 2001 inciso 1 del citado Código”.

Y se remató el asunto cuando se agregó que:

“(...) situación diferente para el caso del falso procurador o la ausencia de representación, en la que **no puede considerarse la existencia de un plazo** para accionar si se tiene en cuenta que en este caso no existe ninguna vinculación con el representado”.

¿Acaso está diciendo la Corte Suprema que la pretensión para el supuesto del falso procurador es imprescriptible? De ser así, esta afirmación es bastante arriesgada, pues asistemáticamente se está creando una nueva pretensión imprescriptible, lo cual violenta nuestro tratamiento legislativo al respecto<sup>(34)</sup>.

Creemos que, en todo caso, una salida más armónica podría ser de dos años para el tema de la ineficacia en general (como acontece con la acción pauliana y la anulabilidad) y diez años en el supuesto del falso procurador, por el tema de la ausencia de vinculación.

Sin embargo, el lapso de dos años para el falso procurador –a nuestro criterio– es un tiempo suficiente, siempre aclarando y dejando bien definido el término inicial. Es decir, si precisamos que el lapso prescriptorio empieza a correr desde que el interesado toma real conocimiento del acto a cuestionar, o –como se establece en nuestro código– desde que realmente se puede ejercitar la acción<sup>(35)</sup>, el plazo de dos años es bastante razonable.

---

(34) Cfr. artículo 2000 del Código Civil.

(35) Ver artículo 199 del Código Civil.



## CAPÍTULO XII

### **Acerca de la disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges**

Sin perjuicio de remitirnos a los supuestos postulados para la disposición de bienes ajenos y a la actuación del falso representante con sus respectivas soluciones, en la disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges también hay que partir de distinguir cuando menos dos supuestos.

Si el cónyuge dispone de un bien social a título propio y con poder del otro cónyuge, entonces no hay problema alguno. Y en el mismo caso, si habiendo poder, el cónyuge se extralimita, la solución es la ineficacia del acto, con la posibilidad de ratificación del cónyuge.

Pero el tema que nos convoca es el referido a la disposición unilateral por parte de uno de los cónyuges de un bien que pertenece a la sociedad conyugal. Aquí nuestra Corte Suprema nuevamente ha desencadenado una serie de soluciones totalmente disímiles.

#### **I. EL ACTO JURÍDICO ES NULO AUNQUE POR DIVERSAS CAUSALES**

---

Cuando se trata de bienes sociales se podría pensar que la solución sería la misma que para la disposición de bienes ajenos, toda vez que un bien social es un bien parcialmente ajeno, o si se prefiere totalmente ajeno.

Sería parcialmente ajeno porque todavía se cree que corresponde en un 50 % para cada uno de los cónyuges –hablando siempre dentro de una sociedad de gananciales–; pero sería totalmente ajeno si se concibe a la

sociedad conyugal como un sujeto jurídico distinto de los cónyuges que la componen, donde no existen cuotas ideales.

Entonces, si se considera totalmente ajeno, insistimos, la solución podría ser la postulada líneas arriba para la disposición de bienes ajenos. Y lo mismo acontecería a fortiori si se considerase al bien como parcialmente ajeno.

El tratamiento en nuestra Corte Suprema no ha sido siempre coherente y unánime en cuanto a la causal de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que una de las causales de nulidad era la falta de manifestación de la voluntad del agente:

“(...) si (...) se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad absoluta del acto jurídico prevista en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil, **por falta de manifestación de voluntad de ambos titulares** del dominio del bien (...)”<sup>(1)</sup>.

“(...) la transferencia involucró tanto el bien propio del demandado (...) como el bien de la sociedad conyugal (...), por lo que dicha venta se encuentra incurso en causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, **por falta de manifestación de voluntad** de la cónyuge demandante”<sup>(2)</sup>.

En otros casos se ha decretado la nulidad, pero sin precisar la causal:

“Para disponer de los bienes sociales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo haber disposición por parte de uno de ellos de porcentajes de los bienes sociales, por cuanto no existen alícuotas sobre las que cada cónyuge ejerza el derecho de propiedad (...)”<sup>(3)</sup>.

---

(1) Casación N° 1687-2003-Loreto.

(2) Casación N° 2858-2007-Lambayeque.

(3) Casación N° 837-97-Lambayeque.



“Tratándose de la transferencia de bienes sociales del matrimonio, la voluntad de ambos cónyuges debe ser debidamente manifestada sea por ellos mismos o por apoderado con facultad suficiente (...)”<sup>(4)</sup>.

Pero en la detallada Casación N° 2117-2001-Lima se estudiaron casi todas las causales y se aterrizó en el supuesto de nulidad virtual.

“(...) se aprecia que **la demandante ha señalado en su demanda que está casada** (...) de dicho bien su cónyuge ha dispuesto de treintiséis (sic) mil cuatrocientos veintitrés metros cuadrados, mediante minuta del quince de febrero de mil novecientos noventa y uno (sic), la que luego ha sido elevada a escritura pública, acto en el que al no haber intervenido se encuentra viciado de nulidad; habiendo sustentado su pretensión en los fundamentos de derecho contenidos en el artículo 315 y en los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil”.

En primer término se desecha que se trate de un hipotético de falta la manifestación de voluntad del agente:

“En relación a la denuncia de inaplicación del **inciso 1 del artículo 219** del Código Civil, esta norma prevé que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente, es del caso indicar que en los de autos, no se está alegando un supuesto de disenso, sino la ausencia de manifestación de voluntad por parte de uno de los polos de la relación jurídica, atendiendo a que quien debió manifestar su voluntad debió haber sido la sociedad de gananciales y no solo uno de los cónyuges. Al respecto, cabe indicar que el contrato de compraventa materia de nulidad fue celebrado por don José Carlos Fera Sánchez (cónyuge de la recurrente) y don César Ricardo Guerra Tirado, habiéndose presentado el primero a título personal, como soltero y propietario del inmueble materia de venta; en ese sentido, exteriorizó su voluntad de vender el inmueble a determinado precio, lo cual fue aceptado; de manera que, si entendemos la

---

(4) Casación N° 964-1999-Lima.

manifestación de voluntad como cualquier comportamiento exterior de un sujeto apto para revelar su intención (...) es decir, se da la manifestación cuando el sujeto manifiesta su designio negocial, designio que cuando se expresa a través del uso del lenguaje se le denomina declaración, entendida esta como cualquier medio convencional de manifestación directa del querer (...) **podemos concluir que en los de autos sí existió una manifestación de voluntad por parte del agente**; a mayor abundamiento, cuando en un determinado acto jurídico se aprecia una ausencia de manifestación de voluntad, ello involucra que nos encontramos ante supuestos tales como la incapacidad natural del agente, el error en la declaración, la declaración hecha en broma y la violencia (...) supuestos en los que evidentemente no se pueden subsumir los autos, dado que quien transfirió es un sujeto con plena capacidad jurídica, habiéndose presentado a título personal como único propietario y expresando su voluntad de acuerdo a su designio interno; de manera que **a los de autos no resulta aplicable el supuesto de nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil**".

En segundo lugar se descarta que se trate de un supuesto de objeto imposible:

“(...) Respecto a la inaplicación del inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, esta norma indica que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física y jurídicamente imposible o cuando es indeterminable, además al estar ante un contrato de compraventa respecto de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, la recurrente denuncia que el objeto del contrato es imposible jurídicamente; en ese sentido, cabe precisar que conforme lo establece el artículo 1402 del Código Civil, el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; de ello se desprende que el objeto del contrato es la obligación, entendida esta como ‘la relación jurídica establecida entre dos polos y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra, o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación’ (...) al analizar si el objeto es jurídicamente posible, ello debe diferenciarse claramente de su licitud o no, dado que la

licitud está referida a la finalidad del acto; asimismo, la imposibilidad jurídica es entendida cuando ‘es jurídicamente imposible la prestación que implica la disconformidad de ella con un precepto de derecho, o sea cuando existe un obstáculo legal’ (...) Por lo que, conforme a lo expuesto y atendiendo a que el bien pertenece a la sociedad de gananciales, se puede entender que la transferencia efectuada de manera individual por uno de los cónyuges, atribuyéndose la propiedad del bien, implica estar dentro de los alcances de un contrato en el que el bien es ajeno, figura jurídica prevista en el inciso 2 del artículo 1409 del Código Civil, dado que para estar frente a la venta de un bien ajeno se requiere: a) que sea un bien cierto e individualmente determinado; b) que pertenezca en propiedad a otra persona; c) que el vendedor obre en nombre y por cuenta propia; y d) que el vendedor carezca del derecho de disposición sobre el bien (...); supuestos que se cumplen, por lo que en principio podría afirmarse que el objeto es jurídicamente posible”<sup>(5)</sup>.

Y finalmente se designa la verdadera causal de nulidad:

“(...) sin embargo, en este caso concreto, el análisis no solo debe ser realizado en función a lo establecido para el derecho de los contratos, sino que ello debe analizarse a la luz del derecho de familia (...). En cuanto a la inaplicación del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, esta norma indica que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, en la que se prevé que el acto jurídico es nulo cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Al respecto, debe precisarse que la norma de orden público a la que se está haciendo referencia es la contenida en el artículo 315 del Código Civil. (...) el artículo 315 del Código Civil contiene una norma imperativa, en la que el ejercicio de la autonomía privada se ve ciertamente limitado, en el sentido que se exige la intervención de los cónyuges, aunque se les da

---

(5) Sin embargo, al final se afirma que: En ese contexto también debe ser analizada la aplicación del inciso 3 del artículo 219 del Código Civil; dado que el objeto del contrato presenta un obstáculo legal para su viabilidad, no pudiendo aplicársele las reglas de la transferencia de bienes ajenos, puesto que presenta una contravención a una norma de orden público.

la posibilidad de que puedan actuar por poder; norma imperativa que atiende a la protección constitucional del ámbito familiar, entre ellos del ámbito patrimonial de la familia; por ello, de no cumplirse con la norma imperativa contenida en el artículo 315 materia de análisis, se estaría contraviniendo una norma de orden público, por lo que resulta aplicable el artículo V del Título Preliminar del Código Civil; esta norma contiene lo que en doctrina se denomina nulidad virtual. Además, cuando el artículo 315 del Código Civil prevé la posibilidad de la intervención de uno solo de los cónyuges con poder del otro, ello solo manifiesta la especial naturaleza que tienen las disposiciones de orden patrimonial dentro del derecho de familia”.

Lo dicho queda ratificado por la Casación N° 372-2005-Arequipa donde se manifestó:

“(…) lo antes expuesto debe ser concordado con el artículo trescientos quince del Código Civil, el cual señala que, para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer”.

Queda en claro, entonces, que la causal de nulidad es propiamente un mandato legal contenido en el artículo 315 de nuestro Código Civil, lo que genera una suerte de ilegitimidad negocial o de incapacidad de derecho, por cuanto el cónyuge disponente puede celebrar cualquier acto jurídico excepto aquellos dispositivos que tengan que ver con los bienes sociales.

En lo que hay que concluir es que la disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges, aunque por multiplicidad de causales, desde tiempo atrás siempre ha sido supuesto de nulidad:

“Ninguno de los cónyuges puede atribuirse el dominio del todo o parte de los bienes comunes, mientras no se practique la adjudicación postliquidación; por tanto, **el acto de disposición de un cónyuge respecto de un bien indiviso adolece de nulidad**”<sup>(6)</sup>.

---

(6) Expediente N° 1575-91-Lima.

**“Es nulo el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por el que uno de los cónyuges hipoteca un inmueble que tiene el carácter de bien social por haber sido adquirido dentro del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge”<sup>(7)</sup>.**

“Que dichos inmuebles sociales fueron dispuestos unilateralmente por el esposo, actos jurídicos que resultan **viciados de nulidad absoluta**, conforme al artículo 315 del mismo Código, porque no intervino la cónyuge”<sup>(8)</sup>.

“El predio materia de litis fue adquirido (...) cuando aún se encontraba vigente la sociedad de gananciales (...) el citado codemandado (...) no podía ni todavía puede, disponer de ninguno de los bienes de la sociedad que aunque estando fenecida no se encuentra liquidada conforme lo establece la ley”<sup>(9)</sup>.

## II. EL ACTO JURÍDICO NO ES NULO SINO INEFICAZ

---

Si bien es meridianamente claro que por mandato legal expreso los actos celebrados por uno solo de los cónyuges deviene en nulo, llama poderosamente la atención un grupo de fallos discordes a esta forma de razonar.

En efecto, según la Casación N° 111-2006-Lambayeque, rompiendo todo este esquema de razonamiento anterior, no estamos propiamente ante un acto jurídico nulo sino frente a uno ineficaz, al mismo estilo del falso representante:

“(...) tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha discutido sobre el supuesto de hecho previsto en el artículo 315 del Código sustantivo, siendo que **con esta sentencia suprema, se procede a variar criterios anteriormente establecidos**, a fin de concluir que, el supuesto previsto en la referida norma sustantiva no recoge un supuesto de nulidad del acto jurídico, **sino uno de**

---

(7) Expediente N° 1071-95-Puno.

(8) Expediente N° 2273-97-Lambayeque, SCSS.

(9) Casación N° 1385-2002-Huánuco.

**ineficacia**, el mismo que origina que el acto jurídico cuestionado no sea oponible al patrimonio de la sociedad de gananciales”.

Y a continuación se intenta un manipulado y forzado fundamento:

“(…) conforme lo establece el artículo 292 del Código Civil, la sociedad conyugal se encuentra representada por los dos cónyuges, la misma que además debe ser ejercitada de manera conjunta, atendiendo a ello, **el artículo 315** del Código en mención establece que, para disponer o gravar un bien social se requiere de la intervención de ambos cónyuges; supuesto que **no descarta la posibilidad que uno de ellos pueda otorgar poder al otro**, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315 como en el artículo 292 del Código glosado, lo cual lleva a concluir que, **la presencia de ambos cónyuges** en un acto de disposición o gravamen, **no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar. (...) la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar**, el cual implica el ‘poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica’ (...). Tal supuesto resulta plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, ya que el mismo puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el denominado *falsus procurator*. La diferencia con el caso materia de autos es que, en la celebración del contrato de garantía hipotecaria, la demandada (...) se presentó ante el banco demandado como única propietaria del bien inmueble y además declarando su calidad de soltera. (...) la norma sustantiva materia de análisis, al no recoger un supuesto de nulidad, no resulta aplicable a los autos (...)”.

Y desde allí empezó la debacle, como se puede ver en la Sentencia en Casación N° 907-2008-Arequipa:

“(…) debe destacarse que la norma en referencia no precisa el momento de la intervención del cónyuge para disponer o gravar el bien, y solo a renglón seguido señala que cualquiera de los cónyuges puede hacerlo si tiene poder especial del otro, esto a

fin de poder actuar por la sociedad conyugal que ambos conforman, aspectos ambos que conducen a entender que el conflicto incide en un primer supuesto en la falta de representación, esto es, **al carecer el cónyuge que celebra el acto de la representación de la sociedad conyugal su acto se constituye en uno de representación sin poder de acuerdo al artículo 161 del Código Civil, acto que de acuerdo a tal artículo resulta ineficaz, siendo siempre pasible de ser ratificado por el otro cónyuge de acuerdo con su artículo 162**, lo que no sucede con el acto nulo. (...) aún más, las normas que regulan el acto jurídico **no exigen como requisito para su validez la intervención de ambos cónyuges ni el artículo 315 del Código Civil se pronuncia en tal sentido**, presentándose en el acto de disposición de uno de los cónyuges con exclusión del otro un supuesto de **falta de legitimación**, pues quien celebra el acto no goza del poder de disponer o gravar el bien, que es **lo mismo que ocurre (falta de legitimación) en los casos de compraventa de bien ajeno**, de modo tal que el acto celebrado no surtirá efecto –en línea de principio– respecto de quien sí goza de ese poder de disposición, para el caso del artículo 315, la sociedad conformada por ambos cónyuges, en relación a la cual **el acto es ineficaz y no nulo (...)**”.

Al mismo resultado se llega en la Casación N° 427-07-Piura, si bien confundiendo las categorías de la nulidad parcial con la ineficacia relativa:

“(...) la presente litis ha sido promovida por la demandante con la finalidad de que se declare la nulidad del préstamo con fianza solidaria y garantía hipotecaria en prenda agrícola (...) pues dicho acto ha sido celebrado por el demandado Ángel Pintado Nima, como si fuese soltero, cuando desde el cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y siete es casado con la demandante, habiéndose adquirido dicho bien durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que al no haber intervenido la demandante dicho contrato es nulo, debiéndose además pagar los daños y perjuicios que se le ha ocasionado y cancelar el Asiento Registral del acto jurídico materia de la demanda. (...) las sentencias pronunciadas en el presente proceso básicamente se fundan en que efectivamente, todo acto **de disposición o que grave**

**un bien de propiedad de una sociedad conyugal (patrimonio autónomo) debe contar necesariamente con el consentimiento de ambos cónyuges para que sea válido;** por tanto es nulo el acto jurídico de otorgamiento de garantía hipotecaria (...), efectuado por el demandado Ángel Pintado Nima a favor del Banco Continental; pero que en el presente caso es de aplicación la regla contenida en el artículo 2014 del Código Civil, referida a la buena fe registral; por tanto la declaración de nulidad no es aplicable respecto de los actos jurídicos celebrados entre Ángel Pintado Nima con el Banco Continental (...) al haberse declarado **inaplicables para los demandados la Nulidad parcial del acto jurídico** materia de la demanda, resulta evidente que no puede, en modo alguno, ampararse las pretensiones accesorias a las que se hace referencia en el recurso de casación; sobre el particular, no debe perderse de vista que las pretensiones accesorias por su naturaleza, siguen la suerte de la pretensión principal, de tal suerte que al haberse declarado que la declaración de nulidad no surte efectos respecto de los codemandados, tampoco puede surtir efecto alguno la pretensión de indemnización”.

La Casación N° 3437-2010-Lima sigue la misma senda, aunque gran parte de las consideraciones previas se encaminan a mostrar que estamos ante un acto nulo:

“(...) cuando uno solo de los cónyuges se compromete a gravar o disponer el patrimonio de la sociedad de gananciales, **nos encontramos ante un acto jurídico que se opone una norma imperativa,** (...) lo que **no significa que el acto jurídico sea nulo, dado que es susceptible de ser ratificado** por el cónyuge que no participó en la celebración del acto jurídico, (...) el petitorio de la demanda alude al supuesto de ineficacia regulado por el artículo 161 del Código Civil, y no a la causal invocada por la recurrente”.

En la Casación N° 2893-2013-Lima también se dijo algo similar:

“El tenor del artículo citado es claro; sin embargo, ha existido ardua controversia doctrinaria y jurisprudencial respecto a las **consecuencias jurídicas del acto jurídico celebrado en violación**



**de dicho artículo**, lo que ha generado opiniones dispares, **pues un sector alega que la sanción de dicho artículo es la nulidad y otro sector considera que la sanción es la ineficacia** de dicho acto. (...) la nulidad y la ineficacia de un acto jurídico son categorías jurídicas distintas en cuanto a sus efectos (...). En el caso del artículo 315 del Código Civil es evidente que el acto jurídico cuenta con elementos constitutivos de validez, pues, ambas partes han manifestado su voluntad de celebrar el acto jurídico, son agentes capaces, existe un fin lícito y un objeto jurídicamente posible porque se procura la transferencia de la propiedad de un bien sobre el cual el vendedor también ostenta derechos reales (como parte de la sociedad de gananciales) aunque no exclusivos y, finalmente, tratándose de un contrato de compraventa es netamente consensual, por lo que, no existe solemnidad que deba ser respetada. (...) sin embargo, el acto jurídico debidamente constituido presenta un defecto extrínseco relevante, esto es, la ausencia de legitimación para contratar que ostenta el cónyuge celebrante respecto del bien social, porque la legitimación para disponer del bien es de la sociedad de gananciales (...). Por tanto, es evidente que si uno de los cónyuges celebra un acto de disposición sin autorización el otro carecerá de facultades de representación expresar respecto del bien, que es la sociedad de gananciales. Ergo, al celebrar el acto, **el cónyuge culpable se atribuye falsa representación** (respecto a la sociedad de gananciales) y de legitimidad para contratar, el acto jurídico es ineficaz e inoponible respecto del cónyuge inocente, quien, de creerlo conveniente podría confirmar el acto jurídico. (...) **el acto jurídico de disposición de bien social celebrado por uno de los cónyuges es ineficaz y no nulo** (...).

Es menester resaltar que en los casos mostrados en este acápite (excepto el último) todos versan suspicazmente sobre constitución de hipotecas. Por lo que se podría insinuar que la “variación de criterio” generada por nuestra corte de vértice podría deberse a que el demandado es una entidad financiera con un alto poder de influencia o presión.

En suma, la “solución” postulada por la Corte Suprema no es ni apropiada ni legítima, tal y como se ha mostrado en el capítulo anterior, sobre todo al analizar la Casación N° 526-2007-Lima, que refiere un supuesto idéntico.

### III. EL ACTO JURÍDICO SÍ ES NULO PERO NO EN TODOS LOS CASOS

---

Para ir terminando, mostraremos que existe otro grupo de sentencias donde, aun estando claro que se trata de un supuesto de nulidad, luego de declararlo de esa manera, se concluye en la validez del negocio jurídico. Es decir, en ellas se muestra que la nulidad como sanción no opera automáticamente, sino que se requiere de una evaluación por el juzgador antes de aplicarla, sobre todo de la conducta de las partes.

Así, por ejemplo, en la Casación N° 602-2002-Arequipa se dijo que:

“(…) si (…) se practican actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve, inciso primero del Código material, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público según el artículo Quinto del Título Preliminar del Código sustantivo”.

Pero habiendo dejado en claro que estamos ante un caso de nulidad absoluta, donde no es viable ningún tipo de subsanación, se concluye que en la validez de modo excepcional:

“(…) sabía que la referida cónyuge debía participar en el cuestionado contrato de Constitución de Garantía Hipotecaria; pero (…) dicho vicio se ha visto subsanado porque la citada cónyuge ha reconocido la hipoteca mediante Escritura Pública (...); y, que en tal virtud, aquella está de acuerdo con el mencionado acto jurídico, quedando así perfeccionado el contrato (...). (...) las conductas posteriores de parte de los cónyuges demandados de transferir el inmueble (...) hipotecado, vía anticipo de legítima, a la demandante, (...) cuando la voluntad de los codemandados, progenitores de la actora, expresa e indubitablemente ha sido la de garantizar las obligaciones contraídas a favor del Banco con el inmueble sublitis, implican evidentemente, el ejercicio abusivo del derecho, el mismo que traslada el actuar de las citadas partes de la esfera privada a la pública (...) por esta vez, debe

estimarse que el referido contrato de hipoteca ha sido perfeccionado mediante la también citada Escritura Pública (...).”

Algo parecido acontece en la Casación N° 2896-2001, donde, luego de señalar que estamos ante un acto nulo por mandato del artículo 315 del Código Civil, no se declara la nulidad porque no se ha acreditado que los compradores del bien inmueble social hayan tenido conocimiento del real estado civil del vendedor, incluyendo factores subjetivos en la calificación de la nulidad:

“(...) los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, debiéndose estos negociar, celebrar y ejecutar según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. (...) si bien el artículo trescientos quince del anotado Código precisa que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, sin embargo, esta disposición debe armonizarse con los principios contractuales antes referidos, operando la nulidad del acto de disposición de cualquiera de los cónyuges, siempre y cuando los adquirentes tengan pleno conocimiento que el bien por adquirir ostente la calidad de la sociedad de gananciales, conocimiento previo que importaría la mala fe de estos últimos. (...) si bien la accionante acreditó haber contraído matrimonio civil con el codemandado (...) con anterioridad a la firma del contrato privado materia de nulidad (...) sin embargo no ha demostrado en modo alguno que a la fecha de su celebración, los compradores hayan tenido conocimiento que el vendedor tenía la condición de casado, ni mucho menos que este hecho les haya sido comunicado por la demandante (...) lo cual denota la buena fe con la que actuaron los compradores del inmueble, no resultando de aplicación al caso sublitis el artículo trescientos quince del Código Civil”.

Como dejamos entrever, lo mostrado no deja sino de ratificar lo anotado líneas atrás, donde apuntamos que la nulidad como sanción no puede operar automáticamente sin evaluar ni siquiera meridianamente la conducta de las partes, y tangencialmente corrobora que para pedir la nulidad hay que contar con cierta legitimación según los cánones procesales actuales.



## CAPÍTULO XIII

# Acerca de la santidad contractual y la ilicitud negocial

### I. LA ILICITUD NEGOCIAL

---

Se conoce como ilicitud negocial al supuesto en el que la nulidad surge de la contravención del orden público o de las buenas costumbres, además de las normas jurídicas imperativas. Nosotros tenemos aproximadamente tal regulación en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al que la doctrina y la judicatura conocen como nulidad virtual.

“(…) por lo que ese acto de disposición adolece de nulidad virtual por ser contraria a la precitada disposición legal”<sup>(1)</sup>.

Así, la redacción del artículo V del Código Civil debe leerse en el sentido en que deviene en ilícito –y por ende en nulo– el acto jurídico que violenta o a normas jurídicas imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres, lo cual ha venido siendo reafirmado y desarrollado progresivamente por la judicatura:

“Pareciera que a criterio del recurrente las escrituras públicas solo se pueden anular por defecto en el cumplimiento de las formas que señalan los artículos (...) de la Ley del Notariado, lo que no resiste el menor análisis, pues no se puede excluir las reglas de nulidad y anulabilidad (...) aplicados en la *sentencia*

---

(1) Expediente N° 1575-91.

impugnada, que **sanciona el acto ilícito y reprobado de la usura**<sup>(2)</sup>.

“Son nulos (...) aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de este, cuando sea contrario a normas imperativas o **sea ilícito**”<sup>(3)</sup>.

“**El concepto de fin ilícito en la doctrina peruana comprende tanto lo legal como lo moral** y queda a criterio del juez evaluar esta última, en el marco de las denominadas buenas costumbres”<sup>(4)</sup>.

“La **ilicitud** del acto jurídico se produce cuando los efectos jurídicos generados por la manifestación de voluntad expresada en este, resultan ser **reprobados por las normas de orden público y las buenas costumbres**”<sup>(5)</sup>.

“(...) por **ilicitud** en su finalidad debe entenderse cuando el acto **es contrario al mandato expreso de la ley o la moral**”.

“En cuanto a la ilicitud, esta se entiende cuando se presenta una violación de la ley y de la moral”<sup>(6)</sup>.

Ahora es momento de dar una mirada a lo que nuestra magistratura ha venido diciendo sobre las normas jurídicas imperativas, el orden público y las buenas costumbres como supuestos de ilicitud negocial.

## **1. Las normas jurídicas imperativas**

La norma jurídica imperativa también conocida como necesaria, cogente, inderogable, categórica, taxativa o propiamente de orden público, es la establecida con carácter obligatorio, o sea de ineludible cumplimiento, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarla sin efecto parcial o totalmente (Torres Vásquez

---

(2) Casación N° 2482-98-Lima.

(3) Casación N° 738-99-Cañete.

(4) Casación N° 2988-99-Lima.

(5) Casación N° 2459-2002-Lambayeque.

(6) Casación N° 4410-2006-La Libertad.

2001b, 232). Ello se debe a que su ámbito de regulación trasciende la esfera de los entes privados.

Lo dicho se muestra en la Casación N° 3537-2007-Lima:

“(…) las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral”.

Y en la Casación N° 822-2001-Lima:

“La norma denunciada no es de orden público por lo que su modificación se encuentra dentro de las posibilidades de las partes”.

Entonces, son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su inobservancia la sanción de nulidad (Díez-Picazo, 2002, pp. 128-129).

Sobre qué debe entenderse por una norma jurídica imperativa, tenemos a la Casación N° 178-2008-La Libertad, donde se dijo que:

“(…) norma que se estima de orden público o imperativa, esto es, **que establece un mandato que debe necesariamente cumplirse por quienes caen en su supuesto, sin que puedan expresar válidamente voluntad distinta o en contrario**”.

Sobre la ilicitud y la consecuente nulidad con base en normas jurídicas imperativas no hay mayor discusión en sede casatoria. Por ejemplo. En la Casación N° 2117-2001-Lima se dijo que:

“(…) el artículo 315 del Código Civil contiene una norma imperativa, en la que el ejercicio de la autonomía privada se ve ciertamente limitado, en el sentido que se exige la intervención de los cónyuges, aunque se les da la posibilidad de que puedan actuar por poder (...) por ello, **de no cumplirse con la norma imperativa contenida en el artículo 315 materia de análisis, se estaría contraviniendo una norma de orden público, por lo que resulta aplicable el artículo V del Título Preliminar del Código Civil**; esta norma contiene lo que en doctrina se denomina ‘nulidad virtual’”.

También tenemos lo previsto en la Casación N° 4872-2006-Lima:

“(…) tomando en consideración las normas y principios cooperativos, como los previstos en los artículos tercero, quinto y sexto de la Ley General de Cooperativas, se tiene que los acuerdos arriba-dos en la citada Asamblea, otorgando el mayor número de acciones a favor de su principal dirigente, en desmedro de los demás socios, resultan ser contrarios a dicha normatividad, pues atentan contra los principios de igualdad de derechos y obligaciones entre los socios y contra prohibiciones expresas respecto a la concesión de ventajas, preferencias o privilegios para los dirigentes; iii) en consecuencia, **siendo dicha distribución contraria a ley, la misma deviene en nula** en aplicación de lo dispuesto en el inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil”.

## 2. El orden público

Si bien en doctrina se ha dicho que el orden público implica una expresión de la voluntad social mediante normas jurídicas con las cuales se opera la transformación del derecho objetivo (Sánchez Viamonte 1961, 299), lo complicado de esta parte radica en qué debe entenderse por él, pues, al igual que acontece con las buenas costumbres, se trata de un asunto sumamente elástico y hasta de naturaleza subjetiva.

En efecto, como se verá a continuación al mostrar lo dicho por nuestra judicatura, las disimilitudes de concepción sobre el orden público obedecen a su gran dificultad de delimitación. Así, puede ser entendido como quietud, tranquilidad, paz pública, orden cuya guarda se encomienda a la policía, bien común, interés general, interés social, etc. Por ejemplo, en materia penal el orden público se convierte en un aspecto restringido del orden jurídico, mientras que en materia constitucional el orden público es extraño al orden jurídico (cfr. Sánchez Viamonte, 1961, p. 294 y ss.).

Sin embargo, es de anotar que este orden social es tan poderoso que se impone sobre las categorías específicas individuales. O, dicho de otro modo, los órdenes normativos individuales (como la religión o la moral individual) suelen ceder el paso al convencionalismo social. Y tal es su poder que estas fuerzas sociales pueden llegar a ser, incluso, más coercitivas que las estatales (Legaz y Lacambra, 1952, pp. 173 y 180).



A decir del profesor Luis Díez-Picazo (2002, p. 130) el orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores.

Por ello para nuestro caso, el orden público debe entenderse como una suerte de conformidad con la armonía social, es decir, que el acto a celebrarse debe estar alineado al ser o sentir de la colectividad.

La voluntad privada tiene como uno de sus límites el orden social, pues el individuo es miembro de la sociedad, por tanto, la voluntad de la sociedad es suficiente para herir en su misma raíz y hacer ineficaz la del individuo que pretendiera realizar un acto jurídico de modo dañoso al orden social (Robleda, 1964, p. 40).

En suma, como el concepto de orden público reviste una enorme trascendencia que ha ido en aumento a medida que se ha hecho sentir la necesidad de contemplar en toda su magnitud los distintos problemas que plantea la creciente complejidad de la vida (Sánchez Viamonte 1961, p. 302), según Díez-Picazo y Gullón (ápuđ Kresalja y Ochoa, 2009, p. 283) dentro del orden público se han ido incorporando los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Ahora toca ver cómo ha entendido nuestra Corte Suprema al orden público.

En las Casaciones N° 2516-98-San Martín y N° 1732-2003-Lima se intentó una aproximación al orden público:

“Por orden público debe entenderse (...) aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; asimismo, (...) se caracteriza por el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares”.

En igual línea, en la Casación N° 1101-97-Lima se ha dicho que:

“El acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito; esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues este no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado”.

En la Casación N° 3702-2000-Moquegua se dijo:

“El artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil contiene una causal de nulidad de los actos jurídicos, precisando que estos serán nulos, entre otros supuestos, si son contrarios a las leyes que interesan al orden público; debiendo entenderse por orden público al “conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas, de ser necesario recurrir a ellas”.

En esa línea tenemos a la Casación N° 1582-96-Arequipa que intenta mostrarnos un ejemplo de transgresión del orden público:

“Que, al respecto, el artículo 34 del Decreto Legislativo número 704 establece que la Comisión Nacional de Zonas Francas, de Tratamiento Especial Comercial y de Zonas Especiales de Desarrollo, Conafran, fija los límites geográficos de las zonas francas, norma que es de orden público en tanto resulta absolutamente obligatoria y constituye un límite infranqueable por la voluntad individual, dado que no se puede pactar libremente que sea otra entidad o persona la que fije dichos límites”.

Otro ejemplo lo tenemos en la Casación N° 2482-98-Lima:

“(…) el juzgador de mérito (...) declara nula dicha escritura en cuanto los demandantes se han obligado a devolver una suma mayor (...), aplicado en la sentencia impugnada, que sanciona el acto ilícito y reprobado de la usura”.

Un ejemplo adicional es el de la Casación N° 4334-2006-Apurímac:

“(…) porque atenta contra el orden público y las buenas costumbres, pues una persona muerta no puede otorgar ningún documento, por cuanto la muerte pone fin a la persona (…) en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil”.

También tenemos lo dicho en la Casación N° 2293-2001-Lima:

“En cuanto a la causal de aplicación indebida del **inciso 3 del artículo 140 del Código Civil**, el recurrente denuncia que las regulaciones dictadas por el Banco Central de Reserva como autoridad monetaria no son leyes, sino normas de menor jerarquía dirigidas exclusivamente a las entidades que conforman el sistema financiero mas no a los clientes de estas cuya infracción tiene consecuencia de orden administrativo, **lo que no implica la comisión de un acto ilícito**. Agrega que la recurrida no se funda en la contravención de normas que interesan al orden público o las buenas costumbres, sino como señala en su considerando número trece que los límites de la libertad y autonomía negocial se materializa además con contenidos contrarios a principios de ordenamientos corporativos (…) Para la validez del acto jurídico se requiere que tenga un fin ilícito conforme lo establece el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil aplicado en la recurrida. Si el fin es ilícito el acto jurídico es nulo conforme al inciso 4 del artículo 219 del citado Código. En el caso materia de litis (…) la intención del recurrente era ilícita porque el cobro de las comisiones estaba expresamente prohibido, por lo tanto, el acto jurídico que vinculaba a los sujetos de la relación material es nulo manifiestamente. Bastando que simplemente **se contravenga el ordenamiento jurídico**, que no solo comprende los ilícitos penales sino también los ilícitos administrativos o civiles que traen como consecuencia la nulidad del acto jurídico”.

Ahora bien, en el artículo V del Código Civil se ha previsto el supuesto de nulidad negocial por ilicitud, y al respecto se ha dicho que la ilicitud del acto jurídico se da cuando sus efectos, desprendidos de la manifestación de voluntad, no pueden recibir el amparo del Derecho por no estar:

**“(...) premunida de la indispensable honestidad jurídica por ser exigencia del decoro social”<sup>(7)</sup>.**

Para terminar, en este punto es necesario hacer hincapié en que el orden público no necesariamente tiene que ver con las normas jurídicas imperativas. Es decir, una cosa son las normas jurídicas imperativas como límites a la autonomía privada, y otra muy diferente el orden público. Lo cual parece contradecirse con algunos fallos mostrados en el acápite anterior<sup>(8)</sup>.

En nuestro ordenamiento casatorio se ha intentado diferenciar, justamente, una norma de orden público de una norma jurídica imperativa.

**“Una norma de orden público es cuando su observancia es obligatoria para todas las personas, y se diferencian de las normas imperativas, que son normas de observancia obligatoria solo para todas las personas que se encuentran dentro del supuesto de hecho de tales normas”<sup>(9)</sup>.**

### **3. Las buenas costumbres**

Las buenas costumbres o moral social implican el conjunto de las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica (Díez-Picazo, 2002, p. 129). Las buenas costumbres no refieren otra cosa que la moral social imperante en una colectividad.

Respecto de las buenas costumbres, nuestra Corte Suprema alguna vez dijo que:

**“(...) el concepto de fin ilícito, en la doctrina peruana, comprende tanto lo legal como lo moral, y queda a criterio del juez apreciar esta última, en el marco de las denominadas ‘buenas costumbres’ (...) es ilícito todo aquello contrario a las normas legales**

---

(7) Casación N° 3017-2000-Lima.

(8) Cfr. Casaciones N° 3537-2007-Lima y N° 822-2001-Lima.

(9) Casación N° 3702-2000-Moquegua.

imperativas (*ius cogens*) especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal; y que para determinar si se produce ese fin será necesario examinar la causa del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan, y su objeto. (...) Será igualmente ilícito el acto jurídico contra *bonas mores*, pues las buenas costumbres, dentro del Derecho civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponderá calificar al juez<sup>(10)</sup>.

Lo dicho se reafirmó en otro fallo:

“Será igualmente ilícito el acto jurídico contra ‘*bonas mores*’, pues las buenas costumbres dentro del Derecho Civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponderá calificar al juez, y es errado calificar apriorísticamente, que su invocación resulta insuficiente para sancionar con nulidad un acto jurídico<sup>(11)</sup>.”

En la Casación N° 0015-2010-La Libertad se acogió positivamente el argumento de la demandante referido a la nulidad del matrimonio del bigamo, pero se entremezclan al orden público con el orden moral:

“(..) la demandante afirma que el codemandado tenía pleno conocimiento de estar casado civilmente, sin embargo decide hacerlo nuevamente con la codemandada, hecho que plasma un acto jurídico inmoral, es decir contrario a las buenas costumbres. (...) Esto se aprecia fácilmente en el caso de autos si se considera que el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano, se ha desarrollado como un conjunto de normas de orden público en las que subyace el respeto a las buenas costumbres (...).”

---

(10) Casación N° 2248-99-Tacna.

(11) Casación N° 2988-1999-Lima.

## **II. LA NOMOÉTICA COMO SUSTENTO DEL ARTÍCULO V DEL CÓDIGO CIVIL**

---

El derecho no incluye a la moral, ni está incluido en ella, y tampoco son totalmente antagónicos, más bien ambos se superponen parcialmente. A este espacio de superposición entre el derecho y la ética se denomina nomoética. Por ejemplo, toda carta de derechos se sitúa justamente en la intersección entre el derecho y la moral (Bunge, 1999, pp. 392-393).

Bunge (1999, p. 393) propugna que en realidad, el derecho y la moral deberían actuar vigorosamente, pues más de una ley o se propuso o se derogó con argumentos morales, pero, además, la interacción es benéfica porque concede al legislador la oportunidad de actuar como reformador moral.

Justamente, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil es una clara muestra de este espacio de intersección, donde jurídicamente se acogen a las buenas costumbres, que no es otra cosa que la moral imperante en la sociedad como límite a la autonomía privada, aunque se haya manifestado su sustento del siguiente modo:

“Que respecto de la aplicación de la disposición del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, debe considerarse que la precitada disposición constituye una norma general que comprende todas las situaciones en las que las prohibiciones de las leyes no vayan acompañadas de los efectos que la contravención provoca”<sup>(12)</sup>.

## **III. LA CARGA EMOTIVA Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA Y DE LA INTEPRETACIÓN EXTENSIVA**

---

Lo complicado del tema, evidentemente, radica en qué debe entenderse por “orden público” y qué por “buenas costumbres”, pues como se puede observar, se trata de temas sumamente elásticos, y hasta de naturaleza subjetiva.

---

(12) Casación N° 0015-2010-La Libertad.

Al respecto, Nino (1998, p. 269) enseña que la carga emotiva es un error de las expresiones lingüísticas que perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, ya que si una palabra funciona como premio o como estigma la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia.

La construcción “orden público” y sobre todo la voz “buenas costumbres” llevan en sí este error, hecho que trae problemas serios de interpretación y de ulterior aplicación de la norma.

Pero, además, sabedores de que la nulidad es una sanción, hay que recordar que, en virtud del artículo 139 inciso 9 de nuestro Código Político, de manera concordante con el artículo IV del Código Civil, cuando una norma jurídica establece excepciones o restringe derechos no puede aplicarse analógicamente ni interpretarse extensivamente.

Así, pareciera ser que esta prohibición de interpretación extensiva o integración analógica sería de comprensión para la nulidad, pues si la nulidad es una sanción, ella restringe derechos. Y si a ello aunamos el asunto de la carga emotiva, el tema se torna en bastante espinoso.

#### **IV. LA DISCREPANCIA APARENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 62 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 1355 DEL CÓDIGO CIVIL**

---

Ahora bien, con lo dicho hasta ahora podemos ingresar a estudiar la aparente discrepancia entre el artículo 1355 del Código Civil y el 62 de nuestra Constitución Política.

El artículo 1355 del Código Civil de 1984 reza:

“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Entre tanto, el artículo 62 de la Constitución Política de 1993 prescribe:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. 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. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Estas redacciones tan disímiles generan muchas incertidumbres debido a su incompatibilidad, con mayor razón si se trata del enfrentamiento entre dispositivos de distinta data y jerarquía.

En este acápite intentamos dar a conocer la problemática que este asunto ha generado, partiendo del estudio de la santidad contractual, evaluando los aportes doctrinarios y revisando las sentencias emitidas en nuestro medio, sobre todo por el Tribunal Constitucional al respecto, para, finalmente, intentar arribar a una solución ante las complejidades que se han ido generando en torno a este tema.

## **1. Acerca de la aplicación temporal de la norma jurídica**

Sabido es que el tema de la aplicación de la ley –o más exactamente de la norma jurídica– en el tiempo es uno de los más complicados y arduos en la teoría general del Derecho (cfr. Monroy Cabra, 2001, p. 37).

Su regulación ha dado origen a dos grandes corrientes contrapuestas: la de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos, o también conocidas como de seguridad jurídica o innovación legislativa, respectivamente.

La doctrina de los derechos adquiridos refiere que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas jurídicas que se dicten posteriormente no podrán afectarlo. Esta corriente tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales (Rubio Correa, 2008, p. 27). El sustento de esta doctrina radica en que la norma jurídica



sería retroactiva si se violasen derechos adquiridos y no lo sería cuando se limitase a desconocer simples expectativas (Monroy Cabra 2001, p. 376).

Las críticas que se la han opuesto refieren que hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda; resulta complicado diferenciar si una situación jurídica es derecho adquirido o no lo es; no resuelve el problema de los derechos no patrimoniales; y no se sabe a ciencia cierta cuáles son los derechos derivados de normas de derecho público que no pueden dar lugar a derechos adquiridos (Rodríguez y Somarriva Undurraga *apud* Monroy Cabra, 2001, p. 379).

Por su parte, la corriente que propugna los hechos cumplidos o consumados advierte que una norma jurídica debe aplicarse inmediatamente a todos los acontecimientos que ocurran durante su vigencia, por lo tanto, una vez modificada o derogada una norma jurídica anterior a los efectos del hecho, la situación o relación jurídica se regirá por la nueva normatividad (Monroy Cabra, 2001, p. 380). Por ende, la nueva ley no tendrá eficacia con respecto a los hechos y relaciones que hayan surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la norma antigua (De Ruggiero, 1915, p. 169).

Esta postura, conocida como del *factum praeteritum*, protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general (Rubio Correa, 2008, p. 29). Además, puede asumir un doble aspecto: lo que bajo el imperio de una ley precedente ha producido efectos jurídicos, conserva capacidad para producir otros bajo el imperio de la nueva ley; y lo que bajo la ley anterior ha nacido privado de efectos jurídicos, no puede producirlos bajo la posterior aunque esta se los atribuya. Se requiere, entonces, la preexistencia de un hecho capaz de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de derechos, no siendo hechos jurídicos –y por tanto, no amparados por la ley antigua– las simples expectativas de derecho y las meras posibilidades o cualidades jurídicas (Monroy Cabra, 2001, p. 389). En definitiva, el hecho debe estar consumado para considerarse como inalterable en cuanto a la consecuencia jurídica aplicable, de allí el nombre de doctrina de los hechos consumados.

## **2. A qué doctrina se acoge nuestro ordenamiento jurídico**

En términos genéricos, nuestra Constitución Política, según su artículo 103, de modo concordante con el artículo III del Título Preliminar

del Código Civil, acoge la doctrina de los hechos consumados, desde que se prescribe que la ley se aplica a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigor.

Entonces, una ley nueva no puede alterar una situación o relación jurídica preexistente, pero sí puede, en cambio, modificar las consecuencias de aquellas. Por eso, a decir de Gabba (ápuđ Monroy Cabra, 2001, p. 388) los derechos adquiridos son la consecuencia de un hecho idóneo para producirlos bajo el imperio de la ley, en que el hecho fue realizado, y si bien no se hicieron valer bajo el imperio de tal dispositivo, sin embargo, entraron en ese tiempo a formar parte del patrimonio de la persona.

Ahora bien, para resolver los posibles conflictos de aplicación temporal de la ley según nuestro sistema se nos recomienda averiguar si el hecho señalado como supuesto de hecho de una norma jurídica se llegó a cumplir o no totalmente estando en vigor la norma derogada para, luego, verificar qué consecuencia jurídica le corresponde (Torres Vásquez, 2001, p. 461).

Con lo visto, la doctrina de los hechos consumados imperaría en nuestra ordenamiento desde el año 1984, fecha en que empezó a regir el Código Civil.

En esa línea, sabido es que el Título Preliminar del Código Civil se ha constituido en una regulación de amplio espectro, dado el principio de legalidad imperante en la época jurídica inmediatamente anterior a la actual (donde prima el principio de supremacía de la Constitución). Es decir, la ley siempre fue considerada la máxima expresión de la soberanía popular, y el Derecho Civil siempre fue considerado el derecho común, por razones de orden histórico (cfr. Díez-Picazo y Gullón, 1998, p. 31 y ss.). Por ello, su Título Preliminar fue siempre de aplicación a todas las ramas del Derecho de modo supletorio, incluso a las del derecho público; lo mismo que acontece con el Código Procesal Civil como dispositivo supletorio en todas las materias procesales.

Nuestro propio Tribunal Constitucional ha dicho que si bien las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil en puridad tienen rango de ley, algunas de ellas en realidad constituyen normas materialmente constitucionales toda vez que su objeto es regular un aspecto vinculado con la

creación y vigencia de las normas jurídicas estatales<sup>(13)</sup>, como sencillamente se puede verificar que ha venido sucediendo con el citado artículo III.

Aun así, dicha regulación fue ratificada con la modificación del artículo 103 de nuestro Código Político, con lo que queda claro que la doctrina en estudio se estableció en el año de 1984 en nuestro ordenamiento y se asentó indiscutiblemente en 1993.

Con lo afirmado se podría inferir que la doctrina de los derechos adquiridos estaría proscrita. Sin embargo, ella subsiste en algunas esferas puntuales, como por ejemplo lo prescrito en el artículo 2121 del Código Civil que estipula que se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código (el civil) no los reconozca. Sin embargo, un sector doctrinario ha puesto de manifiesto que se trataría más bien de un error legislativo que de un reconocimiento expreso de la doctrina de los derechos adquiridos, en estricto (Rubio Correa, 2008, p. 61 y ss.)<sup>(14)</sup>.

### **3. ¿Qué es la santidad contractual?**

Pero el ejemplo más claro de inclusión de la doctrina de los derechos adquiridos o de la seguridad jurídica lo constituye el mandato del artículo 62 de la Constitución Política, en virtud del cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

A esta superprotección de la voluntad negocial se la conoce como santidad o sacramentalidad contractual, y como se puede apreciar, se trata de una excepción notable recogida en el texto de nuestra propia Constitución Política.

La santidad contractual, en suma, consiste en la inamovilidad general de lo pactado por sujetos privados, por parte de disposiciones normativas

---

(13) Ver sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC.

(14) Cfr. Espinoza Espinoza 2005, 158.

extrañas a las emanadas por los sujetos integrantes de la relación contractual generada<sup>(15)</sup>.

#### 4. Fundamento de la santidad contractual

La libertad económica es entendida como libertad de contratos, libertad de las transacciones económicas, libertad de acceso a la actividad económica y libertad de ejercicio de esta, y se constituye en uno de los pilares sobre los que se asienta el principio esencial de nuestra ordenación económica, como es la iniciativa privada. Esta iniciativa privada debe ser entendida no solamente como el sistema común de actividad económica, sino como una vía de manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (Ariño Ortiz, 1995, pp. 23-24).

La importancia de la libertad contractual radica en que autores de la talla de Luis Díez-Picazo (ápu*d* Ariño Ortiz, 1995, p. 23) han indicado que en los últimos años se ha producido un cierto desplazamiento del centro de gravedad del orden económico desde el derecho de propiedad al derecho de contratos, por lo que la contratación y el intercambio de bienes y servicios ha adquirido rango preponderante como factor de creación del beneficio.

En esa misma línea, para el profesor Bidart (ápu*d* Kresalja y Ochoa, 2009, p. 282) el sustento de esta concepción liberal de intangibilidad irrestricta de los contratos se fundamenta en que los derechos y obligaciones emergentes de los contratos ya estipulados se estiman como integrantes del derecho de propiedad, derecho al que se considera inviolable, con lo que la legislación no podría privar de derechos incorporados al patrimonio como propiedad (o sea ya adquiridos). Por consiguiente, si una ley posterior al contrato intentase modificar sus efectos futuros, generaría una aplicación retroactiva, lo que es inconstitucional por privar de una propiedad adquirida.

---

(15) La excepción se presentaría cuando por lo menos alguno de los contratantes somete a discusión de un tercero los efectos del contrato, con carácter vinculante, como sucede, por ejemplo, con un juez o un árbitro. No obstante, estos terceros siempre deben desenvolver su actividad dentro de los cánones establecidos por las partes en el contrato mismo y por las peticiones que soliciten. Ciertamente, un juez al fallar debe atenerse, antes que a la ley, a la voluntad declarada por el individuo o individuos en sus respectivos contratos (Legaz y Lacambra, 1952, p. 156).

Este razonamiento aplicable adecuadamente a otros sistemas normativos, no es del todo acertado para nosotros, dado que la mayoría de nuestros contratos tienen la calidad de obligacionales, es decir, celebrado un contrato lo que surgen son obligaciones con prestaciones que pueden ser, según nuestra codificación, de dar, hacer o no hacer. Por tanto, la mayoría de nuestros contratos no generan de por sí efectos reales sino más bien obligacionales.

Ahora bien, normativamente para nosotros el punto de partida de la santidad contractual se encuentra en el texto de nuestra propia Constitución. Como ya se anticipó, en el citado artículo 62 se asevera que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Como lo que se pretende es que cada sujeto pacte sin temor a que nuevas modificaciones alteren lo convenido, es que se concede la seguridad de la inamovilidad de las cláusulas negociales. Por ello es hacedero afirmar que, en definitiva, el fundamento no es otro que el de conceder seguridad jurídica a los contratantes, lo cual fluye del mismo nombre con que se conoce a la doctrina de los derechos adquiridos.

Además de lo dicho también se puede agregar que el dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, aparte de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético; por consiguiente, se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales (Bullard González, 2004, p. 65).

## **5. La libertad de contratación y su contenido**

### **5.1. Contenido del derecho a la libertad de contratación**

La construcción “autonomía privada” implica el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. Tal autonomía forma parte del principio de autodeterminación de las personas cuyo sustento se basa en el principio de legalidad genérico consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 2 inciso 24, literal a, donde se decreta que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Gutiérrez Camacho, 2004, p. 46).

Esta autonomía de la voluntad tiene límites que suelen ser excepcionales. Y aunque en sectores como el derecho de familia dichos límites abundan reduciendo sobremanera esta autonomía, su alcance en materia de obligaciones y contratos alcanza su máxima extensión (Albaladejo, 1997, p. 371).

En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, pues el contrato es la expresión suprema de la autonomía privada (Stiglitz, 2001, p. 152). Esta libertad, según nuestra Corte Suprema, forma parte de la autonomía privada, la que se entiende como el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales<sup>(16)</sup>.

Desde luego, la libertad de contratación consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. Así, el ordenamiento jurídico faculta al privado a crear las propias normas de su esfera económica y a decidir con quién contratar (Gutiérrez Camacho, 2004, p. 47).

En ese derrotero, la autonomía privada es inspiradora de gran parte de nuestro Código Civil, y sus expresiones más claras, a decir de Bullard González (2004, p. 61), las encontramos en los artículos 1354 y 1361 del citado dispositivo.

Sin duda, en virtud del artículo 1354 las partes tienen la libertad amplia de determinar el contenido de un contrato; y según el artículo 1361 los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

No obstante, a tales artículos se pueden agregar el 1352 referido al principio de consensualidad, el 1356 que alude al principio de supletoriedad de las normas legales, el 1362 que refiere la buena fe contractual, y el 1363 que toca el tema de la relatividad del contrato.

En otra oportunidad ya hemos dicho que el acto jurídico es una derivación del derecho objetivo oficial otorgado a los particulares para su autorregulación. Esto es, que los privados se vuelven legisladores en

---

(16) Ver Casación N° 2393-2000-Jaén.

pequeño, por lo que no se debe desconocer que los contratos pasan a formar parte del universo normativo con similitudes de legislación (vide Tantaleán Odar, 2008, p. 136; cfr. Bobbio, 2013, p. 157).

Desde luego, dentro de las diversas concepciones que se han esbozado del acto o negocio jurídico, una de ellas enseña que se trata de una derivación del derecho estatal a los particulares para que autorregulen sus intereses conforme a sus beneficios. Es decir, con el cambio del llamado estado de naturaleza al estado civil, se cedió el poder de legislar al parlamento. Pero el legislativo, en términos generales, solamente puede expedir leyes de modo universal y amplio, mas no de manera individualizada. Por ello cuando se trata de establecer pautas excesivamente particulares –como ocurre con los contratos– por medidas de practicidad, el legislador deriva su poder legislativo a cada particular para que configure el contrato que mejor le parezca. Por ello mismo es que el contrato es llamado “ley” entre las partes. Y por ello también, cada particular al celebrar un contrato y generar normas jurídicas, se transforma en un legislador en pequeño.

Sabiendo ya que esta autonomía privada debe entenderse como potestad normativa atribuida a los particulares, es necesario recalcar que cuando los privados ejercen tal potestad deben considerarse órganos del ordenamiento jurídico y no creadores de un ordenamiento separado o distinto del estatal (Ferri, 2004, p. LIV). Justamente de allí nacen los límites de la libertad de contratar, del hecho de que el contrato debe incluirse en el ordenamiento jurídico para formar un cuerpo homogéneo, o sea, un ordenamiento jurídico coherente.

Por esta razón también la voz “autonomía” no debe ser mal entendida. Ergo, para el contrato es preferible la expresión “acto de autonomía privada”, no porque el contrato o el negocio produzca ordenamientos autónomos, sino porque los contratos establecen normas que vinculan solamente a los mismos que las disponen (Ferri, 2004, p. LI).

Con todo lo dicho podemos ahora afirmar que esta libertad de contratación está compuesta por dos libertades: la de contratar y la contractual.

La **libertad de contratar** o libertad de conclusión consiste en la facultad que un particular tiene **para celebrar o no un contrato**, y si

finalmente decide contratar, determinar **con quién** contrata. La **libertad contractual** o de configuración, en cambio, alude a la libertad de determinar el contenido del contrato, y comprende, a su vez, a la libertad para decidir **el tipo y la forma** de contrato, la libertad para decidir la **jurisdicción** ante los ulteriores conflictos que se generen, y la libertad para determinar el objeto del contrato o **conjunto de obligaciones** que se asumirán (Gutiérrez Camacho, 2004, pp. 49-50).

Nuestra Corte Suprema ha ratificado lo dicho<sup>(17)</sup>, al igual que nuestro Tribunal Constitucional<sup>(18)</sup>, para quien el derecho a la libre contratación garantiza, prima facie, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y, además, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual<sup>(19)</sup>.

## 5.2. Límites y relatividad de la libertad de contratación

Según Legaz y Lacambra (1952, p. 132) la libertad ingresa en el ordenamiento jurídico como uno entre otros tantos factores, pero no como término equivalente que forme ecuación con él ni con su actividad. Es decir, no es correcto afirmar que el derecho es pura y simplemente “la libertad”. Y como la libertad (como derecho subjetivo) es uno de los factores que componen el derecho –por decirlo de algún modo– es pasible de limitaciones.

Como cada vez se hace más urgente la revisión de los derechos individuales que forman la libertad (Sánchez Viamonte, 1961, p. 303), la libertad de contratación tiene limitaciones y el fundamento de estas limitaciones es diverso dependiendo de la óptica jurídica desde la que se mire.

Si se recuerda bien, las fuentes formales de las normas jurídicas incluyen a los actos de voluntad o, mejor dicho, a los actos o negocios jurídicos. Estos actos de voluntad al basarse en la autonomía privada generan una regulación particularizada que vincula exclusivamente a los pactantes y en el caso de los contratos (que es un acto jurídico) a los

---

(17) Ver Casaciones N° 5280-2000-Ucayali y N° 3700-2000-Callao.

(18) STC Exp. N° 50504-2000-AA/TC.

(19) STC Exp. N° 50008-2003-AI.



contratantes. Por ello es que nuestro Código Civil ha recogido en su artículo 1363 que los contratos solamente producen efectos entre las partes que los otorgan.

De ese modo, a través de la autonomía privada, y más exactamente por el ejercicio de la libertad contractual, se establece lo que se conoce como precepto contractual o norma jurídica contractual.

Pero –como ya se anticipó– los contratantes, estableciendo este precepto contractual, no constituyen un ordenamiento autónomo para ellos distinto del Estado, sino que actúan en el ámbito del ordenamiento general estatal (Ferri, 2004, p. 1). En una palabra, el deber que nace del contrato adquiere naturaleza de vínculo jurídico solamente si es posible su inserción en el ordenamiento jurídico (Ferri, 2004, li), por ello para Ferri (2004, liii) es insostenible afirmar que existan ordenamientos que sean totalmente privados. Esta es la razón por la que se estima que la libertad contractual no tiene la calidad de omnímoda (Díez-Picazo, 2002, p. 128).

Resumiendo, el sustento de estas barreras obedece a que la autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino que se trata más bien de un poder conferido por el Estado, razón por la cual este puede someterlo a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial (Ferri, 2004, liii).

### **5.2.1. Límites explícitos**

Desde la postura de nuestro Tribunal Constitucional los límites a la libertad contractual pueden ser de dos tipos: explícitos o implícitos<sup>(20)</sup>.

Acorde a nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía privada –y por ende, la libertad contractual– tendría como límites las normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres –o si se prefiere, la ley, la moral y el orden público– (vide Albaladejo, 1997, 371; Díez-Picazo, 2002, p. 128; Stiglitz, 2001, p. 152; y Kresalja y Ochoa, 2009, p. 284).

---

(20) STC Exp. N° 2670-2002-AA-TC.

Estas tres aristas son las que conforman lo que propiamente se llama licitud. Es decir, un contrato será lícito si está acorde a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres; y si contraviene alguno de estos límites, adolecerá de ilicitud<sup>(21)</sup>.

Según nuestro Tribunal Constitucional entre los límites explícitos tenemos propiamente a la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público<sup>(22)</sup>.

Estos linderos señalados constitucionalmente coinciden con la licitud, o sea, con las tres limitantes exigidas por nuestra codificación civil (norma imperativa, orden público y buenas costumbres).

Tales límites explícitos, (como su nombre lo indica) pueden ser inferidos de una lectura sistemática de diversos artículos de nuestra legislación:

**CUADRO 5: LÍMITES EXPLÍCITOS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL**

LIMITANTE	CONSTITUCIÓN	CÓDIGO CIVIL
Norma imperativa		V; 106 inc 9; 140 inc 2; 189; 219 inc. 4, 7, 8; 738; 925; 1353; 1354; 1356
Orden Público	2 inc. 14	V; 6; 13; 96; 140 inc. 3; 189; 219 inc. 4, 8; 738; 1328; 1355; 1697 inc. 3; 2049; 2050; 2060
Buenas costumbres		V; 6; 96; 140 inc. 3; 189; 219 inc. 4, 8; 738; 1355; 1697 inc 3; 2049; 2050

Estas fronteras han generado que el legislador sancione con nulidad el acto jurídico celebrado en contravención a las normas jurídicas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, tal y como se puede

(21) Evidentemente aquí dejamos de lado otras tantas limitantes particulares que existen en ciertos sectores, como por ejemplo, en los arrendamiento urbanos y rústicos, en las cosas cuyos precios no son libres, en las mercaderías que pueden ser transferidas en cantidades limitadas, entre otras. Además existirían tres limitantes genéricas adicionales: el impedimento a cierto tipo de sujetos, contratos cuyo contenido se impone, y relaciones entre partes que se establecen sin necesidad del acuerdo de estas (cfr. Albaladejo, 1997, pp. 371-372).

(22) Ver sentencia recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA-TC.

apreciar en los artículos V y 219 inciso 8 del Código Civil, y como ha quedado anotado líneas atrás.

Ahora bien, para nuestro Tribunal Constitucional, uno de los límites explícitos lo constituye justamente el respeto a las normas de orden público<sup>(23)</sup>, afirmación que más o menos se condice con la **norma jurídica imperativa**.

En cuanto al **orden público** propiamente dicho, lo resaltante es que en su interior, desde el principio de este siglo, ha destacado el tema del orden público económico, como resultado de la intervención del Estado en la vida económica que ya no se abandona al puro juego de los intervinientes en el mercado.

El orden público económico estaría constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad (Díez-Picazo, 2002, p. 42). Ese orden público económico juega un rol importante de área limítrofe a la libertad de contratación, de modo especial cuando se procura la tutela de otros derechos fundamentales.

En fin, las llamadas buenas costumbres aluden a un tema ético, y para nuestro Tribunal Constitucional no es viable asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, toda vez que ello significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos<sup>(24)</sup>.

### 5.2.2. Límites implícitos

Conforme a lo esgrimido por nuestro Tribunal Constitucional, entre los límites implícitos tendríamos a las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos<sup>(25)</sup>.

---

(23) STC Exp. N° 2670-2002-AA-TC.

(24) Ídem.

(25) Ídem.

Así, desde una perspectiva constitucional, nuestro Tribunal ha afirmado que ningún derecho (incluida la libertad de contratación) cuenta con la condición de absoluto, y establece que puede ser restringido cuando no se afecte su contenido esencial, o sea, que la limitación no haga perder al derecho toda su funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y siempre y cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo<sup>(26)</sup>.

## **6. ¿Y las restricciones del artículo 1355 del Código Civil?**

### **6.1. Las limitantes del artículo 1355 del Código Civil**

En el artículo 1355 del Código Civil, como se puede apreciar, se reconocen tres limitantes al contenido de los contratos, a saber: interés social, interés público e interés ético. Pero por el modo de redacción debe quedar en claro que se trata de restricciones o limitaciones impuestas una vez que el contrato ya está debidamente estructurado. O sea, se trata de tres limitantes que aparecen de modo posterior a la celebración del contrato.

También por la utilización de la voz “puede” (dentro del texto normativo) se entiende que este intervencionismo o dirigismo contractual no vendría a ser más que un consejo al legislador, antes que un mandato normativo propiamente dicho (Bullard González, 2004, p. 61).

El sustento de la dación de este artículo se conduce a evitar la existencia de externalidades, es decir, la existencia de daños a terceros en la contratación privada, lo cual podría ser salvado con la intervención estatal, para estipular reglas que impidan justamente que se materialicen esas externalidades (Bullard González, 2004, p. 66). Este intervencionismo estatal solamente estaría permitido ante las denominadas “fallas de mercado”. O sea, si las condiciones del mercado, mediante la experiencia de los individuos, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo nos llevan a una solución adecuada, no será necesaria la intervención estatal. En cambio, si los costos de transacción no permiten corregir el problema, el Estado debería intervenir (Bullard González, 2004, p. 68).

---

(26) STC Exp. N° 004-2004-AI/TC. Cfr. STC Exp. N° 0001-2005-PI.

Ahora bien, recordando que el artículo 1355 del Código Civil estatuye tres límites a la libertad contractual (interés social, interés público e interés ético), es necesario demarcar tales linderaciones.

Se ha dicho que el **interés social** se refiere a consideraciones redistributivas, o sea, intervenir en el contrato para proteger, por ejemplo, a grupos marginados, controlar precios o prohibir cláusulas leoninas. Ello, hoy en día, no sería posible entre nosotros, toda vez que con la dación de la Constitución Política en 1993, se removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo contractual. La intervención estatal contractual para fines de redistribución es, hoy por hoy, inconstitucional (Bullard González, 2004, p. 69). Efectivamente, para la concepción liberal de la libertad de contratación debe considerarse prohibido al Estado la imposición de controles de precios, bajo las modalidades de precios mínimos y máximos (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 280).

El **interés público**, por su parte, más bien alude a la afectación de terceros ajenos a los contratantes. Este interés se dirige puntualmente al asunto de las externalidades que sí se comportarían como limitantes contractuales (Bullard González, 2004, p. 69).

Por último, los **intereses éticos** como barrera implican un intervencionismo que significaría la imposición de ciertos principios morales de un grupo a otro grupo, lo cual puede atentar contra el principio de autonomía (Bullard González, 2004, p. 69). Sin embargo, hay que recordar que si esa facultad está permitida, en este caso, solamente es atribución del Poder Legislativo, justamente porque este poder es el que representa, en cierta medida, a la colectividad<sup>(27)</sup>. Desde luego, se sabe que con el paso del estado de naturaleza al estado civil, los individuos transmitieron todos sus derechos naturales al soberano, ergo, también se transmitió el derecho de decidir lo que es justo (moral) y lo que no lo es. Por lo tanto,

---

(27) No hay que olvidar que la vigilancia también le corresponde al poder judicial vía, por ejemplo, nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución de contratos y también a la propia Administración Pública. Ciertamente el término “policía administrativa” alude a la actividad de ordenación de la vida social que lleva a cabo la Administración Pública con el fin de garantizar el orden público y el normal funcionamiento de la economía y de la sociedad. Esta actividad es casi siempre limitadora y ordenadora del ejercicio de los derechos, unos derechos preexistentes al acto (o norma) de policía (vide Ariño Ortiz, 1995, p. 36 y ss.).

desde ese instante, el criterio de lo justo (moral) o injusto (inmoral) será voluntad última del soberano que ejerza el poder (Bobbio, 2013, p. 32).

Resumiendo podríamos arribar a que, según lo dispuesto por el artículo 1355 del Código Civil, las limitantes serían el interés público y el interés ético (ya no el interés social). Y como puede verse, estos dos aspectos, el interés público y el interés social, más o menos se condicen con el orden público y las buenas costumbres a que aludiéramos líneas arriba.

## 6.2. La regulación civil de las limitantes contractuales

Vimos anteriormente que todo acto jurídico, y por ende, todo contrato, tiene tres grandes limitantes en su celebración: las normas jurídicas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Sabedores de que la voluntad contractual tiene estas tres grandes fronteras al momento de su celebración, el legislador del código civil, ya en 1984, entendió que la santidad contractual basada en la libertad de contratar es, en efecto, relativa, y lo quiso dejar sentado en el artículo 1355 donde se estipula que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Como se puede ver —y también ya se anotó—, en la redacción se alude a las restricciones de índole **pública** y **ética** (aunque vía ley<sup>(28)</sup>).

Y a renglón seguido, en el artículo 1356 del citado dispositivo se dice que la voluntad es libre y las disposiciones legales son supletorias, a menos que se trate de **normas imperativas**.

Con ello se repiten, entonces, los tres grandes límites de la voluntad contractual: el orden público y la moral social (1355) y las normas imperativas (1355 y 1356).

---

(28) Es necesario distinguir entre intervencionismo del Estado regulador mediante la legislación como obra del Parlamento, propia del Estado de Derecho, del intervencionismo del Poder Ejecutivo, que suele caer en el totalitarismo (Sánchez Viamonte, 1961, p. 294).

Ante lo dicho es indispensable aclarar que estas limitantes (las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres), en el primer caso (artículos V y 219 inciso 8) funcionan como barreras, pero al momento de la celebración; es por ello que el contrato en caso de quebrantamiento adolece de nulidad, pues la nulidad es una sanción que se impone cuando el defecto estructural del contrato es coetáneo al momento de su celebración (Taboada Córdova, 2002b, p. 83 y pássim).

Entre tanto, en el segundo caso (arts. 1355 y 1356) se trata más bien de restricciones pero de naturaleza sobrevenida, es decir, cuando el contrato ya está perfectamente estructurado, por lo que no se puede hablar, propiamente, de un cuestionamiento a la validez del contrato<sup>(29)</sup>.

Así, la labor del legislador, en el año 1984, consistió en dotar al Código Civil de congruencia interna para un control coetáneo y también posterior a la celebración del negocio jurídico cuando se violentasen normas jurídicas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

Lamentablemente, desde el año 1993, justamente con la redacción del artículo 62 de nuestra Carta Magna, donde se contemplaba la santidad contractual (o sea que los términos contractuales no podrían modificarse por leyes u otras disposiciones de cualquier clase), se debió entender que tal artículo (el 1355) habría quedado derogado tácitamente, según lo mandado por el artículo I del Título Preliminar del mismo Código Civil, y ulteriormente por la modificatoria introducida en el artículo 103 de la misma Constitución, dado que se trata de la entrada en vigencia de un mandato (art. 62 de la Constitución) incompatible con la anterior regulación (art. 1355 del Código Civil).

Ciertamente, estamos ante dos disposiciones inconciliables, donde la disposición posterior es incluso de mayor rango que la anterior, por lo que fácilmente se podría hablar de una suerte de derogación tácita<sup>(30)</sup>.

---

(29) Al respecto nos parece importante resaltar la propuesta que el profesor Lohmann (1994, p. 525) hiciera en el sentido de que debía considerarse como susceptible de ser sancionado con nulidad el negocio que a pesar de ser perfecto desde su origen, cuando con el transcurso del tiempo se convirtiese en un acto cuyos efectos o consecuencias constituyesen franca y abierta ilicitud. Como se aprecia, se trata de una postura que propone que la nulidad supervigile no solo la construcción sino también toda la vida del acto jurídico.

(30) Al respecto hay que recordar que en el Pleno Jurisdiccional N° 047-2004-AI/TC se acogió expresamente en sede constitucional a la derogación tácita.

### **6.3. Las dificultades generadas por los artículos 62 de la Constitución Política y 1355 del Código Civil**

A decir de Kresalja y Ochoa (2009, 279) en materia de libertad de contratar, el neoliberalismo de los años 90 del siglo XX propuso retornar a la privatización del contrato. Así las cosas, para este pensamiento, el Código Civil, por ser de 1984, está influido por el intervencionismo estatal de la Carta de 1979 en materia contractual. Esta privatización absoluta del contrato es contraria al Estado Social de Derecho y a la idea de solidaridad que en ese marco jurídico fundamental debe inspirar también al contrato.

Como ya se antedijo la primera gran dificultad que genera la contraposición de estos artículos lo configura la incertidumbre de saber si el artículo 1355 del Código Civil está o no derogado.

La derogación de una norma jurídica siempre genera dificultades. Pero el asunto se convierte en escabroso cuando se trata del tema de la derogación tácita, porque siempre estará latente la duda de si la norma jurídica sigue o no vigente.

En sede teórica no es tan complicado delimitar que se trata de una norma jurídica derogada tácitamente. En mejores términos, el artículo 1355 estaría derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución Política en el año 1993.

Pero si se pensase de modo distinto, es decir, que el artículo 1355 rige hoy en día, y como ambos artículos son incompatibles, otra solución para lograr coherencia entre ellos es recurriendo a la interpretación, la cual, evidentemente, no puede ser la literal<sup>(31)</sup>.

Ad empero, y con una visión diferente, la inamovilidad de los derechos adquiridos consagrada explícitamente por el artículo 62 de la Constitución Política se ha visto morigerada por algunas sentencias del Tribunal Constitucional, casi hasta retroceder al texto del artículo 1355 del Código Civil. En una palabra, se ha pasado de una permisión

---

(31) En ese sentido recomendamos ver lo dicho por el profesor Juan Espinoza (2005, pp. 158-161) para quien la opción mejor es recurrir a una interpretación restrictiva del artículo 62 de nuestro Código Político.



intervencionista estatal (en 1984 con el Código Civil) a una inamovilidad de los contratos (en 1993 con la Constitución Política) para ulteriormente dar luz verde al intervencionismo estatal aunque de modo excepcional (2001 en adelante) con algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

Una posible explicación a este nuevo cambio, o sea al resurgimiento de las limitantes de la libertad contractual vía intervencionismo estatal, o más claramente, a la aplicación efectiva del artículo 1355 del Código Civil, la podemos encontrar en un fallo supremo.

Ciertamente, la Corte Suprema hacia 1999<sup>(32)</sup> afirmó que el Estado tiene la facultad de intervenir en la vida económica de la Nación en razón a intereses correspondientes a la sociedad como un todo, por encima de la voluntad de los particulares; situación que se produjo en la coyuntura económica que tuvo que enfrentar el Estado peruano a inicios de 1990 con hiperinflación y recesión, obligando al Poder Ejecutivo a dictar múltiples medidas destinadas a corregir tales situaciones.

Ad empero, en esta sentencia fácilmente se puede apreciar que se alude a una justificación del artículo 1355, o sea del intervencionismo estatal, pero a inicios de los años 90, por lo que no serviría como justificación posterior, más exactamente para 1999 que es el año en que se emite el fallo en Casación.

Respecto de este tema, para el profesor Carlos Cárdenas (ápuđ Kresalja y Ochoa, 2009, pp. 283-285) la mejor lectura de la primera parte del artículo 62 de nuestro Código Político es la de entender que la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas (doctrina de los hechos cumplidos) importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, pero no las supletorias de la voluntad en cuanto no se haya pactado en contrario o de manera distinta, dado que admitir que ninguna norma legal incluso de carácter imperativo que se dicte con posterioridad a su establecimiento implicaría una

---

(32) Ver Casación N° 128-1997-Juliaca.

equiparidad entre un contrato común y un contrato-ley regulado recién en la segunda parte del citado artículo 62.

## **7. Qué ha dicho el Tribunal Constitucional sobre la libertad de contratación**

Con este soporte teórico podemos ingresar a revisar sucintamente lo que ha venido diciendo nuestro Tribunal Constitucional respecto de la libertad de contratación y sus temas circundantes, sobre todo en lo referido a la santidad contractual.

### **7.1. Del contenido de la libertad de contratación**

Para el Tribunal Constitucional el principio de la autonomía de la voluntad materializado en la libertad de contratación tiene un doble contenido: la libertad de contratar (consagrada en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución) llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato<sup>(33)</sup>.

Este derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo que dicho vínculo debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Se añade que tal derecho garantiza, prima facie, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante, además de la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Y como son estos los elementos los que constituyen en abstracto su contenido mínimo o esencial, no formaría parte de dicho contenido –verbigracia– el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse<sup>(34)</sup>.

---

(33) Ver sentencias recaídas en los expedientes N° 2185-2002-AA/TC, N° 8943-2006-PA/TC, N° 00026-2008-PI/TC, N° 00028-2008-PI/TC y N° 01869-2010-PA/TC.

(34) Ver sentencias recaídas en los expedientes N° 0008-2003-AI/TC, N° 0004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (acumulados); N° 2736-2004-PA/TC,

Por último, no cabe duda de que la Constitución, al reconocer y proteger la libertad contractual como derecho fundamental y garantía institucional del régimen económico peruano, releva la importancia de esta libertad en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, tal reconocimiento no debe ser interpretado de manera errónea, encasillándolo exclusivamente en la categoría de libertad negativa con el fin de que los particulares puedan oponerse de manera irrestricta a cualquier intervención del poder estatal<sup>(35)</sup>.

## 7.2. Acerca de la vigencia de la libertad de contratación

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de contratar se encuentra prevista y regulada en el artículo 62 de la Constitución<sup>(36)</sup>. Ciertamente, la propia Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad contractual desde una configuración binaria, de este modo, tanto el inciso 14 del artículo 2 como el artículo 62 de la Constitución han establecido su marco constitucional de actuación<sup>(37)</sup>.

Pero más enfáticamente el Tribunal Constitucional ha resaltado la vigencia de la santidad contractual cuando ha dicho 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 solamente 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<sup>(38)</sup>.

## 7.3. Acerca de los límites de la libertad de contratación

Luego de determinar abstractamente el contenido protegido constitucionalmente de este derecho, nuestro Tribunal Constitucional entiende que ello no quiere decir que se trate de un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Fundamental. Asumir lo contrario implicaría una

---

0001-2005-PI/TC, N° 1963-2006-PA/TC, N° 01735-2008-PA/TC, N° 0009-2009-AI, N° 0015-2009-AI y N° 0029-2009-AI.

(35) STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC.

(36) STC Exp. N° 0289-2001-AA/TC.

(37) STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC.

(38) STC Exp. N° 003-2004-AI/TC, N° 005-2003-AI/TC, y N° 1963-2006-PA/TC.

lectura aislada del texto constitucional que, como unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica. Mejor dicho, la determinación, en un caso concreto, del contenido protegido de un derecho fundamental no puede efectuarse al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce<sup>(39)</sup>, pues una lectura sistemática impone una interpretación de sus disposiciones sin “sacrificar” alguno de los valores, derechos o principios<sup>(40)</sup>, lo que deberá evaluarse para cada caso en concreto<sup>(41)</sup>.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que es errado creer que los contratos en cuanto tales impiden, en lo absoluto, todo tipo de intervencionismo estatal, pues si bien el artículo 62 de la Constitución consagra la santidad contractual, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravenzan leyes de orden público. Por ello, y partiendo de una lectura sistemática, el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que está condicionado tanto por límites explícitos como por implícitos. Los límites explícitos serían la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público; y los límites implícitos serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Por consiguiente, para el Tribunal asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos<sup>(42)</sup>.

Empero, se aclara que no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone su afectación, sino solamente aquellas que se presentan como desproporcionadas en atención a las circunstancias, para lo cual es necesario recurrir al test de proporcionalidad<sup>(43)</sup>.

---

(39) STC Exp. N° 2736-2004-PA/TC.

(40) STC Exp. N° 0001-2005-PI/TC.

(41) STC Exp. N° 8943-2006-PA/TC.

(42) STC Exp. N° 2670-2002-AA/TC.

(43) STC Exp. N° 01735-2008-PA/TC.

Para el Tribunal el régimen económico implantado en nuestro Estado como es la economía social de mercado es representativo de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En tal sentido, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que no supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. Mejor dicho, si bien no nos encontramos en un Estado basado exclusivamente en la autonomía de la voluntad e iniciativa privada, sino que se reconoce la importancia de la actividad del Estado en determinados supuestos, la Constitución ha instaurado un régimen económico que tiene sobre su base el respeto de los derechos y libertades fundamentales, sin las cuales el ejercicio de las libertades políticas, también reconocidas, se tornaría ilusorio. Aquí, la libertad contractual, implica una relación de cooperación, que deviene en el tiempo generando derechos y obligaciones para las partes, con subsecuentes posibilidades de injerencias externas que hagan imposible o irrealizable su contenido, de modo que su ámbito protegido también se extiende para garantizar respecto de aquellas injerencias externas que no cuenten con justificación constitucional. Por ello es indispensable garantizar que el cumplimiento de lo pactado no se vea frustrado por una injerencia externa arbitraria. En suma, como cualquier derecho fundamental, la libertad contractual también se encuentra sujeta a límites, y partiendo del orden público previsto en el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales<sup>(44)</sup>.

La libertad contractual, como toda libertad, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base en una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). En tal sentido, para el Tribunal en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen

---

(44) STC Exp. N° 03866-2006-AA/TC.

deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. Así, la Constitución reserva al Estado una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizado plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva (vide artículo 58 de la Constitución)<sup>(45)</sup>.

También se ha añadido que en un Estado social y democrático de derecho, el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho a la libre contratación, actuando sobre él en una doble perspectiva: prohibitiva (ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales) y promotora (cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales)<sup>(46)</sup>.

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional queda claro que, si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones de orden público. O sea es posible implantar reglas a la libertad contractual a través de una ley. No obstante, no hay impedimento para discutir la legitimidad de la ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales relacionados, o que las reglas jurídicas no sean claras, en tanto conceptos jurídicos indeterminados o en blanco, o que queden a merced de la Administración definir su real y concreto significado legal<sup>(47)</sup>.

---

(45) STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC.

(46) Ver sentencias recaídas en los Expedientes N° 2736-2004-PA/TC, N° 0001-2005-PI/TC, N° 1963-2006-PA/TC y N° 03866-2006-AA/TC.

(47) STC Exp. N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC (acumulados).

Por ello también el Tribunal ha entendido que el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e, inclusive, de resolverlo. No obstante, tales poderes únicamente podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional<sup>(48)</sup>.

## **8. El artículo 1355 del Código Civil en las sentencias del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional ha recurrido al artículo 1355 del Código Civil para sustentar algunos de sus fallos. Su utilización siempre ha sido en materia pensionaria cuestionando la afiliación al Sistema Privado de Pensiones.

En el Expediente N° 2156-2003-AA/TC donde el objeto de la demanda es que se permita la libre desafiliación del demandante del Sistema Privado de Pensiones, el Colegiado afirma que el demandante pretende que en el presente proceso constitucional de urgencia se sancione la nulidad del contrato por el que, en determinación de su libertad, se afilió a la AFP, y conseguir así, declarado sin efecto legal el contrato aludido, su retorno a la ONP.

La demanda se basa en hechos que se estiman afectados de vicios nulificantes, lo que se enmarca dentro de un cuadro de violación de derechos que se califican de fundamentales como es la libre contratación y el acceso a la pensión a través de entidades públicas, privadas o mixtas. En el caso, la pretendida vulneración de derechos no constituye una temática constitucional, desde que los vicios que presuntamente afectan a un contrato celebrado y regido dentro de los márgenes del derecho privado, requieren para la pretensión de la sanción de nulidad la instauración de un proceso ordinario que permita la probanza plena de los hechos que fundamentan la pretensión.

---

(48) STC Exp. N° 2488-2004-AA/TC.

El Tribunal uniformemente en las sentencias recaídas en los expedientes N° 1081-2003-AA/TC, N° 2753-2002-AA/TC, N° 2183-2004-AA/TC, N° 2568-2003-AA/TC, N° 398-2003-AA/TC y N° 2861-2003-AA/TC ha declarado improcedentes las demandas de nulidad de contrato de afiliación a una AFP y su consecuente traslado al SNP en vía constitucional, debido a que dilucidar esta pretensión requiere de una etapa donde se actúen las pruebas idóneas a fin de demostrar la validez de dicho contrato, ejercitándose el derecho de contradicción, por lo que se las debe plantear en la vía correspondiente y no en la del amparo que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria.

Siguiendo el mismo sentido, en las sentencias recaídas en los expedientes N° 2179-2004-AA/TC, N° 1575-2004-AA/TC, N° 1429-2003-AA/TC, N° 2896-2003-AA/TC, N° 1810-2004-AA/TC, N° 2037-2004-AA/TC, N° 980-2003-AA/TC, N° 3114-2003-AA/TC, N° 2743-2005-AA/TC y N° 2046-2004-AA/TC, el Tribunal, pronunciándose ya sobre el fondo del asunto controvertido, declaró infundadas la demandas afirmando que en estos casos no se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional invocado, por lo que la demanda debe desestimarse, aunque dejando a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la vía ordinaria. Ergo, si el demandante considera que existen causales suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, dicha solicitud deberá plantearse en la vía correspondiente, y no en el amparo, que, por su naturaleza excepcional, sumaria y carente de etapa probatoria.

Ahora bien, el Tribunal ha afirmado que el artículo 140 del Código Civil define la obligación<sup>(49)</sup> y señala la necesidad de concurrencia de elementos indispensables para la validez del acto jurídico. Se agrega que por el dirigismo contractual el Estado asume el control de la contratación, no obstante el carácter privado de esta cuando, en la versión del artículo 1355 del acotado, prescribe:

---

(49) Si bien el artículo 140 del Código Civil no da una definición muy acertada del acto jurídico, no es correcto afirmar que el concepto allí volcado es el referido a las obligaciones. Más bien el concepto de obligación –entendida en líneas generales como una relación jurídica de índole patrimonial– puede ser inferido de una lectura coordinada de los artículos 1351, 1402 y 1403 del mismo código.



“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Es decir, celebrado el contrato y estando este en **etapa de ejecución**<sup>(50)</sup>, la preexistente o sobreviniente causal de rescisión, resolución o invalidación, incluido, desde luego, el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, permitido por los artículos 1440 y siguientes del cuerpo legal citado, han de exigir probanza suficiente a través de la amplitud de medios aceptados por el Derecho Procesal, lo que significa la necesidad de instauración del correspondiente proceso de conocimiento.

En el Expediente N° 02153-2007-PA/TC, se repite la historia, pero es ahora en el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli donde se manifiesta todo el razonar mostrado. El citado magistrado reproduce de modo idéntico su pensamiento, entre otras tantas sentencias, en los expedientes N°s 2256-2005-PA/TC, 02126-2006-PA/TC, 02301-2006-PA/TC, 4122-2006-PA/TC, 4299-2006-PA/TC, 6711-2006-PA/TC, 07149-2006-PA/TC, 8028-2006-PA/TC, 9444-2006-PA/TC, 155-2007-PA/TC, 176-2007-PA/TC, 180-2007-PA/TC, 195-2007-PA/TC, 236-2007-PA/TC, 308-2007-PA/TC, 352-2007-PA/TC, 396-2007-PA/TC, 519-2007-PA/TC, 03319-2007-PA/TC y 03908-2008-PA/TC.

Para finalizar esta parte, basta con destacar que la utilización del artículo 1355 del código civil en el seno del Tribunal Constitucional ha sido efectuada luego del año 1993, fecha en que entró en rigor la vigente Constitución, por lo que se puede inferir que el citado artículo estaría plenamente en rigor.

## **9. Un intento de aproximación a la problemática planteada**

### **9.1. El artículo 1355 del Código Civil estaría vigente**

La Corte Suprema, el 19 de marzo del año 2001, emitió la Casación N° 3418-2000-Ica haciendo uso del artículo 1355 del Código Civil.

---

(50) Con lo dicho se alude claramente al ámbito de las obligaciones antes que al ámbito contractual propiamente dicho.

Con ello tenemos que tanto el Tribunal Constitucional como la misma Corte Suprema han recurrido al artículo 1355 del Código Civil luego del año 1993; y si los más altos órganos aplicadores de nuestro ordenamiento legal han asumido tal postura, queda claro que el artículo en cuestión estaría vigente.

Por consiguiente, como ambos artículos (el 62 de la Constitución Política y el 1355 del Código Civil) siguen rigiendo, la mejor solución ante la aparente antinomia que presentan para su aplicación es recurrir, efectivamente, a una interpretación que armonice sus textos.

## **9.2. Acerca de la interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución Política**

Ya adelantamos que con gran acierto se ha dicho que para lograr amalgamar los artículos 62 de la Constitución y 1355 del Código Civil se debe recurrir a una interpretación restrictiva de nuestra Carta Magna<sup>(51)</sup>.

El postulado de tal afirmación consiste en que cuando el artículo 62 de la Constitución prescribe que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, se estaría refiriendo a normas legales supletorias (cf. Ninamancco Córdova 2013). Y el sustento radica en que de no ser así se estaría equiparando un contrato común con un contrato-ley.

Tampoco se podría llegar al resultado inverso, es decir, interpretar el artículo 1355 del Código Civil de modo restrictivo, toda vez que este artículo sí se estaría refiriendo exactamente a normas imperativas (Espinoza Espinoza 2005, 159).

Nosotros no creemos que el artículo 62 de la Constitución se refiera a las normas supletorias. El debate para su dación, y lo dicho por el propio Tribunal así lo muestran. Pero esta aserción merece un breve análisis, para lo cual partimos de algunos supuestos susceptibles de presentarse.

---

(51) El profesor Juan Espinoza (2005, p. 159) y los profesores Kresalja y Ochoa (2009, pp. 283-285) citan como base el trabajo del profesor Carlos Cárdenas Quiroz (Autonomía privada, contrato y Constitución) donde se exponen los fundamentos de este razonar.

- **La norma supletoria se modifica con otra supletoria y las partes han previsto su propia regulación**

Piénsese, si se pacta un contrato de modo válido y existe una norma supletoria de la voluntad y luego esa norma es modificada y sigue siendo supletoria, ello en nada altera al contenido del contrato. Mejor dicho, mal haríamos en entender que las disposiciones del artículo 62 de la Constitución aluden a normas supletorias, pues, una norma supletoria (si es modificada posteriormente) jamás podrá siquiera amenazar el contenido del contrato debido justamente a su calidad de supletoria, por lo que rige siempre lo pactado por las partes.

- **La norma supletoria se modifica con otra supletoria y las partes no han previsto su propia regulación**

Ahora bien, si las partes no hubieran previsto la regulación y su contrato se regulase supletoriamente por una ley y luego esta es modificada, evidentemente la nueva ley es la que se aplicará supletoriamente al contrato, pues los mismos contratantes dejaron ese vacío para ser colmado por el legislador. Recuérdese que el contrato tiene dos fuentes regulatorias: la voluntad y la ley. Y así como las partes pueden cambiar en cualquier momento lo dicho por su voluntad, también el legislador puede cambiar su ley. Pero que quede claro, siempre y cuando esta ley original sea supletoria y sea substituida por otra supletoria.

- **La norma supletoria se modifica por otra imperativa**

Por último, si la ley supletoria fuese modificada a una imperativa, estimamos que igualmente las partes tendrán que acomodarse al nuevo mandato. Si no han previsto lo regulado por la norma supletoria, no cabe duda de que regirá la nueva norma imperativa. Y si han regulado de modo diverso a la disposición supletoria, de todas maneras regirá en adelante la norma imperativa, pues ella busca reflejar los intereses vigentes en la colectividad.

Por tanto, no nos parece que la lectura restrictiva del artículo 62 refiriéndose a normas supletorias sea la más adecuada, pues no genera mayor conflicto en su aplicación.

### **9.3. Preliminarmente los contratos no son modificables**

Las obligaciones son los efectos que surgen una vez celebrado un contrato de modo correcto. Pues si el contrato no se celebró de modo idóneo, en puridad las obligaciones jurídicas tampoco aparecieron.

Ahora, ya dijimos que en nuestro sistema impera la doctrina de los hechos consumados. Por tanto, si un contrato se celebró acorde a las normas jurídicas vigentes, estaría consumado como tal (como contrato), y no sería pasible de revisión en cuanto a su contenido por la dación de una ley posterior.

Debe quedar en claro, entonces, que no estamos ante casos de nulidad, pues, desde el debate mismo del artículo 62 de la Constitución (vide Kresalja y Ochoa 2009, 282-283) se aludía claramente a que el supuesto normativo en cuestión trata más bien de que un contrato podría nacer de modo lícito, pero que en determinado momento podría convertirse en algo inconveniente para la sociedad.

Si una ley dada luego de la configuración del contrato pretendiese su revisión, estaríamos ante un caso flagrante de aplicación retroactiva, lo cual está vedado en nuestro ordenamiento jurídico hasta por mandato constitucional<sup>(52)</sup>.

En conclusión, un contrato una vez celebrado conforme al ordenamiento jurídico imperante y de modo acorde al orden público y a las buenas costumbres estaría debidamente estructurado por lo que su validez sería plena y no sería susceptible de cuestionarse su formación por una ley posterior, pues ello conllevaría a una aplicación retroactiva de la ley, situación no permitida por nuestra Carta Magna. Ello es lo que primeramente se puede inferir del texto de nuestra Constitución, pues allí

---

(52) Ver artículos 103 de la Constitución Política y III del Código Civil. Al respecto hay que recordar que ni siquiera la sentencia del Tribunal Constitucional –al menos teóricamente– tiene fuerza ni efectos retroactivos tal y como se manda en el artículo 204 de nuestra Carta Magna.

se utiliza la construcción que afirma que los “términos contractuales” no pueden ser modificados. Y si se configurase un defecto al momento de la celebración las medidas a aplicarse serán la nulidad, la anulabilidad o la rescisión, según sea el caso.

Lo dicho también tiene cierto asidero en algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional, tal y como se ha mostrado líneas arriba.

#### **9.4. Las obligaciones sí son susceptibles de limitación y modificación**

El artículo 1355 del Código Civil se refiere a las obligaciones.

Si bien los contratos no pueden ser limitados o modificados por una ley u otra disposición posterior, ello no quiere decir que los efectos generados por un contrato no puedan ser revisados. Si recordamos, la doctrina de los hechos consumados implica que la nueva normatividad es aplicable a las “consecuencias” de las situaciones y relaciones jurídicas. Y si se piensa bien, en realidad, una obligación viene a ser una suerte de “consecuencia” del contrato. Por tanto, el contrato, tal y como se celebró, si estuvo acorde a las normas vigentes al momento de su estructuración es plenamente válido. Pero si las obligaciones emanadas de él son cuestionadas por nuevas disposiciones, ellas deberán sujetarse en lo posible a la nueva legislación.

No se olvide que una misma relación jurídica (en este caso una obligación) posee simultáneamente dos fuentes de reglamentación: por un lado están las normas generales legales que hacen referencia a ella y por otro lado los preceptos especiales creados por una o por la totalidad de las partes del contrato (Stiglitz, 2001, p. 153).

Como ejemplo de lo afirmado tenemos que, verbigracia, en una obligación de dar, si se dictase una ley que dispusiese que el bien a entregar pasa a formar parte del patrimonio cultural de la Nación, queda claro que no porque en el contrato se haya dicho que se tenía que entregar tal bien habrá que hacerlo. Muy por el contrario la obligación se sujetará las nuevas disposiciones legales y será de imposible cumplimiento debido a que caeríamos en un supuesto de imposibilidad por pérdida del bien sin culpa

de las partes<sup>(53)</sup>. Y como se puede apreciar, el contrato quedó intacto; lo cuestionado por la nueva ley fue únicamente la obligación, la que, a fin de cuentas, tuvo que adaptarse a las nuevas disposiciones.

Lo mismo puede acontecer con una obligación con prestación de hacer o de dar.

Por consiguiente, la obligación generada a raíz del contrato sí sería susceptible de modificaciones, debido a que justamente la obligación es una consecuencia del contrato, siempre que no se haya agotado totalmente. Es decir, si queda pendiente la obligación o parte de ella, sí sería susceptible de revisión por mandato de una ley.

Creemos que cuando en el Código Civil se dice que se pueden imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, ello alude claramente a las obligaciones. No creemos que se dirija al propio contrato, pues no existe problema en decir que la ley, efectivamente, sí puede imponer restricciones a los contratos al momento de su formación.

En otras palabras, las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres existen desde siempre como limitantes para la celebración del acto jurídico (artículo V del Código Civil). Por tanto, en nada ayuda el artículo 1355 si es que se lo quiere entender en tal sentido.

Pero si aconteciese un cambio en alguna de estas limitantes que no existía el momento de la celebración, el asunto es distinto, y encajaría en el hipotético previsto por el artículo 1355. Allí la limitación se podrá imponer a través de una ley. Pero como el contrato ya está debidamente celebrado, esa ley regirá, como es obvio, para las obligaciones pendientes de cumplir.

Y claro es que una obligación puede devenir en contravención a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, de manera sobrevenida.

---

(53) Ver el artículo 1137 inciso 3 del Código Civil.

### 9.5. Excepcionalmente los contratos serían limitables

Con todo lo dicho hasta aquí, queda claro que los contratos no podrían ser modificados, según lo manda el artículo 62 de la Constitución. Esta sería la regulación general.

Y para amalgamar este mandato con el artículo 1355 habría que entender que la ley sí podría imponer reglas o limitaciones por consideraciones públicas o éticas, pero a las obligaciones emanadas de los contratos. Siendo que esto sería aplicable a todos los contratos obligacionales, es decir a aquellos que generan obligaciones.

Lo dicho también nos soluciona el tema de los llamados contratos reales, pues como en puridad no generan obligaciones sino que generan la aparición de los derechos reales, en estos casos, al haber ya alcanzado una situación jurídica exactamente determinada no sería de aplicación una ley posterior pues se estaría haciendo aplicación retroactiva de ella.

Ahora bien, el reproche que se puede hacer es que en el artículo 62 de nuestra Constitución se dice que lo que no podrá ser revisado son los términos contractuales, lo que más o menos se condice con los futuros efectos, es decir, con las obligaciones.

Para aproximarnos a una solución a ello partiremos recordando que los límites son tres: las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Y si se revisa a detalle el artículo 62 de la Constitución, en ningún momento se alude al orden público o a las buenas costumbres como limitantes de los contratos. Allí la prohibición es clara al decir que **ninguna ley** o disposiciones similares podrán modificar el contenido de los contratos ya celebrados.

En primer término, debemos leer las voces “ley” y “otras disposiciones de cualquier clase” preferentemente como los dispositivos emanados de autoridades competentes, manifestados de modo escriturario. Exactamente, nos referimos a la voz “ley” en sentido amplio o material.

En segundo lugar, consideramos que el constituyente no incluyó al orden público ni a las buenas costumbres debido a que ambos espectros dependen de la sociedad misma. Y si bien una ley puede cambiar de la noche a la mañana, no sucederá lo mismo con las normas propiamente de orden social ni con las buenas costumbres que necesitan de mucho tiempo para verse modificadas.

Por lo mismo también, si el orden público o las buenas costumbres se alteraran y subsistiese un contrato que los violentase (habiéndose celebrado de modo correcto), creemos que sí serían pasibles de revisión, dado que su ejecución restante se tornaría en intolerante para la colectividad. Aunque, insistimos, por la lentitud con que cambian estos ámbitos (el orden público y las buenas costumbres) los supuestos serán muy escasos.

En esa misma línea podemos afirmar categóricamente que una ley (en sentido amplio) no podrá modificar un contrato. No obstante, **si esta ley recoge el interés que la colectividad reclama**, entonces lo que está haciendo es dar a conocer lo que impera como orden público o buenas costumbres, por lo que sí sería posible el cuestionamiento de un contrato en estos casos.

Dicho de otro modo, una ley no podrá cuestionar un contrato, excepto cuando refleje lo que para la sociedad forma parte de un orden ético-social. Y ello también se condice más o menos con lo prescrito en el artículo 1355 del Código Civil.

Ergo, como el orden público y las buenas costumbres sí pueden cuestionar un contrato, una ley excepcionalmente podría hacerlo, **sí y solo sí su motivación se fundamentase en alguno de estos dos aspectos: el orden público o las buenas costumbres.**

En este orden de ideas, debemos ser cautelosos cuando el legislador emita una ley que pretende imponer restricciones a los contratos celebrados, basándose o en el orden público o en las buenas costumbres, pues ese reflejo de la sociedad debe ser verdadero y no aparente. Mejor dicho, habrá que estar atentos a este tipo de leyes, pues si no reflejan el sentir de la sociedad estarán imposibilitadas de cuestionar los contratos ya celebrados (por ello mismo es que el Tribunal Constitucional habla de esta situación como muy excepcional).



Esto lo decimos por cuanto no es fácil penetrar en la intimidad del proceso histórico y en la transformación de la voluntad social, que va creando la costumbre nueva con que se reemplaza, corrige o modifica una anterior, máxime si lo que se halla al alcance de nuestra percepción y nuestra valoración no es lo que merece el nombre de voluntad social, pues apenas se no es dado tener noticia de cierto tipo de manifestaciones colectivas a las que se da el nombre de opinión pública (Sánchez Viamonte, 1961, p. 290).

Nuestras afirmaciones parecen tener asidero en la doctrina. Ciertamente, se ha dicho que ninguna persona tiene derechos adquiridos contra una ley de orden público. En tal sentido, es posible, incluso, hasta la retroactividad legal, siempre que sea para corregir injusticias o abusos y la prohibición de renunciar derechos que no miran tan solo al interés individual. En otros términos, el derecho que se pretende irrevocablemente adquirido es siempre susceptible de corrección y de rectificación si consiste en la consagración de una injusticia, de una ventaja indebida, o de una situación desigual en los hechos o arbitraria y perjudicial en sus consecuencias (Sánchez Viamonte, 1961, p. 288).

Por ello también se ha dicho que la utilidad del orden público es que tiende a corregir ciertos abusos (Sánchez Viamonte, 1961, p. 288).

Así las cosas, el hecho de que un contrato pueda ser revisado por asuntos que lindan con el orden público es discutible desde una lectura rígida del artículo 62 de la Constitución, pero no lo es tanto si se trabaja con casos reales donde es evidente la violencia contra ese orden social que se espera impere en una colectividad.

Ahora bien, se sabe que el orden público se opone a los actos injustos, por lo que actúa como una fuerza de acción apta para quebrar el tabú de la costumbre y del dogma, destruyendo o anulando derechos, intereses y ventajas ya logradas y que aspiraban a ser definitivas (Sánchez Viamonte, 1961, p. 288). Por tanto, cuando un contrato violente de modo flagrante el orden público o las buenas costumbres, sería pasible de revisión, imposición de reglas, limitaciones o modificación.

A lo dicho el profesor Sánchez Viamonte (1961, p. 288) agrega un notable argumento. Si es posible hablar de relatividad de los derechos<sup>(54)</sup> en cuanto a su valor dentro del ámbito de la vida jurídica, sin excluir la presencia del Estado, debemos también reconocer su relatividad en el tiempo, a lo largo de las vicisitudes históricas, de la transformación, de la economía, de la evolución y extensión de la cultura, de la modificación y creación de las instituciones.

Todo ello –a decir del citado profesor– implica que cualquier ventaja lograda injustamente por medio de la ley y hasta de un concepto mudable de lo justo, emergente del derecho histórico, es susceptible de rectificación.

En fin, todo lo dicho en este acápite habría sido ratificado por la labor del Tribunal Constitucional, de modo tal que la santidad contractual no sería absoluta, ya que podría ser alterada aunque de modo muy excepcional.

---

(54) STC Exp. N° 03866-2006-AA/TC.

## CAPÍTULO XIV

### Acerca del tratamiento del anticipo de legítima

#### I. ¿QUÉ ES LA LEGÍTIMA?

---

De conformidad con el artículo 723 de nuestro Código Civil, la legítima es entendida como la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, es decir, legitimarios.

Partiendo de lo dicho, para hablar de legítima tenemos que estar ante una herencia. Y para hablar de una herencia tenemos que enfrentarnos, necesariamente, a la muerte de una persona<sup>(1)</sup>. O sea, si no estamos frente a un fallecido, no podremos hablar de herencia, y al no poder hablar de herencia, tampoco podremos ingresar en el terreno de la legítima.

Entiéndase, entonces, que la legítima es una institución del derecho sucesorio pues es apreciable el momento del fallecimiento y según la clase de parientes del de cujus presentes en dicho instante (Planiol y Ripert, 1946, p. 35).

Ahora bien, estando frente a una persona muerta, pareciera ser que para postular el tratamiento de la legítima es indispensable contar como presupuesto con un testador, es decir, con un sujeto que ha dispuesto

---

(1) Evidentemente nosotros partimos de la redacción de nuestra codificación, pero en contra se puede ubicar, por ejemplo, la posición del profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena (2003, p. 315 y ss.), para quien la legítima es un derecho a recibir, por parte del causante, una parte de su fortuna, o sea el derecho de participar de un monto proporcional a la suma del valor del patrimonio neto relicto y del valor del patrimonio donado.

de sus bienes vía testamento. Para ello se puede verificar –además de la redacción del artículo 723– que su regulación se ubica dentro de la Sección Segunda del Código Civil referida a la Sucesión Testamentaria. Entonces, se podría pensar que mientras no exista un testador, o sea un sujeto que haya elaborado un testamento, no podemos ni siquiera aproximarnos al concepto de legítima.

Empero, para Planiol y Ripert (1946, p. 28) la legítima es la porción de los bienes que necesariamente ha de quedar a favor de los herederos ab intestato. Con lo cual surge la duda de si la legítima opera o no también en la sucesión intestada.

Ante tal incertidumbre el profesor Lohmann (2003, p. 319) sentencia que la legítima no es estrictamente una figura propia del régimen testamentario, sino que es trabajable tanto en la sucesión testamentaria como en la ab intestato.

En fin, a lo dicho basta agregar que el sustento normativo de la legítima encuentra soporte hasta en cuestiones morales y sociales (cfr. Planiol y Ripert, 1946, pp. 30-31).

## **II. ¿ANTICIPO DE LEGÍTIMA O SIMPLE DONACIÓN?**

---

Habiendo repasado ligeramente al instituto de la legítima, el tema de fondo en realidad lo constituye el denominado anticipo de legítima o de herencia como algunos lo prefieren denominar.

Para nosotros, en sentido estricto, el anticipo de legítima no existe y no puede existir.

La única regulación que encontramos al respecto en el Código Civil se encuentra en el artículo 831 donde se dispone que:

“Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquel”.

En este punto queda en claro que existen barreras para disponer de todos los bienes a título gratuito. En efecto, se ha dicho:

“El causante en vida solo puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes a título oneroso, porque en vía de donación se encuentra limitado por el artículo 1629 del Código Civil”<sup>(2)</sup>.

Como es de fácil percepción, el anticipo de herencia trata en realidad de una donación –u otra liberalidad– hecha por un sujeto a favor de quienes serían sus herederos forzosos, en caso de que el donante falleciera en ese preciso momento, o sea, al efectuar la donación.

Una antigua ejecutoria suprema respalda lo dicho:

“El anticipo de legítima, en el fondo constituye una donación que, por su naturaleza, constituye un acto de liberalidad entre vivos, bilateral solemne y con efectos inmediatos a la fecha de su celebración”<sup>(3)</sup>.

Por ello, en la Casación N° 4020-01-Lima se afirmó que:

“En el supuesto que una persona desee dar en anticipo una parte de sus bienes, ello es posible, empero nuestro ordenamiento jurídico **ha previsto un tope del cual se puede disponer libremente**, el que de acuerdo al artículo setecientos veinticinco del Código Civil asciende al tercio de los bienes; es decir, que respecto de dicho tercio se puede disponer sin objeción alguna, empero respecto de los dos tercios restantes, no, puesto que se podría perjudicar al resto de herederos, existentes en el momento o no”.

Agregándose que la imposibilidad de disposición rige hasta el momento de apertura de la sucesión:

“De conformidad con el artículo setecientos veintitrés del Código Civil la legítima constituye la parte de la herencia de la que no

---

(2) Casación N° 1026-99-Lima.

(3) Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 1994.

puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, debiendo precisarse que **tal imposibilidad se hace efectiva hasta el momento en que se produzca la apertura de la sucesión correspondiente**, ello sin importar si el anticipo o liberalidad conforma a la totalidad de herederos forzosos existentes al llevarse a cabo esta, puesto que de lo contrario se podría estar perjudicando a futuros herederos forzosos”.

Por todo lo dicho no es hacedero hacer una diferenciación entre una donación y un anticipo de legítima, pues, en una palabra, el anticipo es una donación y, por tanto, se rige por las normas de esta, y no como se cree en la Casación N° 4003-2007-Arequipa:

“(…) la donación de bienes inmuebles y el anticipo de legítima, en sí son actos *ad solemnitatem* que requieren para su constitución que conste por escritura pública, con indicación precisa del inmueble o inmuebles que se transfieren, indicando su valor real y de las cargas que pudieran tener, bajo sanción de nulidad”.

Pero aún es creer que al anticipo de legítima se aplican las normas sucesorias, creyendo incluso que estamos ante un contrato:

“(…) en el presente caso se ha denunciado como inaplicados los artículos V del Título Preliminar, 695, 697 y 1352 del Código Civil, y 2 inciso 14 de la Constitución Política del Estado; respecto a la **nulidad del acto jurídico contrario** al orden público; **a las formalidades del testamento y a las condiciones especiales del testador con limitaciones físicas**; al principio de consensualismo contractual; y al **derecho que tiene toda persona a contratar** con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, con el único propósito de sostener que el acto jurídico materia de la presente litis es nulo, bajo el supuesto de que sería contrario a la leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres; empero, se advierte que la anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta solo en la supuesta falta de manifestación de voluntad de la anticipante”.

Para nosotros no es dable hablar de anticipo de herencia o de anticipo de legítima debido a que tales liberalidades hechas en vida recién se

considerarán como anticipo al momento de la colación, es decir, cuando el donante ya haya fallecido.

Nuestro razonamiento de discutir la viabilidad del anticipo de herencia encuentra sustento en que el donatario puede fallecer antes que el donante, caso en el cual jamás se podrá hablar de un anticipo de herencia. De hecho, mientras la sucesión no se abra, el heredero legítimo solamente tendrá la consideración de heredero presunto (Planiol y Ripert, 1946, p. 38).

Además, en una liberalidad el agente puede establecer la dispensa de colación de modo que, aun tratándose de una liberalidad de bienes a favor de un futuro heredero forzoso, al momento de la colación los bienes donados no formarán parte de la masa hereditaria a repartirse entre los legitimarios.

En suma, solamente se podrá hablar de anticipo de herencia o de legítima cuando un sujeto done (o libere) un bien que formará parte de la masa hereditaria, de manera que al momento de la muerte del donante, el beneficiario sea su heredero forzoso, siempre que no haya mediado dispensa de colación.

Por ello es que el caudal final del cual se calculará la legítima incorpora los activos menos los pasivos de la herencia más las liberalidades hechas a favor de los legitimarios<sup>(4)</sup>, siempre que no haya mediado dispensa de colación.

Nuestra posición al respecto del llamado anticipo de herencia o anticipo de legítima es contundente: no existe, dado que el heredero no puede optar ni menos renunciar a la legítima hasta que no se haya abierto la sucesión del disponente (Planiol y Ripert, 1946, p. 39)<sup>(5)</sup>.

---

(4) Lohmann (2003, p. 320) estima que la masa global incluye el activo menos el pasivo más el valor de las donaciones hechas a legitimarios y a terceros.

(5) En el Expediente N° 246-8-La Libertad, del 12 de diciembre de 1990, a fin de proponer una solución interpretativa, se dijo, de modo interesante, pero discutible, que: cuando a la donación se la denomina “anticipo de legítima”, se entiende que la voluntad del donante ha sido la de que el bien donado se colacione en el momento de la apertura de la sucesión. Teniéndose en cuenta que la donación constituye un acto de liberalidad cuando se trata de una donación bajo la modalidad de “anticipo de legítima” su revocatoria se admite solo por excepción en dos casos: por las causales de indignidad establecidas en la ley civil y por desheredación.

“No sirve para fundamentar la declaración de invalidez del anticipo de legítima (...) equipararla con la donación y señalando que ésta es inválida por cuanto el donante no puede dar más de lo que puede disponer por testamento, juicio que encierra la presunción de conocer cuál es el volumen de la masa hereditaria del demandado y suponer que el bien anticipado tiene un valor mayor al que puede disponerse testamentariamente (...). Sin embargo, la determinación del exceso donado se verifica en el momento de la muerte del donante, con el valor que tengan o debían tener los bienes materia de la transferencia, de tal modo que la valorización de la porción hereditaria anticipada no podía realizarse en (...) circunstancias en que el anticipante está vivo”<sup>(6)</sup>.

Por ello, preliminarmente, llama la atención un fallo como el siguiente, en donde se enuncia un tratamiento especial para el anticipo de herencia:

“La transmisión de propiedad por donación o **anticipo de legítima** se rige por normas especiales **de transferencia**”<sup>(7)</sup>.

### III. ANTICIPO DE LEGÍTIMA: EL ASUNTO DE SU POSIBLE ILICITUD

---

Además de lo anotado, decimos que tampoco puede existir propiamente el anticipo de legítima toda vez que su celebración o estructuración contravendría al orden público.

En efecto, un contrato de este tipo se está anticipando a la muerte de una persona que –evidentemente– todavía vive. Y no se pueden celebrar actos donde medie un evento de este tipo. Esta regulación privada, a todas luces vulnera el orden público y las buenas costumbres.

---

Al respecto tenemos a la Casación N° 1250-2000-Ica donde se dice que: “En la cláusula (...) de la Escritura Pública de Compra Venta, que contiene en forma simple la revocatoria del Anticipo de Legítima, no se hace mención a ninguna causal de indignidad para suceder o desheredar, por lo que aquella realmente adolece de manifestación de voluntad, deviniendo en nula, y, consiguientemente, nula la compraventa”.

(6) Casación N° 1364-97-Lima.

(7) Casación N° 408-95-Lima/Cono Norte.



Si se aceptase la institución del anticipo de legítima, podríamos estar inmersos en lo que Planiol y Ripert (1946, p. 23) denominan una donación mortis causa, a la cual consideran contraria a la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, así como discorda a la prohibición de pactos sobre herencia futura.

En términos más diáfanos, en el artículo 1405 de nuestro Código Civil se estipula que:

“Es **nulo** todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que **no ha muerto** o cuya muerte se ignora”.

Se ha dicho que con este precepto contractual se ajusta de modo integral la codificación sucesoria de los actos mortis causa, evitándose que con alguna contingencia se cedan derechos aun no transmitidos por no haber fallecido el titular, y, por tanto, no haber tenido lugar la apertura de la sucesión (Armaza Galdós, 2004, p. 47).

En esa senda, el anticipar una legítima implica antelar un derecho de naturaleza sucesoria, lo cual atropella la prohibición de contratar sobre sucesiones futuras.

En una palabra, la sucesión contractual o negocio jurídico a causa de muerte, es decir, el pacto sucesorio celebrado en vida pero para que opere después de la muerte, se encuentra totalmente prohibido no solo por el 1405 del Código Civil, sino también por el artículo 678 referido al impedimento de aceptar o renunciar herencias futuras, en razón de que hay una herencia solamente si murió el sujeto que deja el componente hereditario objeto de lo pactado (Armaza Galdós, 2004, pp. 138-139)<sup>(8)</sup>.

Por todo lo anotado, y enfrentándonos a toda una práctica consuetudinaria nominativa, diremos que el mal llamado anticipo de legítima, de existir, sería un negocio ilícito; y si existe, no es otra cosa que una mera donación. Así de simple. Las cosas por sus nombres y como son.

---

(8) Aunque el mismo profesor Javier Armaza (2004, pp. 143-146) discute esta prohibición y es partícipe de la utilidad de regular su permisión.

No les inventemos nomenclaturas que a la postre puedan entorpecer su regulación.

Por tanto, si el llamado anticipo de legítima es una donación, obviamente tendremos que recurrir a la regulación específica establecida para este tipo de contratos.

Por ello, posiblemente en la citada Casación N° 408-95-Lima se habla de donación o anticipo de legítima, dando a entender que se trata más bien de la misma institución.

Para terminar, con lo dicho, no deja de llamar poderosamente la atención que bajo las labores de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Sunarp exista todo un sistema de registro para los anticipos de legítima.

## CAPÍTULO XV

### **Acercas de la nulidad de los títulos expedidos por PETT, Cofopri o municipalidades**

Sabido es que el gobierno central pretendió a través de la creación del Programa Especial de Titulación de Tierras-PETT y afines, que los poseedores ubicados en zona rural puedan acceder a un título de propiedad vía prescripción adquisitiva de dominio pero en sede administrativa.

La normativa del caso consagraba un procedimiento ligero, pero con múltiples fases y requisitos para arribar finalmente a la obtención del título de propiedad otorgado por parte del PETT. Lamentablemente, si bien el procedimiento y el espíritu de la ley eran buenos, la tramitación de muchos de ellos no cumplieron con los patrones exigidos, lo que empezó a generar una avalancha de cuestionamientos a los títulos de propiedad ya concedidos por el PETT.

Este tema también ocasionó una controversia de criterios al interior de la Corte Suprema.

#### **I. POSICIÓN EN CONTRA DE LA NULIFICACIÓN DE TÍTULOS OTORGADOS POR EL PETT**

---

Para un primer sector, el cuestionamiento de un título concedido por el PETT no es viable a través de un simple proceso de nulidad de acto jurídico, por cuanto, al tratarse de un acto emitido por una autoridad estatal estamos, en esencia, ante un acto administrativo, el cual se materializa es una Resolución Administrativa.

Por tanto, el carril para impugnar esa decisión consiste en (luego de agotar la vía administrativa) recurrir ante la instancia judicial a través del proceso contencioso-administrativo, siempre dentro de los plazos y demás cánones establecidos para este tipo de pretensión.

En efecto, en la Casación N° 2190-2006-Cusco, recurriendo incluso a la doctrina de los actos propios, se afirmó contundentemente que:

“La sentencia de vista, que confirma la apelada, declara improcedente la demanda porque, como señala en su parte considerativa, **conforme a lo dispuesto en la Ley N° 27584, las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas vía proceso contencioso-administrativo**, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado. Tercero: En efecto, la acción contenciosa administrativa, regulada por la Ley N° 27584 tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. **Cuarto:** En tal sentido, **planteada la demanda como nulidad de acto jurídico, invocando las normas del Código Civil, y no como un proceso contencioso administrativo**, es de aplicación el artículo 175 inciso 1) del Código Procesal Civil, que prescribe que **no es viable la nulidad, cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, y que se sustenta en la teoría de los actos propios**. **Quinto:** Asimismo es necesario tener en cuenta que excepcionalmente se puede emitir una sentencia inhibitoria, cuando se trate de establecer la validez de la relación jurídica procesal, según lo regula el artículo 121 in fine del Código Procesal Civil. En consecuencia, al haberse emitido una sentencia inhibitoria no es posible sostener que existe una deficiente apreciación de los medios probatorios, como se alega en el recurso de casación, porque no ha existido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia”.

Más o menos en la misma senda, en la Casación N° 2949-2007-Ica se dijo lo siguiente:

“(…) tal pronunciamiento fue impugnado por la demandante dando lugar a que se emita la resolución de vista ahora

cuestionada, que confirma la apelada reiterando que la vía para cuestionar los títulos cuya nulidad se pretende, que constituyen actos administrativos de la Administración Pública, **es la del proceso contencioso-administrativo conforme al artículo 3 de la Ley N° 27584 y no la del proceso de conocimiento**, por lo que deja a salvo el derecho de la actora precisando que es evidente la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio. (...) el artículo 51 inciso 1 del Código Procesal Civil establece que es facultad de los jueces adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que considere pertinente su adaptación, sin embargo tanto el Juez como la Sala Superior –pese a verificar que la vía no era la pertinente– **no proceden a analizar si resultaba pertinente o no su adaptación**, lo que además es acorde con el artículo 427 del Código Procesal Civil que establece tal defecto como de inadmisibilidad pasible de subsanación en caso proceda la adaptación, declarando la improcedencia por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio cuando tal supuesto de improcedencia no es uno que se presente en autos, menos si conforme al artículo 5 de la Ley N° 27584 en el proceso contencioso-administrativo puede plantearse como pretensión la declaración de nulidad de actos administrativos”.

En fin, también está la Casación N° 4143-2009-Ica

“Conforme se advierte de los argumentos vertidos por el recurrente, este Colegiado Supremo considera que en realidad pretende a través del recurso de casación iniciar un nuevo debate respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer el presente proceso donde el demandante petitionó la nulidad del título de propiedad otorgado por el PETT, **organismo público cuyas decisiones deben ser cuestionadas a través del proceso contencioso-administrativo**, puesto que en realidad se pretende impugnar un acto administrativo, emitido después de iniciado y tramitado el procedimiento de formalización de la propiedad tramitado bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 667, no siendo la vía correcta el proceso ordinario de nulidad de acto jurídico, en tanto que el acto administrativo a diferencia del acto jurídico privado, es emitido en ejercicio de la potestad pública del Estado, a través de sus organismos pertinentes”.

## II. POSICIÓN A FAVOR DE LA NULIFICACIÓN DE TÍTULOS OTORGADOS POR EL PETT

---

En cambio, para un segundo sector de sentencias, cuando el título expedido por el PETT no cumpla con los requisitos exigidos por ley, sí estamos ante un supuesto de nulidad de acto jurídico, toda vez que un acto administrativo es un acto jurídico. Ello ha generado que también en la sede Suprema se amparen algunas demandas en este sentido.

Por ejemplo, en la sentencia en Casación N° 273-2006-Arequipa se afirmó:

“(…) Colegiado ha establecido que lo que es materia del presente proceso es el contrato de transferencia de dominio de fecha veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, **sin que se haya demandado impugnación de Resolución Administrativa**; por tanto constituye una clara contravención del debido proceso declarar improcedente la demanda, con el argumento que no se ha cuestionado Resolución Directoral (...), **cuando las partes del proceso han consentido el auto que desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa**, propuesta por la entidad demandada; por tanto el Juzgador no puede fundar su decisión en hechos que ya fueron materia de pronunciamiento al momento de resolver la excepción propuesta; con mayor razón cuando las partes han consentido la decisión. **Sexto:** Que, no obstante lo resuelto en instancia de casación la Sala de origen inobservando lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha declarado infundada la demanda sustentando nuevamente su decisión en el argumento, que **para cuestionar la transferencia la demandante debía impugnar la Resolución Directoral (...)**; en consecuencia, queda claro nuevamente que se ha incurrido en contravención de una norma que garantiza el derecho al debido proceso. **Sétimo:** Que, además no debe perderse de vista que, si bien se ha invocado como causal de nulidad la Finalidad Ilícita, no es menos cierto que la demandante ha sustentado in extenso que el contrato de transferencia de dominio se ha efectuado con clara transgresión del ordenamiento jurídico vigente, pues **el predio materia de la demanda, no sería eriazó ni de propiedad del Estado**; además que **los beneficiarios,**

**serían arrendatarios** del bien y que por ello no pueden invocar los beneficios del Decreto Legislativo número 653; sustentada así la demanda queda claro que el Juez está en la obligación de aplicar el derecho que corresponda, aún (sic) cuando no haya sido invocado por la parte o lo haya sido erróneamente, ello en virtud del principio *iura novit curia* (...). Por las razones expuestas: Declararon FUNDADO el recurso de casación”.

En la Casación N° 1058-07-Áncash se dijo claramente y con buen fundamento que:

“(...) siendo ello así, **no puede sostenerse que en el fondo lo que cuestionan los demandantes son los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Agricultura y que por tanto se debió acudir al proceso contencioso-administrativo**, pues lo que se ha debatido, **en este proceso no es la validez de las resoluciones administrativas** que otorgan la titulación, **sino la validez (licitud) del título de propiedad otorgado por el PETT - Áncash** a favor de los codemandados, por haber incurrido en causal de nulidad; tampoco se puede sostener que la sentencia de vista hace un reparto de tierras; pues como se ha explicado el Colegiado Superior, ha declarado la nulidad del título de propiedad otorgado por el PETT, solo respecto del inmueble materia de la demanda, dejando subsistente la resolución, en lo que no afecta el derecho de los demandantes”.

En igual sentido, y con algo más de detalle tenemos a la Casación N° 2289-2007-Arequipa, donde se asegura que, justamente, como el procedimiento de titulación de tierras –o sea el trámite administrativo– termina con la inscripción registral, es totalmente viable recurrir ante la instancia judicial a través de la nulidad de acto jurídico<sup>(1)</sup>:

“La pretensión de la demandante es que en la vía de proceso ordinario civil se declare la nulidad del derecho de posesión y del derecho de propiedad otorgado a la parte demandada en el procedimiento de prescripción adquisitiva seguido

---

(1) En idéntico sentido tenemos a la Casación N° 2750-2007-Ica.

conforme al Decreto Legislativo N° 667, respecto del fundo rústico ‘Panarcana’, así como la cancelación de los respectivos asientos de la Ficha que indica del Registro de la Propiedad Inmueble de Arequipa. **Segundo: La sentencia de primera instancia** de fojas ciento setenta y uno declaró improcedente la demanda, señalando que el Decreto Legislativo N° 667 establece un procedimiento ágil, tanto de titulación como de registro de predios rústicos, constituyéndose en un procedimiento de prescripción adquisitiva administrativa, en donde una vez inscrito el derecho de posesión se notifica al propietario, que en el caso de autos la parte actora debió haber hecho valer su derecho de oposición a la inscripción de la prescripción, y no es aplicable el artículo 140 del Código Civil pues se trata de un acto administrativo, que debe ser impugnado de conformidad con la normatividad pertinente. La **resolución de vista** confirma la apelada determinando igualmente que no ha existido oposición a la inscripción del derecho de posesión y propiedad; y que **el plazo para la impugnación del acto administrativo ha prescrito** y que si bien es cierto no existe pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida, las instancias de mérito han considerado que se acciona contra una Resolución Administrativa expedida en un procedimiento especial administrativo de prescripción adquisitiva, basado en el Decreto Legislativo N° 667. **Tercero:** El Decreto Legislativo N° 667 prevé un trámite especial de oposición, que corresponde deducir después de concluido este y notificado el propietario. En este caso se advierte del proceso de desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento seguido entre las mismas partes, ante el Juzgado Agrario de Camaná y Secretario Salas que el demandado contestó la demanda y concurrió a la diligencia de Audiencia Única, según acta de fojas ochenta de dicho proceso, sin exhibir en dicho proceso el título de propiedad otorgado por el PETT. **Cuarto:** No se ha acreditado en autos el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 667, pues no consta la notificación al propietario, a los colindantes y vecinos, ni los carteles y publicaciones correspondientes y el artículo 24 del referido Decreto Legislativo, en su texto establecido por la Ley N° 27559, señala que la oposición a la inscripción de la



prescripción se sujeta a las normas del proceso abreviado. **Quinto:** Debe precisarse que, **una vez que la autoridad competente inscribe en los Registros Públicos, derecho de propiedad a favor del poseedor del predio, se agota el procedimiento administrativo especial de titulación de tierras** previsto en el Decreto Legislativo N° 667; por tanto, **dicha inscripción registral sólo puede anularse por mandato judicial; pudiendo las partes recurrir válidamente a la autoridad jurisdiccional en la vía especial, o accionar en vía ordinaria de conocimiento a través de la acción de nulidad y cancelación de la inscripción registral**, como ha ocurrido en el caso de autos, en que se pretende vía nulidad de acto jurídico, la cancelación de los asientos registrales y los actos jurídicos que lo contienen. La amplitud del trámite nunca es causal de nulidad. **Sexto:** En virtud, al principio que recoge el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez adecuará las exigencias procesales al logro de los fines del proceso, esto es, resolver un conflicto de intereses con relevancia jurídica y lograr la paz social en justicia, por lo que corresponde que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de la litis a fin de no perjudicar el derecho del actor”.

A este respecto, baste decir que el razonamiento esgrimido en el último fallo no es del todo desacertado, pues en la realidad han acontecido casos en los cuales el verdadero propietario jamás se enteró del trámite de titulación, incluso estando en posesión del bien, pues muchas veces las inspecciones no se llevaron a cabo adecuadamente, y en otras ni siquiera se efectuaron.

Empero, si partimos del mismo criterio utilizado en el V Pleno Casatorio Civil, estaríamos igualmente ante una antinomia que se podría resolver con el criterio de especialidad; por tanto, así las cosas, sería de aplicación el trámite contencioso-administrativo, con todas sus características y consecuencias.

Ahora bien, en la Comisión de Trabajos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Distrital Civil –2010– La Libertad, sobre este asunto la mayoría de los grupos de trabajo se inclinó porque el proceso

contencioso-administrativo era la vía más idónea para este tipo de cuestionamientos<sup>(2)</sup>.

En similar derrotero, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso-Administrativo Trujillo-Noviembre 2011, ante la interrogante de cuál es la vía procesal en que deben tramitarse las pretensiones de nulidad de prescripción adquisitiva de dominio declaradas en sede administrativa (Cofopri, PETT y Municipalidades) o en sede notarial, el resultado fue de: 11 votos a favor de la vía del Proceso Contencioso-Administrativo; 16 votos a favor de la vía ordinaria por el proceso de conocimiento como nulidad de acto jurídico; y con 28 votos que las pretensiones deben tramitarse en la vía del Proceso Contencioso-Administrativo, con excepción de la pretensión de nulidad del procedimiento seguido en sede notarial, que se tramitará en la vía civil como nulidad de acto jurídico.

---

(2) El Acta de Sesión Plenaria está disponible en <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcdd2b0046b9250380138144013c2be7/DOC002.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcdd2b0046b9250380138144013c2be7>>.

---

# ANEXOS

---



# ANEXO 1

## Cuadro de casaciones y otras resoluciones revisadas

AÑO	NÚMERO	LUGAR
1991	158	Ica
1991	1158	Ica
1991	1575	Lima
1992	675	
1992	2352	Lima
1994	24	
1994	490	Arequipa
1994	878	Lima
1994	1870	Lima
1995	397	Cajamarca
1995	408	Lima/Cono Norte
1995	693	Lima
1995	821	Lima
1995	937	Lima
1995	968	Lima
1995	1071	Puno
1995	1097	Lima
1996	347	Lima
1996	405	Ica
1996	475	Lima
1996	650	Cusco
1996	775	Huánuco
1996	825	Huaraz

1996	1021	Huaura
1996	1026	Lima
1996	1135	Chimbote
1996	1522	La Libertad
1996	1582	Arequipa
1996	1641	Lambayeque
1997	130-T-97	La Libertad
1997	222	Lima
1997	282-T-97	Puno
1997	246-T-	Cono Norte
1997	398	Chincha
1997	436	Huaura
1997	505	Lima
1997	646	Junín
1997	796	Huánuco
1997	837	Lambayeque
1997	1011	Lima
1997	1017	Puno
1997	1222	Piura
1997	1364	Lima
1997	1380-T-	Junín
1997	1765	Junín
1997	1728	Lima
1997	2021	Lima
1997	2192	Chimbote
1997	2381	Tacna
1997	2514	Ica
1997	3737	La Libertad
1998	27	Lima
1998	181	
1998	489	Ayacucho
1998	818	Cusco
1998	852	
1998	770	Lima
1998	928	Lambayeque

Nulidad del acto jurídico. Problemas casatorios

1998	1152	La libertad
1998	1345	Lima
1998	1492	Lima
1998	1610	Lima
1998	1772	Apurímac
1998	1793	Lima
1998	1802	Santa
1998	1843	Ica
1998	2081	Lima
1998	2197	Huaura
1998	2236	Ica
1998	2317	Lima
1998	2324	Lambayeque
1998	2482	Lima
1998	2516	San Martín
1998	2565	Lima
1998	2566	Lima
1998	2654	Lima
1998	2789	Lima
1998	3060	Lima
1998	3068	
1998	3290	La Libertad
1998	3312	Tacna
1998	3319	Lima
1998	4297	
1998	4530	Lima
1999	72	Arequipa
1999	74	Callao
1999	116	Lima
1999	276	Lambayeque
1999	447	Lambayeque
1999	654	Lima
1999	691	Lambayeque
1999	718	Lambayeque
1999	738	Cañete

1999	797	Apurímac
1999	936	Lima
1999	964	Lima
1999	977	Ayacucho
1999	1016	Cusco
1999	1376	Huánuco
1999	1388	Junín
1999	1407	Huánuco
1999	1530	Lima
1999	1618	Lima
1999	1094	La Libertad
1999	2061	Huaura
1999	2068	Cusco
1999	2248	Tacna
1999	2406	Chincha
1999	2988	Lima
2000	07	Del Santa
2000	30	Lima
2000	36	Lima
2000	225	Callao
2000	576	Lima
2000	743	Puno
2000	850	Lambayeque
2000	926	Lima
2000	1053	Lima
2000	1117	Arequipa
2000	1250	Ica
2000	1304	Callao
2000	1308	Cusco
2000	1479	Lambayeque
2000	1493	Tacna
2000	1707	Lambayeque
2000	1801	Moquegua
2000	1842	Callao
2000	1864	San Román



2000	1959	Puno
2000	2011	Lima
2000	2137	Lima
2000	2285	Chincha
2000	2352	Lambayeque
2000	2529	Sullana
2000	2792	Lambayeque
2000	2861	Canchis-Sicuani
2000	3017	Lima
2000	3030	Apurímac
2000	3145	Lima
2000	3702	Moquegua
2000	3760	Lima
2000	3775	Arequipa
2000	4138	
2001	10	Arequipa
2001	233	Lima
2001	381	San Román
2001	384	Apurímac
2001	516	Moyobamba
2001	530	Callao
2001	822	Lima
2001	1276	Lima
2001	1300	Ancash
2001	1386	Arequipa
2001	1454	Lima
2001	1626	Lima
2001	1646	Cusco
2001	1666	Junín
2001	1704	Junín
2001	1786	Lima
2001	1892	Junín
2001	2112	Cuzco
2001	2117	Lima
2001	2160	Lima

2001	2266	Ucayali
2001	2293	Lima
2001	2597	Cajamarca
2001	2656	Callao
2001	2658	Callao
2001	2659	Callao
2001	2660	Callao
2001	2669	Callao
2001	2670	Callao
2001	2671	Callao
2001	2770	Callao
2001	2771	Callao
2001	2857	Callao
2001	2896	Lima
2001	3029	Cusco
2001	3048	Tacna
2001	3071	La Libertad
2001	3156	Loreto
2001	3613	Lima
2001	3672	Arequipa
2001	3713	San Martín
2001	4020	Lima
2002	07	Cusco
2002	84	Callao
2002	076	Piura-Sullana
2002	409	Cusco
2002	517	Piura
2002	602	Arequipa
2002	658	Lambayeque
2002	682	Chincha
2002	831	Cusco
2002	898	Lima
2002	909	Lambayeque
2002	975	Puno
2002	1044	La Libertad

2002	1143	Lima
2002	1188	Ica
2002	1201	Moquegua
2002	1272	Callao
2002	1385	Huánuco
2002	1392	Callao
2002	1518	Lima
2002	2009	Juliaca-Puno
2002	2067	Junín
2002	2190	Puno
2002	2239	Arequipa
2002	2411	Arequipa
2002	2459	Lambayeque
2002	2581	Ucayali
2002	2638	Puno
2002	2803	Lambayeque
2002	2844	Lima
2002	3044	San Román
2002	3056	Lima
2002	3066	Loreto
2002	3096	San Román
2002	3660	Lima
2002	3564	Lima
2002	3678	Lima
2002	3851	Loreto
2003	294	Lima
2003	425	Ucayali
2003	440	Lima
2003	743	Lima
2003	918	Lima
2003	1122	La Libertad
2003	1236	Puno
2003	1450	Lima
2003	1687	Loreto
2003	1725	Junín

2003	1732	Lima
2003	2032	Piura
2003	2092	Huaura
2003	2336	Huánuco
2003	2640	Arequipa
2003	2658	Áncash
2003	2736	Puno
2003	2756	Lima
2003	2794	Huaura
2003	2830	Cajamarca
2003	2868	Cusco
2003	2876	Lima
2003	3001	Moquegua
2003	3064	Lambayeque
2004	178	Lima
2004	554	Cusco
2004	1073	Callao
2004	1074	La Libertad
2004	1241	Lima
2004	1709	Huánuco
2004	1805	Cajamarca
2004	1889	Junín
2004	2127	Lambayeque
2004	2744	Apurímac
2005	91	Arequipa
2005	372	Arequipa
2005	827	Piura
2005	839	Arequipa
2005	1324	Puno
2005	2220	Puno
2005	2631	Cusco
2005	2870	Junín
2005	3048	Lima
2005	3124	Ica
2006	111	Lambayeque

Nulidad del acto jurídico. Problemas casatorios

2006	209	(Cañete)
2006	273	Arequipa
2006	864	La Libertad
2006	1008	Cajamarca 2JF
2006	1056	Arequipa
2006	1224	Lima
2006	1434	Lima
2006	1682	Lambayeque
2006	2188	Nasca
2006	2190	Cusco
2006	2344	Piura
2006	3187	Huaura
2006	3556	Lima
2006	3664	Loreto
2006	3676	Pasco
2006	3734	Callao
2006	3777	Lambayeque
2006	4334	Apurímac
2006	4410	La Libertad
2006	4429	Callao
2006	4530	Santa
2006	4558	Huánuco
2006	4582	Ica
2006	4872	Lima
2006	5376	Junín
2007	64	Arequipa
2007	194	San Martín
2007	427	Piura
2007	526	Lima
2007	621	Piura
2007	816	Ica
2007	823	Huánuco
2007	974	Lima
2007	1058	Áncash
2007	1128	Ica

---

2007	1208	Lima
2007	1215	Cañete
2007	1233	Lambayeque
2007	1280	Tacna
2007	1292	Arequipa
2007	1382	Lima
2007	1494	Lima
2007	1544	Ica
2007	1702	Arequipa
2007	1706	Lima
2007	1959	Cajamarca
2007	2047	Lima
2007	2056	Cajamarca
2007	2139	Lima
2007	2148	Callao
2007	2177	La Libertad
2007	2250	Moquegua
2007	2266	Cajamarca
2007	2289	Arequipa
2007	2371	Lima
2007	2377	Puno
2007	2399	Lima
2007	2428	La Libertad
2007	2440	Lima
2007	2511	Arequipa
2007	2535	Junín
2007	2725	Cajamarca
2007	2750	Ica
2007	2858	Lambayeque
2007	2870	Cajamarca
2007	2949	Ica
2007	3006	Lima
2007	3296	Junín
2007	3441	Moquegua
2007	3537	Lima

2007	3589	Junín
2007	3841	Moquegua
2007	3863	Tacna
2007	3909	Lambayeque
2007	4003	Arequipa
2007	4031	Lima
2007	4175	Cusco
2007	4181	Loreto
2007	4279	Puno
2007	4673	Lima Norte
2007	4831	Arequipa
2007	4981	Lima
2007	5651	Puno
2007	5659	Ica
2008	64	Lima
2008	178	La Libertad
2008	271	Lima
2008	304	Lima
2008	557	Junín
2008	558	Huaura
2008	879	Arequipa
2008	907	Arequipa
2008	1519	Ica
2008	2130	Lima
2008	2961	Lima
2008	3161	Moquegua
2008	3339	Tacna
2008	3750	Huaura
2008	3839	Cajamarca
2008	4059	Lima
2008	4498	La Libertad
2008	4851	Puno
2008	4550	Puno
2008	5154	Lima
2008	5163	Piura

---

2009	332	Arequipa
2009	364	Lima
2009	515	Cusco
2009	690	Lima
2009	1005	Lima
2009	1038	Cusco
2009	1068	Lima
2009	1332	Cajamarca
2009	2068	Lima Norte
2009	2466	Huánuco
2009	2759	Tumbes
2009	3473	Lima
2009	4143	Ica
2009	4938	Lima
2010	0015	La libertad
2010	135	Arequipa
2010	214	Del Santa
2010	323	Lima
2010	2416	Lima
2010	2699	Tumbes
2010	2985	Lima
2010	3239	Lima
2010	3437	Lima
2010	3867	Lima
2010	4886	Lima
2011	338	Arequipa
2011	378	Cajamarca
2011	445	Puno
2011	598	Lima
2011	774	Huánuco
2011	1051	Lima
2011	1765	La Libertad
2011	2195	Ucayali
2011	2238	Lima
2011	2304	Ica



2011	2425	Lima Norte
2011	2978	Lima
2001	3098	Lima
2011	3271	Lima
2011	3356	Lima
2011	3628	Puno
2011	3646	La Libertad
2011	3920	Madre de Dios
2011	4741	Áncash
2011	5664	Tacna
2012	489	Cajamarca
2012	1227	Lima
2012	2022	Lambayeque
2012	2437	Lima
2012	2668	Puno
2012	3189	Lima Norte
2012	4933	Lima
2013	235	Lambayeque
2013	1135	Lima
2013	1266	Cajamarca
2013	2893	Lima

## ANEXO 2

### Cuadro de artículos del Código Civil analizados

ARTÍCULO DEL CÓDIGO CIVIL	FIGURA
V	Nulidad
27	Nulidad
46	Excepción de incapacidad
92	Impugnación de acuerdos asociativos
104	Impugnación judicial por el Consuf
140	Invalidez
144	Nulidad
156	Nulidad
161	Ineficacia
162	Ineficacia
171	Invalidez
172	Nulidad
193	Acción de nulidad
195	Ineficacia
197	Ineficacia
198	Ineficacia
199	Ineficacia
200	Ineficacia
201	Anulación
204	Anulabilidad
206	Anulabilidad
207	Anulabilidad

209	Vicios
210	Anulabilidad
213	Anulabilidad
214	Anulabilidad
215	Anulabilidad
217	Anulabilidad
218	Anulabilidad
219	Nulidad
220	Nulidad, nulidad manifiesta
222	Anulabilidad, nulidad
223	Nulidad
224	Nulidad
225	Nulidad
228	Anulabilidad
229	Nulidad
230	Anulabilidad
254	Oposición por causal de nulidad
255	Nulidad
264	Nulidad
268	Nulidad
274	Validez
275	Nulidad
276	Acción de nulidad
278	Acción de nulidad
279	Acción de nulidad
280	Invalidez
281	Invalidez
282	Invalidez
283	Invalidez
284	Invalidez
285	Invalidez
286	Invalidez
295	Nulidad
318	Vicios
319	Vicios

450	Legitimados para demandar nulidad
455	Excepción de incapacidad
457	Excepción de incapacidad
530	Excepción de incapacidad
537	Anulación
557	Excepción de incapacidad
582	Anulabilidad
594	Anulabilidad
629	Nulidad
646	Excepción de incapacidad
675	Nulidad
688	Nulidad
743	Vicios, anulabilidad
757	Invalidez
758	Invalidez
798	Validez
808	Nulidad, anulabilidad
811	Nulidad
813	Nulidad, anulabilidad
814	Nulidad
827	Nulidad
831	Anticipo de herencia
864	Nulidad
865	Nulidad
1092	Nulidad
1111	Nulidad
1130	Nulidad
1167	Nulidad
1169	Nulidad
1170	Nulidad
1207	Nulidad
1286	Nulidad, anulabilidad
1287	Nulidad, anulabilidad
1304	Nulidad
1308	Nulidad, anulabilidad

1309	Nulidad, anulabilidad
1310	Nulidad, anulabilidad
1328	Nulidad
1345	Nulidad
1352	Nulidad
1398	Invalidez
1399	Ineficacia
1405	Nulidad
1406	Nulidad
1408	Nulidad
1411	Nulidad
1412	Nulidad
1425	Nulidad
1438	Invalidez
1444	Nulidad
1453	Nulidad
1520	Nulidad
1528	Nulidad
1543	Nulidad
1544	Validez
1582	Nulidad
1587	Nulidad
1605	Nulidad
1624	Nulidad
1625	Nulidad
1629	Invalidez
1631	Nulidad
1634	Invalidez
1635	Invalidez
1636	Invalidez
1642	Invalidez
1650	Nulidad
1734	Nulidad
1780	Nulidad
1784	Nulidad

1817	Nulidad
1858	Nulidad
1871	Nulidad
1925	Nulidad
1927	Nulidad
1932	Nulidad
1944	Nulidad de pleno derecho
1945	Nulidad
1964	Invalidez
1986	Nulidad
1990	Nulidad
2001	Prescripción de la acción de nulidad

## ANEXO 3

### Hoja de ruta de análisis de las sentencias

Número de Resolución:		Año:
Nº	TEMAS	SUBTEMAS
1	Concepción bipartita de la nulidad	Nulidad y anulabilidad (causales y diferencias)
		Nulidad, anulabilidad e inexistencia (causales y diferencias)
2	Equiparación de nulidades	Nulidad absoluta y nulidad
		Nulidad relativa y anulabilidad
3	Declaración de oficio de la nulidad manifiesta	La nulidad manifiesta como facultad judicial
		La nulidad manifiesta como deber judicial
4	Declaración de nulidad basada en causal distinta a la invocada	Sentencias a favor
		Sentencias en contra
5	Operatividad de pleno derecho	Operatividad de pleno derecho
		Exigencia de sentencia para operatividad de nulidad
6	Prescripción de la nulidad	Prescribe a los 10 años
		No prescribe o no debe prescribir
7	Naturaleza de la nulidad	La nulidad es sanción objetiva
		La nulidad es sanción subjetiva
8	Legitimación negocial	La nulidad es absoluta
		La nulidad es relativa (se necesita legitimación)

9	Disposición de bienes ajenos	Disposiciones nulas
		Disposiciones válidas
10	Actos celebrados por falsos representantes	Acto nulo
		Acto no nulo
11	Disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges	Disposiciones nulas
		Disposiciones válidas
12	Ilicitud negocial	Orden público (concepto y valuación)
		Buenas costumbres (concepto y valuación)
		Carga emotiva de la ilicitud
13	Anticipo de legítima	Contrato válido
		Contrato inválido
14	Vía procesal para nulidad de títulos expedidos por PETT y otros	Contencioso-administrativo
		Nulidad negocial



---

# **BIBLIOGRAFÍA**

---



# BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO TORRES, Jaime David. “La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984 - Estado de la cuestión a 76 años de su vigencia”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2012.
- “Apuntes sobre la nulidad de oficio en la reforma al Código Civil de 1984: Cuando el reformador desconfía del juez”. En: *Derecho y cambio social*. N° 8, Año III. Véase en: <<http://www.derechocambiosocial.com/revista008/nulidad%20de%20oficio.htm>> (consultado el 9 de noviembre de 2010).
- ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil - Parte general*. Vol. 2, editado por Alfredo Depalma y Ricardo Depalma, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- AGUILAR ROJAS, Gonzalo. “La posibilidad de pretender nuevamente la nulidad de acto jurídico por una causal distinta y su relación con la prescripción”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- AGUILÓ, Josep. *Sobre la derogación - Ensayo de dinámica jurídica*. 2ª reimpresión, Distribuciones Fontanamara, México D.F., 2007.
- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III - Derecho de bienes - Parte general y derecho de propiedad*. Vol. I, 8ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- *Derecho Civil I*. “Introducción y parte general - La relación, las cosas y los hechos jurídicos”. Vol. II, 14ª edición, Editado por José María Bosch, Barcelona, 1996.

- *Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones - La obligación y el contrato en general*. Vol. I, 10ª edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- ALDANA DURÁN, Mariella. “Impugnación judicial de los acuerdos”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- AMBROSIONI, Carlos E. *Lecciones de Derecho Romano*. Vol. 2, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1965.
- ANACLETO GUERRERO, Víctor R. *Guía de Procedimientos Administrativos - Guía Teórico-Práctica para operadores y usuarios de la Administración Pública*. 3ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2004.
- ANGLAS CASTAÑEDA, Domingo Jesús. “Sobre el derecho de acción y excepción de nulidad de acto jurídico”. En: <[http://www.teleley.com/articulos/art\\_251005-6.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_251005-6.pdf)> (consulta del 25 de julio de 2011).
- APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil - Concordancias*. Vol. I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1936.
- *Código Civil - Concordancias - Legislación y Derecho Civil*. Vol. XIII, Taller de Linotipia Guadalupe, Lima, 1943.
- AREAN, Beatriz. *Curso de Derechos Reales - Privilegios y derecho de retención*. 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa - Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*. Marcial Pons e Idelco, Madrid, 1995.
- ARMAZA GALDÓS, Javier. *Derecho Civil. Sucesiones: de la sucesión en general*. Adrus, Arequipa, 2004.
- *Derecho Civil. Sucesiones: de la Sucesión Testamentaria*. Adrus, Arequipa, 2007.

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984”. <www.minjus.gob.pe> (último acceso: 21 de febrero de 2011).
- BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado - Introducción - Parte preliminar - Parte general*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BELAÚNDE MOREYRA, Martín. “Nulidad de contrato por simulación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia - Explorador Jurisprudencial - Base de datos jurisprudencial 2001-2002 - Resoluciones a texto completo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. “Yo te vendo, yo tampoco: mentiras y verdades de la invalidez y la venta de un bien ajeno”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia*. N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2011.
- BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Comares S. L., Granada, 2000.
- “Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico - 4 estudios fundamentales*. Editado por Leysser L. León, traducido por Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2001.
- BIBILONI, Juan Antonio. *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarla - Parte General*. Editado por Valerio Abeledo, Vol. I, Buenos Aires, 1929.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 4ª edición, traducido por Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 2013.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. Vol. II, 10ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

- *Manual de Derecho Civil - Parte General*. 17ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- BORREL Y SOLER, Antonio M. *Derecho Civil español - Parte general*. Vol. I, Bosch, Barcelona, 1955.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Dirigismo contractual”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, de Gaceta Jurídica*. Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- BUNGE, Mario. *Las ciencias sociales en discusión: Una perspectiva filosófica*. Traducido por Horacio Pons. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999.
- CAJAS BUSTAMANTE, William. *Código Civil*. 7ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2004.
- CALLE TAGUCHE, Ricardo. “Algunas consideraciones sobre la aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante contenida en el V Pleno Casatorio Civil”. En: *Actualidad Civil - Civil - Procesal Civil - Registral - Inmobiliario*. Nº 2, Instituto Pacífico, Lima, agosto de 2014.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *La venta del bien ajeno - 20 años después*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- *Tratado de los contratos típicos*. Tomo 1, Fondo Editorial de la PUCP, Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010.
- CASTILLO FREYRE, Mario y MARTÍN HORNA, Pierre. “La nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos”. En: <[http://www.castillofreyre.com/articulos/la\\_nulidad\\_y\\_anulabilidad\\_del\\_acto\\_juridico\\_en\\_los.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/la_nulidad_y_anulabilidad_del_acto_juridico_en_los.pdf)> (último acceso: 25 de julio de 2011).
- CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “La teoría de los actos propios y la nulidad ¿Regla o principio de derecho?”. En: <[http://www.castillofreyre.com/articulos/128\\_La\\_Teor%C3%ADa\\_de\\_los\\_Actos\\_Propios.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/128_La_Teor%C3%ADa_de_los_Actos_Propios.pdf)> (último acceso: 24 de febrero de 2012).

- CAVANI, Renzo. “Interpretación, justificación judicial y racionalidad en el V Pleno Casatorio Civil”. En: *Actualidad Civil*. Nº 2, Instituto Pacífico, Lima, agosto de 2014.
- CHIAUZZI, Onorato. *Derecho Romano*. Peisa, Lima, 1979.
- CIEZA MORA, Jairo. “¿Por qué al Jockey Club del Perú sí, y a la Asociación Hijos de Apurímac no?”. En: *Diálogo con la jurisprudencia - La revista de los tribunales*. Nº 190, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.
- “La impugnación judicial de acuerdos en la persona jurídica no lucrativa y la invalidez del negocio jurídico”. En: *Actualidad Civil - Civil - Procesal Civil - Registral - Inmobiliario*. Nº 2, Instituto Pacífico, Lima, agosto de 2014.
- COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. 3ª edición ampliada y corregida con anotaciones póstumas del autor ordenadas bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada. Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944.
- CORNEJO, Ángel Gustavo. *Derecho Civil - Primer curso - Personas*. Versión taquigráfica corregida y autorizada por el catedrático del curso - UNMSM, Lima, 1937.
- CORREAS, Óscar. “La explicación causal”. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr4.pdf>> (consultado el 2 de abril de 2011).
- Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ) - Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Pleno Jurisdiccional Distrital Civil. En: <[http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/PlenoJurisDistCivil\\_LimaNorte\\_180210.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/PlenoJurisDistCivil_LimaNorte_180210.pdf) y <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2467f8804592ff138a36ce7db27bf086/16.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=2467f8804592ff138a36ce7db27bf086>> (consultado el 6 de agosto de 2014).

- COULANGES, Fustel de. *La ciudad antigua - Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. 17ª edición, Porrúa, México D.F., 2012.
- COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del Derecho Civil*. 4ª edición italiana, traducido por Felipe de J. Tena, unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México D. F., 1949.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Acto jurídico - Curso elemental - Comentarios al Código Civil de 1984*. 3ª edición, Editora Fecat, Lima, 1996.
- DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y CERVERA, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado*. Editorial Labor, Barcelona, 1950.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- DEL CARPIO NARVÁEZ, Luis Alberto. “La declaratoria de nulidad del acto jurídico por el juez penal”. En: <<http://escribiendoderecho.blogspot.com/2009/06/la-declaratoria-de-nulidad-del-acto.html>> (consultado el 5 de octubre de 2014).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. “¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción”. En: <<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=249>> (consultado el 6 de febrero de 2012).
- DELGADO PÉREZ, César Enrique. “La teoría general del negocio jurídico a través de la jurisprudencia”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil - Información especializada para abogados y jueces*. N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2012.
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil - Introducción y parte general - Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Vol. I, 2 (vols), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1915.



- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Introducción - Teoría general del contrato*. Vol. I, 5ª edición. 3 vols, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. persona jurídica*. 9ª edición, Vol. 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- DORAL, José Antonio, y ÁNGEL DEL ARCO, Miguel. *El negocio jurídico*. Editorial Trivium, Madrid, 1982.
- *Código Civil - Estudio Preliminar de Yuri Vega Mere*. Edición al cuidado de Carlos Atocsa García. Grijley, Lima, 2001.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Anulabilidad o nulidad relativa”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- “Causales de anulabilidad”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- “Causales de nulidad absoluta”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- “Nulidad absoluta”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El acto jurídico a través de la jurisprudencia”. En: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*. Nº 137, ABC Publicidad, octubre de 2004.
- *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- *Derecho de las Personas*. 5ª edición, Rodhas, Lima, 2008.

- *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- “La interpretación vinculante del artículo 92 del CC”. En: *Actualidad Civil - Civil - Procesal Civil - Registral - Inmobiliario*. Nº 2, Instituto Pacífico, agosto de 2014.
- FERNÁNDEZ BOCANEGRA, Luis Daniel. “La ineficacia generada por el falso representante y el eterno retorno de los justiciables a los laberintos judiciales”. En: *Actualidad Civil - Civil, Procesal Civil, Registral, Inmobiliario*. Nº 1, Instituto Pacífico, julio de 2014.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas - Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. 9ª edición actualizada, Grijley, Lima, 2004.
- FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducido por Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2002.
- FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato - Curso de Derecho Civil*. 1ª edición en castellano, traducido por Nélvor Carreteros Torres, Grijley, Lima, 2004.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico - Parte general del Derecho Civil*. Vol. II, 4ª edición, traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

- “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico - 4 estudios fundamentales*. Editado por Leysser L. León, traducido por Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2001.
- GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil - Parte general*. Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.
- GARCÍA CANTEROS, Gabriel, y otros. s.f. *Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*. 1 CD-ROOM. Traducido por Gabriel García Canteros y otros.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universitaria, Madrid, 1977.
- GARIBOTTO, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
- GHERSI, Enrique. “Dos conceptos de derecho de propiedad. Conferencia dictada el martes 6 de mayo en el auditorio Milton Friedman de la Universidad Francisco Marroquín”. 2008. Disponible en: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-9-%E2%80%93-dos-conceptos-de-derecho-de-propiedad/>.
- GIMENO PRESA, María Concepción. *Interpretación y Derecho*. Vol. 21, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia - Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, Bogotá, 2001.
- GUARINONI, Ricardo Víctor. “De lo que no hay. La inexistencia Jurídica”. En: *Doxa*. N° 25, 2002.
- *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*. Distribuciones Fontanamara S. A., México D. F., 2008.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. “¿La asociación como sujeto de derecho y el ejercicio de la acción de nulidad de un acuerdo

asociativo?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. La revista de los tribunales*. N° 190 Gaceta Jurídica, julio de 2014.

- GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter. “La libertad de contratación”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, de Gaceta Jurídica*. Vol. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. 4ª edición, Vol. II, Cultural Cuzco S. A. Editores, Lima, 1982.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 4ª edición, Mc Graw Hill, México D.F., 2006.
- HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Guía actualizada de casaciones - Derecho Civil - Derecho Procesal Civil*. Jurista Editores, Lima, 2007.
- HURTADO REYES, Martín. 2012. “El Código Civil no señala la cuál debe ser el resultado del proceso concluido para reiniciar el plazo de prescripción”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 163, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- IDROGO DELGADO, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*. Marsol Editores, Lima, 1993.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el juez. Derecho y Cambio Social”. N° 9, Año IV, Lima, 2007. En: <<http://www.derechocambiosocial.com/revista009/nulidad%20de%20oficio.htm>> (consultado el 27 de setiembre de 2014).
- KELSEN, Hans. “¿Qué es un acto jurídico?”. En: *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 4, Departamento Académico de Derecho del ITAM, abril de 1996.
- *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª edição. 2ª tiragem. Tradução por Luis Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

- *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*. Traducido por Eduardo García Máñez, Ediciones Coyoacán, México D. F., 2007.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LAMA MORE, Héctor Enrique. “La nulidad de oficio del acto o negocio jurídico manifiestamente nulo ¿debe subsistir?”. Red Iberoamericana de Magistrados por la Justicia Comercial. Setiembre de 2009. <[http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=242](http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=242)> (consultado el 4 de abril de 2011).
- LARA CHAGOYÁN, Roberto. *El concepto de sanción - En la teoría contemporánea del Derecho*. Distribuciones Fontanamara, México D. F., 2004.
- LARENZ, Karl. s.f. *Tratado de Derecho Civil alemán - Parte general*. Traducido por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y Libertad*. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano - Derecho de Obligaciones - Acto Jurídico*. 2ª edición, Vol. I, 2 vols. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1954.
- *Curso del acto jurídico con referencia al proyecto del C.C. peruano*. Lima, 1983.
- LEÓN HILARIO, Leysser Luggi. *Derecho de las Relaciones Obligatorias*. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios. Jurista Editores, Lima, 2007.

- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “Interrupción de la prescripción en pretensiones de nulidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 163, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Temas de Derecho Civil*. Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1991.
- *El negocio jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1994.
- “Nulidad y confirmación”. En: *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA*. Lima, 1999.
- MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. 2ª edición, Vol. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Hacia una ciencia general del Derecho - Meditaciones ante el panorama jurídico*. 2ª edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1962.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil - Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Vol. I - Segunda parte, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1960.
- MEZA MAURICIO, Gonzalo. *El negocio jurídico - Manual teórico-práctico*. Editorial Alegre, Lima, 2003.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Demanda interpuesta por un demente declarado: ¿Nulidad absoluta o relativa?”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2011. Véase en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdemandainterpuetademente/?searchterm=demanda%20>

interpuesta%20por%20un%20demente> (consulta del 8 de abril de 2011).

- “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Véase en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artnulidadabsoluta-sudeclaraciondeoficio>> (consulta del 16 de agosto de 2011).
- MOLINA MELIÁ, Antonio. *Los matrimonios que nunca existieron - Casos de nulidad*. Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México D. F., 1998.
- MONROY CABRA, Juan Gerardo. *Introducción al Derecho*. 12ª edición, aumentada y corregida. Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- MONTIEL RODRÍGUEZ, José. “La invalidez del acto jurídico (Ineficacia para la dogmática)”. En: *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. Diciembre de 2003. Véase en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art5.pdf>> (consulta del 10 de noviembre de 2010).
- MORALES GODÓ, Juan. “¿Nulidad de acto jurídico o impugnación de acuerdos de los órganos de una asociación?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 190, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.
- Entrevista de Renzo Cavani & Chabeli Abenio. “No creo que la labor de la Corte Suprema se agote con este precedente”. En: *Actualidad Civil - Civil - Procesal Civil - Registral - Inmobiliario*. Instituto Pacífico, Lima, agosto de 2014.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano*. Lima, 2005. Véase en: <<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=129>> (consultado el 6 de febrero de 2012).
- “Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil”. En: *Derecho Civil*. Lima, 22 de julio de 2007.

Véase en: <<http://moraleshervias.blogspot.com/2007/07/las-imperfecciones-normativas-de-la.html>> (consultado el 27 de setiembre de 2014).

- “La inconsistente ‘declaración’ de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984”. En: *Actualidad Jurídica*. Nº 219, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2012.
- “¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 190, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.
- MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano - Curso teórico, histórico y comparativo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “El lado oscuro de la santidad: La denominada ‘santidad’ de los contratos en nuestra Constitución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Nº 6 Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2013.
- NINO, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª edición ampliada y revisada, 9ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- *Derecho, moral y política - Una revisión de la teoría general del Derecho*. Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2014 [1994].
- NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *Ineficacias y nulidades de los actos jurídicos - Doctrina - Jurisprudencia*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2003.
- OCAMPO, Francisco José. *Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos*. Tipografía Minerva, Bogotá, 1918.



- OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil - Nociones generales de Derecho - Acto jurídico - Personas*. Editorial H. G. Rozas, Lima, 1953.
- ORGAZ, Alfredo. *Estudios de Derecho Civil*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Reimpresión de la 7ª edición, Temis, Bogotá, 2009.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. ARA Editores, Lima, 2002.
- *La nulidad del negocio jurídico - Principios generales y su aplicación práctica*. Jurista Editores, Lima, 2002.
- “Análisis del anteproyecto de reforma - Enmiendas al Libro II del Código Civil - ¿Un sistema de interpretación de los negocios jurídicos?”. En: *El Peruano* del 7 de junio de 2005.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- PESCIO V., Victorio. *Manual de Derecho Civil - Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*. Vol. II, Editorial Jurídica de Chile, 1948.
- POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos E. “IV Pleno y la nulidad de oficio - Una nulidad con efectos posproceso”. En: *Revista Jurídica Thomson Reuters*. N° 50 (Thomson Reuters - Caballero Bustamante, Lima, diciembre de 2013).
- PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina. *Manual de Derecho Romano - Parte general - El sujeto de derecho - El proceso civil*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1981.
- POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. 3ª edición, Traducido por Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 2001.

- PUIG PEÑA, Federico. *Introducción al Derecho Civil español Común y Foral*. 2ª edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1942.
- RAMÍREZ GRONDA, Juan D. *Diccionario jurídico*. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1943.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Crónica del quinto pleno casatorio civil”. En: *El Peruano*, 13 de noviembre de 2012 - Jurídica Suplemento de análisis legal, 2012.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil - Antecedentes legislativos - Comparación con el Código de 1936*. Vol. I, Okura Editores, Lima, 1985.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol - Las Obligaciones - 1ª parte*. Traducido por Delia García Daineaux. Vol. I - Tomo IV, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1964.
- RIVERA ORÉ, Jesús Antonio y BAUTISTA TOMA, Pedro. *Manual del acto jurídico*. Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.
- ROBLEDA, Olís S. J. *La nulidad del acto jurídico*. Librería Editrice dell'Università Gregoriana, Roma, 1964.
- ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “La figura de los actos propios en la ‘alta jurisprudencia peruana’”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 128, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2009.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Curso del acto jurídico*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

- *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*. 5ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. 1ª Reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.
- SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino-Parte general*. Vol. II, 10ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La libertad y sus problemas*. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1961.
- SANTA CRUZ VERA, Alfredo. *El Derecho Registral en el Derecho Privado - Ensayos*. Cafae Zona Registral N° II - Sede Chiclayo, Chiclayo, 2014.
- SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducido por A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SCHAPP, Jan. *Derecho Civil y Filosofía del Derecho - La libertad en el Derecho*. Reimpresión de la 1ª edición. Traducido por Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. “El negocio jurídico: aspectos generales”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales*. Editado por Leysser L. León, traducido por Leysser L. León, ARA, Lima, 2001.
- *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Editado por Leysser L. León. Traducido por Leysser L. León. Grijley, Lima, 2004.
- SERGIO LEZCANO, Osvaldo. “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos”. Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Buenos Aires, 2009. En: <<http://www.cmfbsas.org>>

ar/archivos/11\_RP4-08-Nulidad%20e%20Inexist.pdf> (consulta del 25 de julio de 2011).

- SIERRA POMARES, M. *Nulidad*. de Enciclopedia Jurídica Española, Vol. XXIII.
- SILVA-RUIZ, Pedro F. *La doctrina de los actos propios* (Venire contra factum proprium non valet). 2010. <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-doctrina-de-los-actos-propios-venire-contra>> (consulta del 8 de abril de 2011).
- STIGLITZ, Rubén S. “Contenido del contrato”. En: *Contratos*, de Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducido por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- “Contenido del negocio jurídico”. En: *Módulo 4 - Derecho Civil*. Programa de Formación de Aspirantes - Profa - Tercer Curso, Academia de la Magistratura, Lima, 1999.
- “La invalidez de los negocios jurídicos”. En: *Módulo 4 - Derecho Civil*. Programa de Formación de Aspirantes - Profa - Tercer Curso. Academia de la Magistratura, Lima, 1999.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *La causa del negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1996.
- “El concepto del acto jurídico y la Doctrina del Negocio Jurídico dentro del Código Civil peruano”. En: *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso*. Programa de Formación de Aspirantes - Profa, Academia de la Magistratura, Lima, 1999.
- “La causa del negocio jurídico”. En: *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso*. Programa de Formación de Aspirantes - Profa, Academia de la Magistratura, Lima, 1999.

- *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley, Lima, 2002.
- *Nulidad del acto jurídico*. Grijley, Lima, 2002.
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. 2008. “La trialidad convergente de nuestro sistema resolutorio contractual con reciprocidad de prestaciones”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 118, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2008.
- *La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- TENORIO GODÍNEZ, Lázaro. *El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación*. 1998. Véase en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/233/pr/pr6.pdf>> (consulta del 4 de abril de 2011).
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil - Esboço*. Typographia Universal de Laemmert, Río de Janeiro, 1860.
- THIBIERGE, Catherine. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*. Traducido por Gustavo de Greiff. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial Idemsa, Lima, 2001.
- *Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho*. 2ª edición, Editoriales Idemsa y Themis, Lima, 2001.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español - Parte general*. 3ª edición, Vol. I, Talleres tipográficos Cuesta, 1925.
- VEGA VEGA, Jesús Edgardo. *El acto jurídico en las instituciones del Derecho Civil*. Palestra Editores, Lima, 1998.

- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Exposición de motivos y comentarios al Libro II del Código Civil - Acto Jurídico*. Vol. IV, de Delia Revoredo de Debakey, Okura Editores, Lima, 1985.
- *El acto jurídico*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes - 2ª parte - Dominio y contratos*. Vol. II, Imprenta del constitucional, por Justo León, Lima, 1835.
- *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes - 3ª parte - Comprende todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Imprenta del constitucional, por Justo León, Lima, 1836.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica (Del modelo ius-positivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.
- VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil - Teoría General del Derecho Civil alemán - Los hechos jurídicos*. Traducido por Tito Rava. Vols. II - Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.
- ZANNONI, Eduardo A. *Eficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 2ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2000.

# ÍNDICE GENERAL

Prólogo.....	9
Introducción.....	15

## CAPÍTULO I

### Breve estudio de los modelos sobre nulidades negociales

I.	El modelo romano antiguo.....	25
II.	El modelo francés.....	28
	1. Inexistencia.....	30
	2. Nulidad de pleno derecho o absoluta.....	32
	3. Nulidad de simple derecho o relativa.....	33
III.	El modelo alemán.....	34
	1. Nulidad.....	35
	2. Anulabilidad.....	36
IV.	El modelo italiano.....	37
	1. Inexistencia.....	38
	2. Nulidad.....	38
	3. Anulabilidad.....	39
V.	El modelo canónico.....	39
VI.	El modelo brasilero.....	41
VII.	El modelo argentino.....	45

## **CAPÍTULO II**

### **Acerca de la división bipartita de las nulidades**

I.	La división bipartita de las nulidades en el modelo acogido por el Código Civil peruano.....	47
II.	La inexistencia como categoría subsumida en la nulidad.....	50
III.	Recurrencia a la inexistencia negocial.....	53
IV.	Distinción entre la nulidad y la inexistencia negocial .....	57
V.	El traspaso del modelo peruano de división de las nulidades.....	62
VI.	Propuesta inclusiva de la inexistencia negocial.....	63
	1. Causales de nulidad negocial .....	64
	2. Causales de inexistencia negocial .....	79

## **CAPÍTULO III**

### **Acerca de la equiparación de la nulidad absoluta y relativa con la nulidad y la anulabilidad**

I.	La equiparación entre instituciones .....	91
II.	Nulidad y anulabilidad.....	94
III.	Nulidad absoluta y nulidad relativa.....	95
IV.	La nulidad y la anulabilidad en el Derecho argentino .....	96
V.	La confusión de la equiparación de divisiones distintas.....	98
VI.	El posible origen del error de esta equiparación.....	100
VII.	La asimilación legislativa errónea del modelo para el caso peruano ...	103



## CAPÍTULO IV

### Acerca de la declaración de oficio de la nulidad manifiesta

I.	La nulidad de oficio como “facultad” judicial en el modelo acogido por el Código Civil peruano.....	105
II.	La nulidad de oficio como supuesto inviable.....	109
III.	La nulidad de oficio es un deber judicial.....	112
	1. El significado de la voz “nulidad”.....	112
	2. ¿Qué es la nulidad manifiesta?.....	113
	3. Cuándo debe decretarse una nulidad manifiesta.....	115
	4. ¿Existe la nulidad manifiesta en el Código Civil peruano?.....	117
	5. ¿La declaración de una nulidad manifiesta es potestativa para el juzgador?.....	119
	6. ¿Dónde queda la potestad nulificante del juez?.....	125
	7. La nulidad manifiesta y la posibilidad de un quebrantamiento del debido proceso.....	127
	8. La nulidad manifiesta y una propuesta de tratamiento.....	132
	9. La nulidad manifiesta, el proyecto de reforma del Código Civil y el Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	133
	10. La nulidad manifiesta en los procesos penales y la opinión del Tribunal Constitucional.....	139
	11. Un tema final: la declaración oficiosa de la nulidad manifiesta luego de la prescripción decenal.....	142

## CAPÍTULO V

### Acerca de la declaración de nulidad basada en una causal distinta a la ventilada procesalmente

I.	La postura casatoria a favor de la nulidad por causal distinta a la invocada en la demanda.....	145
----	---	-----

II.	La postura casatoria en contra de la nulidad por causal distinta a la invocada en la demanda.....	146
III.	Las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de Lima Norte.....	147
IV.	¿Cuál sería la posible solución?.....	148
V.	¿El vicio manifiesto debe referirse exclusivamente al tema ventilado en el proceso? .....	150
VI.	Un tema final: la nulidad por causales incompatibles .....	152

## **CAPÍTULO VI**

### **Acerca del mecanismo de establecimiento de la nulidad**

I.	La operatividad de pleno derecho como mecanismo en el modelo teórico acogido por el Código Civil peruano.....	157
II.	La nulidad realmente no opera de pleno derecho .....	162
III.	Fallos casatorios que contradicen la operatividad de pleno derecho de la nulidad.....	167
IV.	La inorganicidad del modelo peruano para la operatividad de las nulidades.....	173

## **CAPÍTULO VII**

### **Acerca del tratamiento prescriptorio de la nulidad**

I.	La prescripción decenal de la nulidad negocial en el modelo del Código Civil y sus implicancias .....	177
II.	Las dificultades del inicio del cómputo de la prescripción decenal....	182
III.	Las dificultades del término del cómputo de la prescripción decenal ...	191

IV.	Otro riesgo de la prescripción decenal .....	192
V.	El tema de la interrupción de la prescripción decenal debido a causales distintas de nulidad .....	194
VI.	La inorganicidad del modelo respecto de la prescripción de la nulidad negocial.....	197
VII.	Un tema final: la caducidad en el caso de nulidad de acuerdos asociativos y societarios .....	198
	1. Reminiscencia de la Casación N° 2978-2011-Lima .....	199
	2. Reminiscencia de la Casación N° 3867-2010-Lima .....	201
	3. La pugna entre los artículos 92 y 219 del Código Civil y la primacía de las normas .....	202
	4. Pero ¿y la correcta interpretación del artículo 92 del Código Civil? .....	204
	5. La prohibición de la analogía de normas restrictivas .....	206
	6. El resultado del V Pleno Casatorio Civil.....	207
	7. El mismo tema en el ámbito societario .....	209

## **CAPÍTULO VIII**

### **Acerca de la naturaleza de la nulidad**

I.	La nulidad es una sanción objetiva según el modelo acogido por el Código Civil peruano.....	211
II.	La nulidad como sanción subjetiva .....	216
	1. Análisis de la Casación N° 1382-2007-Lima .....	220
	2. Análisis de un caso donde se discute la nulidad como sanción objetiva: Casación N° 2266-2007-Cajamarca .....	228
	3. Un significativo caso final: la Casación N° 602-2002-Arequipa.....	246

## **CAPÍTULO IX**

### **Acerca de la legitimación para solicitar la nulidad negocial**

I.	La legitimidad nulificante negocial es absoluta en el modelo acogido por el Código Civil peruano .....	249
II.	La legitimidad para solicitar la nulidad no es absoluta .....	254
III.	La doctrina de los actos propios y la legitimidad para solicitar la nulidad negocial.....	259
IV.	La imperiosa necesidad de incorporar la doctrina de los actos propios en sede nulificante negocial.....	269

## **CAPÍTULO X**

### **Acerca del tratamiento en la disposición de bienes ajenos**

I.	Los pronunciamientos casatorios en contra.....	273
II.	Los pronunciamientos casatorios a favor .....	282
III.	El estelionato y la permisión de disponer bienes ajenos .....	285
IV.	Los bienes ajenos, afectados, embargados o litigiosos como objeto del contrato .....	288
V.	El estelionato como delito .....	288
VI.	La aparente incongruencia legislativa .....	289
VII.	Primer supuesto: Tanto transferente como adquirente conocen de la calidad y situación del bien .....	290
VIII.	Segundo supuesto: Solamente el transferente conoce de la calidad del bien pero no la da a conocer .....	291
IX.	Tercer supuesto: El transferente conoce la calidad del bien pero tergiversa la información.....	293
X.	El límite entre el estelionato y la permisión de contratar sobre bienes ajenos, afectados, embargados o litigiosos.....	294

## CAPÍTULO XI

### Acerca de los actos celebrados por un falso representante

I.	El modo de solución postulado por la judicatura .....	299
II.	Breve revisión teórica de la ineficacia negocial .....	301
	1. Eficacia e ineficacia negocial .....	301
	2. Ineficacia estructural e ineficacia funcional .....	302
	3. Ineficacia originaria e ineficacia sobrevenida .....	304
	4. Ineficacia absoluta e ineficacia relativa .....	304
III.	El tratamiento del falso representante en el Código Civil .....	305
IV.	¿El supuesto del falso representante es de ineficacia absoluta o relativa? .....	306
V.	La desatinada recepción del artículo 1398 del Código Civil italiano ..	308
VI.	Consecuencias de la falsa representación .....	309
VII.	El caso del contrato obligacional: Casación N° 1135-2013-Lima ....	312
	1. Antecedentes y solución judicial .....	312
	2. Propuesta de solución .....	315
VIII.	¿Y el caso del contrato real?: Análisis de la Casación N° 526-2007-Lima .....	316
	1. Reminiscencia de los hechos .....	316
	2. El recurso de casación .....	317
	3. Los serios riesgos de la sentencia .....	317
	4. ¿Cuál debió ser la solución del caso? .....	320
IX.	Otras “soluciones” judiciales propuestas .....	321
X.	Un tema final: el plazo de prescripción para la ineficacia negocial...	323

## **CAPÍTULO XII**

### **Acerca de la disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges**

I.	El acto jurídico es nulo aunque por diversas causales.....	327
II.	El acto jurídico no es nulo sino ineficaz.....	333
III.	El acto jurídico sí es nulo pero no en todos los casos.....	338

## **CAPÍTULO XIII**

### **Acerca de la santidad contractual y la ilicitud negocial**

I.	La ilicitud negocial.....	341
1.	Las normas jurídicas imperativas.....	342
2.	El orden público.....	344
3.	Las buenas costumbres.....	348
II.	La nomoética como sustento del artículo V del Código Civil.....	350
III.	La carga emotiva y la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva.....	350
IV.	La discrepancia aparente entre los artículos 62 de la Constitución Política y 1355 del Código Civil.....	351
1.	Acerca de la aplicación temporal de la norma jurídica.....	352
2.	A qué doctrina se acoge nuestro ordenamiento jurídico.....	353
3.	¿Qué es la santidad contractual?.....	355
4.	Fundamento de la santidad contractual.....	356
5.	La libertad de contratación y su contenido.....	357
6.	¿Y las restricciones del artículo 1355 del Código Civil?.....	364
7.	Qué ha dicho el Tribunal Constitucional sobre la libertad de contratación.....	370

8. El artículo 1355 del Código Civil en las sentencias del Tribunal Constitucional.....	375
9. Un intento de aproximación a la problemática planteada .....	377

## CAPÍTULO XIV

### Acerca del tratamiento del anticipo de legítima

I. ¿Qué es la legítima?.....	387
II. ¿Anticipo de legítima o simple donación? .....	388
III. Anticipo de legítima: el asunto de su posible ilicitud.....	392

## CAPÍTULO XV

### Acerca de la nulidad de los títulos expedidos por PETT, Cofopri o municipalidades

I. Posición en contra de la nulificación de títulos otorgados por el PETT ...	395
II. Posición a favor de la nulificación de títulos otorgados por el PETT.....	398

## ANEXOS

<b>Anexo 1:</b> Cuadro de casaciones y otras resoluciones revisadas .....	405
<b>Anexo 2:</b> Cuadro de artículos del Código Civil analizados .....	418
<b>Anexo 3:</b> Hoja de ruta de análisis de las sentencias .....	423
<b>Bibliografía</b> .....	427

