

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS

LA CAUSA DE LAS INCOHERENCIAS APLICATIVAS DE LA
NULIDAD NEGOCIAL EN EL SISTEMA CASTORIO PERUANO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

REYNALDO MARIO TANTALEAN ODAR

Asesor:

Dr. GLENN SERRANO MEDINA

Cajamarca – 2013

A:

Mi esposa amada, mi pequeña Dasha y mi pequeña 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

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	i
EPÍGRAFE.....	ii
TABLA DE CONTENIDO	iv
AGRADECIMIENTO	xiv
RESUMEN.....	xv
<i>ABSTRACT</i>	xvi

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. TÍTULO	2.
2. AUTOR	5
3. ASESOR	5
4. ÁREA	5
5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
6. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
7. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA	8
8. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	8
9. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	8
9.1. OBJETIVO GENERAL	8
9.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
10. MARCO CONCEPTUAL.....	9
10.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	9
10.2. FUNDAMENTO TEÓRICO	9
11. HIPÓTESIS	16
12. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	16
13. TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	17
14. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	17

15.	ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN	17
16.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	17
17.	TÉCNICAS	18
18.	MUESTRA	18

CAPÍTULO II

ESTUDIO SOBRE LOS MODELOS TEÓRICOS SOBRE NULIDADES NEGOCIALES

1.	EL MODELO ITALIANO	20
2.	EL MODELO ALEMÁN	22
3.	EL MODELO FRANCÉS	23
4.	EL MODELO CANÓNICO.....	26
5.	EL MODELO ARGENTINO	27
6.	EL MODELO BRASILEÑO	28

CAPÍTULO III

ACERCA DE LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LAS NULIDADES

1.	LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LAS NULIDADES EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	29
2.	RECURRENCIA A LA INEXISTENCIA NEGOCIAL	34
3.	DISTINCIÓN ENTRE LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA NEGOCIAL	37
4.	EL TRASPASO DEL MODELO TEÓRICO PERUANO DE DIVISIÓN DE LAS NULIDADES	40
5.	PROPUESTA INCLUSIVA DE LA INEXISTENCIA NEGOCIAL	41
5.1.	CAUSALES DE NULIDAD NEGOCIAL	42
5.1.1.	INCONGRUENCIA ENTRE LOS COMPONENTES DE LA VOLUNTAD, INCAPACIDAD NATURAL Y ERROR OBSTATIVO	43
5.1.2.	ILICITUD Y FALSEDAD DE LA CAUSA Y SIMULACIÓN NEGOCIAL	44

5.1.3. INOBSERVANCIA DE LA FORMA SOLEMNE	45
5.1.4. INCAPACIDAD DEL SUJETO (SALVO LAS EXCEPCIONES DE LEY) E ILEGÍTIMIDAD NEGOCIAL	46
5.1.5. IMPOSIBILIDAD, INDETERMINACIÓN O INDETERMINABILIDAD E ILICITUD DEL OBJETO ...	48
5.1.6. CONTRAVENCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS IMPERATIVAS, DEL ORDEN PÚBLICO Y DE LAS BUENAS COSTUMRES	50
5.1.7. MANDATO LEGAL	53
5.2. CAUSALES DE INEXISTENCIA NEGOCIAL	53
5.2.1. AUSENCIA DE VOLUNTAD	55
5.2.2. AUSENCIA DE CAUSA	55
5.2.3. AUSENCIA DE FORMA SOLEMNE	57
5.2.4. AUSENCIA DE SUJETO	58
5.2.5. AUSENCIA DE OBJETO	60

CAPÍTULO IV

ACERCA DEL MECANISMO DE ESTABLECIMIENTO DE LA NULIDAD

1. LA OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO COMO MECANISMO EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	61
2. LA NULIDAD REALMENTE NO OPERA DE PLENO DERECHO .	64
3. FALLOS CASATORIOS QUE CONTRADICEN LA OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO DE LA NULIDAD	69
4. LA INORGANICIDAD DEL MODELO TEÒRICO PERUANO PARA LA OPERATIVIDAD DE LAS NULIDADES	73

CAPÍTULO V
ACERCA DEL TRATAMIENTO PRESCRIPTIVO DE LA NULIDAD

1.	LA PRESCRIPCIÓN DECENAL PARA ACCIONAR LA NULIDAD NEGOCIAL EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....	76
2.	LAS DIFICULTADES DEL INICIO DEL CÒMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL	80
3.	OTRO RIESGO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL	86
4.	LA INORGANICIDAD DEL MODELO TEÒRICO RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD NEGOCIAL	88

CAPÍTULO VI
ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA NULIDAD

1.	LA NULIDAD ES UNA SANCIÓN OBJETIVA SEGÙN EL MODELO TEÒRICO ACOGIDO POR EL CÒDIGO CIVIL PERUANO	89
2.	LA NULIDAD COMO SANCIÓN SUBJETIVA	92
2.1.	ANALÌSIS DE LA CASACIÓN 1382-2007-LIMA	92
2.1.1.	REMINISCENCIA DE LOS HECHOS	93
2.1.2.	LAS CAUSALES DE NULIDAD EN LA VENTA DE BIEN CONYUGAL	94
2.1.3.	¿A DÒNDE MIRA LA NULIDAD NEGOCIAL?	97
2.1.4.	LA TOLERANCIA DE LA NULIDAD	98
2.1.5.	LA CONSERVACIÓN DEL ACTO JURÌDICO	99
2.2.	ANALÌSIS DE UN CASO DONDE SE DISCUTE LA NULIDAD COMO SANCIÓN OBJETIVA	100
2.2.1.	REMINISCENCIA DE LOS HECHOS	100
2.2.2.	LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTO JURÌDICO ..	102
2.2.3.	LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA	103
2.2.4.	LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	104
2.2.5.	LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	105

2.3. LA FORMA EN LOS ACTOS JURÍDICOS	105
2.4. LA FORMALIDAD SOLEMENTE COMO COMPONENTE DE UN ACTO JURÍDICO	106
2.5. LA ESCRITURA PÚBLICA EN LAS DONACIONES RURALES	107
2.6. LOS LÍMITES A LAS FORMALIDAD Y EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA EL FALLO	108
2.7. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCION Y CONTROL DIFUSO	110
2.8. SOBRE LA FALTA DE VOLUNTAD DEL AGENTE	110
2.9. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD	111
2.10. ACERCA DE LA VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN SOBRE ACCIONES PENALES	112
2.11. LA CONCLUSIÓN DE ESTE CASO	113

CAPÍTULO VII

ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL

1. LA LEGITIMIDAD NEGOCIAL ES ABSOLUTA EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	114
2. LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA NULIDAD NO ES ABSOLUTA	117
3. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL	119
4. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE INCORPORAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN SEDE NULIFICANTE NEGOCIAL	122

CAPÍTULO VIII

ACERCA DE LA EQUIPARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA CON LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD

1.	LA EQUIPARACIÓN ENTRE INSTITUCIONES	123
2.	NULIDAD Y ANULABILIDAD	127
3.	NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA	128
4.	LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO.....	129
5.	LA CONFUSIÓN DE LA EQUIPARACIÓN DE DIVISIONES DISTINTAS	130
6.	EL POSIBLE ORIGEN DEL ERROR DE ESTA EQUIPARACIÓN.....	132
7.	EL LEGISLADOR PERUANO ASIMILÓ ERRÓNEAMENTE UN MODELO TEÓRICO.....	135

CAPÍTULO IX

ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD MANIFIESTA

1.	LA NULIDAD DE OFICIO COMO FACULTAD JUDICIAL EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	136
2.	LA NULIDAD DE OFICIO COMO SUPUESTO INVIABLE	139
3.	LA NULIDAD DE OFICIO ES UN DEBER JUDICIAL	140
3.1.	EL SIGNIFICADO DE LA VOZ “NULIDAD”	140
3.2.	¿QUÉ ES LA NULIDAD MANIFIESTA?.....	142
3.3.	CUÁNDO DEBE DECRETARSE UNA NULIDAD MANIFIESTA	143
3.4.	¿EXISTE LA NULIDAD MANIFIESTA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO?	145
3.5.	¿LA DECLARACIÓN DE UNA NULIDAD MANIFIESTA ES POTESTATIVA PARA EL JUZGADOR?	146

3.6. ¿DÓNDE QUEDA LA POTESTAD NULIFICANTE DEL JUEZ? .	149
3.7. LA NULIDAD MANIFIESTA Y LA POSIBILIDAD DE UN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBIDO PROCESO	151
3.8. LA NULIDAD MANIFIESTA Y UNA PROPUESTA DE TRATAMIENTO	154

CAPÍTULO X

ACERCA DEL TRATAMIENTO EN LA DISPOSICIÓN DE BIENES AJENOS

1. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS EN CONTRA	156
2. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS A FAVOR	163
3. EL ESTELIONATO Y LA PERMISIÓN DE DISPONER BIENES AJENOS	164
4. LOS BIENES AJENOS, AFECTADOS, EMBARGADOS O LITIGIOSOS COMO OBJETO DEL CONTRATO	165
5. EL ESTELIONATO COMO DELITO	165
6. LA APARENTE INCONGRUENCIA LEGISLATIVA	166
7. PRIMER SUPUESTO: TANTO TRANSFERENTE COMO ADQUIRENTE CONOCEN DE LA CALIDAD Y SITUACIÓN DEL BIEN	166
8. SEGUNDO SUPUESTO: SOLAMENTE EL TRANSFERENTE CONOCE DE LA CALIDAD DEL BIEN PERO NO LA DA A CONOCER	167
9. TERCER SUPUESTO: EL TRANSFERENTE CONOCE LA CALIDAD DEL BIEN PERO TERGIVERSA LA INFORMACIÓN	169
10. EL LÍMITE ENTRE EL ESTELIONATO Y LA PERMISIÓN DE CONTRATAR SOBRE BIENES AJENOS, AFECTADOS, EMBARGADOS O LITIGIOSOS	170

CAPÍTULO XI

ACERCA DEL TRATAMIENTO DEL ANTICIPO DE LEGÍTIMA

1.	¿QUÉ ES LA LEGÍTIMA?	172
2.	¿ANTICIPO DE LEGÍTIMA O SIMPLE DONACIÓN?	173
3.	ANTICIPO DE LEGÍTIMA: EL ASUNTO DE SU POSIBLE ILICITUD .	176

CAPÍTULO XII

ACERCA DE LA SANTIDAD CONTRACTUAL Y LA ILICITUD NEGOCIAL

1.	LA ILICITUD NEGOCIAL	177
2.	LOS SUPUESTOS DE ILICITUD NEGOCIAL Y LA CARGA EMOTIVA EN LAS NORMAS JURÍDICAS	179
2.1.	EL ORDEN PÚBLICO	179
2.2.	LAS BUENAS COSTUMBRES	182
2.3.	LAS NORMAS JURÍDICAS IMPERATIVAS	182
3.	LA DISCREPANCIA APARENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 1355° DEL CÓDIGO CIVIL	182
3.1.	ACERCA DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA JURÍDICA	183
3.2.	A QUÉ DOCTRINA SE ACOGE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	184
3.3.	QUÉ ES LA SANTIDAD CONTRACTUAL	186
3.4.	FUNDAMENTO DE LA SANTIDAD CONTRACTUAL.....	187
3.5.	LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SU CONTENIDO	188
3.5.1.	CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	188
3.5.2.	LÍMITES Y RELATIVIDAD DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	191
3.5.2.1.	LÍMITES EXPLÍCITOS	192
3.5.2.2.	LÍMITES IMPLÍCITOS	196

3.6. ¿Y LAS RESTRICCIONES DEL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL?	196
3.6.1. LAS LIMITANTES DEL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL	196
3.6.2. LA REGULACIÓN CIVIL DE LAS LIMITANTES CONTRACTUALES	198
3.6.3. LAS DIFICULTADES GENERADAS POR LOS ARTÍCULOS 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 1355° DEL CÓDIGO CIVIL	200
3.7. QUÉ HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	202
3.7.1. DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	202
3.7.2. ACERCA DE LA VIGENCIA DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	203
3.7.3. ACERCA DE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	203
3.8. EL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	207
3.9. UN INTENTO DE APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA	209
3.9.1. EL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL ESTARÍA VIGENTE	209
3.9.2. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	210
3.9.3. PRELIMINARMENTE LOS CONTRATOS NO SON MODIFICABLES	211
3.9.4. LAS OBLIGACIONES SÍ SON SUSCEPTIBLES DE LIMITACIÓN Y MODIFICACIÓN	212
3.9.5. EXCEPCIONALMENTE LOS CONTRATOS SERÍAN LIMITABLES	214

**SISTEMATIZACIÓN DE LAS PROPUESTAS ANTE LA
PROBLEMÁTICA MOSTRADA**

1.	INCLUSIÓN DE LA INEXISTENCIA NEGOCIAL EN LA NORMATIVIDAD JURÍDICA.....	218
2.	OPERATIVIDAD <i>OPE IUDICIS</i> DE LA NULIDAD	218
3.	LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NULIFICANTE DEBE SEGUIR SIENDO DECENAL	219
4.	LA NULIDAD DEBE ENTENDERSE COMO SANCIÓN SUBJETIVA..	219
5.	LA INCLUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL.....	219
6.	DIVERSIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS NULIFICANTES	220
7.	LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE UNA NULIDAD MANIFIESTA ES UN DEBER JUDICIAL	220
	CONCLUSIONES	221
	RECOMENDACIONES	223
	ANEXOS	224
	LISTA DE REFERENCIAS	234

AGRADECIMIENTO

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

Al Doctor Glenn Serrano Medina por avalar este estudio en su fase final.

Al Doctor Mario Castillo Freyre por la valiosa información proporcionada hacia nuestra persona para poder concluir el presente trabajo.

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

RESUMEN

En el presente trabajo se muestran una serie de incoherencias importantes entre las diversas sentencias en Casación emitidas por nuestra Corte Suprema en materia de nulidad de acto jurídico. En algunos casos las sentencias contradictorias son numerosas, mientras que en otros casos la discrepancia es menor. Con ello se procede a estudiar los distintos modelos teóricos que existen acerca de esta materia, de tal modo que, luego de su análisis, se ubican los modelos utilizados en los diversos fallos casatorios. Con dicho análisis se concluye, por último, en que las incongruencias grandes obedecen a la recurrencia indistinta de los modelos teóricos, o dicho de otro modo, que tales inconsistencias se deben al acogimiento de un modelo teórico inorgánico sobre nulidades negociales en el código civil peruano.

PALABRAS CLAVE: Incoherencias aplicativas, Nulidad negocial, Sistema casatorio

ABSTRACT

In this work we show an accumulation of significant inconsistencies between the various judgments in cassation given of our Supreme Court about invalid legal act. In some cases contradictory statements are numerous, while in other cases the discrepancy is minor. With this, we proceed to study various theoretical models that exist about this topic, so that, after analyze they, we locate the models used in this judgments in cassation. With this analysis we conclude, finally, that large inconsistencies obey to interchangeably recurrence of theoretical models, or put another way, that these inconsistencies are due to the placement of an inorganic theoretical model about invalid legal act in Peruvian civil code

KEYWORDS: Applicable inconsistencies, Negotiation, Casatory system

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 tiene que alcanzar que entre las diversas normas jurídicas ya ordenadas no existan incompatibilidades serias, dado que el problema fundamental a discutirse en este estadio es el de las antinomias jurídicas (Bobbio 1999, 152 *et passim*).

Se sabe también 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 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 un 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, 75 y ss.)- si solamente se encontrase una inconsistencia de envergadura entre los diversos fallos casatorios.

En el presente trabajo no solamente se muestra una única incoherencia de rigor entre las sentencias en Casación, sino que se han 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. 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 y global. 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.

A través del presente estudio se busca conocer la causa que ha venido originando toda esta serie de incompatibilidades entre los fallos casatorios. Y para alcanzar este cometido se ha partido de describir genéricamente los distintos modelos teóricos que versan sobre la nulidad del acto jurídico.

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 teóricos 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 teóricos 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 teóricos que se han estructurado para el tratamiento de la nulidad del acto jurídico.

Luego como primer error casatorio se muestra 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.

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 teóricos 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 bueno de esta parte es que las concepciones actuales del derecho procesal han incidido en darle algo de uniformidad a este tópico.

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 codificador. 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.

Por último, se ingresa a un tema de suma utilidad práctica como es el de la venta de bienes ajenos. Aquí, como se puede observar, encontramos sentencias en todos los sentidos: unas declarando válido el acto y otras declarando su nulidad. 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. Adicionalmente, aunque no de tanta importancia como lo mostrado en el anterior, 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.

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 fisuras que desencadenan una serie de dificultades aplicativas que es menester empezar a observar con mucho más detenimiento.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. TÍTULO

La causa de las incoherencias aplicativas de la nulidad negocial en el sistema casatorio peruano

2. AUTOR

M. Cs. Reynaldo Mario Tantaleán Odar

3. ASESOR

Doctor Glenn Serrano Medina

4. ÁREA

El área jurídica, dentro del derecho civil, es la de acto o negocio jurídico, y específicamente el ámbito es el de la doctrina de la nulidad negocial.

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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, 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. Verbi gracia, existe la duda respecto a si la nulidad opera o no de pleno derecho. Así, tenemos un fallo¹ donde la Sala Civil de Ica 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. 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.

¹ Casación 1843-98-Ica.

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, 138).

También tenemos que una gran incongruencia se presenta en el tratamiento de la enajenación de bienes ajenos. Por ejemplo, en la Casación 1376-99-Huánuco se afirmó que la venta de bien ajeno sin autorización o consentimiento de su verdadero propietario se transforma, indudablemente, en un contrato nulo por contravenir a las leyes que interesan al orden público. Mientras que en el Expediente N° 4530-98– Lima se afirmó que tal supuesto refiere un caso de objeto imposible jurídicamente. Algo similar se puede concluir de las Casaciones N° 397-95-Cajamarca, N° 1728-98Lima y N° 1376-99-Huánuco.

Incluso en la Casación N° 1017-97-Puno se afirmó que si el comprador no conoce la situación de ajenidad del bien, la venta es ilícita al punto de constituir un delito sancionable penalmente. Es decir, de plano se sentenció que la venta de un bien ajeno constituye el delito de estelionato.

Si ello es así, cómo es posible que en sede casatoria 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 normado 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 Código², 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. En ese sentido tenemos a las Casaciones 849-95-Lima, N° 1376-99-Huánuco del 22-11-1999 (vide Meza Mauricio 2003, 521) y la Casación N° 282-T-97-Puno del 25 de noviembre de 1997 (vide Beltrán Pacheco 2001, 7). 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, 7).

A fortiori no será inválido el acto que tenga por objeto la traslación total de un bien parcialmente ajeno. No obstante, en el Expediente N° 2273-97-Lambayeque del 09 de diciembre de 1998 se declaró la nulidad, mientras que en otro fallo se dijo que, tratándose de bienes parcialmente ajenos, corresponde al comprador la opción entre solicitar la rescisión o la reducción del precio.³

En otro caso se tiene que, 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, 217), restándole legitimidad al que haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (Salvat 1954, 723; Borda 1991, 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, 435; Bibiloni

² Casación 469-96-Piura. En similar dirección véase también el Expediente 3474-97, Casación 1135-96Chimbote y Casación 354-T-97Cusco. ³ Expediente 832-98.

1929, 191; Pasquau 1997, 130). Un intento de lo dicho lo encontramos en la Casación N° 839-05-Arequipa donde los propios demandados invocan sus actos propios para pretender la nulidad de la transacción, aunque al final no se les da la razón no tanto porque se trate de hechos propios, sino por no observar la congruencia procesal.

En fin, también tenemos algunas dificultades judiciales en otros tantos temas como son la prescripción decenal de la nulidad del acto jurídico o la legitimación procesal para poder solicitar la nulidad

En tal sentido, se hace necesario, en primer término, detectar mayores incompatibilidades que se cometen en sede judicial casatoria, para, luego de ubicar los posibles motivos que conllevan a ello, a efectos de ingresar en un sistema judicial que genere confianza en los administrados.

6. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la causa que genera las incoherencias en la aplicación de la nulidad negocial constatables en las Sentencias en Casación civil peruanas?

7. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA

El problema bajo estudio encuentra sustento 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 de incrementar la desconfianza en el poder judicial y, en general, en nuestro sistema normativo jurídico. Al pretender ubicar la causa de las incoherencias 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.

8. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

ESPACIAL: Sentencias en Casación civil expedidas por la Corte Suprema Peruana.

TEMPORAL: Sentencias en Casación civil expedidas entre los años 1994 y 2010.³

9. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

9.1. OBJETIVO GENERAL

- Establecer la causa que genera las incoherencias en la aplicación de la nulidad negocial constatables en las Sentencias en Casación civil peruanas.

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.

9.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conocer el modelo teórico propuesto por el codificador peruano partiendo de la exposición de motivos correspondiente.
- Comparar sistemáticamente el articulado del código civil para determinar el modelo teórico utilizado en su elaboración.
- Comparar los modelos teóricos existentes en materia de nulidad negocial con el modelo recogido en el código civil peruano a fin de determinar por cuáles ha sido influenciado el legislador peruano.
- Ubicar Sentencias en Casación civil donde se traspase el código civil recurriendo a otros modelos teóricos para verificar la insuficiencia del modelo acogido por el legislador peruano.

10. MARCO CONCEPTUAL

10.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Como antecedente directo a tal problema de investigación tenemos el trabajo del profesor Miguel Pasquau Liaño (1997) donde muestra algunas de las incoherencias presentadas en el tratamiento de la nulidad y anulabilidad de los contratos, pero en sede española. En dicho trabajo el autor desentraña algunos de los motivos, sobre todo históricos, que habrían desembocado en las incoherencias que actualmente se tienen.

Por otro lado, tenemos también como un antecedente nuestra tesis de Maestría⁴ donde llegamos a ubicar de modo general también algunas posibles causas que habrían generado el tratamiento actual que se tiene sobre las nulidades negociales en nuestro entorno.

10.2. FUNDAMENTO TEÓRICO

Incoherencias constatables en las sentencias en casación civil sobre nulidades negociales

El profesor Miguel Pasquau (1997, 118 y ss.) ha dejado al descubierto los yerros jurisprudenciales de los tribunales españoles dividiéndolos en tres tipos: exceso institucional (transportando el dualismo nulidad/anulabilidad a otros campos distintos a la invalidez), exceso de rigor o de inflexibilidad (des-responsabilizándose de las consecuencias a las que dé lugar su aplicación automática o mecánica), y ciertas exageraciones.

Hoy en día se considera que la nulidad y la invalidez refieren la misma situación negocial comportándose como instituciones idénticas, y que, por 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, 138) los caracteres de la nulidad

⁴ Cf. Tantaleán Odar 2010.

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.

Por otro lado, como ya se anticipó, tenemos que una gran incongruencia que se presenta en el tratamiento de los bienes ajenos. Se ha dicho que tales enajenaciones son inválidas, echando mano para ello de diversas causales como son la contravención de las normas que interesan al orden público (Casación 1376-99Huánuco de febrero del año 2000 en Meza Mauricio 2003, 520), o que el objeto sería jurídicamente imposible (Expediente N° 4530-98-Lima sentenciado el 27 de enero del año 1999 en Meza Mauricio 2003, 440). En otros casos no se precisa con claridad la causal de nulidad (Expediente N° 397-95-Cajamarca en Meza Mauricio 2003, 439; Casación N° 1728-98-Lima del 18 de mayo de 1998 en Beltrán Pacheco 2001, 7); y en otros se afirma que se está ante un delito (Casación N° 1017-97-Puno en Meza Mauricio 2003, 520; Casación N° 1017-97 en Escobar Rozas 2003c, 929).

No obstante, es factible encontrar un fallo como el siguiente:

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 normado por el artículo mil quinientos treintisiete (sic) 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.⁵

Y además ¿de qué modo se puede explicar que el propio código civil en su artículo 1409° consagre que la prestación puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o, incluso, sujetos a litigio por cualquier causa?

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. En ese sentido tenemos a la Casación 849-95-Lima (vide Meza Mauricio 2003, 442), la Casación N° 1376-99-Huánuco del 22-11-1999 (vide Meza Mauricio 2003, 521) y la Casación N° 282-T-97-Puno del 25 de noviembre de 1997 (vide Beltrán Pacheco 2001, 7). 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, 7).

Y si una venta de bien ajeno no conlleva a la invalidez del acto, con mayor razón no será inválido el acto que tenga por objeto la traslación total de un bien parcialmente ajeno. Así, en el Expediente N° 2273-97-Lambayeque del 09 de diciembre de 1998, se declaró la nulidad de la disposición de un bien social efectuado de modo unilateral por el esposo. En este caso la judicatura consideró que no había habido manifestación de voluntad de la mujer y, por tanto, el acto devino en nulo. Algún fallo ya ha intentado una solución contraria:

Tratándose de bienes parcialmente ajenos, corresponde al comprador la opción entre solicitar la rescisión o la reducción del precio.⁶

⁵ Casación 469-96-Piura.

⁶ Expediente 832-98.

Entrando a otro terreno y recordando que en materia jurídica civil, nadie puede ir contra sus propios actos, o sea que nadie puede alegar su propia torpeza para acogerse a derecho, no es factible escudarse en un acto realizado con culpa o dolo para salir beneficiado de una situación controversial.⁷ El sustento es evitar que alguien abuse de su propia inmoralidad (Pescio V. 1948, 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, 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 pueden luego cuestionar la nulidad del negocio, incluso si ellas son las causantes del vicio estructural. A decir de Bibiloni (1929, 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, 435) quien sustenta su afirmación en que se trata del cumplimiento de un deber que debe ser acogido.

Lamentablemente en el ámbito nulificadorio, la invocación de la propia torpeza concluye con éxito, y, a decir de Pasquau (1997, 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.⁸ Un intento de lo dicho lo encontramos en la Casación N° 839-05-Arequipa donde los propios demandados invocan sus actos propios para pretender la nulidad de la transacción, aunque al final no se les da la razón no tanto porque se trate de hechos propios, sino por no observar la congruencia procesal.

Desde otra línea podemos encontrar más de una sentencia del Tribunal Supremo español (Pasquau Liaño 1997, 143) donde la nulidad del acto original despliega sus efectos exageradamente, afectando, inclusive, la institución de la usucapión extraordinaria. Es decir, al tenerse como nulo al contrato original, las consecuencias de dicha nulidad –según los magistrados- afectarían inclusive a la posibilidad de adquirir el mismo bien vía usucapión por estar sustentado en un acto inválido.

Finalmente, tenemos que en un fallo se dijo lo siguiente:

La declaración judicial de nulidad no es sancionadora sino reconocedora de una situación jurídica existente, cuyo efecto es eliminar la apariencia de validez del acto y otorgar el efecto erga omnes; por lo que resulta evidente el error en que se ha incurrido en la sentencia de vista, ya que no obstante que el Superior Colegiado ha considerado nulo el contrato de anticresis por incumplimiento de una formalidad de ley, concluye 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. En consecuencia, no existe, en lo absoluto, imposibilidad jurídica alguna, y por el contrario, precisamente para ello existe la pretensión de Nulidad del Acto Jurídico.⁹

⁷ 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.

⁸ Obviamente este tema no exime de la denominada responsabilidad contractual pura, entendida como aquélla que surge cuando el negocio deviene en ineficaz estructuralmente y ocasiona perjuicios a la otra parte.

⁹ Casación 1843-98-Ica.

Como se puede ver la Sala Civil de Ica 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. Aquí se parte de una concepción ontológica de la nulidad como exclusiva de un estado situacional. Por tanto, no le falta razón al colegiado en afirmar que la participación del juzgador se torna en vana.

Por su parte, 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. O sea, parte también de una concepción estadual de la nulidad, pues la concibe como estado del acto. Empero, agrega que la acción de nulidad es necesaria pues pretende eliminar la apariencia de validez del acto y otorgar el efecto *erga omnes*, con lo cual, contradictoriamente queda inconcluso el asunto de si la nulidad es de necesaria declaración judicial o si opera de pleno derecho. Es decir, se deja pendiente el tema de si la nulidad pertenece a un mundo del deber ser o a un universo del ser.

Acogimiento inorgánico de modelos teóricos sobre nulidades negociales en el código civil peruano

Lo posibles modelos teóricos sobre nulidades negociales que habrían podido influir en el Perú serían el romano, el germano, el francés y el canónico.

En los primeros tiempos del derecho romano el formalismo imperaba y era la base principal de todas las relaciones jurídicas (Ponssa de la Vega de Miguens 1981, 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, 216; Salvat 1954, 704; Torres Vásquez 2001a, 684; Valverde y Valverde 1925, 506-507; Abelenda 1980, 412; Cornejo 1937, 307; Ambrosioni 1965, 94- 95; Chiauzzi 1979, 30; Zannoni 2000, 146-148). O sea, si faltaba algún requisito esencial en el acto se tenía como inexistente (Ambrosioni 1965, 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, 92) porque el ejercicio de esa acción era imposible, pues legalmente no existía acto ni negocio que pudiera ser anulado (Sierra Pomares s.f., 519).

Posteriormente se pudo hacer caer los efectos del acto jurídico afectado vía el recurso extraordinario de la restitución por entero (*restitutio in integrum*) (Ambrosioni 1965, 93; Zannoni 2000, 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 sólo después de la sentencia, lo que trajo consigo algunas complicaciones al tratamiento de las nulidades (Cornejo 1937, 307).

Consecuentemente, se puede aseverar con Di Paola (ápuđ Pasquau Liaño 1997, 44) que en el antiguo derecho romano no se conocieron las nociones de validez-nulidad, sino las de inexistencia-eficacia, como equivocadamente se puede pensar.

Por su parte, 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, 46). En tal ordenamiento se distinguen la invalidez y la ineficacia. Y dentro de la

invalidez se encuentran la nulidad y la impugnabilidad (atacabilidad o anulabilidad) como conceptos claramente distinguibles.

La nulidad es absoluta y puede hacerse valer por todos y contra todos, es imprescriptible y no precisa de acción alguna. Además, es factible de ser apreciada de oficio por el juez. Por tanto, no será susceptible de convalidación ni confirmación, aunque sí, excepcionalmente, de conversión (Pasquau Liaño 1997, 53-54). 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. Mientras 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. (Savigny ápuđ Pasquau Liaño 1997, 53)

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, 218; Salvat 1954, 708).

Por su lado, el derecho francés consolidó la distinción entre inexistencia, nulidad y anulabilidad. 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, 307). 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, 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, 47). 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 de la razón y de la naturaleza de las cosas que no precisa de regulación normativa.

Acto nulo, en cambio, 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, 707).

Finalmente, también en el derecho francés se trabaja con los actos anulables que son los que cuentan con todos sus elementos estructurales, pero la ley, en razón de estar afectados de un vicio, así los declara.

Finalmente, para el derecho canónico el matrimonio religioso mal celebrado es nulo y por ende se lo tiene como inexistente, de modo que nunca existieron marido y mujer, pues solamente lo eran de modo aparente (Molina Meliá 1998, 11 y 17). Ergo, el tema de las nulidades pasa por una suerte de equiparación del acto inválido con su inexistencia. 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, 21).

Pero es necesario aclarar que siempre se tiene que acudir a los Tribunales para la declaración de nulidad del matrimonio inválido, puesto que ella opera solamente a instancia de parte (Aparicio y Gómez Sánchez 1943, 70).

Luego de esta somera revisión de los posibles modelos teóricos, uno puede verificar que nuestro sistema codificador pareciera haber tomado de todos un poco, lo cual no se condice con una labor coherente y orgánica, pues ello generaría una suerte de incompletitud de la regulación sobre nulidades negociales. Por consiguiente, preliminarmente se puede afirmar que el codificador peruano habría recogido inorgánicamente los diversos modelos teóricos existentes para regular la nulidad del acto jurídico.

11. HIPÓTESIS

La causa que genera las incoherencias en la aplicación de la nulidad negocial constatables en las Sentencias en Casación civil peruanas es la recurrencia a un modelo teórico inorgánico sobre nulidades negociales en el código civil peruano.

12. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

Recurrencia a un modelo teórico inorgánico sobre nulidades negociales en el código civil peruano¹⁰

INDICADORES

- Comparación sistemática de los artículos del código civil
- Comparación entre los modelos teóricos existentes y el modelo recogido en el código civil.
- Modelo teórico propuesto en la Exposición de Motivos del código civil peruano

VARIABLE DEPENDIENTE

Incoherencias en la aplicación de la nulidad negocial constatables en las Sentencias en Casación Civil

INDICADORES

- Contradicciones en o entre fallos casatorios

¹⁰ Entendemos por recurrencia a un modelo teórico inorgánico en primer término al acogimiento de un modelo teórico de manera asistemática, o sea, conformado por la influencia de más de un sistema admitidos sincréticamente, pero también comprendemos el supuesto en el que se ha acogido un modelo teórico aparentemente correcto pero que por el paso del tiempo ha quedado desvirtuado por los avances teóricos o doctrinarios sobre la materia de estudio y temas conexos.

- Sentencias en las que se traspasa del código civil recurriendo a otros modelos teóricos

13. TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Socio-jurídico porque se trabaja con elementos reales como son las sentencias,¹¹ **histórico jurídico** porque se evalúa la evolución del modelo teórico acogido por el legislador peruano; y **dogmático jurídico** porque se analiza a la institución jurídica de la nulidad negocial

14. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de la presente investigación es predominantemente cuantitativo, aunque el análisis de las sentencias casatorias es de naturaleza cualitativa.

15. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El alcance es explicativo dado que se busca la causa de las contradicciones ubicadas en los fallos casatorios civiles sobre nulidades negociales.

16. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

- **Hermenéutico jurídico** pues se analiza los documentos a efectos de desentrañar el significado de su contenido.
- **Dogmático jurídico** toda vez que se evalúa la nulidad negocial como una institución generada por una construcción artificial que se dirige a estatuirse como un edificio normativo jurídico de la conducta humana.
- **Histórico jurídico** dado que se estudia la evolución del modelo teórico acogido por el legislador peruano para el tratamiento de la nulidad negocial.
- El método **comparativo jurídico** ha sido utilizado para parangonar los diversos modelos jurídicos que se han estructurado para el tratamiento de la nulidad de un acto jurídico.

17. TÉCNICAS

- Recopilación y análisis documental

La recopilación se ha efectuado revisando archivos, programas y soportes virtuales y físicos sobre Casaciones civiles peruanas, además de libros sobre la materia que contienen o remiten a las casaciones respectivas.

¹¹ Aclaremos que dentro de la investigación socio-jurídica se da preponderancia al estudio jurídico comparativo, lo cual se visualiza en los métodos utilizados en la investigación.

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.

En lo que respecta al análisis de dichas casaciones, ello se ha llevado a cabo a través de la Hoja de Ruta elaborada por el investigador y que figura en el Anexo N° 03. 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 en el anexo N°

02.

18. MUESTRA

UNIVERSO MUESTRAL: Sentencias en Casación civil con juicio de fundabilidad sobre nulidad de acto jurídico.

En este punto es necesario acotar que desconocemos el número exacto de sentencias que cumplan con los requisitos establecidos. No obstante, nos aventuramos a estimarlas en un número cercano a trescientas.

UNIDAD DE ANÁLISIS: Sentencia en Casación civil con juicio de fundabilidad sobre nulidad de acto jurídico.

TIPO DE MUESTRA: Muestra cualitativa por conveniencia.

Por la naturaleza del presente estudio, es que se ha optado por una muestra por conveniencia, sin embargo, el número de casaciones revisadas supera las doscientas, tal y como se puede apreciar en el Anexo N° 1 de la presente investigación, por lo que los resultados son bastantes representativos, motivo por el cual afirmamos estar ante una investigación predominantemente cuantitativa.

Sin embargo, 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 revisadas todos los fallos, recurrimos a una muestra cualitativa por conveniencia, entendiéndole que ella 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, 562).

CAPÍTULO II

ESTUDIO DE LOS MODELOS TEÓRICOS SOBRE NULIDADES NEGOCIALES

1. EL MODELO ITALIANO

En el 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 deben ajustarse al rigorismo formal de la época (Ponssa de la Vega de Miguens 1981, 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, 216; Salvat 1954, 704; Torres Vásquez 2001, 684; Valverde y Valverde 1925, 506-507; Abelenda 1980, 412; Cornejo 1937, 307; Ambrosioni 1965, 94- 95; Chiauzzi 1979, 30; Zannoni 2000, 146-148).

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, 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, 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., 519).

Posteriormente y sólo 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, 93; Zannoni 2000, 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 sólo después de la sentencia, lo que trajo consigo algunas complicaciones al tratamiento de las nulidades (Cornejo 1937, 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, 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, 94).

Esto ha llevado a Vidal Ramírez (1999, 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, 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 *ratihabito* (Ambrosioni 1965, 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, 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, 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, 131). Consecuentemente, se puede aseverar con Di Paola (ápuđ Pasquau Liaño 1997, 44) que en el antiguo derecho romano no se conocieron las nociones de validez-nulidad, sino las de inexistencia-eficacia, como equivocadamente se puede pensar.

Ahora bien, propiamente, en 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 (Robleda 1964, 100-101).

2. EL MODELO ALEMÁN

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, 46).

Cuando el legislador calificaba un negocio jurídico como nulo, como ineficaz o como impugnabile, estaba tomando decisiones conscientes con fuerza de ley, por tanto, los posteriores esfuerzos doctrinarios en Alemania se han dirigido a la consolidación, aplicación y desarrollo del sistema legal de nulidades (Pasquau Liaño 1997, 50). El código civil alemán se estima como un código que contiene bastantes elementos teóricos (Robleda 1964, 49).

En tal ordenamiento se distinguen la invalidez y la ineficacia. Y dentro de la invalidez se encuentran la nulidad y la impugnabilidad (atacabilidad o anulabilidad) como conceptos claramente distinguibles.

La nulidad es absoluta y puede hacerse valer por todos y contra todos, es imprescriptible y no precisa de acción alguna. Además, es factible de ser apreciada de oficio por el juez. Por tanto, no será susceptible de convalidación ni confirmación, aunque sí, excepcionalmente, de conversión (Pasquau Liaño 1997, 53-54).

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, 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 tanto, las partes y los terceros pueden conducirse como si el acto no se hubiese puesto,¹² a diferencia de las causales de anulabilidad donde, una vez enumeradas las causales, siguen inmediatamente los artículos en que se señala el modo de actuar contra el acto, quiénes pueden atacarlo, y dentro de cuál tiempo (Robleda 1964, 77).

Al respecto, Savigny (ápuđ Pasquau Liaño 1997, 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. Mientras 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. Aunque 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.

En la estricta nulidad no es necesaria acción alguna que la haga valer, por lo que se puede llamar nulidad de pleno derecho en 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 no se habla de legitimidad para accionar la nulidad y tampoco de imprescriptibilidad, por cuanto no ha habido cambio alguno de derechos (Robleda 1964, 78).

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, 218; Salvat 1954, 708).

3. 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, 7).

El Code francés es considerado como un cuerpo normativo poco doctrinal (Robleda 1964, 49).

El inicio está en que para el código civil francés la voz nulidad sirve para expresar el vicio del acto jurídico, razón por la cual, en estricto se ha manifestado una negativa para admitir alguna clasificación de las nulidades (Robleda 1964, 51).

Aun así, el derecho francés consolidó la distinción entre inexistencia, nulidad y anulabilidad.

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, 307). 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, 186-187), extendiéndose a toda clase de actos y contratos.

¹² 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, 77).

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, 47). Así, Aubry y Rau, y Baudry-Lacantiniere (ápuđ Cuadros Villena 1996, 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 tanto, tales matrimonios no podían llamarse nulos, pero tampoco podían considerarse válidos debido a la repugnancia de su constitución (Robleda 1964, 51).¹³

Robleda (1964, 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, 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, 53). 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 de la razón y de la naturaleza de las cosas que no precisa de regulación normativa.

Estos actos inexistentes propiamente sí serían inválidos de pleno derecho porque la ley no les da significación alguna (Robleda 1964, 53).

Acto nulo, en cambio, 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.

¹³ Ya anotamos que en la Casación 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 quién 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.*”

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, 707).

Finalmente, también en el derecho francés se trabaja con los actos anulables que son los que cuentan con todos sus elementos estructurales, pero la ley, en razón de estar afectados de un vicio, así los declara.

4. EL MODELO CANÓNICO

Dentro de esta disciplina jurídica toma relevancia el asunto de la nulidad del matrimonio, por lo que su estudio debe partir del hecho de la consideración eclesial de dicha institución como un sacramento, lo que explica su elevado nivel de protección (cf. Mans Puigarnau 1962, 113).

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.

El matrimonio religioso mal celebrado es nulo 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, 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, 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, 21).

Pero es necesario aclarar que siempre se tiene 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, 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, 18).

En fin, como se puede apreciar, en esta materia nuestro tratamiento civil actual es casi idéntico al canónico. La influencia es notoria, pero ella ha llegado a rebasar tal ámbito, desplegando sus consecuencias, inclusive, en el tratamiento de la nulidad de los actos jurídicos en general.

5. 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, 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 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, 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.¹⁴

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

Al respecto Zannoni (2000, 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, 230; Bibiloni 1929, 187; Zannoni 2000, 164).

En efecto, Alfredo Orgaz (1948, 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 (cf.

Garibotto 1991, 294-295; Zannoni 2000, 164-165).

6. EL MODELO BRASILEÑO

Según la Exposición de Motivos, nuestro código civil del año 1936 también estuvo influenciado por el código civil brasileño (Vidal Ramírez 1985, 274).

En este punto baste decir que el esquema argentino se basó en el Esbozo de Teixeira de Freitas que sentó las bases para el tratamiento brasileño.

¹⁴ Ver el artículo 1038° del código civil argentino. Cf. Mosset Iturraspe 1961, 229; Neppi, 1947, 333; Borda 1991, 413; Abelenda 1980, 431; Zannoni 2000, 170-171. También se puede ver al respecto a De Castro y Bravo 1991, 474.

CAPÍTULO III

ACERCA DE LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LAS NULIDADES

1. LA DIVISIÓN BIPARTITA DE LAS NULIDADES EN EL MODELO TEÓRICO 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°.¹⁵

Para nuestro ordenamiento jurídico la nulidad y la anulabilidad son las dos únicas categorías recogidas por la invalidez negocial o ineficacia estructural,¹⁶ por tanto, todas las causales de nulidad y de anulabilidad se presentan siempre al momento de la celebración del negocio (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 particulares¹⁷ (Taboada Córdova 2002b, 82).

Parte de lo afirmado se evidencia en la Casación 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.¹⁸

¹⁵ 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.

¹⁶ En este punto dejamos de lado la discusión sobre si la rescisión ingresa o no a formar parte de los supuestos de ineficacia estructural.

¹⁷ 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°.

¹⁸ Casación 2794-2003-Huaura

(...) 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.¹⁹

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 causales excluyentes.²⁰

Ahora bien, en nuestra legislación, en puridad, no existe la figura de la inexistencia negocial que fue producto del derecho francés²¹ 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, 455), ello por cuanto habiendo un mandato expreso de nulidad no era posible ampliar sus alcances.²²

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 NUMERUS CLAUSUS determina sus causales.*²³

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.

¹⁹ Casación 2511-2007-Arequipa

²⁰ Casación 4410-2006-La Libertad

²¹ Francesco Galgano (1992, 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.

²² Algo similar acontece hoy en día respecto de las normas que limitan o restringen derechos *Vid.* artículo 103° de la Constitución Política y artículo IV del Código Civil.

²³ Expediente 1610-98

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

Más bien, entre nosotros la nulidad y la inexistencia han sido asimiladas (cf. Torres Vásquez 2001a, 675; León Barandiarán 1983, 62), es decir nulidad e inexistencia negocial son los 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:

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.²⁴

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.²⁵

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.²⁷

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.²⁸

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.²⁹

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.²⁶

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

²⁴ Casación 505-97-Lima

²⁵ Casación 2514-97-Ica ²⁷ Casación 738-99-

Cañete. ²⁸ Expediente 1413-90-La

Libertad ²⁹ Expediente 4530-98-Lima.

²⁶ Casación 2638-2002-Puno

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, 330).

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, 330), por lo que, en consiguiente, 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.²⁷

(...) 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.²⁸

(...) el acto jurídico materia de la presente litis es nulo por carecer la parte vendedora del requisito de la manifestación de voluntad.²⁹

A raíz de todo lo dicho se ha señalado que la inexistencia se torna en un concepto inútil (cf. Lohmann Luca de Tena 1994, 522-523) pues se la ha rechazado arguyendo que los sistemas jurídicos que hacen uso de ella ya no requieren de la nulidad virtual (o sea aquella nulidad resultado de contravenir 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, 141 y 144; Taboada Córdova 2002b, 102. Cf. Palacios Martínez 2002a, 248).

2. 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.

²⁷ Casación 2792-2000-Lambayeque

²⁸ Expediente 4138-2000

²⁹ Casación 517-2002-Piura

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.³⁰ 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, 277).

Esta postura, ha sido respaldada en el fallo recaído en el Expediente 1610-98 donde se dijo:

Que nuestro sistema civil exige la manifestación de voluntad expresa no sólo como requisito de validez del acto jurídico sino como elemento esencial del mismo, conjuntamente con la finalidad y la forma;

Pero en la misma sentencia se afirma lo siguiente:

(...) 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° 231112002, donde se precisa que:

Faltará 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 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 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.

³⁰ Cf.. Artículo 140° del código civil.

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 sólo 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.

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 en sus consideraciones, como el último que acabamos de mostrar.

No obstante, es de advertir que esta sentencia, aunque no conforme a nuestra legislación, es correcta. 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.

3. DISTINCIÓN ENTRE LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA NEGOCIAL

La nulidad y la inexistencia negocial son instituciones jurídicas diferenciadas. 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, 295296; Galgano 1992, 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, 766).

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, 635). El examen de si un acto es válido o no, supone que el acto jurídico cuando menos existe (Pescio V. 1948, 203; Scognamiglio 2004, 425 *et passim*).

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, 170; Ripert y Boulanger 1964, 411; Albaladejo 1996, 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, 306).³¹

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, 138-139; Scognamiglio 2004, 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, 209).

En el peor de los casos lo nulo implicaría una inexistencia pero referida exclusivamente a una inexistencia jurídica (Vidal Ramírez 1999, 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

³¹ A decir de Renato Scognamiglio (2001, 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.

porque producen efectos, incluso perjudiciales (Borrel y Soler 1955, 366; Coviello 1949, 368; Flume 1998, 643-644).

El profesor Borrel y Soler (1942, 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 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.

En tal sentido, 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, 410; Zannoni 2000, 142; Moreyra García Sayán 2005, 330).

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, 167).³²

Por ello Pasquau (1997, 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.

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 (Diez Picazo 2002, 457), mientras que la inexistencia resalta una ausencia del supuesto de hecho.

Ergo, 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, 108). Si el negocio no existe no es posible disponer su nulidad (Scognamiglio 2004, 437).

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 (Diez Picazo 2002, 455; Scognamiglio 2004, 442).³⁷

Algo similar acontece con la figura de la conversión del negocio nulo la cual no es aplicable a los casos de inexistencia (cf. Galgano 1992, 262; Scognamiglio 2004, 440;

³² A modo de ejemplo tenemos que el matrimonio contraído de buena fe produce para el contrayente 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, 457).

Flume 1998, 646; Palacios Martínez 2002a, 285 *et passim*).³⁸

³⁷ 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. Cf. Pasquau Liaño 1997, 333-334 y Díez-Picazo 2002, 484.

³⁸ 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 demostración, y cuyo fundamento estriba en una voluntad presunta. Por ello también se la denomina metamorfosis del negocio (De Casso y Romero, y Cervera 1950, 2254). *Vid.* entre otros: León Barandiarán 1954, 339; Moreyra García Sayán 2005, 341; Díez-Picazo 2002, 484 y ss.; Santoro Passarelli 1964, 308; Garibotto 1991, 338; De Castro y Bravo 1991, 465; Doral y Del Arco 1982, 354; Stolfi 1959, 93; Galgano 1992, 325-325; Palacios Martínez

2002a y 2002b, 101, De la Puente y Lavalle 2004; Lohmann Luca de Tena 1994, 563 y ss.; Scognamiglio 2004, 447; Torres Vásquez 2001a, 692 y ss.; Albaladejo 1996, 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.

Por eso para García Amigo (1979, 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. Finalmente, Puig Peña (1942, 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.

4. EL TRASPASO DEL MODELO TEÓRICO 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, 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 supremos han traspasado el modelo teórico 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.

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 nulificador, por cuanto la figura de la inexistencia ya se venía trabajando en más de uno de los sistemas jurídicos que inspiraron nuestra codificación de modo diferenciado, motivo por el cual es de afirmar que se acogió un modelo teórico de manera equivocada.

Pero, además, como se ha ido mostrando, nuestro modelo teórico ha ido quedando rezagado, por lo que el permanecer en el modelo teórico 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.

5. 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 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.³³

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 tanto, se hacen merecedoras de tratamientos y consecuencias individualizados. 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, 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.

³³ Casación 1728-97-Lima.

5.1. 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,³⁴ contravención (a normas jurídicas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres) y mandato legal. A ellos se puede agregar la causal por contravención al orden público o a las buenas costumbres, a la que nosotros preferimos denominar supuestos de invalidez socioética (vide Tantaleán Odar 2010, 178 y ss.).

Así tendríamos:

CUADRO 01: CAUSALES DE NULIDAD NEGOCIAL

CAUSALES	Componente del acto	Requisito faltante	Supuestos	
Ausencia de uno de los requisitos	Elementos	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	
	Presupuestos	Sujeto	Capacidad	Incapacidad absoluta
				Ilegitimidad negocial
		Objeto	Posibilidad	Objeto imposible
			Determinación o determinabilidad	Objeto indeterminado o indeterminable
	Licitud	Objeto ilícito		
Contravención	Normas jurídicas imperativas		Normas legislativas	
			Normas jurisprudenciales	
			Normas negociales	
	Orden Público			
	Buenas costumbres			
Mandato legal				

³⁴ 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 supuesto (sujeto u objeto) del negocio. Hablamos de invalidez cuando se encuentre ausente uno de los requisitos pertenecientes a tales elementos o supuestos.

5.1.1. 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 causa de nulidad, en estricto, sería una incongruente voluntad.

Al respecto se sabe que la voluntad, en términos muy generales puede ser concebida estructurada por dos sub-voluntades: 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 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, las 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.

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, 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** (cf. Torres Vásquez 2001a; Taboada Córdova 2002b, 106; Meza Mauricio 2003, 413) y el **error obstativo**³⁵ (cf. Barassi 1955, 199; Valverde y Valverde 1925, 488; Galgano 1992, 294 y 304), sin perjuicio de todo otro supuesto puntual referido a una incoherencia entre la voluntad interna y la manifestada.

5.1.2. ILICITUD 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 (cf. Taboada Córdova 1996a, 502; 2002b, 115).

³⁵ Es de anotar que para nuestra codificación el error obstativo es trabajado como un supuesto de anulabilidad negocial equivalente al error-vicio.

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, 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 (cf. Taboada Córdova 2002a, 294; 2002b, 116). Por 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.

Por último, tenemos a la **simulación negocial** 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, 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 276-99Lambayeque 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 (cf. Brugi 1946, 132; Enneccerus 1950, 388; Díez-Picazo 2002, 218), por lo que no hay defecto alguno en la manifestación de voluntad.

5.1.3. 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, 55-56).

El sustento de la formalidad nos la explica Robleda (1964, 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, 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, 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.

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.³⁶

5.1.4. 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, 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.

³⁶ Para Eric Palacios (2002b, 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.

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. Sin embargo, el profesor Aníbal Torres (2001a, 696) nos hace ver que las excepciones sobrepasan al supuesto regulado en el artículo 1358°,³⁷ 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, 715; Barassi 1955, 178)³⁸ 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 negocia aludiría a la posibilidad individual de que un sujeto capaz pueda generar una consecuencia jurídica en su esfera de libre disposición (Beltrán Pacheco 2001, 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 que los sujetos impedidos celebren otros negocios, por eso Ferri (2002, 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.³⁹ 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.⁴⁰

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 una legitimación intersubjetiva como causal de invalidez (Moreyra García Sayán 2005, 326-327).

³⁷ Tenemos por ejemplo a los artículos 46°, 229°, 455°, 457°, 530°, 557° y 646° del código civil.

³⁸ A criterio del profesor Jorge Beltrán (2001, 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ Ver el artículo 1366° del código civil.

5.1.5. 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, 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 cuasi-absoluta), es decir, la imposibilidad debe ser para todos (o para casi todos) y no solo para el sujeto obligado.

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, 231).

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

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 interestadual. 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, 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, 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.

Sobreabundando en ejemplos, 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, 122), mientras que su posibilidad jurídica está referida a su conformidad con el ordenamiento jurídico (Vidal Ramírez 1999, 122; Moreyra García Sayán 2005, 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, 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, 535; Torres Vásquez 2001a, 697). Para Galgano (1992, 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.

5.1.6. CONTRAVENCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS IMPERATIVAS, DEL ORDEN PÚBLICO Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES

El acto jurídico ilícito ha sido entendido como aquél cuyo contenido transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (Messineo 1986, 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, jurisprudenciales⁴¹ o negociales) podrá ajustarse a los supuestos

⁴¹ Como se verá al explicar 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

de invalidez propiamente jurídica del negocio.⁴² En tal sentido, una causal adicional de nulidad es la que alude a la **contravención de normas jurídicas imperativas**.

Basta agregar que, 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, 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, 525-526) la nulidad debe ser una sanción que supervigile no solamente la construcción sino también la vida del negocio mismo.⁴³

El negocio antisocial sería -tomando las frases del profesor Messineo (1986, 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. Así, el orden público indicaría los principios de base de nuestro ordenamiento social (Espinoza Espinoza 2005, 261). Esta noción de orden público se va modificando continuamente, conforme a la evolución de la sociedad (Espinoza Espinoza 2005, 261), toda vez que se trata de un concepto que varía de lugar en lugar y de época en época (Messineo 1986, 487). Messineo (1986, 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.

Vásquez 2001b, 468) sino también a los mandatos temporales emanados de una autoridad competente cuya eficacia sea latente.

⁴² Nosotros separamos los casos de invalidez en invalidez jurídica e invalidez socio-ética. 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 socio-ética) (vide Tantaleán Odar 2010, 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, aunque nosotros preferimos ubicar tal supuesto en un caso de invalidez socio-ética. 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.

⁴³ 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, 537).

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 205, 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 **immoral**.

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, 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., 599).

Para Flume (1998, 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, 90).

5.1.7. 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 del precepto legal.

5.2. 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, 93), diremos que el acto jurídico inexistente se presentará cuando, efectivamente, esté ausente el negocio como tal.

En palabras de Sierra Pomares (s.f., 520) el acto inexistente sería aquél 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, 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, 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, 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.

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 la 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, 429) que es tiempo de que la inexistencia sea acogida formalmente por nuestro derecho, y por ello también es que no compartimos del todo la afirmación de la Casación 879-2008Arequipa (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 causales serían las siguientes:

CUADRO 02: CAUSALES DE INEXISTENCIA NEGOCIAL

CAUSAL	SUPUESTOS	
Ausencia	Elementos	Voluntad
		Causa
		Forma solemne
	Presupuestos	Sujeto
		Objeto

5.2.1. 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 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, 53).

Es inexistente, entonces, el negocio cuando falta de una manera absoluta una manifestación de voluntad. 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 (Diez Picazo 2002, 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.

5.2.2. AUSENCIA DE CAUSA

Para el profesor Juan Espinoza (2008, 50) el supuesto de falta de causa, en nuestro sistema, se ubica dentro de un supuesto de inexistencia negocial.

Aquí 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, 28) o en broma, propiamente dicha (Scognamiglio 2004, 439; Palacios Martínez 2002a, 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.⁴⁴

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 arrebato.

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

Finalmente tenemos los casos propiamente 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

⁴⁴ Lizardo Taboada (2002b, 107) nos afirma que las declaraciones hechas en broma consisten en 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.

adquiriente, 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 2008, 49).

La falta de causa determina la inexistencia porque el contrato no produce efecto alguno (Manresa y Navarro 1907, 771). Es más, se ha expuesto que la carencia de causa determina, por regla general, la inexistencia, tanto del negocio jurídico inter vivos como del testamento (Barassi 1955, 184).

5.2.3. AUSENCIA DE FORMA SOLEMNE

Sabiendo que la forma es entendida como una *conditio iuris* para obtener los efectos jurídicos esperados (Robleda 1964, 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, 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 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.⁴⁵ Si un testamento escrito no reúne las demás formas exigidas para el tipo pertinente, el testamento sería 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 video, tal testamento se debe tener como inexistente por la ausencia de la forma mínima requerida (cf. Santoro Passarelli 1964, 296; Scognamiglio 2004, 441).

Esta causal sería factible 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.

⁴⁵ El artículo 695° del código civil recoge este requerimiento.

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, 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 adolescentes 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, 711) parece darnos la razón al respecto cuando enseña que un ejemplo de acto inexistente será el supuesto en donde se 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, 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, 441) y Palacios Martínez (2002a, 251).

5.2.4. 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 2736-03-Puno:

(...) acto jurídico que se encuentra incurso en las causales 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).

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, 696). Estos supuestos son frecuentes de materialización en sede virtual.

Un ejemplo muy frecuente en nuestro medio, se da cuando un falsificador celebra contratos con diversos sujetos, disponiendo, *verbi gracia*, 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.⁴⁶

Los contratos supuestos o falsos son un claro ejemplo de inexistencia negocial, como, verbi gracia, cuando se invoca un poder aparente (Zannoni 2000, 144; Manresa y Navarro 1907, 770). 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 sublitis (...).*⁴⁷

5.2.5. AUSENCIA DE OBJETO

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, 859) nos cita hasta dos fallos españoles similares (del 22-3-1924 y del 22-3-1974) 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. En fin, como ejemplos últimos Zannoni (2000, 144-45) 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.

⁴⁶ Al respecto haremos una aclaración. Como nuestro código civil permite la venta de bienes ajenos (1409º 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 cuasi absoluta).

⁴⁷ Expediente 405-96-Sala Civil Suprema–Ica.

CAPÍTULO IV

ACERCA DEL MECANISMO DE ESTABLECIMIENTO DE LA NULIDAD

1. 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, sino meramente declarativo (Vidal Ramírez 1985, 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.⁴⁸

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, 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.

⁴⁸ Expediente 2006-0209-Cañete

De allí tenemos el rezago actual común de encontrar autores que afirmen 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, 313; Albaladejo 1996, 434; Coviello 1949, 370; Díez-Picazo 2002, 472; Cuadros Villena 1996, 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, 95; Romero Montes 2003, 300; Cuadros Villena 1996, 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, 65; Taboada Córdova 2002b, 95; Díez-Picazo 2002, 473) o utilitaria (Rubio Correa 2001, 29; Stolfi 1959, 84; Albaladejo 1996, 434; García Amigo 1979, 862)⁴⁹.

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 Córdova 2002b, 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.*⁵⁰

*La nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho, porque importa la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos.*⁵¹

*(...) al haber devenido en nulos de pleno derecho los contratos de arrendamiento suscritos.*⁵²

(...) 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

⁴⁹ Por ejemplo para el español García Amigo (1979, 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.

⁵⁰ Expediente 1413-90-La Libertad.

⁵¹ Casación 2514-97-Ica.

⁵² Casación 1152-98-La Libertad ⁵⁹ Casación 1864-00-San Román

por aquellas, independientemente de la vía procedimental de los procesos de cognición, (conocimiento, abreviado o sumarísimo).⁵⁹

En cuanto al inciso 5º del artículo 219 del Código Civil (...) opera la nulidad ipso iure.⁵³

No obstante que la anticresis sea nula de pleno derecho por la omisión de forma.⁵⁴

(...) 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.⁵⁵

(...) 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 sub-litis, amparándose en un contrato de compraventa en la que no ha intervenido ni autorizado, es decir nulo de pleno derecho.⁵⁶

(...) 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.⁵⁷

(...) 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 (...).⁵⁸

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 2792-2000Lambayeque, 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.*

⁵³ Casación 1201-2002-Moquegua

⁵⁴ Casación 2009-2002-Juliaca-Puno

⁵⁵ Casación 2239-2002-Arequipa

⁵⁶ Casación 2139-2007-Lima

⁵⁷ Casación 557-2008-Junín

⁵⁸ Casación 1519-2008-Ica

2. 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, 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, 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, 205). Ergo, en todos los casos, al menos en líneas generales, la nulidad requiere siempre ser pronunciada por el juzgador (Salvat 1954, 709).

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, 40; Núñez Molina 2003, 100 y ss.; Larenz s.f., 585).

Juan Espinoza citando a Bianca (*Vid.* Palacios Martínez 2002b, 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, 661).

Por su parte, Werner Flume (1998, 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 tanto, es falso que para que haya nulidad no sea necesaria la declaración caso por caso, ya que sobre la base de un negocio inválido se pueden producir ciertos efectos (Ripert y Boulanger 1964, 411).

Sea 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, 767).

A este tema el profesor Miguel Pasquau (1997, 145) se dirige hasta 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 (ápuđ Pasquau Liaño 1997, 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.⁵⁹

En la misma línea Ripert y Boulanger (1964, 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,⁶⁰ 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, 424; Espinoza Espinoza ápuđ Palacios Martínez 2002b, 34).

Compartimos, así, la opinión del profesor Ángel Gustavo Cornejo (ápuđ Idrogo Delgado 1993, 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, 221) cuando afirma que la declaración de la existencia de nulidad está sometida siempre a decisión judicial.

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, 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.

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 detenimiento judicial en un caso donde la solución debió operar *ipso iure*. Si el proceso de nulidad negocial cuenta con una vía adjetiva amplia es porque será ineludible contar un pronunciamiento judicial al respecto.

De hecho, en un fallo sobre nulidad de acto jurídico se ha dicho que:

(...) 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

⁵⁹ 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, 166).

⁶⁰ 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, 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.

*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 conocimiento.*⁶¹

Entonces, debe quedar bien en claro que en todos los casos la nulidad requiere siempre ser pronunciada por el juzgador (Salvat 1954, 709), solo que conforme al derecho argentino tal y como se mostrará más adelante) en la nulidad propiamente dicha no se necesitará mayor indagación, 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, 174), pues en ambos 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 condenado por incumplimiento en caso de desestimación de la demanda (Galvano 1992, 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, 515; Ramírez Gronda 1943, 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 este 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 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, 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.

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, 49).

Recordemos que para María Gimeno (2001, 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.

⁶¹ Expediente 2006-00209-Cañete

Con todo lo expresado nos preguntamos junto a Lutzesco y Pasquau (1997, 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, 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, 474).

3. 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 nuestro caso tenemos que 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:

(...) 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.⁶²

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

⁶² Vide artículo 1092° del código civil.

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 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, 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. 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 sólo 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, eliminado 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 (...).

El mismo sarcasmo del profesor Miguel Pasquau (1997, 145) ya reseñado líneas arriba referido a que la nulidad opera automáticamente, pero “a veces” se necesita de una sentencia para destruir la apariencia generada por el contrato, 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 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 1380-T-97Junín 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 2658-2003-Ancash, 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.

Por último, en la Casación 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.

4. LA INORGANICIDAD DEL MODELO TEÓRICO 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. 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 toda 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, 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, 216;

Salvat 1954, 704; Torres Vásquez 2001, 684; Valverde y Valverde 1925, 506-507; Abelenda 1980, 412; Cornejo 1937, 307; Ambrosioni 1965, 94- 95; Chiauzzi 1979, 30; Zannoni 2000, 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, 103). Y como el acto o era válido o era inexistente en la antigua Roma no se conoció una acción de nulidad (Ambrosioni 1965, 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., 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 V

ACERCA DEL TRATAMIENTO PRESCRIPTIVO DE LA NULIDAD

1. LA PRESCRIPCIÓN DECENAL PARA ACCIONAR LA NULIDAD NEGOCIAL EN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO 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.⁶³

Los fines de la prescripción extintiva han sido señalados en las Casaciones 1304-2000-Callao y 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 10 años, mientras que la acción de anulabilidad, a los dos años,⁶⁴ conforme al artículo 2001° incisos 1 y 4 respectivamente.

En la Casación 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°).

⁶³ Casación 1454-2001-Lima

⁶⁴ 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 (artículo 556°) y Francia (artículo 1304°) es de 5 años.

Entre nosotros se ha dicho que la prescripción de la acción de nulidad tendría por objeto que el acto jurídico nulo adquiera validez por el transcurso del tiempo (Cuadros Villena 1996, 232-233).

Esta línea de pensamiento parece haber inspirado el voto en discordia de la Casación 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.*⁶⁵

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 Córdova 2002b, 94), lo cual ha sido ratificado en la Casación 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, 94) esta situación, en realidad crea una falsa apariencia de validez del acto nulo. La solución a este dilema, para 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.

Por ello en la Casación 1016-99-Cusco⁶⁶ 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 sólo (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 basados 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.

⁶⁵ Casación 1519-2008-Ica

⁶⁶ En similar sentido se puede ver la Casación 2137-2000-Lima

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 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 sólo 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.⁶⁷

Ahora bien, partiendo del hecho de que la nulidad operaría automáticamente y obedece a un estado del negocio incorrectamente estructurado, para el profesor Taboada hubiera sido preferible optar por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad en nuestra codificación (cf. Díez Picazo 2002, 474; y Palacios Martínez 2002b, 118).

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, 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 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, 289).

Ello explica por qué en Bolivia la acción de nulidad negocial es imprescriptible (artículo 552°).

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.

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.

⁶⁷ Casación 2197-98-Huaura

Lo mostrado, entonces, revela que nuestro modelo teórico acogido para el caso de las nulidades negociales es asistemático y poco coherente.

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 las sanciones jurídicas.

2. 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.

Al respecto ya se ha mostrado que para el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos o Proyecto de Pavía (artículo 141º) 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.

Lo dicho ha sido acogido positivamente en nuestro medio. Como ejemplo tenemos a la Casación 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 438º 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.”

Y es en este mismo caso donde 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.”

Siguiendo la misma senda en la Casación 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 sólo han transcurrido siete años; y que debe aplicarse el artículo mil novecientos noventa y cuatro (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 noventa y cuatro (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 éste 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 sí 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, éste 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 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 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 prescriptivo 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.⁶⁸

(...) El artículo mil novecientos noventitrés (sic) del Código Civil establece que el plazo prescriptivo 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.⁶⁹

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.⁷⁰

⁶⁸ Casación 1386-01-Arequipa

⁶⁹ Casación 1454-01-Lima

⁷⁰ Casación 1308-2000-Cusco

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 (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.⁷¹

Nuevamente podemos ver que estas discordancias en nuestra Corte Suprema obedecen a que se acogió un modelo teórico 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 prescriptivos 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.

3. OTRO RIESGO DE LA PRESCRIPCIÓN DECENAL

En la Casación 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 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 reconvencional de nulidad de acto jurídico.

⁷¹ Casación 977-99-Ayacucho

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 a base de la minuta “nula de pleno derecho”; máxime si ella opera únicamente a pedido de parte.⁷²

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 conducente pronunciarse respecto de los actos jurídicos posteriores (...).*⁷³

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 reconviniente 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.

Es más, si ella luego quisiese demandar la nulidad de la compraventa (antes de los 10 años de prescripción), acaso la contraparte no podrá deducir la excepción de cosa juzgada con éxito.

4. LA INORGANICIDAD DEL MODELO TEÓRICO 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 código civil italiano, en el cual nos hemos inspirado gran parte de nuestro tratamiento nulificante, no estaríamos estudiando y analizando todos estos

⁷² En la Casación 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.*

⁷³ Ver voto en discordia de la Casación 1519-2008-Ica.

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 cualquier sanción jurídica, sujeta a plazos prescriptivos y a la reglamentación procesal existente.

CAPÍTULO VI

ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA NULIDAD

1. LA NULIDAD ES UNA SANCIÓN OBJETIVA SEGÚN EL MODELO TEÓRICO ACOGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Aunque existe una muy autorizada doctrina en contra, la nulidad mayormente es entendida como una sanción,⁷⁴ y ello ha sido recogido jurisprudencialmente.

Por ejemplo, en la Casación 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.

Algo más se dice en la Casación 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.

Y en la Casación 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 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, restándole el efecto vinculante del que gozaría.

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, 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.

⁷⁴ En la Casación 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 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 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 1233-2007-Lambayeque se afirmó que las causales de nulidad están 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 sólo podrá serlo por las causales allí enumeradas con carácter taxativo; toda ellas establecidas por la carencia de alguno de los elementos esenciales o requisitos de validez, así como por la transgresión de normas perceptivas (sic), de orden público.

Entre tanto en la Casación 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 898-2002-Lima se aseguró que:

(...) la nulidad es una sanción sólo 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 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, 330).

2. 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 todo 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 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 legamente.

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 quién 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

2.1. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN 1382-2007-LIMA

Más bien, un caso sumamente discutible es el de la Casación 1382-2007-Lima, fallo que para poder ser mejor entendido es menester revisar sus antecedentes.

2.1.1. 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 Leles 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 compra venta, 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 compra venta 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.

2.1.2. 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, verbi gracia, el caso de una falsificación de manifestación de voluntad, o en el caso del silencio (cf. Tantaleán Odar 2008c). 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 la ha hecho notar la doctrina, el por qué 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 2002, 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, en nuestra jurisprudencia el tratamiento mayormente ha sido homogéneo: *Que dichos inmuebles sociales fueron dispuestos unilateralmente por el esposo, actos jurídicos que resultan viciados de nulidad absoluta, conforme al Art. 315 del mismo Código, porque no intervino la cónyuge.*⁷⁵

*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.*⁸³

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.

⁷⁵ Expediente N° 2273-97-Lambayeque, SCSS. ⁸³

Expediente N° 1071-95 Sala Civil Suprema.

Al respecto, entonces, sabemos que la venta de un bien ajeno es totalmente conforme al ordenamiento jurídico (Tantaleán Odar 2008a). Entonces, si una venta de bien ajeno no conlleva a 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, 6).

Como anticipamos, la disposición de un bien social por solamente uno de los cónyuges podría conllevar a 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.⁷⁶

2.1.3. ¿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.

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.

⁷⁶ Cf. artículo 1537° del código civil.

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.

2.1.4. 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 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.

2.1.5. 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.

2.2. ANÁLISIS DE UN CASO DONDE SE DISCUTE LA NULIDAD COMO SANCIÓN OBJETIVA

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 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.

2.2.1. 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 ex pareja 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 02 de septiembre 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 06 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 03 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.

2.2.2. 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” serían 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 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, más 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.

2.2.3. 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.

2.2.4. 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 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.

2.2.5. 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.

2.3. 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 re-estudiando 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.

2.4. 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.⁷⁷

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

⁷⁷ Vid. artículos 1605° y 1730° del código civil.

dispone como la esencia misma del negocio. Mientras tanto, a los elementos esenciales de carácter general el código los denomina requisitos de validez (*Cfr.* Vidal Ramírez 1999, 84), a los cuales Lohmann (1994, 61) prefiere denominar elementos de validez.

Si revisamos nuestro código en su articulado 140º, 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 (...).*”

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. LA ESCRITURA PÚBLICA EN LAS DONACIONES RURALES

Según el mandato del artículo 1625º 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.

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.

2.6. 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.

2.7. 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.⁷⁸ 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.⁸⁷

Notablemente, en el veredicto bajo estudio se afirma que es necesario que se imponga el control judicial a la formalidad solemne como 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.

2.8. 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

⁷⁸ *Vid.* artículo 2° incisos 2 y 14 de la Constitución Política. ⁸⁷ *Vid.* artículo 138° de la Constitución Política.

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 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 sub litis, 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.

2.9. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Si bien más adelante hay un apartado completo sobre este tema, es menester pronunciarnos sobre la prescripción extintiva de la acción de nulidad.

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,⁷⁹ 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,⁸⁰ cosa que no ocurrió en el presente caso.

⁷⁹ Vid. artículo 1992° del código civil.

⁸⁰ Vid. artículos 446° inciso 12 y 447° del código procesal civil.

2.10. 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 firmado 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 cargo del Ministerio Público.

2.11. LA CONCLUSIÓN DE ESTE CASO

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.

Por último, 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.

CAPÍTULO VII

ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL

La nulidad en la actualidad puede ser demanda 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.

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.

1. LA LEGITIMIDAD NULIFICANTE NEGOCIAL ES ABSOLUTA EN EL MODELO TEÓRICO 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, 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.

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.⁸¹

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. 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.

⁸¹ En similar línea se orienta la regulación boliviana (artículo 551°), la argentina (artículo 1047°), la chilena (artículo 1683°) y la ecuatoriana (artículo 1726°).

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 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 (verbi gracia por causa ilícita o falsa) y alegaría su "legítimo interés moral" en que el 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 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 Art. 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 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.

Igualmente, en la Casación 1522-96-La Libertad se ha dicho que:

Nuestro ordenamiento distingue dos clases de nulidades, las que tiene (sic) por principio el interés público (absoluta) y la que se concede a favor de ciertas personas o intereses privados (relativa).

En el mismo derrotero en la Casación 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 cualquiera que tenga interés, contra cualquiera.

De todo lo mostrado queda en claro que la nulidad relativa solamente 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.

Esta legitimidad se torna un poco más claro en la Casación 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 igual sentido en la Casación 3909-2007-Lambayeque se corrigió al *a quo* del siguiente modo:

El argumento esgrimido por las instancias inferiores, radica básicamente, que la actora no ha intervenido en la celebración del mencionado acto jurídico para que pueda invocar interés en su nulidad. (...) Sin embargo, aún (sic) 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 alegar 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.

2. 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.

En la Casación N° 3006-2007-Lima, en el considerando sexto 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.

Y en la consideración séptima se precisa:

(...) respecto de la llamada legitimidad para obrar es necesario señalar que un sujeto puede gozar de ésta aún (sic) 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 sólo al titular del derecho sustancial.

Además, en el considerando octavo se añade que:

(...) 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.

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 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.

Pero mucho más diáfano es el caso de la Casación N° 64-2008-Lima, que en su consideración décima, se resalta el razonamiento del Tribunal *Ad quem* que precisa 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.

Peor todavía es el supuesto de la Casación 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.

3. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL

Para ahondar un poco más en el tema tenemos el caso resuelto en la Casación 115298-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 co-demandada 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 fundamentos legal la afirmación de que sólo 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.⁸² Esta doctrina conocida como la

⁸² 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.

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 (Cf. Rubio Correa 1987, 231 y ss.; Ospina Fernández y Ospina Acosta 2009, 321 y ss.).

Es más, no se olvide 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.

Entre nosotros 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.⁸³

Ahora bien, en sitial supremo, en la Casación 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 contenida (sic) en la minuta (...), pues éste 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 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.

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.

⁸³ Cf. entre otras las Casaciones 3760-2000-Lima, 10-2001-Arequipa, 3001-2003-Moquegua, 1889-2004-Junín.

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 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.

4. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE INCORPORAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN SEDE NULIFICANTE NEGOCIAL

Si bien algunos fallos casatorios han ido incorporando la doctrina de los actos propios a los supuestos de legitimidad para pretender una nulidad de acto jurídico, estimamos que es 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, 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, 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, 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, 435) quien sustenta su afirmación en que se trata del cumplimiento de un deber que debe ser acogido.

Pensando en una liberalidad, verbi gracia 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, 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.⁸⁴

Empero, y si nadie puede ir contra sus actos propios, ¿es permisible amparar al donatario que realizó una donación nula por defecto de forma, aun cuando el defecto fue ocasionado intencionalmente por él mismo? O mejor dicho, ¿cuenta este sujeto con legítimo interés moral como para pedir la nulidad?

Pensemos en el 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, 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 que 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, 154).

En fin, aunque existen algunos pocos fallos en contra como los mostrados (cf. Albaladejo 1996, 436), la propia torpeza y la mala fe caminan invulnerables en el terreno de las nulidades, por lo que es menester empezar a cambiar 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 “simplón” interés económico o moral en el resultado del proceso.

⁸⁴ 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.

CAPÍTULO VIII

ACERCA DE LA EQUIPARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA CON LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD

1. 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, 330 y 332).

En la Casación 440-2003-Lima se evaluaba:

(...) declarar la nulidad del acto jurídico de hipoteca.

Y se resuelve que:

(...) de los considerandos precedentes no se advierte una nulidad absoluta del contrato de hipoteca.

En otro fallo 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 inc. 1° del Art. 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 inc. 1° del Art. 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.⁸⁵

Igualmente en la Casación 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.⁸⁶

⁸⁵ Expediente 4138-2000

⁸⁶ Casación 2514-97-Ica

En la Casación 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.

En la Casación 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 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).

Algo similar ocurre en la Casación 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.

Lo mismo acontece en la Casación 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 requiriere (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.

Y en la Casación 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 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 fin, en la Casación 2792-2000-Lambayeque se puede leer:

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.

Pero es en la Casación 3030-2000-Apurímac donde 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 resumen, para nosotros la nulidad equivale a la nulidad absoluta, y la anulabilidad equivale a la nulidad relativa.

2. 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.

3. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

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,

324; Orgaz 1948, 49; Borda 1991, 414).⁸⁷

⁸⁷ 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.

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

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 depende del número de personas que se encuentran protegidas y legitimadas para ejercitar la acción (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud 1960, 350).

4. 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.⁸⁸

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.⁹⁸

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, 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.

Zannoni (2000, 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 bigamo, efectivamente está casado anteriormente 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.⁸⁹ 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.

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.

⁸⁸ Ver el artículo 1038° del código civil argentino. Cf. Mosset Iturraspe 1961, 229; Neppi, 1947, 333; Borda 1991, 413; Abelenda 1980, 431; Zannoni 2000, 170-171. También se puede ver al respecto a De Castro y Bravo 1991, 474. ⁹⁸ JA T. 1948 I p. 3 - Chile.

⁸⁹ Obviamente es más sencillo entender el ejemplo si es que laboramos con la noción subjetiva de la causa negocial.

Es por esta razón que para nosotros parece ininteligible la redacción del artículo 1058°bis del código argentino, sin embargo luego de la explicación dada es posible su entendimiento:

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

5. LA CONFUSIÓN DE LA EQUIPARACIÓN DE DIVISIONES DISTINTAS

En la Exposición de Motivos del 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, 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, 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, 230; Bibiloni 1929, 187; Zannoni 2000, 164).

En efecto, Alfredo Orgaz (1948, 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 (cf. Garibotto 1991, 294-295; Zannoni 2000, 164-165).

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

CUADRO 03: POSIBILIDADES COMBINATORIAS DE LA NULIDAD

Evidencia	Nulidad absoluta (recurrible por cualquier sujeto)	(recurrible solo por determinados)
	Nulidad con nulidad absoluta	Nulidad con nulidad relativa
Nulidad (vicio manifiesto)	(vicio manifiesto recurrible por cualquier sujeto)	(vicio manifiesto recurrible por determinados sujetos)
Anulabilidad (vicio no manifiesto)	Anulabilidad con nulidad absoluta (vicio no manifiesto recurrible por cualquier sujeto)	Anulabilidad con nulidad relativa (vicio no manifiesto recurrible 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, 51). El vicio es evidente pero no puede recurrirlo cualquier sujeto.
 - ✓ 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, 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.⁹⁰
- Otro ejemplo sería el caso de un negocio con objeto prohibido cuya ilicitud requiera de una investigación de hecho (Salvat 1954, 745).

⁹⁰ Como ejemplo de incapacidad de derecho tenemos los supuestos del artículo 1366° del código civil.

- ✓ 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.

6. 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, 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 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.⁹¹ 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, 53).

Es verdad que ambas clasificaciones coinciden a menudo, pero ello obedece a un evento accidental y no lógico (Orgaz 1948, 51). La nulidad propiamente dicha podría ser absoluta o relativa sin tener una exacta correlación con la anulabilidad (cf. Zannoni 2000, 158; Palacios Martínez 2002, 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, 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, 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 del artículo 1123° del código civil de 1936 (nulos *ipso iure*) eran supuestos de nulidad absoluta (que protegían el interés público). Es inexacto, entonces,

⁹¹ 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, 79).

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, 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, 97) asevera que la anulabilidad es, por regla general, relativa 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, 419).

Messineo (1954, 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 al contratante (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud 1960, 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 tanto, se torna necesario clarificar que lo relativo no es la nulidad, sino la facultad de anular, es decir, la acción (Pasquau Liaño 1997, 155).

Por ello Enneccerus (1950, 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, 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.

7. EL LEGISLADOR PERUANO ASIMILÓ ERRÓNEAMENTE UN MODELO TEÓRICO

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.

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 IX

ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD MANIFIESTA

1. LA NULIDAD DE OFICIO COMO FACULTAD JUDICIAL EN EL MODELO TEÓRICO 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 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 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, 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 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.

Lo mismo sucede en la Casación N° 2081-98 publicada el 31 de agosto de 1999: *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.*

Igualmente tenemos la siguiente Casación 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.

También tenemos a la Casación 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 sub-litis es ajeno por ser de dominio público, razón por la cual correspondería no rescindir el contrato en el que se acordó su compra-venta, 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 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 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.

Un caso adicional se encuentra contenido en la Casación resultante del Expediente 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 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.

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

La norma citada establece una facultad del Juzgador para pronunciarse de oficio sobre nulidades manifiestas, más (sic) no le impone ninguna obligación.

2. LA NULIDAD DE OFICIO COMO SUPUESTO INVIABLE

Contrariamente a todo lo dicho, de modo totalmente asistemático, en la Casación 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.

Con algo más de sustento, pero también contradiciendo nuestra regulación al respecto, en la Casación 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 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.

3. LA NULIDAD DE OFICIO ES UN DEBER JUDICIAL

3.1. 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, 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, 1506) se asevera que la nulidad atañe al vicio que disminuye la estimación de una cosa. Por 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, 211).⁹²

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, 51).

En fin, y pese a algunas opiniones en contra como las de Maier, Hart, Nino, Nieto Blanc y Von Feuerbach, 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, 326). Efectivamente, en el ámbito jurídico sustantivo es casi unánime dicha concepción,⁹³ lo cual se corrobora con algunas normas legislativas,⁹⁴ 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.

3.2. ¿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 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.⁹⁵

⁹² 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, 45).

⁹³ Cf. En sede nacional: Vidal Ramírez 1999, 495; Taboada Córdoba 2002b, 107 *et passim*, y 2002a, 179; Idrogo Delgado 1993, 232; Cuadros Villena 1996, 207; Anacleto Guerrero 204, 537; Lohmann Luca de Tena 1991, 27, 527; Palacios Martínez 2002, 91 *et passim*.

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

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Vide Mosset Iturraspe 1961, 229; Neppi, 1947, 333; Borda 1991, 413; Abelenda 1980, 431; Zannoni 2000, 170-171. También se puede ver al respecto a De Castro y Bravo 1991, 474.

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, 422).

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, 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 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 (cf. Galgano 1992, 317).

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 (cf. Garibotto 1991, 294-295; Zannoni 2000, 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 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.

3.3. CUÁNDO DEBE DECRETARSE UNA NULIDAD MANIFIESTA

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. En tal directriz, pareciera no ser viable la declaración de oficio de una nulidad manifiesta en el caso, verbi gracia, 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 podría peticionarla.

En nuestro medio se puede revisar la Casación 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 sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquéllos 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 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 sub materia.

3.4. ¿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 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 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 ésta es absoluta y manifiesta.⁹⁶

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 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.

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.

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.

⁹⁶ JA, t. 1970-12, p. 437 - Argentina en Vega Vega 1998, 440.

3.5. ¿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.

Ad empero, nos parece 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.⁹⁷

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 éstas no la deseen.*⁹⁸

Y se corrobora por otra sentencia española:

⁹⁷ EDC p. 291 - España en Vega Vega 1998, 440.

⁹⁸ P. 1999, p. 293 – Panamá en Vega Vega 1998, 440-441. ¹⁰⁹ FCSJ, T. 307, p. 292 - España en Vega Vega 1998, 441.

*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.*¹⁰⁹

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 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, 440).

Ahora bien, en el Perú contamos con 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.

También tenemos lo resuelto en la Casación N° 436-97-Huaura en la cual 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.*

De modo más contundente tenemos a lo dicho en la Casación 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.

En la misma línea, es en la Casación 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 Cesar 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.

En fin, adicionalmente tenemos a la Casación 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 aquéllas, 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.*

3.6. ¿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 sólo 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.⁹⁹

Adicionalmente, 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 2844-2002-Lima,

(...) 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.

3.7. 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.

⁹⁹ JA, 1943-11 p. 678 - Argentina en Vega Vega 1998, 440.

Como ya se vio líneas arriba, en un fallo español se sentencia 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.

Pero si bien el hecho de que el juzgador al pronunciarse sobre el vicio evidente que aqueja al acto, no atenta 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 09 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

Lo mismo se alegó en la Casación 1434-2006-Lima:

Que la indicada resolución, también contiene un pronunciamiento extrapetita 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.

En la Casación 1864-00-San Román se estableció 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 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 el mismo derrotero tenemos a la Casación 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.*

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 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, 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 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.¹⁰⁰

Entre nosotros la Casación 4334-2006-Apurímac ha intentado dar una respuesta a este dilema:

¹⁰⁰ GJ, T. 97 p. 59 - Colombia en Vega Vega 1998, 441.

(...) 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 derecho civil y la del derecho procesal civil, el mencionado dispositivo sigue vigente.

3.8. 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 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.

CAPÍTULO X

ACERCA DEL TRATAMIENTO EN LA DISPOSICIÓN DE BIENES AJENOS

1. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS EN CONTRA

La disposición de bienes ajenos 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 a base de 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; (...) 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.¹⁰¹

Para otro sector casatorio la disposición de bienes ajenos recae en la causal de **falta de la 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.¹⁰²

(...) 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 el (sic) Código sustantivo por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien.¹⁰³

¹⁰¹ Expediente 675-92

¹⁰² Casación 1666-01-Junín

¹⁰³ Casación 3156-01-Loreto

(...) 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.¹⁰⁴

(...) 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 Sala de Vista, la segunda venta (...) se comporta como una operación jurídicamente nula.¹⁰⁵

Para otro grupo el supuesto de disposición de bienes ajenos recae en la causal de **objeto física o jurídicamente imposible**.

*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 éste ya propietario del referido bien, en aplicación de lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 219 del Código Civil.*¹⁰⁶

*Que, en este orden de ideas, la venta mencionada constituye una imposibilidad jurídica del objeto, puesto que ningún sujeto puede transferir a otro un derecho del que no es titular, por tanto, se ha configurado la causal prevista por el Art. 219 inc. 3° del citado Código Civil, de modo que la compraventa materia de este proceso deviene nulo.*¹⁰⁷

*Hay imposibilidad jurídica del objeto en razón de que ninguna persona puede transferir a otro un derecho del que no es titular.*¹⁰⁸

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

¹⁰⁴ Casación 517-2002-Piura

¹⁰⁵ Casación 2032-2003-Piura

¹⁰⁶ Expediente 4297-98

¹⁰⁷ Expediente 852-98

¹⁰⁸ Casación 3017-2000-Lima

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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

(...) acto jurídico que (...) se encuentra incurso en las causales de nulidad previstas en los incisos (...) 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).¹¹¹

De igual manera en el Expediente 4530-98 se dijo que:

(...) 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.

Pero lo más llamativo de este fallo es que se precisa que:

(...) los hechos expuestos como fundamentación fáctica de la demanda no califican la causal de nulidad del Acto por tener éste 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.

No obstante, también se ha dicho que:

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.¹¹²

¹⁰⁹ Casación 3713-2001

¹¹⁰ Casación 409-2002-Cusco

¹¹¹ Casación 2736-03-Puno

¹¹² R. N. N° 07-2002-Cusco

En la Casación 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:

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 sub materia 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 fin, 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 una parte de los bienes gananciales determinados (...) por lo que ese acto de disposición adolece de nulidad virtual.¹¹³

(...) 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 el (sic) Código sustantivo por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan el (sic) orden público según el artículo quinto del Título Preliminar del Código material.¹¹⁴

Para terminar esta parte, en la detallada Casación 2117-2001-Lima se estudian casi todas las causales y se aterriza en el supuesto de nulidad virtual.

Se trata de la disposición de un bien conyugal por uno solo de los cónyuges:

(...) 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

¹¹³ Expediente 1575-91

¹¹⁴ Casación 3156-01-Loreto

del quince de febrero de mil novecientos noventauno (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 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 ésta 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 ésta 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.¹¹⁵

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 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

¹¹⁵ Sin embargo al final se aclara 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.

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.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS CASATORIOS A FAVOR

En la Casación 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 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 justiciable penalmente.*

Acabamos de mostrar la Casación 2117-2001-Lima donde se dice que 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.

3. 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- como de indeseables.

Es claro que la permisión del tratamiento de la venta 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.

Lamentablemente tal situación se torna en inaceptable cuando son los propios personajes del mundo jurídico los que desconocen los motivos que explican esta regulación.

Como muestra tenemos a la Casación 4410-2006-La Libertad

(...) 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, acarrea la nulidad del acto jurídico conforme a lo normado en el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil.

Pero en este mismo fallo, líneas adelante, se agrega que

(...) 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.

Esto se trasluce y se manifiesta grandemente en las figuras que a continuación detallamos, cuya aparente incorrección plantea una interrogante con una respuesta que hasta la fecha no hemos podido encontrar de modo satisfactorio en diversas fuentes, por lo que nos aventuramos a ello, discrepando abiertamente contra varios de los postulados de muy insignes y reconocidos juristas

La pregunta crucial, entonces, a responder, de la misma manera a como se descifra un acertijo, sería:

¿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?

4. 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 éste 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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 (artículo 1362º código civil).

Esto debe acogerse positivamente puesto que los contratos quedan perfeccionados cuando el consentimiento se presta de manera congruente (artículo 1373º código civil).

Como un supuesto que nos permite sustentar esta posición tenemos al artículo 1500º 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 1537º de dicho cuerpo normativo se regula el hipotético en que ambas partes conocen que la 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.

8. 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. 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 haya 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 1539º del código civil es contundente al respecto cuando indica que la venta de un bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, excepto cuando éste hubiese sabido que el bien no pertenecía el 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.

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 intentar enterarse de la situación real del bien.

Al respecto, se podría decir que tal tratamiento propuesto sólo 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 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 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 (artículo 1491° del código civil).

9. 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 de 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.
(énfasis agregado)

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. (énfasis agregado)

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. 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.

10. 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 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 Art. 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 Art. 197, inc. 4º del Código Penal.

Algo también se vislumbra en la Casación 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 2988-99-Lima donde además se ubica al estelionato como un supuesto de ilicitud:

El concepto de fin ilícito es 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 de (sic) 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 noventisiete (sic) inciso cuarto del Código Penal, acto ilícito conocido como estelionato.

De modo similar ocurre en la Casación 530-01-Callao:

Es nulo por ilícito el acto jurídico por el cual se vende como propio un bien ajeno.

CUADRO 04: SUPUESTOS ANTE VENTA DE BIENES AJENOS

SUPUESTO	MEDIDA	FUNDAMENTO LEGAL
Comprador y vendedor conocen la ajenidad	Ninguna	1362°, 1373°, 1409° inc. 2, 1500° inc. 4, 1537°, 1539°
Comprador no conoce de la ajenidad, y el comprador guarda silencio	Rescisión	1491°, 1539°
Comprador engaña al vendedor acerca de la ajenidad del bien	Nulidad	V° y 197° inc. 4 CP

CAPÍTULO XI

ACERCA DEL TRATAMIENTO DEL ANTICIPO DE LEGÍTIMA

1. ¿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.¹¹⁶ 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 cuius* presentes en dicho instante (Planiol y Ripert 1946, 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 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, 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, 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 (cf. Planiol y Ripert 1946, 30-31).

2. ¿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-.

¹¹⁶ 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, 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.

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 aquél.

Queda claro que existen barreras para disponer de todos los bienes a título gratuito. En efecto, se ha dicho:

El causante en vida sólo 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.¹¹⁷

Como es de fácil percepción, se 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.¹¹⁸

Por ello, en la Casación 4020-01-Lima se ha afirmado 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 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 ésta, puesto que de lo contrario se podría estar perjudicando a futuros herederos forzosos.

¹¹⁷ Casación 1026-99-Lima.

¹¹⁸ Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 1994.

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. En efecto, mientras la sucesión no se abra, el heredero legítimo solamente tendrá la consideración de heredero presunto (Planiol y Ripert 1946, 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,¹¹⁹ 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, 39).¹²⁰

*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.*¹²¹

¹¹⁹ Lohmann (2003, 320) estima que la masa global incluye el activo menos el pasivo más el valor de las donaciones hechas a legitimarios y a terceros.

¹²⁰ 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 sólo por excepción en dos casos: por las causales de indignidad establecidas en la ley civil y por desheredación.*

¹²¹ Casación 1364-97-Lima.

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.*¹²²

3. 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.

Si se aceptase la institución del anticipo de legítima, podríamos estar inmersos en lo que Planiol y Ripert (1946, 23) denominan una donación *mortis causa*, a la cual consideran contraria a la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, así como discorde 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. En esa senda, el anticipar una legítima implica antelar un derecho de naturaleza sucesoria, lo cual atropella la prohibición de contratar sobre sucesiones futuras.

Ergo, para terminar, 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. 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 408-95-lima se habla de donación o anticipo de legítima, dando a entender que se trata más bien de la misma institución.

¹²² Casación 408-95-Lima/Cono Norte.

CAPÍTULO XII

ACERCA DE LA SANTIDAD CONTRACTUAL Y LA ILICITUD NEGOCIAL

1. LA ILICITUD NEGOCIAL

Se conoce como ilicitud negocial al supuesto en el que la nulidad obedece a 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 conoce como nulidad virtual.

(...) por lo que ese acto de disposición adolece de nulidad virtual por ser contraria a la precitada disposición legal.¹²³

Lo de la ilicitud ha sido medianamente dicho también en algún fallo casatorio: *Son nulos (...) aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de este, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito.*¹³⁵

También se ha añadido:

*El concepto de fin ilícito en la doctrina peruana comprende tanto lo legal como lo moral.*¹²⁴

*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.*¹²⁵

Lo cual ha sido ratificado en la Casación 516-2001-San Martín–Moyobamba:

(...) por ilicitud en su finalidad debe entenderse cuando el acto es contrario al mandato expreso de la ley o la moral.

En la Casación 4410-2006-La Libertad se dijo:

En cuanto a la ilicitud, ésta se entiende cuando se presenta una violación de la ley y de la moral.

¹²³ Expediente 1575-91 ¹³⁵ Casación 738-99-Cañete.

¹²⁴ Casación 2988-99-Lima.

¹²⁵ Casación 2459-2002-Lambayeque.

Igualmente en la Casación 3017-2000-Lima de afirmó que los efectos de un acto jurídico no pueden recibir el amparo del Derecho cuando la voluntad negocial no está:

(...) debidamente premunida de la indispensable honestidad jurídica por ser exigencia del decoro social.

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.

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.

Ahora bien, en el artículo V del código civil se ha previsto el supuesto de nulidad negocial por ilicitud. Al respecto se ha dicho que:

La ilicitud del acto jurídico se da si sus efectos, desprendidos de la manifestación de voluntad, no pueden recibir el amparo del Derecho, (...) premunida de la indispensable honestidad jurídica por ser exigencia del decoro social.¹²⁶

Lo redactado en dicho artículo debe leerse en el sentido en que deviene en nulo el acto jurídico que violenta o normas jurídicas imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres.

Con las normas jurídicas imperativas no hay mayor discusión. Por ejemplo. En la Casación 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”.

Lo complicado del tema, evidentemente está en qué se debe entender por orden público y qué por buenas costumbres, y como se podrá ver, se trata de temas sumamente elásticos, y hasta de naturaleza subjetiva.

¹²⁶ Casación 3017-2000-Lima.

2. LOS SUPUESTOS DE ILICITUD NEGOCIAL Y LA CARGA EMOTIVA EN LAS NORMAS JURÍDICAS

2.1. EL ORDEN PÚBLICO

En las Casaciones 2516-98-San Martín y 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 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 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 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.

En la Casación 3537-2007-Lima se habla de las leyes de orden público:

(...) 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.

Otro ejemplo lo tenemos en la Casación 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 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 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 más no a los clientes de éstas 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.

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.

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 sólo para todas las personas que se encuentran dentro del supuesto de hecho de tales normas.¹²⁷

En fin por último, en la Casación 822-2001-Lima, respecto del orden público, se ha dicho que cuando se trata de normas distintas a las del orden público es posible su modificación por las partes:

La norma denunciada no es de orden público por lo que su modificación se encuentra dentro de las posibilidades de las partes.

2.2. LAS BUENAS COSTUMBRES

Respecto de las buenas costumbres, nuestra Corte Suprema alguna vez dijo que: *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.*¹²⁸

2.3. LAS NORMAS JURÍDICAS IMPERATIVAS

En cuanto a las normas jurídicas imperativas, tenemos lo previsto en la Casación 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 arribados en la citada Asamblea, otorgando el mayor número de acciones a favor de su principal dirigente, en desmedro de los demás socios, resulta 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.

¹²⁷ Casaciones 3702-2000-Moquegua

¹²⁸ Casación 2988-1999-Lima y Casación 2248-99-Tacna

3. LA DISCREPANCIA APARENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 1355° DEL CÓDIGO CIVIL

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 sólo 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 trabajo 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.

3.1. 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, 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, 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, 376).

Las críticas que se le 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 ápuđ Monroy Cabra 2001, 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, 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, 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, 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, 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.

3.2. 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, 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, 461).

Con lo visto, la doctrina de los hechos consumados imperaría en nuestro 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, 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,¹²⁹ como sencillamente se puede verificar que 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, 61 y ss.).¹³⁰

3.3. 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 extrañas a las emanadas por los sujetos integrantes de la relación contractual generada.¹³¹

3.4. 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

¹²⁹ Ver sentencia recaída en el Expediente 2235-2004-AA/TC.

¹³⁰ Ver en contra Espinoza Espinoza 2005, 158.

¹³¹ 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, 156).

de manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (Ariño Ortiz 1995, 23-24).

La importancia de la libertad contractual radica en que autores de la talla de Luis Díez Picazo (ápuđ Ariño Ortiz 1995, 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 (ápuđ Kresalja y Ochoa 2009, 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.

Este razonamiento aplicable adecuadamente a otros sistemas normativo, 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 62º 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, 65).

3.5. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SU CONTENIDO

3.5.1. 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 2º 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, 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, 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, 152). Esta libertad, según nuestra Corte Suprema, forma parte de la autonomía privada, la

ue se entiende como el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales.¹³²

Desde luego, la libertad de contratación consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídicoeconómicas 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, 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, 61), las encontramos en los artículos 1354º y 1361º del citado dispositivo.

Sin duda, en virtud del artículo 1354º las partes tienen la libertad amplia de determinar el contenido de un contrato; y según el artículo 1361º los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

No obstante, a tales artículos se pueden agregar el 1352º referido al principio de consensualidad, el 1356º que alude al principio de supletoriedad de las normas legales, el 1362º que refiere la buena fe contractual, y el 1363º 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 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, 136).

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

¹³² Casación N° 2393-2000-Jaén publicada en “El Peruano” el 05-08-2001.

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, 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, 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, 49-50).

Nuestra Corte Suprema ha ratificado lo dicho,¹³³ al igual que nuestro Tribunal Constitucional,¹³⁴ 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.¹³⁵

3.5.2. LÍMITES Y RELATIVIDAD DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Según Legaz y Lacambra (1952, 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

¹³³ Ver Casaciones N° 280-2000-Ucayali publicada en “El Peruano” el 25-08-2000, y 3700-2000-Callao publicada el 31-07-2001.

¹³⁴ sentencia recaída en el Expediente 0504-2000-AA/TC.

¹³⁵ sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI.

“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, 303), la libertad de contratación tiene limitaciones y el fundamento de estas limitaciones es diverso dependiendo desde 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 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, I). 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 (Diez-Picazo 2002, 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).

4.5.2.1 LÍMITES EXPLÍCITOS

Desde la postura de nuestro Tribunal Constitucional los límites a la libertad contractual pueden ser de dos tipos: explícitos o implícitos.¹³⁶

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; Diez-Picazo 2002, 128; Stiglitz 2001, 152; y Kresalja y Ochoa 2009, 284).

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.¹³⁷ Según nuestro

¹³⁶ Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

¹³⁷ Evidentemente aquí dejamos de lado otras tantas limitantes particulares que existen en ciertos sectores, como por ejemplo, en los arrendamientos 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, 371-372).

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.¹³⁸

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: LIMITES 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° inciso 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 apreciar en los artículos V y 219° inciso 8 del código civil.

Pero para comprender mejor lo dicho, se torna indispensable dar una breve mirada a cada una de estas barreras.

✓ NORMA JURÍDICA IMPERATIVA

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 2001, 232). Ello se debe a que su ámbito de regulación trasciende la esfera de los entes privados.

Entonces, son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su inobservancia la sanción de nulidad (Diez-Picazo 2002, 128129).

Para nuestro Tribunal Constitucional, uno de los límites explícitos lo constituye justamente el respeto a las normas de orden público,¹³⁹ afirmación que más o menos se condice con la norma jurídica imperativa.

¹³⁸ Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

¹³⁹ Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

✓ ORDEN PÚBLICO

Para nuestra Corte Suprema el orden público debe entenderse conforme la doctrina imperante como 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; así mismo lo caracteriza 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.¹⁴⁰

También 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).

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, 173 y 180).

A decir del profesor Luis Díez-Picazo (2002, 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.

Para terminar este acápite diremos que 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, 302), según Díez-Picazo y Gullón (ápuđ Kresalja y Ochoa 2009, 283) dentro del orden público se han incorporado los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pero, además, lo resaltante es que dentro del orden público, 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 (DiezPicazo 2002, 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.

¹⁴⁰ Ver Casación N° 2516-1998-San Martín publicada en El Peruano el 04-06-1999. En otra perspectiva para nuestra Corte Suprema el orden público se concibe como el 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 (vide Casación N° 3702-2000-Moquegua publicada en El Peruano el 01-10-2001). Estas disimilitudes de concepción de esta institución obedece 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, 294 y ss.)

✓ 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 (Diez-Picazo 2002, 129)

De conformidad con nuestra Corte Suprema el acto jurídico será ilícito cuando sea 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 corresponde evaluar al juez.¹⁴¹

Las buenas costumbres no refieren otra cosa que la moral social imperante en una colectividad.

Las llamadas buenas costumbres aluden a un tema ético, y para el 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.¹⁵⁴

4.5.2.2. 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.¹⁴²

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.¹⁴³

4.6. ¿Y LAS RESTRICCIONES DEL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL?

4.6.1. 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.

¹⁴¹ Ver Casación N° 2248-1999-Tacna publicada en El Peruano el 20-06-2000. ¹⁵⁴ Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA/TC.

¹⁴² Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

¹⁴³ Ver sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC. Cfr. STC 0001-2005-PI.

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, 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, 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, 68).

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, 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, 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, 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, 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.¹⁴⁴ 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 tanto, desde ese instante, el criterio de lo justo (moral) o injusto (inmoral) será voluntad última del soberano que ejerza el poder (Bobbio 1999, 31).

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.

¹⁴⁴ 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

4.6.2. 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 ley¹⁵⁸).

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**.

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, 36 y ss.).

¹⁵⁸ 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, 294).

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°). 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 2002, 83 *et passim*).

Entre tanto, en el segundo caso (artículos 1355° y 1356°) se trata más bien de restricciones pero de naturaleza sobrevinida, 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.¹⁴⁵

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

¹⁴⁵ Al respecto nos parece importante resaltar la propuesta que el profesor Lohmann (1994, 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.

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 (62° de la Constitución) incompatible con la anterior regulación (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.¹⁴⁶

4.6.3. 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.¹⁴⁷

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, decir, se ha pasado de una permisión 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 estatatal aunque de modo excepcional (2001 en adelante) con algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

¹⁴⁶ Al respecto hay que recordar que en el pleno jurisdiccional 047-2004-AI/TC se acogió expresamente en sede constitucional a la derogación tácita.

¹⁴⁷ En ese sentido recomendamos ver lo dicho por el profesor Juan Espinoza (2005, 158-161) para quien la opción mejor es recurrir a una interpretación restrictiva del artículo 62° de nuestro Código Político.

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 1999¹⁴⁸ 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, 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 hecho 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 equiparidad entre un contrato común y un contrato ley regulado recién en la segunda parte del citado artículo 62°.

4.7. 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.

4.7.1. 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.¹⁴⁹

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

¹⁴⁸ Ver Casación 128-1997-Juliaca publicada en “El Peruano” el 25-02-1999.

¹⁴⁹ Ver sentencias recaídas en los expedientes 2185-2002-AA/TC; 8943-2006-PA/TC; 00026-2008PI/TC; 00028-2008-PI/TC; y 01869-2010-PA/TC.

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 formarían parte de dicho contenido –verbi gracia- el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse.¹⁵⁰

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.¹⁵¹

4.7.2. 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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴

4.7.3. 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 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

¹⁵⁰ Ver sentencias recaídas en los expedientes 0008-2003-AI/TC; 0004-2004-AI/TC; 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados); 2736-2004-PA/TC; 0001-2005-PI/TC; 1963-2006-PA/TC; 017352008-PA/TC; 0009-2009-AI; 0015-2009-AI; y 0029-2009-AI.

¹⁵¹ Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

¹⁵² Ver sentencia recaída en el expediente 0289-2001-AA/TC.

¹⁵³ Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

¹⁵⁴ Ver sentencias recaídas en los expedientes 003-2004-AI/TC; STC 005-2003-AI/TC; y 1963-2006PA/TC.

principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce,¹⁵⁵ pues una lectura sistemática impone una interpretación de sus disposiciones sin “sacrificar” alguno de los valores, derechos o principios,¹⁷⁰ lo que deberá evaluarse para cada caso en concreto.¹⁵⁶ 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 62º de la Constitución consagra la santidad contractual, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan 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.¹⁵⁷

Empero, se aclara que no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone su afectación, sino solamente aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias, para lo cual es necesario recurrir al test de proporcionalidad.¹⁵⁸

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 respecto 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 2º, 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.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Ver sentencia recaída en el expediente 2736-2004-PA/TC. ¹⁷⁰

Ver sentencia recaída en el expediente 0001-2005-PI/TC.

¹⁵⁶ Ver sentencia recaída en el expediente 8943-2006-PA/TC.

¹⁵⁷ Ver sentencia recaída en el expediente 2670-2002-AA/TC.

¹⁵⁸ Ver sentencia recaída en el expediente 01735-2008-PA/TC.

¹⁵⁹ Ver sentencia recaída en el expediente 03866-2006-AA/TC.

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 a 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 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).¹⁶⁰

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).¹⁶¹

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.¹⁶²

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.¹⁶³

¹⁶⁰ Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

¹⁶¹ Ver sentencias recaídas en los expedientes 2736-2004-PA/TC; 0001-2005-PI/TC; 1963-2006-PA/TC; y 03866-2006-AA/TC.

¹⁶² Ver sentencia recaída en los expedientes 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados).

¹⁶³ Ver sentencia recaída en el expediente 2488-2004-AA/TC.

4.8. 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 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 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.

El Tribunal uniformemente en las sentencias recaídas en los expedientes 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003AA/TC y 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 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-2003-AA/TC, 2896-2003-AA/TC, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005AA/TC y 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 obligación¹⁶⁴ 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

¹⁶⁴ 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.

contratación no obstante el carácter privado de ésta cuando, en la versión del artículo 1355° del acotado, prescribe: *“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 éste en etapa de ejecución,¹⁶⁵ 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 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 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, 03319-2007PA/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.

4.9. UN INTENTO DE APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

4.9.1. EL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL ESTARÍA VIGENTE

La Corte Suprema, en el año 2001, emitió la Casación 3418-2000-Ica¹⁶⁶ haciendo uso del artículo 1355° del código civil.

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 inconveniencia que presentan para su aplicación es recurrir, efectivamente, a una interpretación que armonice sus textos.

¹⁶⁵ Con lo dicho se alude claramente al ámbito de las obligaciones antes que al ámbito contractual propiamente dicho.

¹⁶⁶ Publicada el 19 de marzo de 2001.

4.9.2. 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.¹⁶⁷

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. 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 aseveración merece un breve análisis, para lo cual partimos de algunos supuestos susceptibles de presentarse.

✓ **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.

¹⁶⁷ El profesor Juan Espinoza (2005, 159) y los profesores Kresalja y Ochoa (2009, 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 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.

4.9.3. 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, 282283) 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.¹⁶⁸

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 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.

¹⁶⁸ 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.

4.9.4. 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, 153).

Como ejemplo de lo afirmado tenemos que, verbi gracia, 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.¹⁶⁹ 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.

¹⁶⁹ Ver el artículo 1137° inciso 3 del código civil.

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.

4.9.5. 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. Más 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, 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, 288).

Por ello también se ha dicho que la utilidad del orden público es que tiende a corregir ciertos abusos (Sánchez Viamonte 1961, 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, 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, 288) agrega un notable argumento. Si es posible hablar de relatividad de los derechos¹⁷⁰ en cuanto a su valor dentro del ámbito de la vida jurídica, sin excluir la presencia del Estado, debemos también reconocer su relatividad

¹⁷⁰ Ver sentencia recaída en el expediente 03866-2006-AA/TC.

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 recitificación.

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.

SISTEMATIZACIÓN DE LAS PROPUESTAS ANTE LA PROBLEMÁTICA MOSTRADA

Para finalizar este trabajo se expondrá una suerte de resumen de las diversas propuestas elaboradas para los distintos problemas detectados a lo largo del presente estudio.

1. INCLUSIÓN DE LA INEXISTENCIA EN LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

La nulidad y la anulabilidad negocial no son los únicos supuestos patológicos en ineficacia estructural. La inexistencia se constituye en un supuesto fáctico distinto de ambas. Y si bien el legislador peruano optó originalmente por equiparar la inexistencia a la nulidad en lo que refiere a los efectos, se hace menester distinguirlas legislativamente, ya que no solamente laboran con supuestos diferentes, sino que, además, sus efectos y tratamiento debe ser diferenciado.

Las causales de nulidad se dirigen a atacar la ausencia de algunos de los requisitos (de los elementos o presupuestos) del negocio jurídico, en cambio la inexistencia comprende los supuestos de ausencia estricta de algunos de los elementos o presupuestos negociales.

Además, es necesario indicar que la acción nulidad debe prescribir a los diez años, mientras que la inexistencia, en caso de tener acción debiera ser imprescriptible. Por último, la nulidad debería ser siempre declarada por un juzgador, a diferencia de la inexistencia que solamente merecería participación judicial cuando se generasen serias dudas sobre la existencia del negocio.

2. OPERATIVIDAD OPE IUDICIS DE LA NULIDAD

La nulidad debe operar siempre por mandato judicial. Es decir, si bien las causales de nulidad están previstas en la ley, es indispensable contar con una sentencia judicial que declare que el negocio es nulo. No se debe olvidar que ante un proceso judicial el demandante corre el riesgo de que la demanda sea declarada infundada, pues, a fin de cuentas, será el juzgador el que determine si el negocio encaja o no en un supuesto de nulidad.

Por último, también debe resaltarse que el demandante cuenta solamente con diez años para intentar la nulidad del acto jurídico que cuestiona, y si el juzgador no sentencia la nulidad, el

demandante puede quedar desamparado o en seria desventaja si pretendiese la nulidad pasado el decurso decenal.

3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NULIFICANTE DEBE SEGUIR SIENDO DECENAL

El tratamiento actual de la prescripción de la acción de nulidad de acto jurídico debe mantenerse en diez años. Sin embargo, es menester precisar que dicho plazo empieza a correr desde que se tiene real conocimiento de la celebración del acto jurídico, tal y como lo ha resuelto alguna casación reciente.

Pero para entender a cabalidad este decurso prescriptorio se hace necesario cambiar la concepción de que la nulidad opera ipso iure, pues, de seguir pensando de esa manera se pierde sistematicidad en el tratamiento.

4. LA NULIDAD DEBE ENTENDERSE COMO SANCIÓN SUBJETIVA

La nulidad es entendida mayormente como una sanción, pero no basta con ello sino que es menester entender que la nulidad no puede operar automáticamente, desplegando efectos sin mirar las consecuencias que puede ocasionar el aplicarla mecánicamente.

Se debe ir variando la concepción de la nulidad de una sanción que opera automáticamente a una sanción que previamente debe ser evaluada por el juzgador a fin de determinar su pertinencia aplicativa.

5. LA INCLUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD NEGOCIAL

Como complemento al acápite anterior tenemos que la nulidad en la actualidad puede ser demanda 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.

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.

6. DIVERSIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS NULIFICANTES

La casuística en materia de nulidad es tan amplia que en más de una oportunidad el magistrado se ha puesto en la problemática de declarar una nulidad sin el total convencimiento sistémico que ello requiere.

El contar únicamente con dos supuestos de ineficacia estructural genera, justamente, el encasillamiento del magistrado.

Es necesario contar con una teoría de la nulidad que diversifique los supuestos y las opciones. El hecho de haber equiparado simplistamente la nulidad absoluta y relativa con la nulidad y la anulabilidad es resultado de un tratamiento excesivamente limitado. El abrir el abanico de los supuestos de nulidad podría traer mejores resultados al momento de resolver una litis.

7. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE UNA NULIDAD MANIFIESTA ES UN DEBER JUDICIAL

Por último, conociendo que la nulidad manifiesta se refiere a un vicio evidente, y contando con la diversificación de las nulidades indicada en el acápite anterior, estimamos que un supuesto de nulidad evidente debe ser declarado de oficio por el juzgador por tratarse de una institución de orden público.

Sin embargo, a fin de evitar cualquier contravención al debido proceso consideramos que el magistrado debe dar oportunidad a ambas partes para defenderse ante una eventual declaración de nulidad negocial manifiesta.

CONCLUSIONES

- ✓ Dentro de la materia de la nulidad de acto jurídico encontramos una diversidad de fallos casatorios que desembocan en contradicciones cuestionando seriamente la uniformidad que se predica de nuestro sistema jurídico, siendo que estas incoherencias aplicativas obedecen a la recurrencia a un modelo teórico inorgánico sobre nulidades negociales en el código civil peruano, entendiéndose por tal al acogimiento de un modelo teórico de manera asistemática, y también al acogimiento de un modelo teórico aparentemente correcto pero que por el paso del tiempo ha quedado desvirtuado por los avances teóricos o doctrinarios sobre la materia de estudio y temas conexos.
- ✓ Entre las diversas sentencias en Casación se ha recurrido a un sistema divisional tripartito cuando, en puridad, nuestra codificación labora solamente con una división bipartita de las nulidades, trasvasando el modelo teórico original.
- ✓ Respecto del mecanismo de establecimiento de la nulidad negocial, los fallos casatorios se contradicen al concebir por un lado que ella opera de pleno derecho, mientras que por otro se exige la participación judicial, siendo que este error se debe a una divergencia en la concepción ontológica de la nulidad.
- ✓ En nuestra codificación civil se ha incluido el plazo prescriptivo decenal para demandar la nulidad del acto jurídico, haciendo ininteligible su operatividad de pleno derecho, lo cual muestra un error que nuevamente se debe a la construcción inorgánica de nuestro modelo teórico de nulidades.
- ✓ Existe contradicción respecto a si la nulidad es una sanción objetiva o subjetiva, lo que, a su vez, implica que ella pueda ser invocada por cualquier sujeto, sin embargo, con la influencia de los avances de las disciplinas procesales se tiene que la nulidad solamente podría ser intentada por quien acredite tener interés en ella.
- ✓ En nuestro ordenamiento existe una equiparación errónea entre la división de la nulidad en absoluta y relativa, con la división entre nulidad y anulabilidad respectivamente, lo cual también es producto de un acogimiento inorgánico de las fuentes inspiradoras de nuestro código civil.
- ✓ Existen sentencias en Casación que discuten la posibilidad de declarar de oficio una nulidad negocial, pese a estar regulada en el código civil, lo cual se debe 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 su importancia y en sus implicancias de envergadura.

- ✓ Por último, las discrepancias en la regulación de disposición de bienes ajenos y en la figura del anticipo de legítima son también producto de la asistematicidad que surge obrante en nuestro código civil.

RECOMENDACIONES

- ✓ Se torna necesario hacer una revisión crítica del modelo teórico acogido por el codificador peruano a fin de procurar una reconstrucción acorde a los avances teóricos actuales así como a la realidad imperante.
- ✓ Es recomendable la incorporación formal de la figura de la inexistencia negocial a fin de dotar a nuestro ordenamiento de mayor cohesión.
- ✓ Sugerimos también que el tratamiento de la nulidad sea efectuado a base de los lineamientos que rigen la existencia de todas las sanciones.
- ✓ Se recomienda también la incorporación efectiva de la doctrina de los actos propios en el tratamiento de la nulidad negocial a fin de dotarle de mayor sistematicidad, evitando algunas injusticias que en la realidad son viables de materializarse debido al modelo teórico plasmado en nuestra codificación.
- ✓ Recomendamos también la emisión de un Pleno Casatorio que unifique los divergentes criterios mostrados a lo largo de esta investigación.

ANEXO 01

CUADRO DE CASACIONES REVISADAS

	AÑO	NÚMERO	LUGAR
	1991	1575	Lima
	1992	675	
	1992	2352	Lima
	1994	24	
	1994	490	Arequipa
	1994	878	Lima
	1994	1870	Lima
	1995	408	Lima/Cono Norte
	1995	821	Lima
	1995	937	Lima
	1995	968	Lima
	1996	347	Lima
	1996	650	Cusco
	1996	775	Huánuco
	1996	1026	Lima
	1996	1522	La Libertad
	1996	1582	Arequipa
	1996	1641	Lambayeque
	1997	91-T-097	La Libertad
	1997	222	Lima
	1997	246-T-	Cono Norte
	1997	398	Chincha
	1997	436	Huaura
	1997	505	Lima
	1997	1017	Puno
	1997	1101	Lima
	1997	1222	Piura
	1997	1364	Lima
	1997	1380-T-	Junín
	1997	1728	Lima
	1997	2021	Lima
	1997	2381	Tacna
	1997	2514	Ica
	1998	27	Lima
	1998	181	
	1998	852	
	1998	770	
	1998	1152	La libertad

	1998	1345	Lima
	1998	1492	Lima
	1998	1610	
	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	2482	Lima
	1998	2516	San Martín
	1998	2565	Lima
	1998	2566	Lima
	1998	2789	Lima
	1998	3060	
	1998	3068	
	1998	3290	La Libertad
	1998	3319	Lima
	1998	4297	
	1998	4530	
	1999	72	Arequipa
	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	977	Ayacucho
	1999	1016	Cusco
	1999	1388	Junín
	1999	1407	Huánuco
	1999	2061	Huaura
	1999	2068	Cusco
	1999	2248	Tacna
	1999	2406	Chincha
	1999	2988	Lima
	2000	07	Del Santa
	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	1801	
	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	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	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	658	Lambayeque

	2002	898	Lima
	2002	909	Lambayeque
	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	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	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	1732	Lima
	2003	1725	Junín
	2003	2032	Piura
	2003	2336	Huánuco
	2003	2640	Arequipa
	2003	2658	Ancash
	2003	2736	Puno
	2003	2756	Lima
	2003	2794	Huaura
	2003	2868	Cusco
	2003	2876	Lima
	2003	3001	Moquegua
	2004	178	Lima
	2004	1241	Lima
	2004	1889	Junín
	2004	2744	Apurímac
	2005	91	Arequipa
	2005	827	Piura
	2005	2220	Puno
	2005	3048	Lima

	2006	209	(Cañete)
	2006	864	La Libertad
	2006	1056	Arequipa
	2006	1224	Lima
	2006	1434	Lima
	2006	2344	Piura
	2006	3664	Loreto
	2006	3734	Callao
	2006	4334	Apurímac
	2006	4410	La Libertad
	2006	4558	Huánuco
	2006	4582	Ica
	2006	4872	Lima
	2006	5376	Junín
	2007	64	Arequipa
	2007	194	San Martín
	2007	526	Lima
	2007	823	Huánuco
	2007	1233	Lambayeque
	2007	1280	Tacna
	2007	1702	Arequipa
	2007	1706	Lima
	2007	2047	Lima
	2007	2056	Cajamarca
	2007	2139	Lima
	2007	2177	La Libertad
	2007	2377	Puno
	2007	2399	Lima
	2007	2440	Lima
	2007	2511	Arequipa
	2007	2858	Lambayeque
	2007	2870	Cajamarca
	2007	3006	Lima
	2007	3296	Junín
	2007	3537	Lima
	2007	3909	Lambayeque
	2007	4031	Lima
	2007	4175	Cusco
	2008	64	Lima
	2008	178	La Libertad
	2008	304	Lima
	2008	557	Junín
	2008	558	Huaura
	2008	879	Arequipa

	2008	1519	Ica
	2008	2961	Lima
	2008	3161	Moquegua
	2008	3339	Tacna
	2008	3839	Cajamarca
	2008	4059	Lima
	2009	1038	Cusco
	2009	2466	Huánuco
	2009	2759	Tumbes
	2010	0015	La libertad
	2010	4886	Lima

ANEXO 02

CUADRO DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL ANALIZADOS

ARTÍCULO DEL CÓDIGO CIVIL	FIGURA
V	Nulidad
27	Nulidad
46	Excepción de incapacidad
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

255	Nulidad
264	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
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
831	Anticipo de herencia
865	Nulidad
1092	Nulidad
1111	Nulidad
1304	Nulidad
1352	Nulidad
1398	Invalidez
1399	Ineficacia

1405	Nulidad
1406	Nulidad
1411	Nulidad
1412	Nulidad
1425	Nulidad
1438	Invalidez
1444	Nulidad
1453	Nulidad
1543	Nulidad
1544	Validez
1582	Nulidad
1605	Nulidad
1624	Nulidad
1625	Nulidad
1629	Invalidez
1631	Nulidad
1634	Invalidez
1635	Invalidez
1636	Invalidez
1642	Invalidez
1650	Nulidad
1858	Nulidad
1871	Nulidad
1925	Nulidad
1927	Nulidad
1945	Nulidad
1964	Invalidez

ANEXO 03

HOJA DE RUTA DE ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

N	TEMAS	SUBTEMAS
1	Concepción bipartita de la nulidad	Nulidad y anulabilidad (causales y diferencias)
		Nulidad, anulabilidad e inexistencia (causales y diferencias)
2	Operatividad de pleno derecho	Operatividad de pleno derecho
		Exigencia de sentencia para operatividad de nulidad
3	Prescripción de la nulidad	Prescribe a los 10 años
		No prescribe o no debe prescribir
4	Naturaleza de la nulidad	La nulidad es sanción objetiva
		La nulidad es sanción subjetiva
5	Legitimación negocial	La nulidad es absoluta
		La nulidad es relativa (se necesita legitimación)
6	Equiparación de nulidades	Nulidad absoluta y nulidad
		Nulidad relativa y anulabilidad
7	Declaración de oficio de la nulidad manifiesta	La nulidad manifiesta como facultad judicial
		La nulidad manifiesta como deber judicial
8	Disposición de bienes ajenos	Sentencias a favor (no nulas)
		Sentencias en contra (nulidad)
9	Anticipo de legítima	Contrato válido
		Contrato inválido
10	Ilicitud negocial	Orden público (concepto y valuación)
		Buenas costumbres (concepto y valuación)
		Carga emotiva de la ilicitud

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Torres, Jaime David. 2012. «La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984 – Estado de la cuestión a 76 años de su vigencia.» *Actualidad Jurídica – Información especializada para abogados y jueces* (Gaceta Jurídica), n° 219 (febrero 2012): 25-34.2006
- . Apuntes sobre la nulidad de oficio en la reforma al código civil de 1984: Cuando el reformador desconfía del juez. *Derecho y Cambio Social*, N° 08, Año III, Lima. <http://www.derechocambiosocial.com/revista008/nulidad%20de%20oficio.htm> (consultado el 09 de noviembre de 2010).
- Abelenda, César Augusto. 1980. *Derecho Civil - Parte General*. Editado por Alfredo Depalma y Ricardo Depalma. Vol. 2. Buenos Aires: Astrea.
- Aguilar Rojas, Gonzalo. 2012. «La posibilidad de pretender nuevamente la nulidad de acto jurídico por una causal distinta y su relación con la prescripción.» *Revista Jurídica del Perú* (Normas Legales), n° 134 (abril 2012): 301-314.
- Albaladejo, Manuel. 1996. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General - La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 14ª edición. Editado por José María Bosch. Vol. II. Barcelona: José María Bosch Editor.
- . 1997. *Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones - La obligación y el contrato en general*. 10ª edición. Vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S. L.
- Ambrosioni, Carlos E. 1965. *Lecciones de Derecho Romano*. Vol. 2. La Plata: Ediciones Librería Jurídica.
- Anacleto Guerrero, Víctor R. 2004. *Guía de Procedimientos Administrativos - Guía Teórico - Práctica para operadores y usuarios de la Administración Pública*. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Anglas Castañeda, Domingo Jesús. 2004. *Sobre el derecho de acción y excepción de nulidad de acto jurídico* http://www.teleley.com/articulos/art_251005-6.pdf (último acceso: 25 de julio de 2011).
- Aparicio y Gómez Sánchez, Germán. 1936. *Código Civil - Concordancias*. Vol. I. Lima: Librería e Imprenta Gil S. A.
- . 1943. *Código Civil - Concordancias - Legislación y derecho civil*. Vol. XIII. Lima: Taller de Linotipia Guadalupe 1032 y 1032A.
- Ariño Ortiz, Gaspar. 1995. *Principios constitucionales de la libertad de empresa - Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*. Madrid: Marcial Pons e IDELCO.
- Barbero, Doménico. 1967. *Sistema del Derecho Privado - Introducción - Parte Preliminar - Parte General*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Belaúnde Moreyra, Martín. 2002. «Nulidad de contrato por simulación.» *Diálogo con la Jurisprudencia - Explorador Jurisprudencial - Base de datos jurisprudencial 2001-2002 - Resoluciones a texto completo*. 1 CD Room. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

- Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. 2001. «Yo te vendo, yo tampoco: mentiras y verdades de la invalidez y la venta de un bien ajeno.» *Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia* (Gaceta Jurídica Editores), N° 06 (diciembre): 3-9.
- Betti, Emilio. 2000. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Granada: Comares S. L.
- . 2001. «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, 27-74. Lima: ARA Editores.
- Bibiloni, Juan Antonio. 1929. *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarla - Parte General*. Editado por Valerio Abeledo. Vol. I. Buenos Aires.
- Bobbio, Norberto. 1999. *Teoría General del Derecho*. Traducido por Jorge Guerrero R.. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Borda, Guillermo A. 1991. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. 10ª edición. Vol. II. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- . 1995. *Manual de Derecho Civil - Parte General*. 17ª edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Borrel y Soler, Antonio M. 1955. *Derecho Civil Español - Parte General*. Vol. I. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Bullard González, Alfredo. 2001. *Dirigismo Contractual*. Vol. VII, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, de Gaceta Jurídica S.A., 61-72. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cajas Bustamante, William. 2004. *Código Civil*. 7ª edición. Lima: Editorial Rodhas.
- Castillo Freyre, Mario. 2010. *La venta del bien ajeno - 20 años después*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante SAC.
- Castillo Freyre, Mario y Pierre Martín Horna. 2003. *La nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos*.
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 Rita Sabroso Minaya. 2008. *La teoría de los Actos propios y la nulidad ¿Regla o principio de derecho?*
http://www.castillofreyre.com/articulos/128_La_Teoria_de_los_Actos_Propios.pdf (último acceso: 24 de febrero de 2012).
- Chiauzzi, Onorato. 1979. *Derecho Romano*. Lima: Ediciones Peisa.
- Cornejo, Ángel Gustavo. 1937. *Derecho Civil - Primer curso - Personas*. Lima: Versión taquigráfica corregida y autorizada por el catedrático del curso – UNMSM.
- Correas, Óscar. *La explicación causal*.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr4.pdf> (último acceso: 02 de abril de 2011).
- Coviello, Nicolás. 1949. *Doctrina General del Derecho Civil*. 4ª edición italiana. Traducido por Felipe de J. Tena. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.

- Cuadros Villena, Carlos Ferdinand. 1996. *Acto Jurídico - Curso Elemental - Comentarios al Código Civil de 1984*. 3ª edición. Lima: Editora FECAT.
- De Casso y Romero, Ignacio, y Francisco Cervera. 1950. *Diccionario de derecho privado*.
Barcelona: Editorial Labor S.A.
- De Castro y Bravo, Federico. 1991. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S. A.
- Delgado Echeverría, Jesús. 2006. ¿“Sanción de invalidez”? *Los conceptos de invalidez y de sanción*. Lima. (consultado el 06 de febrero de 2012).
- De Ruggiero, Roberto. 1915. *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. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Díez-Picazo, Luis. 2002. *Fundamentos del derecho civil patrimonial - Introducción - Teoría general del contrato*. 5ª edición. Vol. I. 3 vols. Madrid: Editorial Civitas.
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. 1998. *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. persona jurídica*. 9ª edición. Vol. 1. Madrid: Editorial Tecnos.
- Doral, José Antonio, y Miguel Ángel Del Arco. 1982. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Trivium.
- Escobar Rozas, Freddy. 2003a. *Anulabilidad o nulidad relativa*. Vol. I, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, 945-946. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- . 2003b. *Causales de anulabilidad*. Vol. I, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, 935-944. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- . 2003c. *Causales de Nulidad Absoluta*. Vol. I, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, 913-930. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- . 2003d. *Nulidad absoluta*. Vol. I, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, 931-934. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Espinoza Espinoza, Juan. 2004. «El acto jurídico a través de la jurisprudencia.» *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad* (ABC Publicidad SAC), n° 137 (octubre).
- . 2005. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . 2008. *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica
- Ferri, Luigi. 2004. *Lecciones sobre El Contrato - Curso de Derecho Civil*. 1ª edición en castellano. Traducido por Nélvor Carreteros Torres. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Flume, Werner. 1998. *El Negocio Jurídico - Parte General del Derecho Civil*. 4ª edición. Traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Vol. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Galgano, Francesco. 1992. *El Negocio Jurídico*. Traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Valencia: Editorial Tirant lo blanch.

- . 2001. «El crepúsculo del Negocio Jurídico.» En *Teoría General del Negocio Jurídico - 4 estudios fundamentales*, editado por Leysser L. León, traducido por Leysser L. León, 75-106. Lima: ARA Editores.
- García Amigo, Manuel. 1979. *Instituciones de Derecho Civil - Parte general*. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas.
- Garibotto, Juan Carlos. 1991. *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Gimeno Presa, María Concepción. 2001. *Interpretación y derecho*. Vol. 21. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia - Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho.
- Guarini, Ricardo Víctor. 2002. «De lo que no hay. La inexistencia Jurídica.» *Doxa*, n° 25 (2002): 637-656.
- Gutiérrez Camacho, Wálter. 2004. *La libertad de contratación*. Vol. VII, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, de Gaceta Jurídica S.A.; 46-60. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Guzmán Ferrer, Fernando. 1982. *Código Civil*. 4ª edición. Vol. II. Lima: Cultural Cuzco S. A. Editores.
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández-Collado y Pilar Baptista Lucio. 2006. *Metodología de la Investigación*. 4ª edición. México DF: Mc Graw Hill.
- Hinostroza Mínguez, Alberto. 2007. *Guía actualizada de Casaciones – Derecho Civil – Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Hurtado Reyes, Martín. 2012. «El código civil no señala cuál debe ser el resultado del proceso concluido para reiniciar el plazo de prescripción.» *Diálogo con la jurisprudencia – Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial* (Gaceta Jurídica), n° 163 (abril 2012): 109110.
- Idrogo Delgado, Teófilo. 1993. *Teoría del Acto Jurídico*. Lima: Marsol Editores S. A.
- Kelsen, Hans. 1996. «¿Qué es un acto jurídico?» *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Departamento Académico de Derecho del ITAM), n° 4 (abril 1996): 65-76.
- . 2007. *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Traducido por Eduardo García Máñez. México D. F.: Ediciones Coyoacán S. A. de C. V.
- Kresalja, Baldo, y César Ochoa. 2009. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lama More, Héctor Enrique. *Nulidad de oficio de negocio jurídico*. http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=242 (último acceso: 04 de abril de 2011).
- 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. 1952. *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- León Barandiarán, José. 1954. *Comentarios al Código Civil Peruano - Derecho de Obligaciones - Acto Jurídico*. 2ª edición. Vol. I. 2 vols. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores.

- . 1983. *Curso del Acto Jurídico con referencia al proyecto del C. C. peruano*. Lima.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo. 2012. «Interrupción de la prescripción en pretensiones de nulidad.» *Diálogo con la jurisprudencia – Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial* (Gaceta Jurídica), n° 163 (abril 2012): 45.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. 1991. *Temas de derecho civil*. Lima: Editorial de la Universidad de Lima.
- . 1994. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- . 1999. «Nulidad y confirmación.» En *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso*, de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA, 180-190. Lima.
- Manresa y Navarro, José María. 1907. *Comentarios al Código Civil Español*. 2ª edición. Vol. VIII. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- Mans Puigarnau, Jaime M. 1962. *Hacia una ciencia general del derecho - Meditaciones ante el panorama jurídico*. 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud, y Jean Mazeaud. 1960. *Lecciones de Derecho Civil - Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Vols. I - Segunda parte. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Meza Mauricio, Gonzalo. 2003. *El Negocio Jurídico - Manual Teórico-Práctico*. Lima: Editorial Alegre.
- Moisset de Espanés, Luis. 2011. «Demanda interpuesta por un demente declarado: ¿Nulidad absoluta o relativa?» *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. s.f.
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdemandainterpuestademente/?searchterm=demanda%20interpuesta%20por%20un%20demente> (último acceso: 08 de abril de 2011).
- . 1980. «La nulidad absoluta y su declaración de oficio.» *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artnulidadabsolutasudeclaraciondeoficio> (último acceso: 16 de agosto de 2011).
- Molina Meliá, Antonio. 1998. *Los matrimonios que nunca existieron - Casos de nulidad*. México D. F.: Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana.
- Monroy Cabra, Juan Gerardo. 2001. *Introducción al Derecho*. 12ª edición, aumentada y corregida. Bogotá: Editorial Temis.
- Montiel Rodríguez, José. 2003. «La invalidez del acto jurídico (Ineficacia para la dogmática).» *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. Diciembre de 2003.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art5.pdf> (último acceso: 10 de noviembre de 2010).
- Morales Hervias, Rómulo. 2005. *Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano*. Lima. <http://www.codigo->

- civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=129 (consultado el 06 de febrero de 2012).
- . 2012. «La inconsistente “declaración” de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984.» *Actualidad Jurídica – Información especializada para abogados y jueces* (Gaceta Jurídica), n° 219 (febrero 2012): 13-23.
- Moreyra García Sayán, Francisco. 2005. *El acto jurídico según el código civil peruano - Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Núñez Molina, Waldo. 2003. *Ineficacias y nulidades de los actos jurídicos - Doctrina - Jurisprudencia*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Ocampo, Francisco José. 1918. *Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos*. Bogotá: Tipografía Minerva.
- Olazábal F., Leoncio. 1953. *Derecho civil - Nociones generales de derecho - Acto jurídico - Personas*. Lima: Editorial H. G. Rozas S. A.
- Orgaz, Alfredo. 1948. *Estudios de derecho civil*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. 2009. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Reimpresión de la 7ª edición. Bogotá: Temis.
- Palacios Martínez, Eric. 2002a. *La conversión y la nulidad del Negocio Jurídico*. Lima: ARA Editores.
- . 2002b. *La nulidad del Negocio Jurídico - Principios Generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores.
- . 2005. «Análisis del anteproyecto de reforma - Enmiendas al Libro II del Código Civil - ¿Un sistema de interpretación de los negocios jurídicos?» *Diario Oficial El Peruano*, 07 de junio: 4.
- Pasquau Liaño, Miguel. 1997. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- Pescio V., Victorio. 1948. *Manual de Derecho Civil - Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*. Vol. II. Editorial Jurídica de Chile.
- Ponssa de la Vega de Miguens, Nina. 1981. *Manual de derecho romano - Parte general - El sujeto de derecho - El proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Popper, Karl R. 2001. *La lógica de la investigación científica*. 3ª edición. Traducido por Víctor Sánchez de Zavala. Madrid: Tecnos
- Puig Peña, Federico. 1942. *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*. 2ª edición. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Ramírez Gronda, Juan D. 1943. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Revoredo de Debakey, Delia. 1985. *Código Civil - Antecedentes legislativos - Comparación con el código de 1936*. Vol. I. Lima: Okura Editores.
- Ripert, George, y Jean Boulanger. 1964. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol - Las Obligaciones - 1ª parte*. Traducido por Delia García Daineaux. Vols. I - Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones "La ley S. A."
- Romero Montes, Francisco Javier. 2003. *Curso del acto jurídico*. Lima: Editorial Librería Portocarrero.

- Rubio Correa, Marcial. 1987. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo código civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- . 2001. *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*. 5ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . 2008. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. 1ª Reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salvat, Raymundo. 1954. *Tratado de derecho civil argentino - Parte general*. 10ª edición. Vol. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Sánchez Viamonte, Carlos. 1961. *La libertad y sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Santoro Passarelli, F. 1964. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducido por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Scognamiglio, Renato. 2001. «El Negocio Jurídico: Aspectos Generales.» En *Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales*, editado por Leysser L. León, traducido por Leysser L. León, 107-180. Lima: ARA Editores.
- . 2004. *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*. Editado por Leysser L. León. Traducido por Leysser L. León. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Sergio Lezcano, Osvaldo. 2009. «Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos.» *Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*. 2009. http://www.cmfbsas.org.ar/archivos/11_RP4-08-Nulidad%20e%20Inexist.pdf (último acceso: 25 de julio de 2011).
- Sierra Pomares, M. s.f. *Nulidad*. Vol. XXIII, de *Enciclopedia Jurídica Española*.
- Silva-Ruiz, Pedro F. 2010. *La doctrina de los actos propios (Venire contra factum proprium non valet)*. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-doctrina-de-los-actos-propiosvenire-contra> (último acceso: 08 de abril de 2011).
- Stiglitz, Rubén S. 2001. «Contenido del contrato.» En *Contratos*, de Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, 149-186. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Stolfi, Giuseppe. 1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducido por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado
- . 1999a. «Contenido del Negocio Jurídico.» En *Módulo 4 - Derecho Civil*, de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA - Tercer Curso. Lima: Academia de la Magistratura.
- . 1999b. «La invalidez de los Negocios Jurídicos.» En *Módulo 4 - Derecho Civil*, de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA - Tercer Curso. Lima: Academia de la Magistratura.
- Taboada Córdova, Lizardo. 1996. *La causa del negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- . 1999a. «El concepto del acto jurídico y la Doctrina del Negocio Jurídico dentro del Código Civil peruano.» En *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso*, de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA, 42-45. Lima: Academia de la Magistratura.

- . 1999b. «La causa del negocio jurídico.» En *Módulo 4 - Derecho Civil - Tercer curso*, de Programa de Formación de Aspirantes - PROFA, 86-136. Lima: Academia de la Magistratura.
- . 2002a. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- . 2002b. *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Grijley.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. 2008. «La trialidad convergente de nuestro sistema resolutorio contractual con reciprocidad de prestaciones.» *Diálogo con la jurisprudencia - Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial* (Gaceta Jurídica Editores), n° 118 (julio): 133-136.
- . 2011. «Los vaivenes de la santidad contractual – Entre los artículos 62° de la Constitución Política y 1355° del Código civil.» *Revista Jurídica del Perú* (Normas Legales), n° 124 (junio 2011): 253-275.
- . 2010a. *La Nulidad del Acto Jurídico y las incoherencias en su tratamiento*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- . 2010b. «Nulidad y anulabilidad versus nulidad absoluta y nulidad relativa.» *Revista Jurídica del Perú* (Normas Legales), n° 115 (setiembre 2010): 237-242.
- Tenorio Godínez, Lázaro. *El acto jurídico. Elementos, ineficacia y su confirmación*.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/233/pr/pr6.pdf> (último acceso: 04 de abril de 2011).
- Thibierge, Catherine. 2010. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*. Traducido por Gustavo de Greiff. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Torres Vásquez, Aníbal. 2001a. *Acto Jurídico*. Lima: Editorial Idemsa.
- . 2001b. *Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho*. 2ª edición. Lima: Editoriales Idemsa y Themis S. A.
- Valverde y Valverde, Calixto. 1925. *Tratado de derecho civil español - Parte general*. 3ª edición.
 Vol. I. Talleres tipográficos Cuesta.
- Vega Vega, Jesús Edgardo. 1998. *El acto jurídico en las instituciones del derecho civil*. Lima: Palestra Editores.
- Vidal Ramírez, Fernando. 1985. *Exposición de motivos y comentarios al Libro II del Código Civil - Acto Jurídico*. Vol. IV, de Delia Revoredo de Debakey, 267-336. Lima: Okura Editores.
- . 1999. *El acto jurídico*. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Vidaurre, Manuel Lorenzo. 1835. *Proyecto del Código Civil Peruano dividido en tres partes - 2ª parte - Dominio y Contratos*. Vol. II. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León.
- . 1836. *Proyecto del Código Civil Peruano dividido en tres partes - 3ª parte - Comprende todo lo que corresponde á las últimas voluntades*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León.
- Von Tuhr, Andreas. 1947. *Derecho Civil - Teoría General del derecho civil alemán - Los hechos jurídicos*. Traducido por Tito Rava. Vols. II - Tomo I. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Zannoni, Eduardo A. 2000. *Eficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.