

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TÍTULO:

**“INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO COMO ARGUMENTO A
FAVOR DEL PROPIETARIO ILEGALMENTE DESPOJADO POR
TERCEROS, PERÚ 2013-2015”**

**TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

**PRESENTADO POR:
HÉCTOR JOSUE VERASTEGUI HUAYNATE**

**TACNA-PERU
2016**

“Soli Deo Glori”

“Aprended a hacer el bien, buscad la justicia, reprimid al opresor, defended al huérfano, abogad por la viuda”.

Isaías. 1:17

Dedico este trabajo a mi familia, conformada por mis padres Carmen Rosa Huaynate Tello, Timoteo Verástegui Luque, mi hermana Ruth Verástegui Huaynate, gracias por todo su apoyo.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| PRESENTACIÓN | |
| INTRODUCCIÓN | |
| CAPÍTULO I | 1 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 1 |
| 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA | 1 |
| 1.2. ANTECEDENTES. | 6 |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN | 6 |
| 1.4. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA | 7 |
| 1.4.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA (pregunta principal) | 7 |
| 1.4.3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS (preguntas secundarias o sub preguntas) | 7 |
| A. Sub preguntas (secundarias) | 7 |
| 1.5. DELIMITACIÓN: | 8 |
| 1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | 8 |
| 1.6.1. OBJETIVO GENERAL | 8 |
| 1.6.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS | 9 |
| CAPÍTULO II | 10 |
| MARCO TEÓRICO | 10 |
| SUB CAPÍTULO I | 10 |
| LAS INJUSTICIAS QUE NOS PERMITEN ALCANZAR JUSTICIA | 10 |
| 1.1. ¿POR QUÉ HABLAR DE JUSTICIA? | 10 |
| 1.2. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO | 12 |
| 1.3. DERECHO JUSTO | 18 |
| 1.4. PROCESO CIVIL JUSTO | 19 |
| 1.5. NOCIÓN DE PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO | 46 |
| 1.5.1 CATEGORÍAS DE LOS PRINCIPIOS | 48 |
| 1.5.2. NIVELES EN LOS QUE LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMAN AL DERECHO | 48 |
| 1.5.3. LAS FORMAS DE LA JUSTICIA | 49 |
| 1.5.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS | 50 |
| 1.6. NORMAS JURÍDICAS NACIONALES QUE LEGISLAN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO | 53 |
| 1.6.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 139 INC. 8 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ | 53 |

| | |
|--|-----|
| 1.6.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO | 55 |
| 1.6.3. JURISPRUDENCIA RESPECTO AL USO DE PRINCIPIOS Y/O TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN JURÍDICA | 57 |
| 1.7. ¿COLISIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS? | 58 |
| SUB CAPÍTULO II | 64 |
| EL NEGOCIO JURÍDICO | 64 |
| 2.1. ANTECEDENTES | 64 |
| 2.2. NEGOCIO JURÍDICO O ACTO JURÍDICO: CUESTIÓN DE TERMINOLOGÍA | 66 |
| 2.3. CONCEPTUALIZANDO EL NEGOCIO JURÍDICO | 71 |
| 2.4. IMPORTANCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO | 77 |
| 2.5. ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO | 79 |
| 2.5.1. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD O DECLARACIÓN DE VOLUNTAD | 84 |
| SUB CAPÍTULO III | 88 |
| TEORÍA GENERAL DE LA INEFICACIA | 88 |
| 3.1. PROLEGÓMENOS DE LA INEFICACIA EN EL PERÚ | 88 |
| 3.2. LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA | 94 |
| 3.2.1. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA | 94 |
| 3.2.2. CONCEPTO | 95 |
| 3.2.3. UTILIDAD DE LA INEXISTENCIA | 97 |
| 3.3. LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ | 101 |
| 3.3.1. LA NULIDAD | 102 |
| A. ANTECEDENTES | 102 |
| B. CONCEPTO | 105 |
| 3.4. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE SOBRE LA NULIDAD | 107 |
| A) NULIDAD ENTENDIDA COMO UN ESTADO DEL ACTO (teoría clásica): | 107 |
| b) NULIDAD ENTENDIDA COMO SANCIÓN JURÍDICA | 108 |
| c) NULIDAD ENTENDIDA COMO UN DERECHO DE CRÍTICA | 109 |
| 3.5. DIFERENCIA ENTRE LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD | 109 |
| 3.6. REFUTACIÓN A LA PROPUESTA DEL PROF. DR. ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ. | 112 |
| SUB CAPÍTULO IV | 121 |
| LA TUTELA JURÍDICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD | 121 |
| 4.1. PROLEGÓMENO DE LA PROPIEDAD | 120 |
| 4.2. LA PROPIEDAD | 127 |

| | |
|--|-----|
| 4.2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS | 127 |
| 4.3. LA UTILIDAD DE LA PROPIEDAD | 133 |
| 4.4. LA ADQUISICIÓN A NON DOMINO Y TEORÍA DE LA INEXISTENCIA | 135 |
| 4.5. INVOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD: | 143 |
| 4.6. ALERTA REGISTRAL | 147 |
| 4.6.1. CONCEPTO | 147 |
| 4.6.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS | 148 |
| 4.6.2.1. RESOLUCION N° 185-2008-SUNARP-SN | 148 |
| 4.6.2.2. RESOLUCION N° 133-2012-SUNARP-SN | 149 |
| 4.6.3. NORMATIVIDAD VIGENTE | 150 |
| 4.6.3.1 RESOLUCION N° 170-2013-SUNARP-SN – DIRECTIVA N° 006-2013-SUNARP/SN | 150 |
| 4.6.4. ACIERTOS Y DESACIERTOS CON LA ALERTA REGISTRAL | 151 |
| 4.7. LEY N° 30313 DE OPOSICIÓN AL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL | 154 |
| 4.7.1. ANTECEDENTES | 154 |
| 4.7.2. OBJETO DE LA LEY | 154 |
| 4.7.3. PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN | 154 |
| 4.7.4. REQUISITOS PARA EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN | 155 |
| 4.7.5. EFECTOS DE LA OPOSICIÓN | 156 |
| 4.7.6. CRÍTICA AL NUEVO PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN REGISTRAL | 156 |
| 4.8. TRÁMITE TEMPORAL DE INMOVILIZACIÓN DE PARTIDAS | 157 |
| 4.9. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2013 Y 2014 DEL CÓDIGO CIVIL | 162 |
| SUB CAPÍTULO V | 166 |
| MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL | 166 |
| CAPÍTULO III | 169 |
| MARCO OPERATIVO | 169 |
| 3.1. HIPÓTESIS GENERAL | 169 |
| 3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS | 169 |
| A. HIPÓTESIS ESPECIFICA 1 | 169 |
| B. HIPÓTESIS ESPECIFICA 2 | 170 |
| C. HIPÓTESIS ESPECIFICA 3 | 170 |
| 3.3. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES DE ESTUDIO | 171 |
| CAPÍTULO IV | 175 |
| MARCO METODOLÓGICO | 175 |

| | |
|--|-----|
| 4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN | 175 |
| A. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 175 |
| B. POR EL NIVEL DE INVESTIGACIÓN | 177 |
| C. DETERMINACION METODOLOGICA | 177 |
| 4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA | 177 |
| 4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN | 178 |
| CAPÍTULO V | 179 |
| PRESENTACION, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS | 179 |
| 5.1. FASES DEL PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN | 179 |
| 5.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS | 179 |
| 5.3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS | 179 |
| CAPÍTULO VI | 190 |
| CONCLUSIONES | 190 |
| BIBLIOGRAFÍA | 192 |
| WEBGRAFÍA | 198 |
| ANEXOS | 200 |

PRESENTACIÓN

El estudio universitario debe tener un carácter formativo, tanto a un nivel práctico, como también teórico, por ello, el desarrollar un trabajo de investigación es la evidencia idónea de la formación académica que hemos recibido en el claustro universitario; si creemos que hemos adquirido todos los conocimientos, entonces no hemos aprendido nada, pero si somos conscientes que hay mucho por aprender, significa que hemos aprendido algo.

El presente trabajo demuestra la reflexión –que debiera ser constante– de algunas instituciones o categorías jurídicas que se utilizan cotidianamente, como por ejemplo la compraventa, la nulidad, así como también de términos como la justicia o injusticia, que suelen ser usados con frecuencia por nosotros, los hombres de leyes y por la sociedad en general.

La problematización abarcada en esta tesis, y la solución planteada, pareciera que no es fácil de entender, pero en realidad es una cuestión lógica; puesto que se necesita un nivel de abstracción muy grande.

Una de las cosas que siempre he discutido en mi estancia de pregrado es el concepto tan incompleto que tenemos de Derecho, pareciera que algunos o mejor dicho la mayoría, considera o cree que el Derecho es sólo norma, y peor todavía, porque reducen la norma al texto normativo, entonces, cuando hablamos de derecho no ven nada más que códigos y leyes, y eso es como tener un gran paisaje en frente pero ser capaz sólo de mirar nuestra nariz; el Derecho puede entenderse no sólo como un conjunto de normas, sino también como un conjunto de sistemas jurídicos, de principios, que son revestidos de alguna ideología, es por esa razón que el Derecho es dinámico, cambiante, y sobre todo adaptable, al momento o la situación que la realidad social así lo requiera, siempre en pro de ser justo.

Asimismo, es necesario agradecer el apoyo recibido, por tanto, debo agradecer en primer lugar a Dios por permitirme realizar el presente trabajo. Así también, debo agradecer a mis padres Timoteo Verastegui Luque y Carmen Rosa Huaynate Tello, de igual forma, a mi hermana Ruth Verastegui Huaynate, quienes siempre me han apoyado en todo. Además, debo agradecer a todos mis

profesores de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Privada de Tacna, especialmente al Abog. Renzo Yufra Peralta por su infatigable labor de motivar a los estudiantes a investigar -yo soy fruto de su esfuerzo-; Abog. Álvaro Zacarías Valderrama, con quien es posible hablar de Derecho y sobre todo de Derecho Constitucional; y, por último, y no por eso menos importante, debo agradecer al Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez, quien ha dedicado horas de tertulia académica en mi formación como abogado con una marcada tendencia civilista. Asimismo, debo agradecer a la Dra. Claudia Malma Cordero, y a la Dra. Prescila Mendez Payahuanca, quienes me permitieron conocer la parte práctica del Derecho.

Por último, concluiremos parafraseando a Niccolò di Bernardo dei Machiavelli, cuando decía en el Prólogo a los Discursos sobre la primera década de Tito Livio: “Si la pobreza de mi ingenio, mi escasa experiencia de las cosas presentes y las incompletas noticias de las antiguas hacen esta tentativa defectuosa y no de grande utilidad, al menos enseñaré el camino a alguno que con más talento, instrucción y juicio realice lo que ahora intento, por lo cual, si no consigo elogio, tampoco mereceré censura”.

INTRODUCCIÓN

En nuestra realidad nacional, es usual encontrar que existen personas que tienen una propiedad o varias propiedades inscritas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante Sunarp), sin embargo, lejos de estar seguros, éstos se han convertido en presa fácil de aquellos sujetos o mafias que se dedican a despojar la titularidad de la propiedad de otros, por medio de la falsificación de documentos (escrituras públicas, o títulos de propiedad) y/o suplantando al verdadero propietario; y esto, no termina allí, sino que, una vez que han despojado el derecho de propiedad en la apariencia del registro, realizan compras ventas sucesivas, con la finalidad de que el predio quede en manos de un aparente tercero de buena fe; de esta forma, dicho tercero, queda blindado por la buena fe aparente con la que adquiere la titularidad del predio y por tanto el verdadero propietario no puede recuperar la propiedad. Si presumimos que el tercero no conocía de la forma de actuar de éstos sujetos o mafias; pues, todo esto tiene una apariencia de legalidad y en la práctica, no son pocos los casos en los que el último comprador, ha mantenido la titularidad de la propiedad, y de esta forma se ha convalidado cualquier tipo de patología que tuviera el negocio jurídico de la compra venta inicial.

Ahora bien, el hecho relatado anteriormente, a todas luces, es injusto, e inconstitucional; injusto, porque habiendo cumplido los requisitos para que la propiedad pueda ser inscrita en Sunarp, y ésta institución, cuyos sueldos son pagados con nuestros impuestos, que tienen la misión u obligación de brindar seguridad jurídica, no lo han cumplido; y como si se tratara de quitar el caramelo a un niño, alegremente sujetos inescrupulosos pueden despojarte de esa apariencia de titularidad, hecho que es deleznable; además, es injusto, porque los magistrados del poder judicial, que tienen por obligación no dejar de administrar justicia, protegen al supuesto tercero de buena fe, como si dicho principio registral fuera inexorable, o perteneciera a la categoría de principio general del Derecho, cuando no lo es; sin embargo, el efecto de ello es que convalidan todas las transferencias anteriores incluso la que proviene de una falsificación o suplantación, o en el mejor de los casos, habiendo declarado la nulidad de la primera compra venta, consideran al último adquirente como tercero de buena fe y por tanto, a éste no le puede afectar la nulidad de los

títulos precedentes y se abrazan al artículo 2014 del Código Civil como si fuera la norma ideal para la solución de estos problemas; sin darse cuenta de la gran injusticia que consagran aplicando en forma irrestricta este artículo del código civil, pues, ningún sistema de transferencia de propiedad se ha creado para poder soportar o validar las falsificaciones o las suplantaciones, por tanto, se transgreden los ideales o principios jurídicos que sustentan el ordenamiento jurídico, entre ellos, la justicia.

Es inconstitucional, porque la propiedad es un derecho constitucional inviolable, -algunos creen que esto de “inviolable” tan sólo es un cliché, pues, no es más que un énfasis y que la propiedad es igual de constitucional a cualquier otro derecho- en tal sentido, debemos considerar lo siguiente, la vida, también es un derecho constitucional, a pesar de ello, es vulnerado muchas veces, pero no es posible reparar ese daño, porque es imposible resucitar a un muerto, sabemos también que la libertad es un derecho constitucional y si alguien pierde ese derecho injustamente, y si así se demuestra, se le devuelve la libertad inmediatamente e incluso puede ser indemnizado, en cambio, si perdemos nuestra propiedad, qué nos dice el poder judicial, lo siento mucho, tu propiedad está en manos de un tercero de buena fe, que te indemnice el responsable –que para nosotros vendría a ser el Estado–; así se vulnera un derecho constitucional catalogado como “inviolable”, si el Estado, que tiene que seguir un procedimiento especial para expropiar y eso sólo por razones justificadas, nos preguntamos entonces, ¿un tercero, puede violar tranquilamente el derecho de propiedad y vulnerarlo sin que no se pueda hacer nada? ¿La propiedad puede quedar en manos de un tercero por presunta buena fe?

La pregunta ahora sería ¿es imposible que el verdadero propietario, el que inscribió su derecho en Sunarp pueda recuperar su propiedad de alguna manera? Consideramos que sí existe una forma, pero lamentablemente, ésta forma ha sido catalogada como inutilizable en nuestro sistema jurídico –nada más lejos de la verdad–, por el quinto pleno casatorio civil, y ésta es, la teoría de la inexistencia del negocio jurídico.

El objetivo de la presente tesis, es crear un argumento sólido, para que la teoría de la inexistencia del negocio jurídico pueda ser utilizada en favor del propietario que ha sido despojado ilegalmente de la titularidad de su predio por escrituras públicas falsificadas o realizadas mediante la suplantación de los

otorgantes, pues consideramos, que la forma actual de resolver este conflicto, no es el correcto y para corregir esto deberíamos recurrir a la doctrina y a los principios generales del Derecho, sin embargo, conociendo el alto grado de positivismo impregnado en la mayoría de los magistrados civiles –con mucha razón, pues, si no aplican la norma, son denunciados por los mismos justiciables– la labor de administrar justicia se hace bastante difícil; pero, no debemos olvidar que por medio de la doctrina, se realiza un estudio crítico de nuestras instituciones jurídicas, y de la jurisprudencia, tal es así, que históricamente, la doctrina siempre ha servido para mejorar la forma de administrar justicia; el camino es la justicia, el caminante viene a ser el magistrado, y la doctrina viene a ser la lámpara que ayuda al caminante a mantenerse por el camino.

Por todo lo expuesto, en la presente tesis, el marco teórico está constituido por seis subcapítulos, los cuales nos ayudaron a formular un argumento para la utilización de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, entre ellos tenemos, el Subcapítulo I, en el cual se estudia los principios generales del derecho y su interacción con el derecho civil privado, pues tenemos la firme convicción de que el Derecho Civil, también ha de ser un derecho justo, por tanto, la justicia no sólo es un valor, un principio o un ideal del derecho, como lo es en el Derecho natural, sino que es la forma de ser del Derecho en general y por tanto también deberá ser la forma de ser del derecho privado.

En el subcapítulo II consideramos necesario el estudio del negocio jurídico, puesto que hablamos de patologías negociales, entonces, tenemos que saber por qué nuestro código civil sólo habla de acto jurídico y porqué utiliza ese nomen iuris y qué significa realmente, así como el desarrollo dogmático de una de las figuras centrales del derecho privado clásico, como es el negocio jurídico, entendido ya como supuesto de hecho, así como también debemos considerar que el negocio jurídico es una categoría abstracta que trata de sistematizar los actos producidos por la autonomía privada, el cual tiene una estructura, es decir, está compuesto por elementos, presupuestos y requisitos, pero si no cumple con los elementos básicos, no puede ser reconocido como negocio jurídico –esto siempre en el mundo jurídico, porque es posible que en la realidad si se cumplan los efectos prácticos que la ley confiere–

El Subcapítulo III realizamos un prolegómeno de la Ineficacia en el Perú, y abordamos la Teoría General de la Ineficacia, la cual es una construcción dogmática, puesto, que nuestro código civil sólo contiene la nulidad y la anulabilidad, rescisión, resolución, caducidad, reversión, revocación, e inoponibilidad, por ende, los estudios nacionales normalmente está referidos a la nulidad estructural y la nulidad funcional; los cuales, ya se encuentran superados en la doctrina moderna y por tanto hoy, se habla de una teoría general de la ineficacia, la cual considera que en el mundo jurídico, la ineficacia de un negocio jurídico se presenta en tres planos: a) El plano de la Existencia – Inexistencia (llamado también relevancia o irrelevancia jurídica); b) El plano de la Validez – Invalidez; c) El plano de la Eficacia – Ineficacia (en sentido estricto); en dicho estudio, concluimos que la nulidad absoluta es diferente a la inexistencia, por los efectos que produce y además porque sólo puede ser declarado nulo aquello que sí existe y que por cuestión de requisitos (no de elementos) es declarado nulo, y lo que no existe –pero que siempre tiene apariencia de existir–, debe ser declarado como tal, es decir inexistente.

En el subcapítulo IV tratamos acerca de la tutela jurídica de la propiedad, es decir, investigamos si en nuestro sistema jurídico, es posible que un derecho fundamental como lo es la propiedad, pueda ser vulnerado con tanta facilidad, sin que exista un responsable, y además, encontramos datos interesantes como Vgr. En el derecho romano la adquisición a non domino no transfería propiedad y si aparecía el verus domino (verdadero propietario), el adquirente anterior, tenía que devolver la propiedad, en el supuesto de que tuviera la posesión; lo cual, nos da una luz, de que no siempre se ha protegido al tercero, ni siquiera al que alegaba buena fe. Asimismo, se ha estudiado los diversos mecanismos que el Estado, por medio de la SUNARP, ha intentado como forma de solución, consciente del gran problema del fraude inmobiliario que ocurre en nuestro país, por tanto se ha tratado de analizar los procedimientos de alerta registral, Inmovilización de partidas, y la Ley N° 30313 que regula la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación, además, de la modificación del artículo 2014, que estaba en esta misma norma jurídica; siendo la conclusión del análisis y el estudio de estas normas como insuficientes para poder detener el acceso al registro por parte de las personas que se

dedican a despojar de la propiedad a otros mediante la suplantación de identidad o falsificación de documentos.

En el subcapítulo V, se deja sentado una serie de conceptos que son útiles en la presente investigación

Asimismo, el capítulo III de la presente tesis cuenta con el marco operativo, donde están las hipótesis tanto general como específicas y la identificación de las variables. Por otro lado, en el capítulo IV, tenemos el marco metodológico y en el capítulo V realizamos el análisis de los resultados obtenidos, los cuales, sustentan nuestra posición de la necesidad de aplicar la teoría de la inexistencia del negocio jurídico en los casos de transferencias de propiedad realizadas mediante la falsificación de documentos o suplantación de propietarios. Así también, en el capítulo V realizamos las conclusiones de la presente investigación.

Esta investigación, no está basada en lo que debería decir el código civil, pues no estamos planteando modificaciones al código civil, sino que la presente investigación trata sobre la forma cómo deberíamos interpretar las normas en concordancia con la Constitución. Esta investigación trata de determinar si es justo o injusto que una persona pueda perder su propiedad de una forma que no está permitida en ninguna ley, -pues como decía Rudolf Von Ihering “El Derecho que no lucha contra la injusticia, se niega a sí mismo”- Posterior a ello, analizaremos si la compra venta realizada mediante falsificación o suplantación, en donde no participa en ningún momento el verdadero propietario puede generar los mismos efectos que cuando el propietario mismo vende o consiente la venta de alguna forma, para ello tendremos que estudiar teoría del negocio jurídico y del contrato. Luego estudiaremos los mecanismos legales que puede utilizar el propietario que ha sido despojado de la titularidad de un bien inmueble puede accionar para recuperar su propiedad, para ello estudiaremos la nulidad absoluta, la anulabilidad, la rescisión, resolución, la oponibilidad, el sistema registral y la ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación.

Otra vez, no es nuestra finalidad proponer una nueva ley o modificar el código civil, pues consideramos que en el Perú hay muchas leyes, leyes que no se cumplen o hay muchas modificaciones, que son como parches. Necesitamos aprender a interpretar las normas, por medio de la interpretación y la

argumentación, podemos solucionar problemas o conflictos actuales que aquejan a muchas personas en su día a día. Además, consideramos que tenemos una Constitución que tiene consagrados todos los derechos que necesitamos, y lo que se debe buscar es efectivizarlos, concretarlos, materializarlos, por tal razón, debemos interpretar el código civil en pro del cumplimiento de los señalado en la Constitución.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La Justicia es sin duda uno de los valores jurídicos supremos, nadie debería negar la importancia de este valor; sin embargo, como es un valor tanpreciado, es posible que ninguno de nosotros pueda alcanzarlo, a lo sumo, procuramos o intentamos ser justos, o en su defecto, intentamos establecer soluciones justas a nuestros conflictos. A pesar de ello, debemos preguntarnos por qué hoy se nos hace tan difícil llegar a encontrar las soluciones justas, ¿acaso es culpa de los justiciables?, ¿de la administración de justicia?, ¿o de los operadores jurídicos y/o abogados que en ocasiones abusan del ejercicio del Derecho?

En nuestra realidad jurídica observamos que se sobrevalora la "practicidad del Derecho", la mayoría opta por ser simples replicadores del texto normativo, los operadores jurídicos cometen el craso error de olvidar o simplemente no recurrir a la riqueza de las demás Fuentes del Derecho — como la Doctrina y los Principios Jurídicos— pues pareciera que sólo se puede aplicar la norma tipo regla y la jurisprudencia —tan venida a menos en los últimos tiempos—, dejándose llevar por el facilismo, bajo el pretexto de brindar soluciones jurídicas dentro del plazo establecido por ley o en tutela del derecho al plazo razonable que le asiste al justiciable o la ambición —en algunos casos conforme al mejor interés del operador—, aumentando así la corrupción y la desnaturalización de varias instituciones y/o categorías jurídicas.

Consideramos que la doctrina y los principios jurídicos informan y dirigen el camino por el cual, deben interpretarse las normas. Existen figuras o categorías desarrolladas por la doctrina, a razón de los principios jurídicos, al respecto Manuel Albaladejo considera que estos últimos con frecuencia se

conocen como máximas —técnicamente, en sentido estricto no son principios, pero informan el contenido de uno— o aforismos jurídicos, v.gr., “pacta sunt servanda”, “res perit domino”, “ad Impossibilia nemo tenetur”, entre otros. Otros principios se mencionan de forma más sencilla, v.gr., “prohibición del enriquecimiento sin causa”, “Prohibición del abuso del derecho”, “prohibición del Fraude a la ley”, entre otros.

En el Perú actualmente una persona puede vender un predio del cual no es propietario, ya sea engañando al propietario, o engañando al comprador, o sorprendiendo en muchos casos a los notarios o en algunos otros estando en colusión con los mismos, y este nuevo propietario vende el predio a un tercero (posiblemente de buena fe), configurándose un hecho legal, pero que el Derecho no debería tutelar, por ser fraudulento. Sin embargo, el drama ocurre cuando esta compraventa es inscrita en Registros Públicos, ahora, ¿quién podrá ayudar al propietario legítimo?, pues, en pro del principio de buena fe registral no es posible que recupere la titularidad del derecho de propiedad, entendiéndose que ello tiene su razón de ser en salvaguardar la seguridad jurídica que proporciona la inscripción registral, la misma que prima sobre documentos privados o públicos no inscritos. No obstante, consideramos que esta situación es totalmente injusta, pues, atenta contra la dignidad de la persona, legitima a un propietario sin que el primer propietario haya transferido su derecho de propiedad; entonces, ¿de qué seguridad jurídica estamos hablando?, en otras palabras, “X” puede vender a “Z” un inmueble cuyo propietario es “Y” y “Z” a su vez puede enajenar, deshaciéndose del mismo, y lamentablemente, “Y” tiene muy pocas esperanzas de recuperar la propiedad del predio porque éste se encuentra en proceso de ejecución o en manos de un tercero de buena fe.

El supuesto de hecho mencionado anteriormente no es una cuestión pedagógica, no es un ejemplo extraído del mundo de las ideas, sino más bien, describe el actuar de una organización que hace poco saltó a los medios de comunicación conocida como la “Red Orellana”. Al respecto se

sabe que son ochenta y un (81) personas naturales¹, cincuentidós (52) personas jurídicas², setentisiete (77) Notarios³ y cuatro (04) trabajadores de Sunarp, todos ellos investigados por la presunta comisión de diversos ilícitos penales. Entre los casos más escandalosos⁴, se encuentra el del Notario Público de Lima Walter Pinedo Orrillo, pues su nombre y su firma aparecen en seis expedientes distintos en donde la red de Orellana se apropió de diversos inmuebles; tal es así que en el 2012, por ejemplo, Pinedo Orrillo certificó la transferencia del inmueble de la Casa del Adulto Mayor, de la Municipalidad de Miraflores, ubicada en el N°125-129 del Malecón Armendáriz, que había sido expropiada ilícitamente por uno de los testaferros de Orellana. Así también, el 24 de agosto de ese año, el notario expidió la escritura pública de Dación de Pago y transferencia de propiedad entre José Luis Ticse Porlles, presunto testaferro de la red criminal, y el Consorcio Gerencial SAC, que representaba a la Cooperativa de Servicios Múltiples de los Empleados Civiles de la Marina de Guerra del Perú (Coopemmar), esto autorizó que mediante una deuda ficticia, la propiedad de más de dos millones de dólares sea entregada por Ticse Porlles por una deuda que tan solo ascendía USD 100 mil. De igual forma, otro de los notarios investigados es Serafín Martínez Gutarra, quien en el 2010 protocoliza el laudo arbitral expedido por un árbitro a favor de Wilmer Arrieta Riega para que se apropie del terreno de Arenas de Lima, de propiedad de Giovani Paredes, el detalle es que Martínez certifica un laudo en donde no estuvo presente el propietario del inmueble.

¹ Diario la República, 14 de agosto de 2014, Disponible en Línea en: <http://larepublica.pe/11-08-2014/comision-del-caso-rodolfo-orellana-resolvio-investigar-a-81-personas>. [Revisado el 10 de abril del 2015].

² Ídem.

³ Diario la República, 02 de octubre de 2014. Artículo en Línea disponible en: <http://larepublica.pe/02-10-2014/mas-de-una-decena-de-notarios-son-investigados-por-presuntos-nexos-con-la-red-orellana>. [Revisado el 10 de abril de 2015].

⁴ Ídem.

La lógica nos lleva a hacernos las siguientes preguntas, si el propietario del predio no declaró su voluntad de vender ni enajenar el predio, entonces, ¿cómo es posible que se pueda transferir el derecho de propiedad?, en este caso, ¿estaríamos frente a un negocio inválido o ineficaz?, ¿qué implicancias tiene un negocio inválido?; deberíamos tomar en cuenta que solicitar la nulidad de ese negocio jurídico significa que fue válido por un tiempo, por lo menos, antes de la declaración judicial, y además es posible que se pueda enajenar el inmueble una vez más a partir del documento que acredite el traslado de dominio, el mismo que puede ser declarado nulo. Por otro lado, deberíamos preguntarnos si en la realidad se han dado los efectos del contrato y cuestionarnos dónde queda esa máxima del Derecho que señala que “nadie puede vender lo que no le pertenece, ni comprar lo que le pertenece”.

Nuestro sistema jurídico perteneciente a la familia Romano Germánica, por más positivo que éste sea, tiende a buscar la justicia a través de las normas, en ese sentido, es posible afirmar que el sistema jurídico peruano tiene una ideología basada en la justicia, el respeto de la Dignidad de la Persona.

En ese contexto queremos abordar el tema de la inexistencia del negocio jurídico, como un medio lógico y funcional para proteger al titular del derecho de propiedad ante cualquier hecho fraudulento, mantener la preeminencia de los valores jurídicos supremos —como la Justicia— y respetar los derechos civiles patrimoniales de la persona reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

La teoría de la inexistencia del negocio jurídico, es una categoría negocial por la que se trata de explicar los supuestos de no configuración del negocio jurídico, el cual, a diferencia de la invalidez, no produce ningún tipo de efecto en la esfera subjetiva del titular del derecho, no es susceptible de convalidación ni confirmación, ni tampoco está sujeta a un plazo prescriptorio; esta teoría subyace de lo que la doctrina ha denominado “Teoría de la Ineficacia”, ineficacia es lo que no produce efectos jurídicos, la misma que se clasifica en: Ineficacia Estructural, ésta no produce efectos

jurídicos por un defecto en la construcción del negocio jurídico, dentro del cual tendríamos la categoría de la inexistencia, la nulidad y anulabilidad. Y por otro lado tenemos La Ineficacia Funcional la misma que se tiene como tal cuando el negocio jurídico está bien construido con elementos, presupuestos y requisitos, pero tiene problemas en el funcionamiento posterior a su celebración dentro de ella tenemos la rescisión, resolución, caducidad, reversión, revocación, e inoponibilidad. Asimismo, es preciso reconocer que la distinción entre ineficacia estructural e ineficacia funcional está en crisis, tal como veremos en el desarrollo de la presente investigación.

La doctrina nacional y extranjera ha tratado el tema de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, llegando a conclusiones diferentes e incluso contradictorias, es común encontrar que la inexistencia se equipare con la nulidad absoluta o equiparar la nulidad virtual a la inexistencia —error que comete la Corte Suprema en el Quinto Pleno Casatorio Civil—. Sin embargo, si consideramos al negocio jurídico como un fenómeno normativo entre privados, nuestra forma de aproximarnos a la “fenómenología negocial” (es decir, nuestra forma de estudiarlo) puede ser desde el plano ontológico – valorativo (ser y deber ser), el negocio jurídico puede existir o no existir, desde el plano de la validez, el negocio jurídico puede ser válido o inválido y desde el plano de la eficacia en sentido estricto, el negocio jurídico puede ser eficaz o ineficaz: En consecuencia, pueden configurarse negocios jurídicos eficaces, pero que pueden ser inválidos; negocios jurídicos válidos que no son eficaces; así como también pueden configurarse supuestos en que no es posible reconocer la existencia o configuración de un negocio jurídico por la falta de elementos esenciales del mismo, sin embargo, estos producen una especie de efectos ya sean reales o negociales; en consecuencia, en determinadas ocasiones el juez al constatar hechos manifiestamente fraudulentos, deberá declarar la inexistencia del negocio jurídico, aunque éstos se encuentren inscritos en registros públicos, porque no es posible que la inscripción registral de algún acto, convalide actos ilegales y los convierta en legales cuando ello afecte el derecho de propiedad.

1.2. ANTECEDENTES.

Se han consultado las bases de datos de las distintas bibliotecas de Universidades del país, verificándose que no existe algún estudio del problema que se pretende investigar. Existen referencias en algunos libros, artículos de algunos textos y/o revistas especializadas. En tanto que la legislación comparada ha tratado el problema en algunos casos y ha solucionado el tema según la doctrina.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica y es importante porque la teoría de la inexistencia del negocio jurídico puede ser la categoría más idónea para ser utilizada ante hechos fraudulentos que afectan el derecho de propiedad de una persona; es decir, la inexistencia puede servir para salvaguardar la dignidad de la persona y el derecho de propiedad, además, puede brindar una solución jurídica justa que beneficiaría a los afectados por hechos fraudulentos realizados por personas o grupos organizados que con una fachada de legalidad, los mismos que se dedican a la transferencia de bienes inmuebles, y que hoy por hoy, han abusado del principio de buena fe tanto registral, como notarial, y asimismo, han remecido todo lo que conocemos como seguridad jurídica, logrando la inscripción registral de escrituras públicas fraudulentas.

1.4. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.4.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA (pregunta principal)

1.4.2. ¿Cómo la teoría de la inexistencia del negocio jurídico puede ser un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe?

1.4.3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS (preguntas secundarias o sub preguntas)

A. Sub preguntas (secundarias)

- ¿Es injusto que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas de su propiedad, no pueda recuperar su propiedad por la existencia de terceros de buena fe, y una aparente seguridad jurídica?
- ¿Es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia dado que los procesos o procedimientos actuales no dan una solución justa al propietario de un inmueble que ha sido víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas?
- ¿Es diferente la tutela jurídica a la víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas con la declaración de nulidad que con la declaración de inexistencia del negocio jurídico?

1.5. DELIMITACIÓN:

a. Delimitación temática y especificidad.

El tema está referido al Derecho Civil Patrimonial.

b. Delimitación espacial.

El estudio se desarrollará en el Perú.

c. Delimitación temporal.

El periodo que se utilizará como parte de la investigación abarcará el año 2013 al 2015.

d. Delimitación Subjetiva (unidad de análisis).

Doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera

1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar cómo la teoría de la inexistencia del negocio jurídico puede ser un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventa sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe.

1.6.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- A.** Establecer si es injusto que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, no pueda recuperar su propiedad al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, por la protección al tercero de buena fe y la seguridad jurídica.
- B.** Determinar si es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia dado que los procesos o procedimientos actuales no dan una solución justa al propietario de un inmueble que ha sido víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas.
- C.** Precisar si es diferente la tutela jurídica a la víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas con la declaración de nulidad que con la declaración de inexistencia del negocio jurídico.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

LAS INJUSTICIAS QUE NOS PERMITEN ALCANZAR JUSTICIA

1.1. ¿POR QUÉ HABLAR DE JUSTICIA?

En el Perú, hay quienes tienen sus propiedades inscritas en los Registros Públicos, pero que están perdiendo la titularidad de las mismas, por el actuar de mafias o grupos organizados que falsifican escrituras públicas (compraventa o poderes) y luego realizan ventas sucesivas, generando en el último comprador una apariencia de buena fe y por tanto, protegidos por lo prescrito en el artículo 2014 del Código civil que en su tenor literal reza lo siguiente: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”. Este artículo, ha sido la base legal para que incluso el Estado pierda bienes⁵; asimismo, ha sido el sustento legal -y motivación- para defender (con o sin intención) el actuar de algunas

⁵ Casación 5745-2011-Lima, de fecha 11 de octubre de 2012.

personas inescrupulosas o mafias organizadas que se apropian de terrenos o inmuebles, pensando en que pueden sacar la vuelta a la ley, crean una apariencia de buena fe con ventas sucesivas y así el último comprador considerado como tercero de buena fe, se queda legalmente con la propiedad, a pesar de que la primera transferencia sea realizada mediante falsificación o mediante suplantación, pero definitivamente se realizó sin la participación del verdadero propietario.

En el supuesto de hecho planteado ¿qué es injusto? ¿El hecho relatado es injusto? ¿El contenido del artículo 2014 del Código Civil es injusto? ¿El hecho de que estos títulos falsificados o realizados mediante suplantación entren al sistema registral es algo injusto? ¿Proteger al tercero de buena fe es injusto? ¿Tutelar al propietario primigenio es injusto?

En la presente investigación queremos determinar si es injusto que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y que al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas de propiedad, no pueda recuperar la titularidad por la existencia de terceros de buena fe, y una aparente seguridad jurídica.

Ahora bien, la axiología jurídica estudia los valores, la moral y la ética, existe cierto consenso respecto a que el Derecho tiene valores “supremos” y el más importante de ellos, es la Justicia, por tal razón, a la axiología jurídica se le suele llamar Teoría de la Justicia.

Tom Campbell afirma que “la justicia es normalmente el lenguaje de la reclamación y a veces de la venganza”⁶, en el mismo sentido, Wolgast sostiene que “la gramática de la justicia está íntimamente conectada con la invocación de la justicia cuando objetamos algo malo y por tanto está conectada con los sentimientos de indignación y aborrecimiento”⁷.

⁶ Campbell, Tom. La Justicia Principales Debates Contemporáneos. Traducción de Silvana Álvarez. Editorial Gedisa, 1ra reimpresión, abril de 2008, Barcelona, pág. 15.

⁷ Citado por Campbell, Tom. Ob. Cit. pág. 15.

En efecto la justicia tiene su origen o raíz en aquella desazón o inconformidad ocasionada por un acontecimiento negativo o entendido como malo o dañino; en consecuencia, la idea de la justicia, nace primero de un sentimiento de injusticia, o de lo que consideramos injusto, si hay algo que podemos etiquetar como injusto, recién podremos identificar aquello que es justo.

Larenz manifiesta: “la justicia es algo que está en la boca de todo el mundo. El que esperaba una decisión justa se queja de que ha sido tratado injustamente, de que se le ha rehusado aquello que según su opinión en justicia le correspondía. Todos hablan de justicia, y todos reclaman justicia. (...) En Derecho se predica la justicia de la decisión concreta, especialmente de la sentencia judicial, de la ley concreta y del ordenamiento jurídico en su conjunto.”⁸.

En este trabajo, es necesario hablar de justicia porque hemos identificado un hecho injusto, que causa sorpresa e indignación, y que nos hace volver la mirada al modelo que plantea nuestro ordenamiento jurídico respecto a la ineficacia de los negocios jurídicos, el sistema registral y la adquisición de la propiedad; si bien es cierto, este problema tiene connotaciones penales, los efectos de una escritura pública falsificada o realizada mediante suplantación o el derecho de propiedad mismo, pertenecen a la esfera del derecho civil.

1.2. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Cuando le preguntas a un estudiante del último ciclo de la carrera profesional de Derecho, ¿Qué es el Derecho?, algunos suelen responder que es el conjunto de normas que rigen la vida de una sociedad. Este concepto, no es errado, sin embargo, es incompleto, puesto que es un concepto reduccionista del derecho, es decir, restringe el derecho a las

⁸ Larenz, Karl. El Derecho Justo. Fundamentos de la Ética Jurídica. Traducción de Luis Díez Picazo, Edit. Civitas, reimpresión 2001, pág. 46-48.

normas, y ni si quiera a las normas en un sentido amplio, sino al texto normativo.

No es materia de esta tesis, determinar o establecer una definición del Derecho –tarea sumamente difícil o imposible para algunos–, pero es nuestra obligación dejar sentado qué consideramos al respecto, no nos gustan las etiquetas, si alguien es iusnaturalista, positivista, o si están de acuerdo con la teoría egológica o tridimensional del derecho o si prefieres el realismo jurídico, o si estás con la moda del neoconstitucionalismo o si piensas que sólo existe el Constitucionalismo, o si crees en el Derecho como argumentación nada más.

Estamos seguros de que el Derecho es más que un texto normativo y mucho más que un conjunto de normas⁹, pero que también se compone de principios (no necesariamente regulados positivamente), el derecho también es un conjunto de sistemas jurídicos (hay diferentes sistemas jurídicos y todos conforman Derecho), también estamos seguros que el Derecho tiene que ver con las relaciones humanas y el interés de los sujetos (por lo cual hablamos de relaciones y situaciones jurídicas subjetivas), el Derecho es más que una ciencia, no tiene un objeto de estudio definido (en ocasiones puede ser una norma y por tanto aplicas el método exegético, en ocasiones puede ser la conducta y aplicas el método sociológico descriptivo, explicativo, en ocasiones el derecho tiene que ver con una idea, que no tiene un presupuesto, no tiene un contenido restringido, algo completamente abstracto (la dignidad, la libertad, la igualdad). Y también estamos seguros

⁹ Como bien señala Mitidiero, la teoría de las normas tiene un cambio crucial desde que pasamos del Estado Legislativo a un Estado Constitucional, en el primero se asumía la unidad entre texto y norma, bajo la premisa que el legislador otorgaba no sólo el texto, sino también la norma, siendo la función del juzgador declarar la norma –conocida es la frase de Montesquieu respecto a que el juez es la boca de la ley– para la solución del caso concreto, sin embargo hoy la norma pasa a ser una armoniosa composición entre actividades semánticas y argumentativas. En: Daniel Mitidiero. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 188-191.

de que el Derecho tiene una íntima relación con la justicia, el derecho es un instrumento que busca, procura la justicia.

Ahora bien, los textos normativos que tenemos y que comúnmente confundimos con las normas y peor a veces considerados la única expresión del “Derecho”, no siempre son justos y como si fuera un reflejo, consideramos que el Derecho no es justo, así lo ha demostrado la historia de la humanidad, V. gra.: No siempre hemos considerado a los “negros” como personas; y, no siempre, las mujeres podían votar, no siempre un matrimonio podía optar por el divorcio.

Guillermo Cabanellas, al respecto señala: “Que el derecho no es la justicia parecería obvio señalarlo, pues puede darse, y de hecho se han dado y se dan históricamente, sistemas jurídicos injustos (p. ej. La institución moustrosa de la esclavitud, que ya los romanos concibieron como contraria al Derecho Natural, aunque tuvo para ellos explicación en el “ius Gentium”). Pero el Derecho tiene mucho que ver con la justicia, como que todo Derecho aspira a ser justo: tiene a la justicia.”¹⁰.

Larenz se pregunta ¿Cómo puede decirse que es injusta la ley con arreglo a la cual se dicta la sentencia o su aplicación a un caso determinado? De este modo, la cuestión de la justicia de la sentencia conduce a la de la justicia de la ley. (...) ¿Hay criterios para responder a estas preguntas con independencia de cada Derecho positivo? Si por criterios entendemos modelos para dar automáticamente una respuesta exacta, hay que contestar negativamente”¹¹.

En la doctrina actual en el contexto de un Estado Constitucional del Derecho, se habla incluso de un proceso justo que sirve para concretizar la tutela de los derechos, el cual tiene su base en el respeto de la dignidad humana así como la seguridad jurídica, al respecto el profesor Brasileño,

¹⁰ Cabanellas Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario. Tomo II, Editorial Heliasta, 1ra edición actualizada, corregida y aumentada por Ana María Cabanellas de las Cuevas, pág. 78.

¹¹ Larenz, Karl. Ob. Cit. pág. 48.

Daniel Mitidiero afirma que “La conjugación de la dignidad de la persona con la seguridad jurídica impone la necesidad de que pensemos el proceso civil como medio para la viabilización de la tutela de los derechos . (...) mediante la emisión de una decisión justa para las partes”¹².

Como podemos apreciar en el Derecho la justicia se ha de identificar siempre o con la ley o con las sentencias de los jueces, razón por la cual, muchas veces nos quejamos que las leyes no son justas o que las sentencias son injustas, una siempre se ha de interrelacionar con la otra.

Dicho este preámbulo, entonces, ¿Qué entendemos por justicia? Para Larenz la justicia se entiende como “aquel procedimiento de la igualdad normativizada, el cual consiste en que lo igual sea tratado igual y lo desigual desigualmente aunque según el criterio igual.”¹³.

Gustavo Rabruch sostiene que: “La idea del Derecho no puede ser otra que la justicia. Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius”, dice la glosa al 1.1. pr. D. 1.1. Está, por tanto, justificado que nos detengamos en la justicia, como en un último punto de partida, ya que lo justo –como lo bueno, lo verdadero y lo bello- es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro”¹⁴.

Diversos autores referidos por Karl Larenz¹⁵ nos pueden ayudar a reflexionar sobre la noción de justicia y Derecho, así por ejemplo, tenemos al profesor Perelman el cual señala que todos están de acuerdo en que lo justo significa un trato igual para todos los seres que son iguales en un aspecto determinado. Por otro lado, Henkel subraya dos máximas, que desde antiguo se engloban en el principio de justicia: dar a cada uno lo suyo y tratar en forma igual a lo esencialmente igual y a lo desigual desigualmente en

¹² Mitidiero, Daniel. La Tutela de los Derechos como fin del Proceso Civil. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 199.

¹³ Larenz, Karl. Ob. Cit. 48

¹⁴ Radbruch, Gustavo. Filosofía del Derecho. Colección Crítica del Derecho, sección Arte del Derecho. Dirección Jose Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, 1999, pág. 42.

¹⁵ Larenz, Karl. Ob. Cit. 46 - 48

proporción a la desigualdad. Asimismo, Engisch habla de las tradicionales ideas formales de igualdad, proporcionalidad y equivalencia. Así también, Fikentsher nos habla de justicia igualitaria y justicia material. Por su parte Ryffel, señala que el significado fundamental de la palabra justicia radica en la suposición de un ordenamiento correcto sustraído a la arbitrariedad humana según el cual se ha de regir el comportamiento de los hombres. En tanto que para Tammelo, la palabra justo significa una cualidad valorativa de carácter social, ético y positivo, que refiere a cada uno relaciones correlativas de derecho y deber y la distribución de lo conveniente. Para concluir, Rawl (el filósofo que marcó un antes y un después en la teoría de la justicia) considera que hombres con ideas diferentes de la justicia, pueden, sin embargo, estar de acuerdo en que las instituciones son justas si al atribuir los derechos y los deberes fundamentales no se establece ninguna diferencia arbitraria entre los hombres y si las reglas producen un equilibrio significativo entre las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.

La justicia, es un valor que el ser humano no puede dejar de tener en cuenta, no sólo en el derecho, sino para el desarrollo de la vida misma, la justicia es un fin en sí misma, y es un metaconcepto, que debe concretizarse, o materializarse, en hechos y acciones, es posible hablar de un derecho justo, proceso justo y una sentencia justa, en tanto estemos ante leyes y sentencias que estén debidamente justificadas, coherentes, razonadas y motivadas.

Debemos de ser conscientes también de que las leyes, son creaciones humanas y por tanto tienen errores o para que suene mejor se suele decir que son perfectibles, igual suerte corren las sentencias, es decir, las decisiones emitidas por los jueces. Razón por la cual Larenz, afirmaba que: "Sólo ante una injusticia crasa y evidente hay que negar la obligatoriedad de la norma, que ya no puede quedar legitimada por la fuerza de la validez del ordenamiento jurídico en su totalidad. Cuando un ordenamiento jurídico, como ocurre con el nuestro, ha elevado determinados

principios al rango constitucional, basta que se compruebe que una norma es inconciliable con tales principios para que haya que rechazar su validez"¹⁶.

Ahora bien, la justicia, como valor jurídico fundamental (por ello, el ordenamiento jurídico procura ser justo en todo sentido) implica tener ciertos límites, es decir, aceptar que ningún derecho es absoluto, así como ningún principio es mayor que otro, sino que la idea es mantener en armonía la aplicación o concretización de los principios jurídicos y los valores jurídicos. V. gr. "El principio de no dejar de administrar justicia" está íntimamente ligado al valor de la "Justicia". Otro ejemplo, podría ser que el "Principio de la buena fe registral" no es absoluto, no puede ir en contra del valor de la justicia.

En nuestro contexto (respecto a las compraventas realizadas mediante falsificación de escrituras públicas o suplantación de los propietarios) la justicia concretizada en una sentencia judicial parece algo inalcanzable, es como un sueño, pocas veces se hace realidad; la mayoría de los litigantes están inconformes, así ganen o pierdan el juicio, muchas veces apelan de la misma forma; sin embargo, a pesar ello, todo el sistema judicial tiene como propósito o función administrar justicia, esa es su razón de ser, así se indica en el artículo 143° de la Constitución Política del Perú: "El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica". Razón por la cual, se ha generado el siguiente principio el cual considera que los jueces están obligados a administrar justicia, tal es así que en el artículo 139 inc. 8 de la Constitución Política del Perú, se prescribe lo siguiente: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Y no sólo la constitución sino también el código civil de 1984 así lo prescribe en el título preliminar artículo VII que en su tenor literal

¹⁶ Larenz, Karl. Ob. Cit. pág. 30

reza: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Este asunto de la justicia y la administración de justicia, como fin o propósito del sistema judicial es crucial en la presente investigación, puesto que, consideramos errónea la forma cómo se han venido dando las soluciones en los denominados fraudes inmobiliarios, los jueces actuando conforme a ley han convalidado negocios jurídicos basados en escrituras públicas falsificadas o realizados mediante la suplantación de propietarios, olvidando que de los artículos citados, anteriormente tanto de la Constitución como del código civil, admiten que nuestra legislación puede tener errores, vacíos, o como en estricto señala, defectos o deficiencias, sin embargo, olvidan el principio de no dejar de administrar justicia a pesar de dichos vacíos o deficiencias.

En un sistema judicial donde se desprotege al verdadero propietario, y se protege la transmisión de propiedad realizada aún con documentación falsa o suplantando al propietario, no se está cumpliendo con una correcta administración de justicia, porque si nuestra legislación permite este hecho, podemos deducir que algo está mal en ella.

Tal vez, nunca podamos parar a los falsificadores, pero si podemos evitar que éstos ganen judicialmente, sin que realmente les haya costado absolutamente nada.

1.3. DERECHO JUSTO

La génesis de la expresión “Derecho Justo” se encuentra en un libro del filósofo del Derecho Rodolfo Stammler, y es Karl Larex quien continúa o toma esta noción y la desarrolla. Con esta expresión “Derecho justo”, no nos queremos referir a un derecho iusnaturalista ultranza, porque la justicia no es una noción que se tenga sólo por una creencia religiosa, sino que, es lo que todo ser humano anhela, quiere o desea frente a cualquier circunstancia de la vida diaria. Con esta esta expresión tampoco queremos demostrar nuestro

fastidio o inconformidad con el positivismo que rige nuestro sistema jurídico, por el contrario, el derecho justo debe ser la característica o la forma de ser de nuestro orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico, llámenlo como deseen, la idea de Derecho Justo quiere decir como bien señala Larenz que “La cuestión de la justicia de un derecho equivale a la de si está internamente fundada o si está objetivamente justificada su pretensión de ser obedecido o su pretensión de vigencia normativa”¹⁷.

El Derecho por más positivo que este sea tiene su razón o fundamento en que busca algo, ese algo, no sólo es complacer a un monarca o complacer a una nación, -cosas que tal vez en su momento sucedieron- sino que en la actualidad y en realidad desde ya mucho tiempo la idea del derecho justo es también la exigencia de los miembros de una sociedad para tener un derecho racional, no sólo basado en normas sino que éstas normas sean dadas por alguna razón, es decir, tienen un fundamento, ahora bien, ¿todo sistema tiene un fundamento debidamente justificado? ¿Qué hace que algunas normas jurídicas sean consideradas justas y otras no?, la verdad no sabemos a ciencia cierta esto; sin embargo, sabemos que la vara para medir las normas jurídicas no sólo son la efectividad de las normas, sino también los principios que se intentan respetar, cumplir, o resguardar con determinadas normas; en otras palabras al igual que afirmaba Larenz “los principios deben ser la causa de justificación de las regulaciones”¹⁸, para el presente trabajo, consideramos que un derecho justo es un Derecho basado en principios, valores, los cuales se aplican bajo criterios de razonabilidad.

1.4. PROCESO CIVIL JUSTO

Para entender que es el proceso civil justo primero tenemos que entender a qué nos referimos con “Proceso”, en ese sentido Alvarado Velloso señala que el proceso es la “Serie lógica y consecucional de

¹⁷ Larenz, Karl. El Derecho Justo. Fundamentos de la Ética Jurídica. Traducción de Luis Díez Picazo, Edit. Civitas, reimpresión 2001. Pág. 21

¹⁸ Larenz, Karl. Ob. Cit. pág. 38

instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad¹⁹. Para Cabanellas el proceso es un “Conjunto de diligencias y actuaciones de una causa criminal. Pero, en realidad, y con mayor amplitud, podría decirse del proceso que se trata de una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión²⁰”.

Asimismo, los sistemas procesales son modos de llevar a cabo el proceso, en el Perú es aceptado el sistema dispositivo, inquisitivo –en el proceso civil- y acusatorio garantista –en el proceso penal-; Jorge Carrión Lugo²¹ nos dice que La doctrina ha establecido que, por un lado, existe un sistema procesal dispositivo, donde el dominio sobre el proceso, esencialmente está reservado a las partes, es decir, asumen una función activa y el juez cumple una función pasiva. Por otro lado encontramos el sistema inquisitivo, el cual se caracteriza por estar a cargo del Estado y el Juez tiene un papel activo, pues puede promover de oficio la acción procesal.

Ahora bien, el proceso tiene un objeto, finalidad o función, pues, cuando se produce un litigio, siempre hay alguien que dice que tiene la razón y otro que no la tiene, siempre hay una contradicción (mayor parte de los casos), entonces como dice Velloso, el proceso “es solo un medio de debate para lograr la heterocomposición (...) y que el objeto del proceso es la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: Sentencia²²”. ¿Cómo debe ser esa sentencia cuando nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho? La respuesta es sencilla, el proceso debe ser justo, como bien señala el profesor Daniel Mitidiero “El derecho al proceso

¹⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado (2010), *El Debido Proceso*, Edit. San Marcos E.I.R.L, 1ra Ed., Perú, p. 218

²⁰ CABANELLAS de TORRES (2000), *Diccionario Jurídico Universitario*, Tomo II, Edit. Heliasta, 1ra Ed., Argentina, p. 328.

²¹ CARRIÓN LUGO, Jorge (2000), *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Teoría General del Proceso, Edit. Grijley, 1ra reimpresión mayo, Perú, p. 19-20

²² VELLOSO, Adolfo Alvarado (2010), *Ob. Cit.* p. 229

justo constituye el principio fundamental para la organización del proceso en el Estado Constitucional”²³.

En la actualidad, el proceso justo es considerado un derecho, aunque es usual encontrarlo bajo el rótulo de “debido proceso”.²⁴ Para Mitidiero El derecho al proceso justo tiene las siguientes características: “es multifuncional. Tiene una función integrativa, interpretativa, bloqueadora y optimizadora. Como principio, exige la realización de un estado ideal de protección a los derechos, determinando la creación de los elementos necesarios para la promoción del ideal de protectividad, la interpretación de las normas que ya prevén elementos necesarios para la promoción del estado ideal de tutelabilidad, el bloqueo de la eficacia de normas contrarias o incompatibles con la promoción del estado de protección y la optimización del alcance del ideal de protectividad de los derechos en el Estado Constitucional”²⁵.

El Derecho al Debido Proceso se encuentra reconocido en el primer párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. El debido proceso es entendido como un derecho fundamental, que Según César Landa, “tiene su origen en el due process of Law anglosajón”²⁶. El mismo señala que debido proceso se descompone en dos partes El debido proceso Sustantivo y el Debido proceso Adjetivo, el primero protege a los ciudadanos de leyes que vayan en contra de los derechos fundamentales y

²³ Mitidiero, Daniel. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 122.

²⁴ Aunque para el procesalista brasileño Daniel Mitidiero, la expresión “debido proceso legal” es criticable porque nos remite al contexto del Estado de Derecho, donde el proceso era una protección al arbitrio estatal a diferencia de hoy, pues en un Estado Constitucional de Derecho no sólo es una protección o resguardo ciudadano, sino que se busca a través del proceso la realización de la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Daniel Mitidiero. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 122-123.

²⁵ Mitidiero, Daniel. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 134.

²⁶ LANDA ARROYO, César (2004), Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional, Edit. Palestra Editores, 1ra Ed. 1ra Reimpresión, Perú, p. 195

el segundo hace referencia a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales²⁷.

Según el Tribunal Constitucional Peruano, “El debido proceso enseña el modelo constitucional del proceso, es decir un conjunto de garantías mínimas que legitiman el tránsito regular de todo proceso”²⁸.

Con certeza, Daniel Mitidiero afirma que “El derecho al proceso justo es reconocido por la doctrina como un modelo en expansión (tiene la ventaja de conformar la actuación del legislador infraconstitucional), variable (puede asumir formas diversas, amoldándose a las exigencias del derecho material y del caso concreto) y perfectible (pasible de perfeccionamiento por el legislador infraconstitucional)”²⁹. El mismo autor considera que “El derecho al proceso justo busca asegurar la obtención de una decisión justa. Aquel es el medio por el cual se ejercita la pretensión a la justicia (Justizanspruch) y la pretensión a la tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)). Ese es su objetivo central dentro del Estado Constitucional”³⁰.

Por otro lado, Aníbal Quiroga León considera que “el Debido Proceso legal es, pues un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial. Aun cuando en los Estados Unidos, que es donde ha encontrado un vasto desarrollo jurisprudencial sobre todo a partir de la llamada Corte Warren, en el sentido “buen proceder en juicio”, “juzgado razonable” o “juzgamiento legítimo” se ha extendido admirablemente a casi todo el funcionamiento del aparato estatal, su raíz y

²⁷ Idem, p. 196

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 1617-2003-HC/TC, Citado por CERDA SAN MARTIN, Rodrigo/ FELICES MENDOZA, María Esther (2011), El Nuevo Proceso Penal, Edit. Grijley, 1ra Ed., Perú, p. 59

²⁹ Mitidiero, Daniel. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 124.

³⁰ Mitidiero, Daniel. La Tutela de los Derechos como Fin del proceso Civil. Colección Proceso, Constitución y Sociedad. Edit. Palestra, Lima – 2016, pág. 126.

fundamento se halla en el proceso judicial jurisdiccional³¹". En ese sentido, Fernández Segado afirma que "due process of Law significa el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, y ese derecho encierra dentro de sí un conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos para el justiciable³²".

Esto significa que el juez, ni ningún otro sujeto procesal pueden realizar acciones según su propia discreción, sino que, por así decirlo, están obligados a respetar las normas preestablecidas para el proceso, si esto no se cumple, entonces el proceso puede devenir en injusto, ilegal, arbitrario y por ello en un proceso indebido, y esto se concretiza o materializa en una sentencia, la misma que adquiere los mismos adjetivos.

A continuación, presentaremos algunos casos públicos que terminaron con decisiones judiciales conforme a la legislación pero que definitivamente no culminaron con una sentencia justa y por lo tanto se ha vulnerado el derecho a un proceso civil justo, puesto que no se han concretizado los derechos fundamentales en juego:

A. PRIMER CASO (Fuente: Informe de PROJUSTICIA³³):

El año 1974, una vez culminado el proceso de urbanización de la zona de Valle Hermoso, en el distrito de Surco, se entregó al Estado peruano en calidad de aporte reglamentario un terreno de 4,073 metros cuadrados, ubicado en la Calle 07 Mz. K de dicha urbanización, el mismo que fue debidamente inscrito como bien de dominio público. Dos años después, el predio fue otorgado en calidad de uso para la construcción de un hogar para

³¹ QUIROGA LEÓN, Aníbal (2003), El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Edit. Jurista Editores, 1ra Ed. Lima Perú, P. 47

³² CITADO POR CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y otro (2011), El Nuevo Proceso Penal, Edit. Grijley, 1ra Ed., Perú, p. 56

³³ Informe Público de la Asociación Civil Pro Justicia. Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia. Disponible en línea: <http://www.projusticia.org.pe/informes/page/3/>. Revisado el 20-04-2016.

personas con parálisis cerebral y en 1988 para levantar un centro de rehabilitación y guardería, aunque ninguno de estos proyectos prosperó.

El 2001, la Oficina Registral de Lima recibió para su inscripción una escritura pública firmada presuntamente el 14 de junio de 1984, según la cual la Dirección Nacional de Bienes Nacionales había vendido a MARÍA LOCRCIA MANCO VIUDA DE GONZALES el terreno en mención por la suma de 18 millones 250 mil soles oro, escritura avalada por el notario DANIEL CESPEDES MARIN. Extrañamente, la solicitud de inscripción no fue hecha en dicho año sino 18 años después; esto es, el 26 de noviembre del 2001. Para ese entonces la señora MANCO ya había fallecido, ya que de acuerdo a la partida de defunción correspondiente, ésta había muerto en setiembre de 1987 ¿Quién se encargó entonces de solicitar la inscripción de dicha compra, si sus sucesores se enteraron tiempo después de la existencia de dicho terreno? A pesar de esta clara irregularidad, la escritura pública fue asentada en Registros Públicos sin mayor problema. Una vez enterada del hecho, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SNB) comprobó que dicha compra no solo era NULA por tratarse de un bien de dominio público (y por tanto intransferible a terceros, de acuerdo a la Constitución), sino que además era FALSA, dado que las firmas de ambas partes habían sido falsificadas. Por ello, presentó ante el 12vo. Juzgado Civil de Lima, a cargo del juez LUIS LEVANO VERGARA, una demanda de nulidad de acto jurídico y de inscripción cautelar de dicha demanda, inscripción que se realizó el 19 de junio del 2002. Sin embargo, en agosto del 2003, cuando el caso se encontraba en pleno proceso, la SUNARP levantó la inscripción cautelar en base a una supuesta resolución expedida por el 12vo. Juzgado Civil igualmente FALSA, dado que la resolución fue presuntamente firmada por el juez LEVANO cuando éste ya no se encontraba a cargo del 12vo. Juzgado Civil. Gracias a ello, en noviembre del 2003 la SUNARP volvió a inscribir una escritura de compraventa sobre dicho terreno, firmada por MARÍA LOCRCIA MANCO VIUDA DE GONZALES a favor de MANUEL RUIZ CARRILLO, por la suma de 650 mil nuevos soles. Increíblemente, la venta fue inscrita SIN CONFIRMAR EN NINGUN MOMENTO QUE LA

SUPUESTA VENDEDORA ESTABA MUERTA DESDE 1987, lo que hacía totalmente NULA dicha venta. El registrador tampoco se hizo problema en aceptar que un terreno valorizado en más de un millón de nuevos soles sea vendido a la mitad de su valor, o que no se acompañara prueba del pago realizado. A partir de allí, se fueron sucediendo una serie de ventas que buscaban claramente “limpiar” el fraude cometido bajo la figura de la “buena fe”. En febrero del 2004 –esto es, solo 2 meses después de la venta anterior- RUIZ CARRILLO vendió el terreno a MARTA AMELIA RIOS VARGAS por 660 mil nuevos soles, venta que fue inscrita a pesar de no confirmarse la modalidad de pago realizada. Luego, en agosto de dicho año, mediante escritura pública avalada por la notario MYRIAM ACEVEDO MENDOZA, RIOS VARGAS transfirió el terreno a los esposos JULIO VASQUEZ DAVILA y LUISA AIDA RIOS GAMARRA DE VASQUEZ por la suma de 161 mil 200 dólares americanos –esto es, unos 460 mil nuevos soles- quienes a su vez transfirieron el predio a su hijo JULIO HERNAN VASQUEZ RIOS en marzo del 2005 por la suma de 181 mil 200 dólares americanos –unos 530 mil nuevos soles– mediante escritura avalada nuevamente por la notario ACEVEDO MENDOZA, escritura que fue inscrita sin oposición alguna el 12 de abril del 2005.

Para entonces, la SNB había interpuesto una nueva demanda ante el 29vo. Juzgado Civil de Lima, a cargo del Dr. MARCIAL DIAZ ROJAS, solicitando no solo la nulidad del acto jurídico que originó el problema –esto es, la primera compraventa falsa entre el Estado y la señora LOCRICIA MANCO- sino también la nulidad de las ventas posteriores y la cancelación de los asientos registrales correspondientes, la restitución del predio y de las edificaciones realizadas sobre el mismo, y una indemnización por daño emergente por 1 millón 162 mil 980 nuevos soles, que correspondía al costo real tasado del predio. Recién en octubre del 2009, el juzgado emitirá sentencia sobre este caso, asumiendo una postura por demás inverosímil: así, mientras de un lado reconoce la falsedad de la primera venta y de las dos ventas posteriores, así como la colusión entre RUIZ CARRILLO y RIOS VARGAS, de otro lado va a considerar válida la compra hecha por los

esposos VASQUEZ DAVILA y con ello la venta posterior hecha a su hijo JULIO VASQUEZ RIOS, permitiendo que éste y su familia se queden impunemente con un predio del Estado. ¿Cuáles fueron los fundamentos presentados por el juez DIAZ ROJAS para avalar esta increíble decisión? Por un lado, el magistrado señala que la presunta “buena fe” de los VASQUEZ DAVILA estaba respaldada por los testimonios de la notaria ACEVEDO MENDOZA y del corredor inmobiliario ENRIQUE MALAGA RIVERA, a pesar del manifiesto interés de ambas partes para que la compraventa se convalidara. Asimismo, señala que el pago del predio fue acreditado mediante diversos cheques de gerencia, reconociendo sin embargo que la mayor parte del dinero pagado (unos 100 mil dólares) les fue entregado por su hijo JULIO VASQUEZ RIOS, quien finalmente se quedó con el inmueble. En otras palabras, el juez no parece darse cuenta que el verdadero comprador en dicha operación fue VASQUEZ RIOS, y que su título nace de un limbo jurídico, dado que todas las transacciones anteriores eran falsas o simuladas. Peor aún, el magistrado reconoce una millonaria indemnización a la SNB que debía ser pagada, entre otros, por la SUNARP; esto es, el Estado debe pagarle al Estado por una visible estafa cometida por terceros. Si la posición del 29vo. Juzgado Civil raya con el absurdo, la postura asumida por las instancias superiores es igualmente cuestionable, especialmente la postura asumida por la Séptima Sala Civil de Lima. Para entonces, dicha Sala estaba integrada por los magistrados ROMERO ROCA, NIÑO-NEIRA RAMOS y por OSWALDO ORDOÑEZ ALCANTARA, quien actuó como ponente. En su resolución del 15 de junio del 2011, la 7ma. Sala no solo va a confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus extremos, sino que va a manifestar que el carácter de dominio público que tenía el bien vendido no era algo relevante para su decisión, ya que ello debía ser determinado en el proceso seguido ante el 12vo. Juzgado Civil. Cabe señalar que dos miembros de la Sala –REYES RAMOS y AGUADO SOTOMAYOR- presentaron votos en discordia para que se declare nula la primera sentencia, dado que no presentaba una motivación suficiente en varios puntos del proceso. Por su parte, si bien la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema va a advertir que tanto la sentencia de primera como de

segunda instancia muestran el “grave vicio” de falta de motivación, además de no pronunciarse sobre todos los puntos de la demanda, la conclusión a la que llega es prácticamente similar a la de las sentencias anteriores; así, por ejemplo, respecto de la presunta buena fe de los padres de VASQUEZ RIOS, la Suprema se remite al artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (aprobado por Resolución 195-2001-SUNARP/SN), en el cual se establece que “la inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina no perjudicara al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiera contratado sobre la base aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”, afirmando sobre dicha base que “somos de la opinión que, a los efectos de la protección de los terceros registrales, la búsqueda de posibles ‘inexactitudes registrales’ debería limitarse a los asientos registrales y no a los títulos archivados”.

B. SEGUNDO CASO (Fuente: informe de PROJUSTICIA³⁴):

Desde el año 1999, los hermanos BETTINA y RALPH LANGE PLESH eran propietarios de dos lotes de terreno ubicados en la Manzana A4, Calle Mariel, de la Urbanización Las Gardenias de Surco, una de las mejores zonas residenciales de Lima. A pocas cuadras de la Avenida Caminos del Inca y próximos a la Avenida de la Floresta, ambos lotes –uno de 202.61 m² y el segundo de 389.29 m²- aumentaban su valor cada año, por lo que su costo inicial de casi medio millón de dólares iba igualmente en aumento. Sin embargo, en el año 2007, los hermanos LANGE se dieron con la sorpresa de que los lotes de su propiedad ya no estaban registrados a su nombre en la SUNARP, sino que mediante contratos de compraventa suscritos en pocos meses, éstos habían ido a parar a manos de terceras personas. El primero de estos traspasos de propiedad se produjo presuntamente en octubre del 2004, a través de una escritura pública en la que presuntamente ambos

³⁴ Informe Público de la Asociación Civil Pro Justicia. Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia. Disponible en línea: <http://www.projusticia.org.pe/informes/page/3/>. Revisado el 20-04-2016.

hermanos habían vendido sus terrenos a ABDUL MOHAMMED AL SABHAT –un árabe del que nada se sabe- por un monto de 120 mil dólares; esto es, muy por debajo de su valor real. Peor aún, la venta no se había producido en Lima sino en la ciudad de La Oroya (Junín) ante el notario JUAN BALBIN GUADALUPE, en una fecha en la cual –según demostraron con sus movimientos migratorios- los verdaderos dueños habían estado fuera del país, lo que hacía dicha venta absolutamente FALSA. Apenas un mes después de la supuesta compra, AL SABHAT vendió ambos terrenos a la peruana YAHAIRA NATALY MUÑOZ CORCINO por un monto total de 135 mil dólares, pagando 55 mil dólares por el primer lote y 80 mil por el segundo lote. Cabe señalar que de acuerdo a lo descubierto en el juicio, en dicha oportunidad AL SABHAT se presentó como diplomático –lo que se demostró era falso- mientras que el abogado que aparece refrendando dicha compraventa –DARIO ISRAEL VILLA MONTES- utilizó un número de colegiatura del CAL que no le pertenecía, incurriendo con ello en un ilícito penal. Además, nuevamente la compraventa se hizo en La Oroya, lo que hacía más que evidente la colusión entre ambas partes para validar la falsa adquisición de los terrenos. A ello debe agregarse que MUÑOZ CORCINO tiene antecedentes por estafa de terrenos, siendo sindicada como perteneciente a la banda de DANIEL BAUTISTA RIOS, actualmente preso en Lurigancho.

A partir de aquí, el caso se va a vincular al anterior a través del apellido VASQUEZ RIOS, lo que parece indicar que estamos ante la presencia de una misma banda de “traficantes de lujo”. Y es que el 28 de enero del 2005 –esto es, dos meses después de su adquisición- MUÑOZ CORCINO va a solicitar un bloqueo registral de ambos lotes a favor de ADINA GERGELY VASQUEZ RIOS, cónyuge de MARIO GASTON VASQUEZ RIOS y hermano de JULIO VASQUEZ RIOS, quien como vimos arriba terminó siendo propietario del terreno de Valle Hermoso. El 4 de febrero del 2005, MUÑOZ CARCINO va a vender finalmente el lote de mayor extensión a ADINA GERGELY VASQUEZ RIOS por un monto de 38 mil dólares americanos, mediante escritura pública refrendada por el notario

público IVAN CARCAUSTO TAPIA, de la ciudad de Lima; sin embargo, el lote más pequeño, que también estaba bloqueado a favor de dicha compradora, fue vendido finalmente a ROSA ABREGU GALVAN DE VERA mediante escritura pública de fecha 5 de febrero del 2005 ante el mismo notario, siendo adquirido a través de su hijo JULIO VERA ABREGU, ex juez y asesor en bienes raíces, quien a pesar de su experiencia alegó en juicio solo haber aprovechado de la oferta que les hizo la presunta dueña. Ante estos hechos, los hermanos LANGE PLESH interpusieron en el 2005 una denuncia penal por estafa –la que extrañamente fue archivada por el Ministerio Público- y en el 2006 una demanda civil ante el 33vo. Juzgado Civil de Lima, a cargo del juez LUIS LLAMOJA FLORES, por nulidad de acto jurídico y de los asientos registrales correspondientes a las compraventas realizadas. Luego de múltiples retrasos, en abril del 2012 el juez Llamoja va a seguir el mismo criterio de primera instancia del caso anterior, declarando fundada en parte la demanda de los hermanos LANGE, pero dándole la razón también a los ABREGU y los VASQUEZ RIOS; esto es, que la compra final había sido de buena fe porque se había hecho una revisión de los asientos registrales y éstos no mostraban limitación alguna para su adquisición. Sin embargo, sí determinó que había habido colusión de parte de los primeros compradores debido a las irregularidades en la compra y sobre todo, por la comprobación de que los LANGE no se encontraban en el país a la fecha de la firma de la escritura pública.

Apelada la sentencia, la Sala Civil Superior de la Corte de Lima –en la cual el ponente fue el juez ANGEL ROMERO DIAZ- va a encontrar una serie de irregularidades en el manejo del juicio que afectaban el debido proceso, especialmente en lo referido a la debida notificación a las partes, declarando NULA la sentencia y ordenando al juez LLAMOJA la expedición de una nueva resolución.

C. TERCER CASO (Fuente: Informe Público de PROJUSTICIA³⁵):

El año 2006, cuando el crecimiento del sur limeño apenas se iniciaba, MANUEL CHIARELLA MASIAS junto con un socio adquirió un terreno de casi 40 hectáreas –denominado “Los Currunchos” – ubicado en las faldas de San Hilarión, distrito de Chilca, para dedicarlo al negocio avícola y a la construcción de reservorios para abastecer de agua a otras granjas y a cultivos de agroexportación (espárragos) ubicados en las cercanías (Existen 3 reservorios dentro de la propiedad: uno de 3,500 M3, propiedad de un tercero con quien Chiarella firmó el 2006 un contrato de uso y paso para el reservorio y las tuberías; y 2 reservorios de 70 M3 cada uno, destinados a clorificar el agua de la granja que se estaba construyendo cuando fue invadido).

Para ello firmó una escritura de compraventa con la comunidad campesina de Chilca, dueña formal de dicho predio, el 10 de febrero de dicho año. El negocio iba avanzando cuando la mala suerte se le hizo presente en la figura de MARIO RIVERA PANTA. En octubre del 2009, éste denunció ante la fiscalía de Mala –perteneciente a la Corte Superior de Cañete- que los vecinos de CHIARELLA habían usurpado un terreno de 160 Ha. pertenecientes a AGUSTIN PEDRO ROJAS DAVILA, a quien dijo representar. Para ello, presentó una escritura y un plano que luego se demostrarían serían falsos, planos que incluían el predio correspondiente a CHIARELLA, pero que fueron aceptados sin mayor miramiento por EDWARD FERNANDO ESCOBAR ARRESE, entonces fiscal de dicha jurisdicción.

Amparado en dicha denuncia, el 31 de octubre RIVERA PANTA tomó Los Currunchos por la fuerza con apoyo de unos 40 matones, quienes botaron a golpes a los guardianes, hicieron destrozos en sus plantaciones e instalaciones y se robaron cerca de 1,500 metros de tuberías de sus reservorios. Incluso CHIARELLA fue denunciado por la presunta usurpación de su propio predio por ROJAS DAVILA y SANDRA GREENWICH. Sin

³⁵ Informe Público de la Asociación Civil Pro Justicia. Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia. Disponible en línea: <http://www.projusticia.org.pe/informes/page/3/>. Revisado el 20-04-2016.

embargo, en el atestado levantado luego de dicha intervención por la comisaría de Mala –No. 33-2009-VII-DIRTEPOL-DIVPOL-CY-CDCH-SIC- la Policía Nacional se va a lavar las manos señalando que no estaba clara la ubicación de los terrenos en disputa, y que podía tratarse de “terrenos diferentes”. Tiempo después, el propio comisario aceptaría que había sido sorprendido por el fiscal, y que todo se había tratado de un “error”.

Lo cierto es que, a diferencia de la supuesta minuta de compraventa presentada por ROJAS DAVILA –donde aparecía la firma del ex Presidente de la comunidad campesina de Chilca, EULOGIO ESPICHAN SABA, presuntamente firmada en el 2005 pero que luego se mostró era de fecha posterior- las minutas presentadas por CHIARELLA (una del 2004 y otra del 2006) en el marco del proceso que se abrió al respecto sí estaban en regla, señalando medio de pago y poderes inscritos, además de contar con coordenadas UTM que fijaban claramente los límites de su predio. A pesar de ello, CHIARELLA se la pasó cerca de dos años luchando ante la fiscalía de Mala para que se le devuelva su terreno, lo que finalmente se produjo en marzo del 2011. Curiosamente, esta devolución fue fruto de un acuerdo intraproceso –aplicando el principio de oportunidad- antes que de una seria investigación de los hechos. RIVERA PANTA reconoció así en dicho acuerdo que todo había sido arreglado y que había sido contratado por ROJAS DAVILA por encargo de SANDRA MARITZA GREENWICH ALZAMORA para que promoviera la invasión del terreno de CHIARELLA, aceptando su responsabilidad y devolviendo el terreno a su verdadero propietario. Asimismo, en el marco del proceso fueron saliendo a la luz la nombre de otros cómplices de esta usurpación, como OSWALDO y TOMAS CHAUCA NAVARRO, además de ELTON MAYOR HERRERA, quienes nunca fueron sindicados ni investigados a pesar de ser denunciados como corresponsables de lo ocurrido.

La desgracia de CHIARELLA –que, como veremos, se extiende hasta hoy- fue cruzarse con una de las bandas de usurpadores de terrenos más poderosas que existen en la zona sur de Lima, como es la de los CHAUCA NAVARRO, implicados en múltiples juicios por usurpación e invasión de

terrenos en Chilca, Mala y Cañete, entre otros delitos, y cuyo poder económico, político y judicial les ha permitido actuar con total impunidad a lo largo de los últimos años.

La cabeza visible de esta banda es ALFREDO CHAUCA NAVARRO, ex Presidente de la comunidad campesina de Chilca y alcalde de dicho distrito en el período 2011-2014. En el 2007, CHAUCA fue condenado a dos años de prisión condicional por usurpación agravada en perjuicio de Santiago Queirolo Ciuffardi, y el 2008 fue sentenciado por cometer el mismo delito contra Adriana Torres Carbajal. El Tercer Juzgado Penal de Cañete también lo condenó en el 2008 a dos años por provocar lesiones graves a Víctor Huapaya. De acuerdo a información del diario El Comercio (22-02-2012), solo entre el 2011 y el 2012 ALFREDO CHAUCA fue además objeto de diez denuncias por usurpación de terrenos ante el Ministerio Público, ninguna de las cuales prosperó.

Por el contrario, y a pesar de todas estas denuncias, CHAUCA resultó elegido alcalde de Chilca en el 2011, presuntamente gracias a los votos obtenidos de las personas a quienes entregó terrenos y a votos golondrinos provenientes de otras partes del país. Una vez instalado en la alcaldía local, CHAUCA inició un floreciente negocio de expedición de certificados de posesión de terrenos invadidos, incluso aceptando actas o minutas falsas, formalizando de esta manera el despojo promovido por él mismo y por otras bandas de traficantes de terrenos existentes en la zona. Cansados de la corrupción generada, la población de Chilca no lo reeligió, siendo poco lo que se sabe de éste en la actualidad. Por su parte, OSWALDO CHAUCA NAVARRO fue diputado por el partido aprista entre 1990 y 1992, así como subprefecto de Cañete, pero adquirió notoriedad luego de ser condenado el año 2011 (poco tiempo después del primer intento de invasión del terreno de CHIARELLA) por tráfico de tierras en complicidad con funcionarios corruptos del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), en ese entonces presidido por el dirigente aprista OMAR QUESADA. Según las investigaciones realizadas, COFOPRI le entregó a CHAUCA una playa de 300 mil metros cuadrados al precio regalo de 5 mil soles, cuando esos

terrenos estaban valorizados en 12 millones de dólares. Por este hecho, QUESADA renunció a su cargo, mientras que CHAUCA fue condenado a 11 años de prisión por los delitos de colusión, cohecho y falsedad ideológica. Sin embargo, esa no es la única perla de OSWALDO CHAUCA. IDL-Reporteros denunció que éste fue asesor legal (El título de abogado de Chauca se encuentra en gestión, ya que habría inscrito en el Colegio de Abogados del Callao con un título que, de acuerdo a la ex Asamblea Nacional de Rectores, sería falso) de un grupo que invadió 65 Ha. de un terreno perteneciente al Centro de Entrenamiento del Ejército el año 2006, cercano al predio de CHIARELLA. El terreno fue rápidamente lotizado y publicitado como el Gran Parque Industrial SATOMI KATAOKA, haciendo caer a decenas de incautos que pagaron por un terreno invadido, mientras CHAUCA acusaba (siguiendo el modus operandi utilizado luego contra CHIARELLA) al propio Director de Educación y Doctrina del Ejército y a otros oficiales por supuestamente haber ingresado a “su” terreno. Cabe agregar que la pugna por la posesión de este terreno aún sigue en los tribunales. Del tercero de los hermanos –TOMAS CHAUCA NAVARRO- no se sabe mucho, salvo que ha formado parte de la bien montada red familiar. También abogado, ha sido el encargado de proteger judicialmente a su hermano ALFREDO de las múltiples denuncias en su contra cuando se encontraba al frente de la municipalidad de Chilca. También se sabe que tiene fuertes vínculos con el sector de mototaxistas de Chilca y Cañete, habiendo presidido la Asociación de Fondos contra Accidentes de Tránsito “Nuestra Señora de la Asunción”, logrando que sea reconocida como el único fondo registrado en la región Lima Provincias, lo que le permite contar con una base social de aproximadamente 10 mil mototaxis y 3 mil vehículos mayores.

Por otro lado, si bien el vínculo entre los CHAUCA NAVARRO y SANDRA GREENWICH ALZAMORA solo está probado respecto del caso de CHIARELLA, es claro que entre ambos existe una afinidad de intereses que es necesario investigar con mayor profundidad. Lo que se sabe de ésta es que junto con su esposo, ELTON MAYO HERRERA, conforman uno de los grupos de crianza de ganado vacuno más fuertes del sur de Lima e incluso

del país. De acuerdo a los registros comerciales revisados, GREENWICH aparece como propietaria de diversas empresas dedicadas a la crianza de ganado y a la venta y distribución de carne, como AGROINDUSTRIAS BOCA DE TORO S.A.C., CARNIVENTAS E.I.R.L. y AGROCARNE E.I.R.L. Sin embargo, estos no son sus únicos negocios. Recientemente, la Dirección General de Minería descubrió que tanto GREENWICH ALZAMORA como las empresas JRV Business & Services S.A.C. y Valkam Constructores estaban extrayendo ilegalmente arena y piedra en el área de “Cruz de Hueso., distrito de Punta Negra, a pesar de tratarse de un área no peticionable. Se sabe que JRV Business y Valkam conformaban un consorcio (Consortio Ecológico de Ingeniería Río Verde) que había firmado un convenio de extracción con la municipalidad distrital de Punta Negra en el 2013, pero que fue anulado por el Concejo Distrital; lo que no se sabe, sin embargo, es cuál es el papel jugado por GREENWICH en este rollo ni que hacía en dicha zona. En todo caso, el hecho de que la sanción impuesta a ésta fuera mayor da cuenta que fue la mayor beneficiada de este ilícito negocio.

Existen al respecto muchos vacíos por resolver: ¿cómo se conocieron los esposos MAYO GREENWICH con los CHAUCA NAVARRO? ¿Desde cuándo mantienen negocios juntos? ¿En qué otros intentos de posesión ilícita han estado involucrados? GREENWICH tiene al respecto otras denuncias por intento de usurpación, e incluso el 2 de agosto del 2011 fue acusada a través de los medios de prensa de intentar invadir cerca de 50 Ha. de propiedad de EDGAR ALVAREZ MONTESINOS ubicada en la zona de San Bartolo, donde resultaron cinco personas heridas con armas de fuego. También ha sido denunciada por la invasión y destrucción de una fábrica de tuberías propiedad de ALEJANDRO REGALADO ubicada en las salinas de Chilca, en los humedales de Puerto Viejo, y de otro extenso terreno de 1,900 Ha. en la zona de San Bartolo (En esta invasión GREENWICH habría utilizado un modus operandi similar al usado contra Chiarella; esto es, una minuta firmada por el ex presidente de la comunidad de Chilca ESPICHAN SABA para avalar su presunta propiedad); sin embargo, hasta el momento la empresaria ha sabido salir bien librada de todo ello.

Pasado el primer trago amargo, CHIARELLA pensó que sus problemas acabarían allí, pero se equivocó. El 24 de julio de 2011, y luego de algunas amenazas recibidas, la propia SANDRA GREENWICH se apareció en la puerta de ingreso del terreno encabezando un nuevo intento de invasión en compañía de TOMAS CHAUCA NAVARRO, presentándose ambos como representantes de AGUSTIN ROJAS DAVILA. En esta oportunidad, CHAUCA presentó una minuta distinta a la de la primera invasión, esta vez firmada por el ex Presidente de la comunidad RUDECINDO RIVAS CAMACHO, cuya firma –según confirmó después el mismo RIVAS- era falsa. De inmediato, CHIARELLA solicitó la presencia de la policía y del fiscal de Mala, EDWIN CHOQUE ZANABRIA, a fin de expulsar a los invasores. El fiscal autorizó la intervención de 20 policías antimotines que se apersonaron al lugar, pero cuando estaban por entrar la llamada del anterior fiscal –EDWARD ESCOBAR ARRESE, quien ya había apoyado a los CHAUCA y SANDRA GREENWICH en la primera invasión– frenó la entrada de los efectivos policiales, quienes se retiraron permitiendo que los invasores se quedaran en el lugar.

El 4 de agosto, y luego de conocer la denuncia hecha contra GREENWICH por el intento de invasión en San Bartolo, CHIARELLA regresó a su terreno creyendo que podía volver a retomar la posesión del mismo. Grande fue su sorpresa, sin embargo, al encontrar no solo que su propiedad aún estaba siendo custodiada por varias personas, sino además por ser recibido a punta de disparos. Según consta en el informe policial 058-2001-XXII-DITERPOL, que recogió lo ocurrido, los disparos fueron hechos desde dentro del predio y rozaron su vehículo, salvando milagrosamente la vida. Ello permitió que la policía intervenga el terreno ante el intento de homicidio, capturando a cuatro sujetos –entre ellos JOSE SOTO HIDALGO, cuñado de TOMAS CHAUCA NAVARRO; BENNY KENT VARGAS CABALLERO y GIN JERRY VARGAS RODRIGUEZ (Un cuarto vigilante logró escapar de la zona en un vehículo propiedad de CHAUCA NAVARRO, el mismo que fue capturado un día después en el mismo predio con otros sujetos portando un arma blanca) - e incautando siete armas de fuego de largo alcance, dos de

las cuales –según se constató luego- estaban registradas a nombre de ELTON MAYO HERRERA.

Ya en la comisaría, los presuntos vigilantes negaron haber usado armas de fuego, alegando incluso que no sabían de la existencia de las mismas, pero sí afirmaron haber sido contratados por SANDRA GREENWICH. Además, el propio TOMAS CHAUCA se apersonó como defensor legal de los detenidos, negándose sin embargo a participar de las diligencias de incautación de las escopetas. Increíblemente, la policía no aplicó la prueba de absorción atómica a los detenidos, lo que hubiera permitido saber con certeza quién había hecho el disparo contra CHIARELLA. Lo cierto es que, gracias a ello, éste pudo retomar una vez más la posesión de su predio, hecho que sin embargo le duraría apenas unas horas.

Un día después, el 5 de agosto, CHIARELLA volvió a encontrar a otras cinco personas merodeando en su terreno con armas blancas, los que fueron capturados y llevados a la comisaría de Chilca. Esta vez, los abogados enviados por TOMAS CHAUCA armaron un escándalo que permitió que uno de los detenidos lograra fugar con apoyo de los asistentes del abogado. Este hecho tampoco fue nunca investigado por la policía, ni materia de denuncia fiscal alguna, y la policía se ha negado a dar la identidad de dicha persona.

Pocos minutos después de la medianoche del 6 de agosto, los suboficiales PNP JOE RIVERA VIGO y HERMES ARIAS CHAMPAC se apersonaron en el terreno de CHIARELLA señalando que iban a realizar una inspección ocular por orden de la fiscal RUTH KARINA LOAYZA SANCHEZ, también de la fiscalía de Mala, encontrando al personal de vigilancia del empresario dentro del predio y expidiendo una constancia de posesión a su favor. Una hora después, un grupo de vigilantes registró dos disparos hechos con armas cortas desde dentro del predio, lo que fue denunciado ante la comisaría de Mala. Dos horas más tarde, los mismos suboficiales llegaron nuevamente al terreno en un vehículo policial, acompañados de ocho vehículos particulares llenos de personas armadas, incluyendo a SANDRA

GREENWICH, TOMAS CHAUCA Y AGUSTIN ROJAS DAVILA, ordenando a los vigilantes que debían salir del predio al existir una orden de desalojo firmada por la fiscal LOAYZA. A pesar de que la fiscal LOAYZA rechazó luego haber firmado alguna orden de desalojo, lo cierto es que nunca denunció a los suboficiales que participaron de la invasión ni emitió orden alguna de intervención para la recuperación del predio dentro de las 24 horas, como estipula la ley. Paradójicamente, ella había participado en el levantamiento del acta por el hallazgo de las armas de fuego dos días antes, por lo que sabía quiénes eran GREENWICH y CHAUCA NAVARRO y cuáles eran sus intenciones al respecto. Sin embargo, su pasividad permitió que éstos retomaran la posesión del predio de CHIARELLA, el cual mantienen hasta el día de hoy gracias a la protección judicial brindada a ambas personas.

Como puede apreciarse, en todos los intentos de invasión se produjeron una serie de delitos –usurpación agravada, intento de homicidio, amenazas, tenencia ilegal de armas, falsificación de documentos, usurpación de funciones, etc.- la mayor parte de los cuales no han sido investigados o procesados por el Ministerio Público o el Poder Judicial, buscando más bien asumirlos como hechos aislados e incluso negarlos como ciertos, mostrando con ello un claro favoritismo a favor de los CHAUCA NAVARRO y SANDRA GREENWICH. Un ejemplo de ello es lo ocurrido en el juzgamiento de los detenidos en el segundo intento de invasión junto a un grupo de armas de fuego. El juzgado unipersonal penal de Mala, a cargo de la jueza TERESA ESPERANZA ZAMUDIO OJEDA, abrió proceso contra SOTO HIDALGO, VARGAS CABALLERO y VARGAS RODRIGUEZ solo por el delito de tenencia ilegal de armas sin incluir el intento de homicidio que sufrió CHIARELLA frente a su predio. El 27 de abril del 2012, la jueza ZAMUDIO condenó a los dos últimos –dado que SOTO HIDALGO se acogió a la figura de terminación anticipada- a siete y seis años de prisión, respectivamente, sobre la base de pericias que mostraban que por lo menos un arma había sido percutada y todas se encontraban operativas, pero sin preocuparse por identificar quién había disparado contra el empresario. Peor aún, en julio del

2012, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Cañete – conformada por los jueces superiores ROBERTO PAREDES DAVILA, ISAIAS ASCENCIO ORTIZ y FEDERICO QUISPE MEJIA- resolvieron REVOCAR la sentencia de primera instancia y ABSOLVER a los vigilantes alegando que nunca habían tenido contacto con las armas dado que las encontraron a cien metros de donde fueron detenidos. Nuevamente, los jueces obviaron solicitar la pericia de absorción atómica (que nunca se realizó) que hubiera permitido saber si alguno de los implicados disparó un arma de fuego. En otras palabras, los presuntos vigilantes fueron procesados por un simple razonamiento discrecional, sin considerar lo señalado en el acta fiscal. Una postura igualmente absurda se ha venido dando en el proceso penal por USURPACION AGRAVADA (esto es, con violencia y con múltiples personas) abierto contra SANDRA GREENWICH ALZAMORA y ELTON MAYO HERRERA (Inicialmente, AGUSTIN ROJAS DAVILA fue incluido en el proceso pero fue dejado de lado el 2013 por haber fallecido. Sin embargo, CHIARELLA ha cuestionado el acta de defunción presentada, dado que existen indicios de que sería falsa) Recién el 12 de junio del 2012 – esto es, más de un año después de la tercera invasión- recién se formalizó la investigación fiscal contra estas 3 personas, luego de las investigaciones preliminares que se extendieron más allá de lo razonable. No obstante, la fiscal TERESA QUISPE CHOQUE, quién asumió la fiscalía de Mala luego de la salida “intempestiva” de ARRESE (Cabe agregar que ESCOBAR ARRRESE tuvo que retirarse el año 2012 de la zona de Mala, debido a que la población del lugar realizó una marcha en la que atentaron contra la comisaría, el juzgado y la municipalidad acusando a Arrese y otros de estar coludidos en dos asesinatos por sicariato. La fiscal TERESA VERONICA QUISPE CHOQUE se hizo desde entonces cargo de la fiscalía), optó por solicitar el ARCHIVAMIENTO del caso, señalando entre otras perlas, que “el delito denunciado no ha tenido lugar”, que no existen “documentos idóneos y fehacientes que demuestren la posesión previa del agraviado”, que “en ninguna parte se consigna que se hubiera ejercido violencia física contra el agraviado u otras personas que se encontraban en el predio”, y que nadie dijo conocer a ELTON MAYO o haberlo visto en el lugar de los hechos.

Por su parte, el entonces juez de investigación preparatoria de Mala, CIRILO ENOR SUAREZ MIRAVAL, rechazó el pedido de sobreseimiento alegando, a su vez, que la investigación fiscal estaba mal hecha al no haber hecho los interrogatorios o careos de todos los participantes y, sobre todo, porque la fiscal estaba valorando como ciertos una serie de documentos notoriamente falsos o cuya falsedad ya había sido demostrada, incluyendo certificados de posesión y recibos de impuesto predial presentados por AGUSTIN ROJAS DAVILA, entre otros. En su resolución del 2 de julio del 2013, la Primera Fiscalía Superior de Cañete va a ordenar así que se proceda a la acusación, aceptando los razonamientos del juez y señalando, por ejemplo, que la posesión previa de CHIARELLA se encontraba debidamente probada, por lo que no podía señalarse que no había habido delito alguno. De otro lado, la Fiscalía optó por separar a la fiscal QUISPE del caso y entregarlo al fiscal adjunto provincial del segundo despacho de la Fiscalía Penal Corporativa de Mala, SANTIAGO YARINGAÑO CASTILLO, para que proceda a la acusación, la que se presentó ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Mala, a cargo del juez PEDRO MIGUEL CHACALIAZA HERNANDEZ. Sin embargo, en su primera resolución de control de acusación emitida el 26 de agosto, el magistrado va a repetir casi de manera textual los argumentos de la fiscal QUISPE para ordenar nuevamente el archivamiento del caso.

Ante la apelación presentada por CHIARELLA, la Sala de Apelaciones de Cañete asumió la postura de la fiscalía superior ante las claras pruebas en contra de los implicados, pero sin derivar el caso a otro magistrado, a pesar de conocer su postura en contra. Ante ello, y pasando por encima de lo dispuesto en la instancia superior, el 17 de diciembre -esto es, más de 3 años de ocurrida la tercera invasión- CHACALIAZA volvió a ordenar el archivamiento del caso, manteniendo no solo la opinión de que no existía delito sino un simple “conflicto en cuanto a la titularidad del inmueble”, sino acusando incluso a la fiscalía de “hostigar” judicialmente a la pareja MAYO GREENWICH.

Como puede apreciarse, en ambos procesos son varios los hechos que se ocultan e invisibilizan para favorecer a los invasores: a) por un lado, el intento de homicidio no aparece por ningún lado, ni parece preocupar mayormente a los operadores de justicia, a pesar de ser uno de los principales delitos cometidos; b) la declaración de los vigilantes de la segunda invasión de haber sido contratados por SANDRA GREENWICH tampoco para tener mayor relevancia para la fiscalía o el Poder Judicial; c) en ninguno de los dos procesos se hace mención que parte de las armas encontradas en la segunda invasión eran propiedad de ELTON MAYO, esposo de SANDRA GREENWICH, lo que demostraría su participación directa en los hechos; por el contrario, en todo momento se insiste en que él nunca estuvo presente en el lugar y que nadie dijo conocerlo; y d) en ninguno de los procesos el tema de los documentos probadamente falsos presentados por ROJAS DAVILA y SANDRA GREENWICH para probar “su” propiedad es materia de discusión o denuncia; por el contrario, incluso una fiscal los acepta como pruebas totalmente válidas, mientras que el juez de Mala lo hace indirectamente al asumir que hay un conflicto de títulos, sin precisar que uno de ellos es claramente falso. En este absurdo panorama, ¿qué tipo de justicia puede esperar MANUEL CHIARELLA? Poca o ninguna en realidad. CHIARELLA ha apelado la última resolución de control emitida por el juez CHACALIAZA, y espera que ella sea resuelta a su favor; sin embargo, hasta la fecha de cierre del presente informe no se ha convocado a audiencia, y sabe que los encargados de ello serán los mismos jueces que ya dejaron libre a los que le dispararon; esto es, los jueces ISAIAS ASCENCIO ORTIZ y FEDERICO QUISPE MEJIA. Ello lo lleva, al igual que otros cientos de litigantes que uno encuentra entre Mala y Cañete, a desconfiar en que se le devolverá en algún momento su propiedad, ocupada hoy por más de 2000 toros de una empresa que se llena los bolsillos gracias al despojo de terceros.

D. Cuarto Caso: Recurso de Casación 002022-2012 – Sala Civil Permanente (Fuente: Portal de Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial³⁶)

The screenshot shows a web interface with a red header containing 'Poder Judicial' and 'Servicios'. Below the header, the breadcrumb path is 'Jurisprudencia Sistematizada/Resoluciones Relevantes/Civil/Acto Jurídico'. The main content area is titled 'Acto Jurídico' and contains a table with the following columns: Descripción, Número de Recurso, Distrito de Procedencia, Sala Suprema, Fecha de Resolución, and Descargar. The table lists four entries, with the first entry corresponding to the case mentioned in the text.

| Descripción | Número de Recurso | Distrito de Procedencia | Sala Suprema | Fecha de Resolución | Descargar |
|--|---------------------------------|-------------------------|------------------------|---------------------|-----------|
| "Acorde a lo previsto por el artículo 245 inciso 3 del Código Procesal Civil al considerar la instancia de mérito el inicio del plazo prescriptorio a partir de los documentos contenidos en documentos privados, no respondiendo a establecer desde cuándo han adquirido fecha cierta y producido eficacia jurídica en el proceso a efectos de determinar si en el presente caso ha operado la prescripción extintiva propuesta". | Recurso de Casación 002022-2014 | Lima Norte | Sala Civil Transitoria | 14-ago-2015 | |
| Nulidad de acto jurídico | Recurso de Casación 000957-2014 | Tumbes | Sala Civil Transitoria | 20-abr-2015 | |
| Regulación especial para los casos de impugnación de Acuerdos de una Asociación | Recurso de Casación 2674-2013 | Lima | Sala Civil Permanente | 03-abr-2014 | |
| Nulidad de Contrato de Compra/Venta | Recurso de Casación 002022-2012 | Lambayeque | Sala Civil Permanente | 24-ene-2013 | |

El presente recurso de casación versa sobre un proceso de Nulidad de Contrato de Compraventa y se verificarán los siguientes agravios: i) Verificar si la sentencia de vista ha analizado y valorado actos procesales declarados nulos, a efectos de resolver la controversia; y, **ii) Verificar si las instancias de mérito han motivado debidamente el tema de la buena o mala fe con la que habrían actuado los litisconsortes necesarios al**

³⁶ Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, Resoluciones Relevantes en materia Civil. Disponible en Línea https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_resoluciones_relevantes/as_Civil/. Revisado el 20 de Abril de 2016.

celebrar los sucesivos contratos de compraventa del bien inmueble sub litis.

Los hechos son los siguientes:

Mediante escrito de fecha nueve de mayo de dos mil tres, Sara Ernestina Huamán Ramírez en representación de su hijo Jesús Fabricio Martínez Huamán, interpone demanda contra Miguel Ángel Martínez García, solicitando que se declare la nulidad de los siguientes actos jurídicos: i) El contrato de compraventa celebrado entre Jesús Glicerio Martínez García y Miguel Ángel Martínez García, respecto del bien inmueble ubicado en la avenida San Ignacio números 226 y 232 de la ciudad de San Ignacio; ii) El documento que lo contiene, Escritura Pública número 17 del Bienio 2001/2002, de fecha quince de mayo de dos mil uno, otorgada ante Notario Víctor Mirano Camas; iii) La aclaración de la escritura pública de compraventa ya citada; y, iv) El documento que contiene el acto jurídico de aclaración, Escritura Pública número 142, que se inicia en la página doscientos ochenta, otorgada por el Notario Henry Macedo Villanueva; debido a que existe ausencia manifiesta de la voluntad del deudor en ambos actos Jurídicos. Acumulativamente, solicita la cancelación del asiento registral generado por las escrituras antes mencionadas que aparecen en la correspondiente partida de la Oficina Registral de Jaén.

La demandante alega como fundamentos de hecho de su demanda que, después del deceso de Jesús Glicerio Martínez García, padre de su menor hijo, el hermano de éste, de nombre Miguel Ángel Martínez García, viajó a la ciudad de Rodríguez de Mendoza, departamento de Cajamarca, con la finalidad de elaborar una escritura pública en la que aparece que el extinto le había vendido el inmueble urbano ubicado en la avenida San Ignacio números 226 y 232 de la ciudad de San Ignacio; sin embargo, Jesús Glicerio Martínez García nunca ha viajado a Rodríguez de Mendoza, además que dicha escritura fue elaborada por el ex Notario Víctor Mirano Camas, cuando se encontraba impedido de ejercer funciones notariales al haber sido destituido. Refiere además que, cuando el demandado se percató que no se había consignado la numeración correcta del inmueble en la citada escritura

de compraventa procede a realizar una nueva escritura de aclaración del contrato de compraventa, para lo cual recurre al Notario Henry Macedo Villanueva; sin embargo, en esta escritura no interviene el vendedor Jesús Glicerio Martínez García, en razón de que ya había fallecido; por lo que ambos actos jurídicos son inexistentes ya que no hubo manifestación de voluntad del vendedor, prueba de ello es que Jesús Glicerio Martínez García hipotecó el inmueble y siguió pagando las obligaciones tributarias ante la Municipalidad de San Ignacio luego de celebrada la compraventa.

Mediante sentencia de primera instancia de fojas ochocientos cuarenta y siete, el Juez del Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de San Ignacio, declara fundada la demanda, y en consecuencia nulos los actos jurídicos demandados, tras considerar que, por la inexistencia de la escritura pública de fecha quince de mayo de dos mil uno en el archivo notarial de Víctor Milano Camas, no habría sido posible ordenarse el peritaje de la firma atribuida al vendedor mencionado, pero que la conducta contemporánea a la venta asumida por dicho vendedor, como es la de haber declarado ser propietario del inmueble ante la Municipalidad de San Ignacio y realizar un préstamo hipotecario en la Caja Municipal de Piura, así como lo expuesto por el propio ex Notario Público Víctor Mirano Camas en sus dos escritos de contestación de la demanda que corren a fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y siete y de fojas doscientos cuarenta y tres a doscientos cuarenta y nueve, el hecho que fue destituido de sus funciones, y la no existencia del original de la escritura pública de compraventa que se cuestiona, lo convencen que nunca se celebró un acto jurídico de compraventa entre Miguel Ángel y Jesús Glicerio Martínez García respecto al inmueble sub litis, es decir que Jesús Glicerio Martínez García nunca firmó el contrato de compraventa de quince de mayo de dos mil uno y, por tanto nunca manifestó su voluntad de celebrar ese acto jurídico; por lo que dicho contrato y la escritura pública que lo contiene, otorgada por ante Notario Víctor Mirano Camas, fueron celebrados con posterioridad a la muerte de Jesús Glicerio Martínez García. Refiere además que, en aplicación del principio de accesoriedad, la escritura pública de aclaración otorgada por ante Notario Público Henry Macedo Villanueva, y los asientos registrales

respectivos, también resultan nulos, por adolecer de la manifestación de voluntad del vendedor Jesús Glicerio Martínez García. Finalmente, el A quo sostiene que los litisconsortes necesarios resultan también afectados, por lo que debe declararse la nulidad de las escrituras públicas que éstos celebraron de mala fe.

Por sentencia de vista, la Sala Descentralizada Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, confirma la sentencia apelada, dejando anotado en el fallo que las sucesivas inscripciones de transferencia del bien se sujetarán estrictamente a lo señalado en el artículo 2014 del Código Civil. La Sala de mérito argumentando que las afirmaciones hechas por el ex Notario Público Mirano Camas en sus dos escritos de contestación a la demanda ponen de manifiesto que se trata de una persona poco seria en su actividad funcional, lo que se corrobora con el informe de fojas doscientos dieciocho que señala que en el archivo notarial del citado funcionario no se encuentra la escritura pública cuya nulidad se demanda y que con el número 17 se encuentra registrada una escritura pública distinta, llegando a la convicción razonada que la Escritura Pública de compraventa número 17, de fecha quince de mayo de dos mil uno, es nula por la no intervención del vendedor, puesto que el funcionario notarial que da fe pública de su intervención en dicho acto jurídico ya había sido destituido del cargo notarial, a lo que se suma que no se ha probado la preexistencia de la escritura pública matriz en la que conste la firma del mencionado vendedor; así como la conducta asumida por el vendedor, como es la de haber realizado con fecha posterior a la supuesta venta su inscripción en el Registro de Padrón de Contribuyentes de Autoavalúo ante la Municipalidad de San Ignacio; por lo que es evidente la falta de voluntad de declarar al sujeto vendedor. Sostiene asimismo que, por el principio de accesoriedad, al haberse declarado nulo el acto jurídico de compraventa, también dicha nulidad afecta al acto jurídico que lo aclara. Finalmente, la Sala de mérito sustenta que, si bien, con posterioridad se han realizado nuevas transferencias de dominio sobre el bien, los nuevos registros deberán sujetarse al principio de buena fe pública registral que contempla el artículo 2014 del Código Civil, tanto más si en el caso de autos aparece que se anotó

oportunamente que el bien inmueble se encontraba en litigio y por ende los compradores posteriores no pueden alegar la buena fe.

El presente caso se trata de una demanda de Nulidad de Acto Jurídico interpuesta por Sara Ernestina Huamán Ramírez en representación de su hijo Jesús Fabricio Martínez Huamán, la cual fue declarada fundada en primera instancia y en segunda instancia, sin embargo, el Recurso de Casación 002022-2012, resuelto por la Sala Civil Permanente, interpuesto por el demandado Miguel Ángel Martínez García, fue declarado fundado, ahora bien, si fuera sólo por cuestiones procesales, no habría ningún problema, pero en esta Casación se desliza un argumento para la protección al tercero de buena fe, sin importar de que el caso se basa en una escritura pública de compraventa donde vende una muerto, y por tanto, la falsificación es obvia, además que el notario que interviene en esa supuesta compraventa y posterior aclaración, ya no estaba en funciones.

Podríamos comentar muchos casos más, puesto que estos se encuentran a la orden del día en diferentes ciudades del país, y los medios de comunicación escritos, radiales y televisivos informan en forma permanente casos similares.

Podemos concluir lo siguiente que definitivamente un Derecho Civil Justo, y un proceso civil justo, se materializan, en una sentencia justa, que no avala ni convalida cuestiones absurdas, ni fraudulentas, pues ello, atenta contra todo el sistema de justicia, cuyo fin es buscar, alcanzar, actuar y dar justicia.

1.5. NOCIÓN DE PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Según Miguel Reale, “toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de principios, es decir, de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base del saber. (...) Los principios son verdades fundantes de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de investigación y de praxis. (..) Los principios generales del Derecho son enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas formas”³⁷.

La posición positivista de Reale, conlleva como efecto que considere que los principios son normas, y siguiendo esa línea de razonamiento, no son cualquier tipo de normas, sino que cumplen la función orientadora y ayudan a una correcta aplicación e integración ante los vacíos y/o deficiencias de las normas.

Así también, Manuel Albaladejo, señala que “Los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho Positivo contenido en leyes y costumbres y en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico”³⁸.

Esto significa que los principios generales del Derecho, ayudan a establecer el contenido de las normas, esto es fácil de demostrar, pues, existen diversas normas tanto de índole constitucional, penal o civil que han introducido principios jurídicos, literalmente, V. Gr. El Ne bis in Idem, el cual

³⁷ Reale, Miguel. Introducción al Derecho. Trad. De Jaime Brufau Prats, Edit. Ediciones Pirámide, S.A. – Madrid, 6ta Ed. 1984, págs. 139, 140.

³⁸ Albaladejo, Manuel. Derecho Civil, Tomo I, Introducción y Parte General, Edit. Librería Bosch. S.L. XV Ed. 2002, pág. 112.

se puede usar tanto en materia penal, y procesal penal o también tenemos el *lura Novit Curia*, entre otros principios jurídicos, que se encuentran recogidos en la legislación nacional o internacional.

En la doctrina nacional, Marcial Rubio Correa, considera que los principios generales del Derecho “son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento³⁹”.

El mismo autor⁴⁰ señala que los principios pueden ser conceptos susceptibles de definición, Vrg. La justicia, la equidad, la libertad, la igualdad, la democracia, entre otros. Por otro lado, los principios también pueden ser proposiciones, cuasi como enunciados normativos, Vrg. “El primer derecho es mejor derecho”; en ese sentido, Albaladejo considera que “con frecuencia los principios generales del Derecho, se formulan como máximas, como *regulae iuris* o como aforismos jurídicos, (...) éstos son vehículos convenientes en la práctica y utilizados frecuentemente por el Tribunal Supremo en sus sentencias, para hacer patentes aquéllos. Tal ocurre cuando se dice: *Pacta sunt servanda*, *Res Perit Domino*. *Ad Impossibilia nemo tenetur*”⁴¹.

La naturaleza axiológica de los principios hace que éstos estén compuestos de valores, éstos pueden ser fijos o dinámicos, es decir, están condicionados a las ideas de determinada época, también diríamos que están condicionados a los problemas que se quieran solucionar en determinada situación; sin embargo, a pesar de ello, hay principios generales

³⁹ Rubio Correa, Marcia. *El Sistema Jurídico Peruano, Introducción al Derecho*, 10° Ed. Fondo Editorial PUCP, pág. 284

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Albaladejo, Manuel. *Ob. Cit.* pág.125

del Derecho que siempre han estado presentes, pues son inherentes al sistema jurídico, como por ejemplo la justicia.

1.5.1. CATEGORÍAS DE LOS PRINCIPIOS

a) PRINCIPIOS OMNIVALENTES

Son válidas en todas las formas del saber. Tal es el caso de los principios de identidad y de razón suficiente.

b) PRINCIPIOS PLURIVALENTES

Son aplicables a varios campos del conocimiento. Tal es el caso del principio de causalidad, esencial en las ciencias naturales, pero no extensivo a todos los campos del conocimiento.

c) PRINCIPIOS MONOVALENTES

Sólo valen en el ámbito de determinada ciencia. Tal es el caso de los principios generales del Derecho.

El Derecho tiene principios que son exclusivos e inherentes a él, pero eso no significa que no podamos aplicar al Derecho principios de otras ciencias, pues, pareciera que le son acoplables los principios de las ciencias sociales y/o económicas, razón por la cual también hablamos de la sociología jurídica y del análisis económico del Derecho.

1.5.2. NIVELES EN LOS QUE LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMAN AL DERECHO

Según Marcial Rubio Correa⁴² tenemos hasta cuatro niveles:

- a) El primero es el de validez general, universal para todo el fenómeno humano y por ende para el Derecho. Los principios generales son preceptos

⁴² Rubio Correa, Marcial. Ob. Cit. pág. 285, 286

ideológicos de una sociedad para una determinada época, que tienen validez para diversos campos de la vida, como la libertad, la igualdad, la justicia, éste precepto ideológico, normalmente obedece también a un determinado tiempo y lugar.

- b) Un segundo grupo de principios del Derecho, que sirven para todos los Derechos establecidos, son de naturaleza técnica, y también de carácter valorativo, es decir, sirven para aplicar el derecho.
- c) El tercer grupo de principios rige a un derecho determinado y caracteriza a otros, por ejemplo, en el Perú tenemos, el principio de no hay delito sin ley, éste principio sólo es aplicable al Derecho Penal.
- d) El cuarto grupo de principios, informa sobre diversos aspectos parciales de un sistema jurídico determinado. Pueden situarse en un determinado conjunto, subconjunto, grupo normativo o norma individual, por ejemplo, el principio de la forma republicana de Estado, el cual es particular a nuestro sistema, pues existen otros que tienen formas distintas como por ejemplo la monarquía o el parlamentarismo.

1.5.3. LAS FORMAS DE LA JUSTICIA

Para José María Cervantes de la Torre⁴³, la justicia se ha manifestado de diversas formas en el desarrollo del ser humano, así tenemos:

a) Justicia conmutativa

La justicia conmutativa, es la que se encuentra dirigida por el orden de un individuo a otro, o de personas privadas entre sí, es decir, consiste en los cambios que mutuamente se realizan entre dichos individuos. La

⁴³ Hans Kelsen. Introducción a la teoría Pura del Derecho. Estudio Introdutorio: José María Cervantes de la Torre. Edit. Librería Jurídica El Renacer. 1ra Ed, marzo 2009, págs.93-95.

labor de la justicia conmutativa consistirá en establecer la igualdad de las contraprestaciones y por ello, el equilibrio que debe presidirlas.

b) Justicia distributiva

Consiste en una ecuación de igualdad moral entre el mérito de cada uno y su participación en el bien común. De allí que se refiera a los individuos, pero considerándolo como miembros de un estado o sociedad. Este es el sentido aristotélico de la denominada proporcionalidad geométrica, aplicable a la justicia distributiva. En efecto, aquí el jurista busca la igualdad proporcionalmente desigual, es decir, una proporción entre los bienes o las cosas y las personas.

c) Justicia General o Legal

La justicia legal es aquella que ordena al hombre en forma inmediata al bien común; el bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte se ordena al ser del todo, por lo que el bien de un pueblo es superior al bien de un solo hombre.

d) Justicia Social

Se le asigna a la justicia social el papel de reguladora de las relaciones de los grupos sociales entre sí, como las clases sociales y de los hombres en cuanto son miembros de esos grupos.

1.5.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS

Este es un tema polémico, donde aún no se encuentra unanimidad; pues, el punto de partida de ésta discusión es si los principios son normas jurídicas o sino no son normas jurídicas qué son. Pareciera que la respuesta ha de variar de acuerdo al concepto de Derecho que tengamos, pues, si para una persona el Derecho son sólo normas, parece irracional que incluyamos la aplicación de principios, si éstos, no son normas. Por otro lado, está la tesis de Ronald Dworkin, quién sí hace efectiva varias diferencias entre las reglas o normas y los principios, en ese sentido, señala: “Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte,

diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de Riggs y el de Henningsen. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. (...) En el caso Riggs, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso Henningsen, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva forma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles”⁴⁴.

Al respecto se han generado diversas teorías; Manuel Albaladejo⁴⁵ señala tres:

- a)** Se trata de los principios jurídicos del Derecho positivo, principios que se logra determinar, por abstracción, de las normas singulares que componen aquél.
- b)** Se trata de principios jurídicos más allá de las normas legales (y consuetudinarias): como principios del Derecho natural, o del Derecho científico (los principios más generales de la ciencia jurídica).
- c)** Se trata de los principios del Derecho positivo legislado (o consuetudinario), pero no solamente de ellos, sino que, cuando se agotan, se puede recurrir a estos otros principios jurídicos de la segunda teoría, pues la frase principios generales del Derecho, admite aquéllos y éstos.

⁴⁴ Dorwkin, Ronald. Los Derechos en Serio. Traducción de Marta Guastavino, Edit. Ariel, España, 1ra Ed. 5ta reimpresión, abril 2002, pág. 80.

⁴⁵ Albaladejo, Manuel. Ob. Cit. pág. 114, 115.

En este último sentido respecto a los principios generales del Derecho se pronuncia Rubio Correa, “podemos decir que pueden estar o no contenidos en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia. Así, los principios de no hay delito sin ley, ni pena sin ley, ni pena sin proceso con garantías, que son propios del Derecho Penal, están recogidos en los primeros artículos del Código penal y en el mismo texto constitucional. Lo propio ocurre con los referentes a las formas democráticas y republicanas de organización del Estado. Sin embargo, en nuestro Derecho escrito no existe una definición del Derecho como el arte de lo justo, equivalente a la que contiene la Instituta de Justiniano. Ello no significa, no obstante, que en el Perú este principio general no rija. Esto quiere decir que los principios generales pueden obtenerse a partir del Estudio de la ratio de los textos de las normas, grupos, subconjuntos, conjuntos, etc., pero también pueden ser obtenidos a partir de otros medios, principalmente la doctrina. Esto hace notar la importancia que, para el adecuado manejo del Derecho, tiene el estudio constante de sus diversas fuentes, no solo en sus textos, sino también en el sentido y significados transliterales que pueden obtenerse de ellas en relación a los principios generales⁴⁶”.

Las palabras del Dr. Marcial Rubio Correa, son realmente inspiradoras para la elaboración del presente trabajo, pues, no es en vano el investigar y por ende estudiar los principios generales que inspiran el Derecho Peruano, la mayoría de estudios realizados son a partir de un análisis exegético de las normas, es decir, sólo de las normas vigentes, y pareciera que todas las normas jurídicas, están bien, o son buenas, ni siquiera nos preguntamos si determinada norma es correcta o incorrecta o si podría ser de otra forma o mejor; el positivismo usual con el que aprendemos derecho, no es suficiente para formar abogados con una visión crítica, el Derecho tiene diversas fuentes, es decir, tiene su origen de diferentes formas y lugares, muchos de los principios jurídicos provienen del pasado, y tienen

⁴⁶ Rubio Correa, Marcial. Ob. Cit. pág. 286.

su sustento por ejemplo, en la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina o también debemos considerar los distintos sistemas jurídicos, o familias jurídicas, civil law, romano germánico, la escuela exegética francesa, el pandectismo alemán, la escuela histórica del derecho de Savigny, entre otros; el Derecho, no nació ayer, el Derecho de hoy ha sufrido transformaciones, y no todas son buenas, son correctas ni son las mejores, razón por la cual es necesario, ahondar en los estudios jurídicos, e ir más allá de los textos normativos y hay que transformar el Derecho, hacía un derecho más justo.

1.6. NORMAS JURÍDICAS NACIONALES QUE LEGISLAN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En el Perú, tenemos dos normas que hacen mención expresa a la utilización de los principios generales del Derecho el artículo 139 inc. 8 de la Constitución Política del Perú y el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que prescriben lo siguiente:

Para un correcto análisis de la aplicación de los principios generales del Derecho, en el Perú, es menester analizar estos dos dispositivos legales, y determinar el cuándo son aplicables los principios, qué significan los términos, vacío, deficiencia, defecto de la ley.

1.6.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 139 INC. 8 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Art. 139 inc. 8: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

Por este precepto, entendemos que el legislador es consciente de que puede cometer errores, o que no necesariamente ha pensado en todo, y esto se suma a los problemas de técnica legislativa que normalmente aquejan nuestra realidad jurídica peruana, la finalidad de este precepto es la de integrar el Derecho.

Los magistrados en el Perú, no deben dejar de administrar justicia, por ninguna razón o circunstancia, es decir, no pueden pronunciarse en una resolución señalando que no existe norma aplicable, para el presente caso; eso sería contravenir esta disposición constitucional; el legislador ha considera que ante los casos donde no exista norma, o la que exista fuera deficiente, es decir, oscura, dudosa, deben aplicarse los principios generales del derecho.

Cuando el legislador señala vacío de la ley, se puede decir que es una imprecisión técnica, puesto que en doctrina, se entiende que se está refiriendo técnicamente a una laguna jurídica; así Marcial Rubio Correa considera que “ante un caso de ausencia de norma, la consideración jurídica puede ser bien la de que estamos ante un vacío del Derecho para el que no hay que integrar norma, o bien ante una laguna del Derecho ante la que sí hay que integrar”⁴⁷; es decir, tenemos un vacío cuando la no regulación de un determinado hecho o conducta por parte del legislador es intencional; y tenemos una laguna cuando, sí se ha querido legislar sobre algo expreso, pero las normas dadas no son suficientes, o hay un problema en la redacción del dispositivo legal, pues, contraviene una norma constitucional, incluso a nivel interpretativo y por eso es necesario integrar el Derecho, en cambio ante un vacío de la ley, no se utiliza las técnicas de integración, como pueden ser la analogía, o la utilización de los principios generales del Derecho.

⁴⁷ Rubio Correa, Marcial. Ob. Cit. pág. 262

1.6.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

La ley como toda obra humana es imperfecta, no hay sistema jurídico donde las normas sean perfectas, ni tampoco existen los sistemas jurídicos perfectos; es por tal razón que el legislador, señala que se deben aplicar los principios generales del Derecho para solucionar estos problemas, que tarde o temprano se presentarán en nuestra normatividad civil. Según Walter Gutierrez Camacho⁴⁸, las lagunas del derecho se presentan en tres casos:

a) Cuando la ley solo da al juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares (entonces la ley remite al juez de buena fe o a los usos del tráfico o deja a su apreciación si existe un mal uso). Este caso es el que la doctrina llama un vacío intralegen, que consiste en la falta de regulación querida por la misma ley. Se presenta cuando la ley se limita a dar directivas de carácter general y deja al juez la tarea de completarlas al aplicar la norma al caso específico.

b) Cuando la ley calla en absoluto (ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho).

c) Cuando la ley es incompleta. Se refiere al caso en que la ley regula una materia, pero sin tener en cuenta alguna de sus posibilidades.

⁴⁸ Gutierrez Camacho, Walter. Código Civil Comentado. Edit. Gaceta Jurídica, 3ra Ed. diciembre 2010, pág. 62, 63.

El mismo autor⁴⁹, citando a Bobbio señala lo siguiente “De igual modo, no puede afirmarse que estamos frente a una laguna cuando, existiendo norma, su aplicación produciría un resultado arbitrario o no deseable ("laguna ideológica)". Asumiendo que el legislador no hubiera legislado en dicho sentido de haber conocido tales resultados. Como se advierte, en este caso no se trata de la ausencia de una solución cualquiera, sino de una solución justa. Estas supuestas "lagunas" no surgen de un defecto del ordenamiento legal como tal, sino de su confrontación con la realidad. Es obvio que en todo sistema legal es posible identificar normas "injustas" o que pueden parecerlo. Sin embargo, en rigor solo deberá entenderse como una "laguna" ideológica cuando tal vacío ponga en riesgo al sistema legal y amenace con deslegitimarlo. La solución frente a este problema será jurisprudencial e inevitablemente echará mano de los principios generales.

Pareciera que existe una contradicción, ¿existen o no existen las lagunas ideológicas? Las lagunas del derecho existen de diversas formas, una de ellas es cuando no existe norma aplicable a un caso por descuido del legislador y otra forma es cuando la norma existe, pero su aplicación deslegitimaría el sistema, es decir, cuando es injusta, ahora bien, cuándo es injusta, cuando se contradice así misma; en esos casos, qué debe aplicarse, la respuesta es obvia, según las normas citadas con anterioridad, deben aplicarse los principios jurídicos.

Al respecto Pierluigi Chiassoni, afirma que “una laguna axiológica es la situación en la que, como se ha apenas visto, en un sistema jurídico, respecto de un supuesto de hecho abstracto jurídicamente relevante y de una determinada quaestio iuris, se considera que, al menos prima facie, hay una norma que no debería estar; y, correlativamente, no está, cuanto menos prima facie, la norma que debería estar. La norma prima facie vigente es axiológicamente subótima. (...) es subóptima, ya sea porque es incompatible respecto de alguna otra norma, superior, del mismo sistema o de otro

⁴⁹ Gutierrez Camacho, Walter. Ob. Cit. pág. 62.

sistema normativo, ya sea porque resulta incompatible (incongruente, inadecuada) respecto de elementos diferentes de normas (que asumen sin embargo la función de criterios de valoración en razón de normas presupuestas)”⁵⁰

Alchorrón y Bulygin, sostienen “que existen diferentes supuestos para las llamadas lagunas axiológicas: a) Un caso está regulado en un sistema normativo (ausencia de una laguna normativa); b) En la regulación del caso, sin embargo, las normas del sistema no tienen en cuenta una circunstancia (propiedad, distinción) que, en cambio, debería tener en cuenta a la luz de un criterio de valoración (o criterio axiológico) que el intérprete reputa como pertinente; c) La inadecuación axiológica del sistema normativo se manifiesta en particular, en la ausencia de una norma que regule el caso teniendo en cuenta la circunstancia omitida; o, también podríamos decir, en la ausencia de una norma diferenciadora. (...) es decir, el sistema no traza una distinción que debe ser trazada”⁵¹.

En nuestra investigación, es posible afirmar que existe una laguna ideológica o también llamada axiológica, en el sentido de que la aplicación sin restricción, o distinción del principio de la buena fe registral -pues, no existe supuesto en el que no se proteja al tercero de buena fe- conlleva a que el sistema este admitiendo como una forma de obtener la propiedad la falsificación o la suplantación; este hecho contraviene todo sentido de justicia que nuestro ordenamiento jurídico tiene por fin.

Por tanto, la protección al tercero de buena fe, debe tener una excepción, dicha excepción sólo es posible cuando declaramos la inexistencia del negocio jurídico (en teoría es lo correcto), reconocer que el

⁵⁰ Chiassoni, Pierluigi. Técnicas de Interpretación Jurídica, Breviario para Juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Colección Filosofía y Derecho, Directores: José Juan Moreso Mateos y Jordi Ferrer Beltrán, Edit. Marcial Pons, Madrid 2011, pág. 238.

⁵¹ Ob. Cit. Chiassoni, Pierluigi. Técnicas de Interpretación Jurídica, Breviario para Juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Colección Filosofía y Derecho, Directores: José Juan Moreso Mateos y Jordi Ferrer Beltrán, Edit. Marcial Pons, Madrid 2011, pág. 241.

acto de disposición en una escritura pública falsificada o realizada mediante suplantación nunca generó efectos jurídicos en la esfera subjetiva del propietario primigenio, sino que sólo tuvo efectos en la apariencia de la titularidad, en dichos casos, la apariencia no es suficiente para mantener la buena fe del adquirente; y por tanto, es posible recuperar el bien de quien se encuentre protegido por dicho principio.

1.6.3. JURISPRUDENCIA RESPECTO AL USO DE PRINCIPIOS Y/O TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN JURÍDICA

a) CASACION N° 5135-2009 CALLAO

“(…) el legislador ha querido fomentar la circulación de los bienes, de manera que los actos jurídicos celebrados entre las partes no puedan ser después cuestionados y, en su caso, invalidados. Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la otorga los datos que brinda los Registros Públicos, de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Es, por lo tanto, el principio de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), el principio de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y el principio de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para solucionar estos conflictos, pues ello permite la circulación de bienes y la que brinda a los terceros y al Estado los respaldos necesarios para realizar los negocios jurídicos que se deban efectuar en la vida en relación”.

En esta casación a nuestro entender, está dando por cierto algo que contradice el acceso a la justicia (un principio) o la tutela jurisdiccional efectiva (otro principio), pues, señalar que el legislador ha querido fomentar la circulación de los bienes, a tal punto que los actos jurídicos celebrados entre las partes no puedan ser cuestionados posteriormente es una idea totalmente incoherente con el sistema de nulidades o de ineficacias que

tenemos, pues en ambos casos se necesita un acto jurídico válido, si fuera cierto lo argumentado no tendríamos ese tipo de remedios contractuales. Asimismo, considero necesario establecer que existen principios generales del Derecho y principios de una determinada área o rama del Derecho, y que en ocasiones, como ésta, tal vez, se aplican incorrectamente, pues se sobreponen al principio de no dejar de administrar justicia y seguridad jurídica, la misma que debe proteger al propietario que diligentemente ha inscrito su propiedad en los Registros Públicos y confía en dicho sistema para proteger su propiedad.

b) CAS. Nº 3565-2012-CALLAO. MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD

Según el principio “primer derecho es mejor derecho” no se puede dejar sin protección jurídica al titular originario del derecho de propiedad del bien sub litis, esto es, a la demandante Municipalidad Distrital de La Punta, quien tiene su derecho reconocido por inscripción de su título con anterioridad al de los demandados.

En esta jurisprudencia se aplica un principio general del Derecho, por encima de los principios registrales, lo cual es correcto, puesto que de lo contrario se favorecería a aquellos que han logrado inscripciones a través de artimañas o fraudes.

c) CAS. Nº 1227-2012-LIMA. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El código civil no señala plazo de prescripción para interponer demanda de ineficacia de acto jurídico excepto en el caso de la acción pauliana. Por lo que en aplicación de los principios de integración normativa dicho plazo debe fijarse en dos años.

En esta jurisprudencia se aplica la analogía como método de integración jurídica.

1.7. ¿COLISIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS?

El principio que se ha estado aplicando para solucionar el problema que tienen aquellas personas que han inscrito sus propiedades en los Registros Públicos, pero que están perdiendo la titularidad de las mismas, por el actuar de mafias o grupos organizados que falsifican escrituras públicas (compraventas o poderes) y luego realizan ventas sucesivas, generando en el último comprador una apariencia de buena fe; es llamado, “Principio de Buena Fe Registral”, el cual se encuentra positivizado en el artículo 2014 del Código civil que prescribe lo siguiente: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”

El principio anteriormente señalado, no es el adecuado para solucionar este conflicto entre el verus domini y el último adquirente (cuando se trata de una falsificación o de una suplantación), es más, la aplicación ultranza de este principio en estos casos, desnaturaliza el sistema de transferencia de propiedad; la lógica nos lleva a deducir que el principio aplicable en nuestro sistema jurídico es el “nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” (Digesto, ley 54, Título 17, Libro 50): Nadie puede transmitir un derecho que no tiene; o también “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene”. Es cierto que este principio tiene excepciones, por ejemplo, desde la perspectiva obligacional, una persona puede obligarse a vender un bien que no le pertenece (obligación estática), sin embargo, esto deviene en un problema cuando quieres ejecutar dicha obligación (obligación dinámica), en este sentido el Jurista Francés Pothier, ya hace mucho tiempo señalaba que “Pueden venderse no solo las cosas propias sino las ajenas y estas sin el consentimiento de su dueño, verdad es que aquel que vende una cosa que

no es suya no puede sin el consentimiento del dueño transferir su dominio, según aquella regla de derecho *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* l. 54 ff de reg. jur. pero tampoco se requiere esta circunstancia para el contrato de compraventa pues basta para su validez que el vendedor quede debidamente obligado a hacer adquirir al comprador la cosa vendida y tal obligación no deja de ser válida por más que no esté en poder del vendedor el cumplirla a causa de denegarse el dueño a vender su cosa, basta que lo que el vendedor prometió fuese posible en sí, aunque no estuviese en su poder e impute a su propia ligereza el haberse comprometido temerariamente⁵².

Según el estudio histórico realizado por Javier Esteban Rodríguez⁵³ las fuentes extrajurídicas de Grecia y Roma sugieren que el argumento “*nemo plus*” tiene su origen en la dialéctica, y probablemente fue un argumento creado por los sofistas; uno de los primeros en ofrecer una exposición detallada de este principio fue Aristóteles; en Roma el argumento sería un lugar común de la oratoria, pero por su amplia difusión se aplicaría en diversos contextos y a su vez tendría diversos significados. La evidencia proporcionada por las fuentes literarias y jurídicas de la antigüedad contrasta con las posturas defendidas por la romanística moderna, donde se suele asumir el carácter universal e infalible de este argumento. Sin embargo, esta postura no fue siempre asumida de dicha forma, pues, la noción “*nadie puede dar lo que no tiene*” se encuentra empleada para señalar la solución a un caso concreto, mientras que en otros casos aparece como un mero punto de referencia que permite destacar que en ocasiones jurídicamente alguien sí puede dar lo que no tiene. A pesar de ello, casi a finales de la Edad Media surgiría una interpretación que procuraría erradicar toda posible excepción a

⁵² Pothier. Tratado Contrato de Compra Venta. Traducido al Español con notas del Derecho Patrio. Editorial Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, Rambla, Ex Convento de Capuchinos, año 1841, pág. 10.

⁵³ Javier Esteban Rodríguez Diez. Origen y evolución de la regla “*nemo plus iuris*”, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección historia de los dogmas] XXXVII (Valparaíso, Chile, 2015). [Artículo en Línea] Revisado el 20 de abril de 2016.

la regla de D. 50,17,54, dicha interpretación se apoya sólo secundariamente en las fuentes jurídicas romana; esto a su vez tuvo un impacto directo en la romanística moderna, generando una preconcepción de infalibilidad en torno a la regla “nemo plus iuris”. La jurisprudencia romana suele emplear este argumento sólo para describir una regla general y sin pretensiones de formular soluciones libres de excepciones, resultando por lo tanto indiferente que dichos textos hubieran estado originalmente referidos a negocios formales de enajenación o no.

De lo expuesto anteriormente nos queda claro que ningún principio es absoluto, y que los principios pueden tener excepciones, incluso el Nemo Plus Iuris, depende del caso concreto, pero también el principio de la buena fe registral.

En el problema planteado, existen dos principios que podrían ser aplicados, el “Nemo Plus Iuris” y el principio (positivizado) de la buena fe registral; es cierto que (no es así, cuando hay colisión entre normas se producen antinomias y para superarlas se aplican los criterios para resolver las antinomias, es decir el criterio jerárquico, cronológico, de especialidad, etc), cuando hay colisión entre una norma y un principio se puede aplicar el control difuso, pero cuando hay colisión entre dos principios ¿qué se puede hacer? Probablemente sólo nos queda ese recurso subjetivo de la ponderación.

Las excepciones al Nemo Plus Iuris en la actualidad podrían ser V. Gr. cuando luego de un acto jurídico simulado, que cuenta con la participación del verus domini (verdadero propietario) el dueño aparente vende a otro, en este caso, se debe proteger al último comprador, también en el caso de la actuación de un falso procuratur, necesitas la intervención del verus domini para dar el poder, o por lo menos la manifestación de voluntad de dar un poder, y el apoderado abusa del poder que se le ha dado, en este caso también se protege al tercero de buena fe. En fin, puede haber muchos otros supuestos donde el nemo plus iuris tenga que quedar relativizado, sin embargo, la regla es que el verus domini participa de alguna manera o forma; pero ¿qué sucede cuando nunca interviene el verus

domini? En este caso debería primar el principio nemo plus iuris, porque en nuestro sistema jurídico, el acto de falsificar una escritura pública, o suplantar a una persona (el propietario) en la realización de escritura pública, son actos jurídicos negativos, que son tipificados como delitos, delitos contra la fe pública, o delitos contra el patrimonio, pero no pueden ser considerados negocios jurídicos para que les sea aplicable la categoría de la invalidez; sino que deben ser declarados ineficaces porque no es posible reconocer un negocio jurídico en esos actos, a ello la dogmática civil va a llamar “negocio jurídico inexistente” y por tal razón, puede ser aplicable la teoría de la inexistencia del negocio jurídico.

SUB CAPÍTULO II

EL NEGOCIO JURÍDICO

2.1. ANTECEDENTES

Para realizar correctamente el estudio y análisis del negocio jurídico, debemos preguntarnos cuál es el origen de esta figura, y de dónde hemos importado la técnica legislativa con la cual se encuentra positivizada en el código civil peruano.

En el Derecho Romano se pueden hallar los términos “actus y negotium”⁵⁴, donde “actum es la palabra general (verbum generale), que se usa para indicar que algo sea actuado. (...), en tanto que el término negotium, por su parte, frecuentemente en plural (negotia), significa el conjunto de asuntos patrimoniales que interesa a alguien, indistintamente referidos a actuaciones jurídicas o puramente materiales”⁵⁵.

No es cierto que el origen del negocio jurídico sea el código francés de 1804 –en este código sólo se llega a la abstracción de las convenciones–, ahora tenemos que reconocer que la doctrina elaborada por los pandectistas alemanes, logra desarrollar en gran manera el negocio jurídico, y así se materializa en el Código Civil Alemán (BGB) del año 1896, sin embargo, el primer instrumento legislativo, es decir, el primer código civil en regular el negocio jurídico fue el Código Civil de Sajona de 1863⁵⁶. Obviamente la abstracción que se realizaba en los

⁵⁴ Guzmán Brito, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. Rev. estud. hist.-juríd. [online]. 2004, n. 26, pp. 187-245. ISSN 0716-5455. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552004002600007>.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 187.

⁵⁶ Espinoza Espinoza, Juan. Acto Jurídico Negocial. Editorial Gaceta Jurídica, 2011. Lima, p. 25. “Art. 88. Un acto cuya voluntad se dirige, en concordancia con las leyes, a crear, extinguir o modificar una relación jurídica es un negocio jurídico”.

códigos del área germánica (Prusia, Sajonia, Alemania) era la tricotomía de personae, res, acciones en que se fundan las Institutiones de Justiniano y que como bien explica Alejandro Guzmán Brito⁵⁷ aparecen sustituidas por la tricotomía de Personen (persona), Sachen (cosa), Handlungen (Rechtsgeschäft) (acciones, que vendría a ser el negocio).

En uno de los últimos trabajos publicados por el profesor Leysser León afirma que: “Por mucho tiempo, se consideró a Daniel Nettelblandt (1719-1791), catedrático de la Universidad de Hälle, como el autor de la más antigua exposición racionalizada sobre los negocio jurídicos, a saber, la recogida en su obra Systema elemnetare universae iurisprudetae positivae, cuya primera edición se publicó en 1749. Investigaciones más recientes, han permitido retroceder la datación y otorgar los merecidos reconocimientos a las contribuciones de Johann Ulrich von Cramer (1702-1776) y Cristina Ferdinand Harpprecht (1718-1758). Rouhette considera como precursor de la categoría al filósofo y jurista Jean Bodin (1529-1596), mientras que para Sacco, el negocio jurídico tiene su tratamiento más antiguo en Lo Codi, un epítome compuesto sobre la base del Codex de Justiniano, escrito originalmente en lengua provenzal, que se remonta al siglo XII”⁵⁸.

Ahora bien, si nos preguntamos a cuál de estas fuentes tuvo acceso el legislador peruano al momento de la elaboración del código civil de 1936, y de 1984, la opinión es variada, algunos dicen que Olaechea y en su momento León Barandiarán tenían influencia germánica, sin embargo, reconocida parte de la doctrina acepta la influencia brasileña, a través del Código de Teixeira de Freitas, otros la doctrina argentina de Velez Sarfield, en conclusión, es posible que tengamos la base del código civil de otros países de Latinoamérica, sin

⁵⁷ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. p. 187

⁵⁸ León Hilario, Leysser. “Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano”. En Obra Colectiva: “El Negocio Jurídico”. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima-Perú, diciembre 2014, pág. 34.

embargo, para el correcto estudio de la fenomenología del negocio jurídico debemos remontarnos a la doctrina alemana, así como también debemos considerar lo planteado por la doctrina Italiana –donde aún luchan por la existencia del negocio jurídico– y Portuguesa –que hace unos años cambio el Nomen Iuris de Acto Jurídico a Negocio Jurídico–.

2.2. NEGOCIO JURÍDICO O ACTO JURÍDICO: CUESTIÓN DE TERMINOLOGÍA

Acreditada doctrina nacional desarrolla diferencias entre el acto y el negocio, sin embargo, también encontramos juristas que afirman que el negocio y el acto son lo mismo, pues, coexisten en una relación de sinonimia⁵⁹, las diferencias serían Según Lhomann Luca de Tena⁶⁰ que el Negocio Jurídico es una especie del Acto jurídico, El acto jurídico admite la manifestación de voluntad (género) en tanto que el negocio jurídico solo admite la declaración de voluntad (especie), dicho de otra forma, la primera admite la voluntad interna y externa y para la segunda sólo es importante la externa, es decir, la exteriorización de la voluntad⁶¹. Por su parte Barandiarán⁶² señala que el acto jurídico permite efectos jurídicos lícitos o no; pero el negocio respeta sólo el hecho lícito. Al leer y releer el artículo 140 de nuestro código civil, donde señala que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a: Crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que para su validez se requiere: Agente Capaz, Objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Podemos observar nítidamente

⁵⁹ Vidal Ramírez, Fernando. El Acto Jurídico. Edit. Gaceta Jurídica, 5ta Ed. Agosto del 2000, pág. 41.

⁶⁰ Lomhann Luca de Tena, Guillermo. El Negocio Jurídico. Edit. Librería Studium. 1ra Ed. febrero 1986 pág. 43.

⁶¹ Ídem.

⁶² León Barandiarán, José. Tratado de Derecho Civil. Concordado con el Código Civil de 1984, T. II, Edit. WG Editor, Lima 1991, pág. 37.

que la palabra clave es “destinada”; pero clave de qué es ello, es clave pandectista, tal es así, que respetada doctrina nacional considera que sí es posible utilizar la denominación negocio jurídico, porque lo que se quiso legislar es exactamente ello, el “negocio jurídico”, y como bien señala Leysser León, “podría asumirse, por ejemplo, que el Legislador peruano ha establecido la regulación del acto jurídico negocial, y crear, a partir de esta constatación, y si así, lo impone la solución de problemas concretos, una doctrina de actos jurídicos no negociales”⁶³ –llamados también actos jurídicos en sentido estricto– (y para completar la idea) también tenemos actos jurídicos negociales –obviamente el negocio jurídico–.

Asimismo, debemos ser conscientes de los problemas de traducción que tuvieron las obras de los alemanes al francés; ya en su momento Vidal Ramírez⁶⁴ advertía que el Nomen Iuris de acto jurídico, como aparece en la traducción de las obras de los autores franceses, presentaba una confusión lingüística, pues existía una dificultad léxica ante la imposibilidad de usar el término “*affaire juridique*” para traducir el negocio jurídico, razón por la cual, utilizaron el término “*acte juridique*” (acto jurídico). Por otro lado, tenemos la investigación del profesor Leysser León, quien sostiene que la “llamada teoría francesa del acto jurídico, no es otra cosa que la original alemana, sin más modificación que la nominativa. (...) Si los juristas franceses hablan de *actes juridiques*, es porque la locución *affaires juridiques* –el estricto equivalente de los *Rechtsgeschäfte*–, además de malsonante, no les

⁶³ León Hilario, Leysser. Los Actos Jurídicos en Sentido Estricto. Sus Bases Históricas y Dogmáticas. En Obra Colectiva: Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Directores: Freddy Escobar Rozas, Rómulo Morales Hervías y otros. Edit. Grijley. 1ra Ed. 2004. pág. 06.

⁶⁴ Vidal Ramírez, Fernando. Ob. Cit., pág. 42.

dirían absolutamente nada”⁶⁵; entonces, la teoría francesa del acto jurídico no existe, por tanto, todo lo que se ha escrito respecto al acto jurídico en Francia, en realidad se refiere al negocio jurídico; nótese que lo que no existe, no es “el acto jurídico”, sino la denominada teoría francesa; entonces, lo que realmente debemos hacer es, estudiar la figura del negocio jurídico, pues, es la doctrina alemana, los verdaderos artífices de la categoría negocial. Ahora bien, en Alemania actualmente, existe tanto la figura del negocio jurídico, así como los actos jurídicos en sentido estricto⁶⁶, por tanto, el error de los franceses –traducir “negocio” como “acto” – es nuestro error.

Es necesario entender que el Derecho Civil peruano pertenece a una familia jurídica, el cual no es otra cosa que un sistema jurídico, un sistema no puede ser considerado como tal, si es desordenado, la función de un sistema justamente es ordenar, sistematizar, por ello, para el sistema romano germánico al cual pertenecemos, le es necesario, casi vital entender no sólo la persona, la cosa y el acto, sino, la relación jurídica, los hechos, los actos y los negocios, éstos son conceptos que se van enlazando uno con el otro, y van formando un sistema, de lo general a lo específico, allí radica también la importancia del negocio jurídico. El hecho jurídico vendría a ser todo acontecimiento en la realidad –no en el Derecho– que genera efectos jurídicos, luego tenemos al acto jurídico, el cual se divide en actos jurídicos en sentido estricto, son actos humanos, pueden ser voluntarios o involuntarios, y el negocio jurídico es todo acontecimiento, cuya peculiaridad es la intención de la persona para obtener determinado resultado.

⁶⁵ León Hilario, Leysser. El Sentido de la Codificación Civil. Estudios Sobre la Circulación de los Modelos Jurídicos y su Influencia en el Código Civil Peruano. Edit. Palestra, 1ra Ed. 2004. Lima, pág. 72

⁶⁶ Cfr. León Hilario, Leysser. Los Actos Jurídicos en Sentido Estricto. Sus Bases Históricas y Dogmáticas. Ob. Cit. pág. 3 -113

¿Alguien puede negar que la ocupación es un acto jurídico, o que los sponsales o la llamada promesa de matrimonio es un acto jurídico?, simplemente no lo pueden negar, sin embargo, no es lo mismo un acto jurídico administrativo que un contrato, este último debe pertenecer a otra categoría, porque igualarlos a los actos administrativos, definitivamente son actos negociales, es decir, negocios jurídicos.

Ahora bien, el profesor Leysser León, afirma que: “La definición legislativa estipulada en el primer párrafo del artículo 140° del Código Civil dificulta la recepción entre nosotros del desarrollo posterior de la doctrina alemana que amplía la sistematización del comportamiento humano relevante para el derecho (el universo de los actos jurídicos) con la inclusión de dos subespecies: los actos jurídicos en sentido estricto (*Rechtshandlungen im engerem Sinne*) y los negocios jurídicos. Conforme a esta perspectiva, tributaria del conceptualismo pandectista, los negocios jurídicos son actos jurídicos, pero no todos los actos jurídicos son negocios jurídicos. El espectro de aquellos actos jurídicos donde no es dado recocer una incidencia de la voluntad del agente en la producción de las consecuencias que el ordenamiento establece, o donde aun habiéndola no se le otorga consideración legal, es rubricado como el conjunto de los actos jurídicos en sentido estricto”⁶⁷.

Como veremos en el siguiente acápite, la teoría del negocio jurídico, se desarrolló ampliamente, es decir, evolucionó, por tanto, es correcto afirmar que la escuela pandectista alemana definió el negocio jurídico en un primer momento como declaración de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sin embargo, éste concepto cambió, por lo tanto, se empezaron a hacer distinciones, no todo es un negocio jurídico, existen actos que no son negocios jurídicos, éstos son, los actos jurídicos en sentido estricto, es decir donde interviene la voluntad, pero los efectos prácticos no se dan por la

⁶⁷ León Hilario, Leysser. Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. Ob. Cit. pág. 45.

voluntad, incluso se podría decir, que ésta no es necesaria, entonces se considera que existe el acto jurídico, el cual estará conformado por actos donde la voluntad no es relevante (acto jurídico en sentido estricto) y actos jurídicos donde la voluntad sí es relevante (negocio jurídico).

En esa línea de pensamiento, Leysser León⁶⁸, considera que existen tres supuestos en los que los actos jurídicos no son negocios jurídicos:

- a) Los actos reales: También llamados materiales, o meramente exteriores, consiste en aquellos actos que son valorados por el derecho como comportamientos y no como declaraciones de voluntad con una intención querida por la persona. Vgr. La captura de animales y peces (Art. 930 C.C.), la especificación (Art. 937 C.C.).
- b) Los actos semejantes a los negocios jurídicos: Son aquellos actos que parecen estar estructurados de la misma forma que los negocios jurídicos, sin embargo, no son negocios jurídicos, porque sus efectos provienen de la ley, a pesar de que existe una manifestación de voluntad, Vgr. Los esponsales.
- c) Las declaraciones de voluntad no-negociales: En este caso la voluntad del declarante existe, sin embargo, no tiene la fuerza para modificar una realidad jurídica. Vgr. Las comunicaciones o notificaciones, es decir, poner en conocimiento de otra persona alguna noticia sobre la realización de un hecho (Comunicación de cambio de domicilio Art. 62 C.C.); también pueden ser las declaraciones de conocimiento, el declarante relata la forma como acontecieron determinados hechos (Declaración de parte en el proceso civil Art. 213 Código Procesal Civil).

En conclusión, la doctrina germana en un primer momento concibió todo acto humano como negocio jurídico, por tanto, todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero dicha doctrina al evolucionar, considero que no

⁶⁸ *Ibidem*. pág. 45 - 46.

toda conducta humana donde se encuentra una manifestación de voluntad es un negocio jurídico, por tanto, ante la negación del negocio jurídico, aparecen los actos jurídicos en sentido estricto, de los cuales poco se ha hablado en nuestro medio; la terminología que utilizamos no nos ayuda a entender a plenitud el desarrollo dogmático del negocio jurídico ha tenido en el mundo del Derecho.

2.3. CONCEPTUALIZANDO EL NEGOCIO JURÍDICO

Existen un sin número de investigaciones respecto al negocio jurídico, sendos trabajos de investigación histórica, dogmática, traducciones de juristas italianos, alemanes, y no se quedan atrás los profesores de Derecho Civil nacionales que con sus diferentes posturas al respecto, no hacen más que acrecentar nuestro interés en el estudio del Negocio Jurídico.

El negocio jurídico, tan criticado en los últimos años por su supuesta inutilidad en la vida social y económica de las personas, sin embargo, ha sobrevivido a todos estos embates, que el análisis económico del Derecho –entendido como una forma de razonamiento jurídico pragmático y de resultados– ha realizado contra él y contra otros pilares del Derecho Civil en los países donde predomina el sistema romano germánico. En ese sentido Massimo Bianca, afirma que “la categoría del negocio jurídico es una de las más discutidas y criticadas. Las críticas se han referido principalmente a la abstracción de dicha figura. En efecto, esta ha parecido inidónea para abarcar unitariamente actos de naturaleza profundamente distinta (contratos, negocios de derecho familiar, testamentos). Otra crítica apuntó al negocio jurídico como ejemplo significativo de conceptualismo jurídico que tiende a volver

sustantivas nociones teóricas sin tener en cuenta los conflictos de intereses que el derecho está llamado a resolver”⁶⁹.

La frondosidad del negocio jurídico nos permite tener una variada gama de conceptos, no podemos dejar de mencionar que sobre todo el “El negocio jurídico es un supraconcepto, es decir, un concepto coextensivo al de la autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta”⁷⁰, pues, “como categoría lógica es un conjunto de conceptos de aplicación general”⁷¹.

En la obra del profesor Lizardo Taboada⁷², se podía notar tres corrientes conceptuales del negocio jurídico (concepción clásica, normativista y preceptiva), empezando por la ya conocida concepción clásica o pandectista, –que a decir del mismo, coincidió con la mal llamada teoría francesa del Acto Jurídico– luego la concepción normativista, para ellos el negocio jurídico es un supuesto de hecho, el mismo que es una hipótesis prevista en abstracto por las normas jurídicas de una o más declaraciones de voluntad que producirán consecuencias jurídicas; posterior a ello, tenemos la teoría preceptiva, que entendía el negocio como un supuesto de hecho, pero que ésta contenía un precepto social, es decir, una autorregulación de intereses privados socialmente útil, por último Taboada señala que esta función socialmente útil fue reemplazada por una función socialmente razonable. Sin embargo, actualmente tenemos otros conceptos, posiciones que se pueden dividir o clasificar de diversas maneras, puede ser en teorías

⁶⁹ Bianca, Cesare Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Traductores: Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 29 – 31.

⁷⁰ Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. pág. 25

⁷¹ Morales Hervias, Rómulo. Patologías y Remedios del Contrato. Edit. Juristas Editores. 2011. 1ra Ed. pág. 180.

⁷² Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Edit. Grijley, 2da Ed. Mayo 2013. Lima, pág. 1-36

Objetivas y Subjetivas⁷³, pero para este trabajo consideraremos la clasificación de Rómulo Morales Hervias⁷⁴ por quien tenemos:

a) El concepto sobre la manifestación de voluntad (concepción voluntarista o antropológica)

Se comprende el negocio jurídico como declaración de voluntad dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas.

b) El concepto de autorreglamentación de intereses (concepción declaracionista o preceptiva)

El negocio jurídico es entendido como un acto de autonomía privada, al cual el derecho atribuye efectos, conformes a la función económica-social.

c) El concepto de ordenamiento privado autónomo (concepción institucional)

Esta concepción define a la autonomía en dos niveles: subjetivamente, el sujeto tiene la potestad de darse un ordenamiento jurídico y objetivamente, indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entes se constituyen para sí, es decir, a quienes afecta ese ordenamiento jurídico -lex private-.

d) El concepto de norma jurídica privada (concepción normativa)

Según esta posición el negocio jurídico es un elemento del proceso productivo del Derecho, es una fuente normativa porque no es un simple hecho o comportamiento, sino también es un acto calificativo y regulador de los hechos o comportamientos que deben realizarse.

⁷³ Nuñez Molina, Waldo. Acto Jurídico Negocio Jurídico. Edit. Ediciones Legales. 2da Ed. Lima 2012, pág. 144-186

⁷⁴ Morales Hervias, Rómulo. Ob. Cit. págs. 139-159

e) El concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica)

Esta concepción es axiológica, pues, contiene valores propios diferentes a los valores estatales, como expresión de un autónomo sistema de valores; el negocio no es un hecho, sino un valor y este valor encuentra su eficacia o validez en el ordenamiento jurídico.

f) El concepto de la declaración de vigencia (concepción de validez)

Según esta concepción el negocio es un acto que tiene como meta poner en vigor una determinada consecuencia jurídica.

g) El concepto de un sistema móvil o combinatorio (concepción combinatoria)

Esta concepción conjuga la autonomía privada, la protección de la confianza, la de seguridad del tráfico (o de equivalencia), la justicia o equivalencia contractuales.

h) El concepto de un acto programático (concepción programática)

Se considera que la programación es relevante cuando existen tres condiciones: un tiempo de la programación distinto del tiempo de la realización; que la programación se haga objetivamente evidente mediante un acto diferente el acto de la realización; que el derecho contemple y regule distintamente el acto de la programación, respecto del acto de la realización. Cuando se verifican todas estas tres condiciones se está, ciertamente, en presencia de un acto programático.

i) El concepto de un acto performativo (concepción comunicativa)

Para esta concepción se debe cumplir las siguientes condiciones: Que exista una acción comunicativa, que equivale a un hecho humano consciente, (informativo); además, aquella acción debe

constituir prácticas negociales, tal como una declaración negocial, la misma que no sea afectada negativamente por ningún fundamento jurídico de invalidez (ilicitud, capacidad del agente)

j) El concepto de un acto complejo de dos libertades (concepción de libertades)

Según esta posición cuando existe libertad de celebración se habla de actos jurídicos en sentido estricto, pero cuando existe libertad para la celebración más libertad para la estipulación, surge el negocio jurídico.

k) Concepto de punto de conexión (concepción ecléctica)

Según esta concepción el negocio jurídico es un punto de conexión entre los actos lícitos y las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico liga a ellas.

Para nosotros el negocio jurídico es un supuesto de hecho, que nace por la autonomía privada, con la intención de conseguir efectos prácticos, a los cuales la ley otorga efectos jurídicos.

El estado de la cuestión en la doctrina europea es también diversa como procederemos a detallar.

Según Francesco Galgano, “La verdad es que nuestros civilistas hablan en la actualidad de negocio jurídico más por costumbre lingüística que por convicción conceptual. No hablan de negocio jurídico para aludir al antiguo “supraconcepto”, trascendente al contrato y al acto unilateral, sino sólo para utilizar un sinónimo de uno y otro. Cuando por ejemplo, se dice negocio fiduciario, se quiere decir contrato difuciario y nada más que contrato fiduciario; y cuando se expresa en términos de acto negocial no se quiere expresar más que la presencia de un acto de voluntad, antes que de una declaración de ciencia”⁷⁵.

⁷⁵ Galgano, Francesco, El Negocio Jurídico, Traducción realizada por: Francisco de P, Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992, pág.37.

En contraposición a Galgano podemos citar A. Von Thur, para quien “El derecho civil se basa en la opinión de que el orden más adecuado para las relaciones jurídicas de los individuos es el que ellos mismos estableces y, por tanto, en este sentido da amplia facultad a los interesados. Para este propósito, el instrumento de que ellos disponen es la especie más importante de acto jurídico, es decir, el negocio”⁷⁶.

Nicolás Coviello expresa “el concepto de negocio jurídico no se encuentra en nuestras leyes, y se desconoce enteramente, en la práctica: en las leyes se habla de contrato, de testamentos, de otras declaraciones de voluntad, y, algunas veces, de actos en general, pero falta la noción de acto y de negocio jurídico. Sólo la doctrina alemana, teniendo en cuenta los caracteres comunes que presentan varios hechos jurídicos voluntarios, ha elaborado este concepto para estudiar así cuales son las reglas comunes a tales hechos y construir la teoría general”⁷⁷. (...) “En consecuencia, por negocio jurídico debe entenderse la manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas”⁷⁸.

Werner Flume, refiriéndose al derecho civil alemán señala que “El BGB no contiene ninguna definición del negocio jurídico. Los autores del primer Proyecto de BGB prescindieron conscientemente de una definición semejante. En la exposición de motivos del primer Proyecto, sin embargo, se dice: “Negocio Jurídico en el espíritu del Proyecto es una declaración de voluntad privada, dirigida a la producción de un resultado jurídico, que tiene lugar conforme al ordenamiento jurídico porque es querida. La esencia del negocio jurídica se encuentra en que opera una voluntad dirigida a la

⁷⁶ Von Thur, Andrea. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. II Los hechos jurídicos. Traducción. de Tito Ravá. Edit. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona 2005, pág. 131.

⁷⁷ Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, Cuarta Edición Italiana, Revisada por el Prof. Leonardo Coviello, Traducción por el Abog. Felipe de J. Tena, Concordancias de Derecho Mexicano por el Abog. Raúl Berron Mucel. Edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano – Americana, 1938, pág. 342.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 344.

producción de efectos jurídicos, y en que el veredicto del ordenamiento jurídico en reconocimiento de esa voluntad realiza en el mundo jurídico la configuración jurídica quería”⁷⁹ .

2.4. IMPORTANCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Empezaremos contando una anécdota del profesor Bullard González⁸⁰, quien en una ocasión, tratando de explicarle a un profesor norteamericano, de qué se trata el acto o negocio jurídico, mencionaba que es toda una compleja y muy apreciada doctrina del sistema de derecho civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo (...). Se busca una sola teoría que explique todo. Al terminar la explicación el profesor dijo: Muy interesante ¿para qué sirve?, a lo que Bullard, luego de una breve utilidad práctica, no supo contestar.

Estoy seguro que en nuestro medio, muchos piensan igual que este profesor americano; entonces, para qué sirve, al respecto, el profesor Juan Espinoza Espinoza, señala que es un instrumento para encausar la autonomía privada, así como interpretar y regular las diversas variedades y especies de actos y negocios que surgen en la experiencia jurídica cotidiana”⁸¹, con lo cual quiere resaltar que el negocio sirve para efectivizar la autonomía que la persona tiene por ser libre para tomar decisiones que le convengan o no. Según Morales Hervias, “el negocio jurídico es el producto general que sistematiza

⁷⁹ Flume, Werner. El negocio jurídico. Traducción de: José María Miquel Gonzales y Esther Gomez Calle. Edit. Fundación Cultural del Notariado, año 1998, pág. 48.

⁸⁰ León Hilario, Leysser. El Sentido de la Codificación Civil. Ob. Cit. pág. 113, 114.

⁸¹ Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. pág. 45.

problemas y soluciones de la realidad concreta en normas jurídicas”⁸², esta posición normativista, positivista ultranza del Derecho y del negocio jurídico, concreta todo en la norma privada que se crea a través del negocio jurídico cuyos efectos jurídicos los otorga la norma jurídica.

Eric Palacios por su parte considera que “la teoría general del negocio jurídico nos da el instrumento para resolver el problema de la relevancia de la actividad de los particulares en la modificación de la realidad jurídica; es decir, es la producción de efectos jurídicos”⁸³; bajo esta óptica el negocio jurídico da un valor agregado a la voluntad del ser humano, y enarbolando dicha voluntad crea, o cambia la realidad jurídica.

Así también, Massimo Bianca, considera que “La categoría conserva su importancia en el plano sistemático, dado que permite establecer una distinción fundamental en el ámbito de los actos jurídicos entre actos de autonomía privada y actos jurídicos en sentido estricto”.⁸⁴

Por otro lado, el destacado jurista español José Luis De Los Mozos al referirse a la importancia del Negocio Jurídico afirma “que la ventaja más significativa está en que se acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, pues, sin olvidar que el reconocimiento del Derecho es casuista, puesto que su sistema nunca es un sistema cerrado, sino abierto, tampoco hay que olvidar que los modelos de pensar que ofrecen los ideales pedagógicos modernos se instrumentan conforme a patrones racionalistas”⁸⁵.

A todo ello cabe agregar, que el negocio jurídico es importante y necesario por una cuestión de identidad, identidad con la familia jurídica a la cual pertenecemos, el sistema romano germánico, es nuestra forma

⁸² Morales Hervias, Rómulo. Ob. Cit. pág. 179.

⁸³ Palacios Martinez, Eric. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edit. Jurista Editores, 1ra ed. 2002, pág. 60.

⁸⁴ Bianca, Massimo C. Ob. Cit. pág. 29.

⁸⁵ Citado por Palacios Martinez, Eric. Ob. Cit. pág. 61.

de razonar, nuestra forma de ver el Derecho, en nuestro sistema son más que necesarios los conceptos, no sufrimos de esquizofrenia jurídica, es la imperiosa necesidad de no entrar en un caos jurídico, es cierto también que en el Derecho no todo es absoluto, no todo está escrito, el Derecho no se agota en la norma, es necesario repensar los conceptos y reflexionar respecto a la aplicación de la norma, y para ello, se tiene que seguir un proceso racional, y el negocio jurídico demuestra ello, al tener en diferente momento según la necesidad de un determinado tiempo y lugar, la adaptación del derecho.

2.5. **ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Entendemos que un negocio jurídico adolece de nulidad cuando tiene problemas en su estructura, para el presente trabajo, consideramos importante el estudio de la estructura del negocio jurídico, puesto que ello, determinará el poder discutir coherentemente los problemas de inexistencia, nulidad o ineficacia en sentido estricto.

En el mismo sentido del párrafo precedente, Federico de Castro y Bravo, considera que “El distinguir los elementos del negocio jurídico interesa para responder a las preguntas: ¿Qué valor tiene cada uno de ellos, respecto a la existencia o validez del negocio?, ¿Qué significado les corresponde, cuando se trata de la eficacia del negocio? Prácticamente, la cuestión importa cuando se trata de afirmar o de negar ante los tribunales la validez o ineficacia del negocio”⁸⁶.

Entonces, el estudio respecto a la estructura del negocio jurídico, no es en vano, sino que es sumamente importante, para poder determinar y demostrar las patologías o defectos de un negocio jurídico.

⁸⁶ De Castro y Bravo, Federico. El Negocio Jurídico. Edit. Civitas S.A., 1ra Ed. Reimpresión 1997, pág. 53

Así también, Leysser León, afirma que “La visión del negocio jurídico como tatbestand permite –como se ha visto y se detallará en los acápites sucesivos- descomponerlo en “elementos”. De esta manera, se podrá afirmar que la ausencia de algún elemento, al impedir la completitud de la hipótesis que se describe en la norma (falta de manifestación de voluntad, por ejemplo) privará radicalmente de realidad al fenómeno, al que se deberá tener por “inexistente”⁸⁷.

Otra vez, determinar cuál es la estructura del negocio jurídico, es de suma importancia, porque a partir de ello, podremos afirmar cuando un negocio jurídico es inexistente o existente, inválido o válido, y por último si es ineficaz o eficaz.

En la doctrina hemos encontrado tres formas de estructurar el negocio jurídico.

- Así por ejemplo de Castro y Bravo⁸⁸ señala que la práctica de los tribunales ha mostrado la conveniencia de distinguir entre los que componen el supuesto de hecho negocial, de la siguiente manera:
 - a) Los elementos específicamente constitutivos, es decir, los que normalmente producen el efecto jurídico del negocio que se invoca como título de la acción ejercitada.
 - b) Los impeditivos, aquellos que impiden que nazca el negocio o le hacen nulo o anulable.
 - c) Los extintivos, aquellos que ponen término a la relación contractual o al mismo negocio, sea por la declaración de nulidad o por el ejercicio de la acción de impugnación.
- También tenemos la estructura clásica o llamada también escolástica, la cual divide los elementos de los negocios en esenciales

⁸⁷ León Hilario, Leysser. Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. Ob. Cit. pág. 38.

⁸⁸ Idem.

(essentialia negotii), naturales (naturalia negotii), y accidentales (accidentalia negotii).

En la doctrina nacional, entre los que se adhieren a esta forma de estructurar el negocio jurídico, encontramos a Fernando Vidal Ramírez⁸⁹, quien al respecto señala los siguientes elementos:

a) Elementos esenciales:

Son aquellos elementos constitutivos del acto jurídico, que vendrían a ser los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, es decir, que han de estar presentes para que el acto tenga existencia jurídica; los cuales pueden ser de carácter general (llamados imprescindibles) y/o los de carácter especial (llamados elementos constitutivos), pues, lo son para cada acto jurídico en particular, para que adquieran su concreción. Ahora bien, en el código civil, los elementos esenciales, son los denominados requisitos de validez, los mismos que son: La manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma.

b) Elementos naturales:

Son aquellos que se encuentran inherentes a un acto concreto y determinado, y es la norma jurídica quien que los atribuye, sin necesidad de que hayan sido pactados por las partes. Vgr. El saneamiento por evicción, o los intereses legales.

c) Elementos accidentales:

Son aquellos que se incorporan al acto jurídico por el ejercicio de la autonomía privada de cada una de las partes, a los cuales se les denomina actos modales, es decir, los actos jurídicos estarán sujetos a condición, plazo o cargo.

Sin embargo, esta forma tradicional de estructurar el negocio jurídico ha sufrido duros embates, así lo estima Alberto J. Bueres cuando señala que “Correctamente se afirma que los elementos naturales no son

⁸⁹ Vidal Ramírez, Fernando. Ob. Cit. págs. 83-86

elementos sino consecuencias o efectos –o efectos normales– de los actos jurídicos, cuya supresión o modificación es factible por parte de los interesados. (...) Partiendo de esta premisa los elementos naturales son efectos, puesto que el negocio dota de vigor (o de eficacia) a cierta legislación supletoria que, por tanto, pasa a integrar el contenido de él (el negocio). Es más, la legislación imperativa puesta en acción al concertarse el acto es también un efecto de él⁹⁰. Realizada esta crítica, el mismo autor sostiene que sólo son elementos de los negocios, los esenciales y los accidentales. En esa misma línea, De Castro y Bravo, es más contundente en su crítica y señala que “con razón se ha señalado su incorrección lógica, ya que para cada grupo se utiliza diverso criterio. Los elementos esenciales no se refieren siquiera a los del negocio en general, sino a los de cada tipo (según su causa) de negocio; los llamados elementos naturales no son elementos o requisitos, sino que consisten en los efectos atribuidos por las leyes o normas dispositivas; en fin, los accidentales que ya son elementos (esenciales también para su eficacia) no del negocio en general, sino de cada negocio en concreto”⁹¹.

Considerar que todo aquello que interviene en el negocio jurídico es un elemento, dificulta la forma cómo sancionar al negocio jurídico, ante la falta de uno de ellos, consideramos que es necesaria otra forma de estructurar el negocio jurídica.

- El profesor Lizardo Taboada Córdova⁹², planteaba que en la actualidad existe una tendencia cada vez más uniforme a establecer que la estructura del supuesto de hecho (negocio jurídico) está conformado por elementos, presupuestos y requisitos.

a) Elementos: La declaración de voluntad y la causa.

⁹⁰ Bueres, Alberto J. Objeto del Negocio Jurídico. Edit. Hammurabi, 2da Ed. Mayo de 1998, pág. 25.

⁹¹ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. pág. 54

⁹² Taboada Córdova, Lizardo. Ob. Cit. págs. 171-174.

b) Presupuestos: Sujeto y objeto

c) Requisitos: Los requisitos son aplicables unos a los elementos y otros a los presupuestos. En cuanto a la declaración de voluntad, se requiere su exteriorización, formada libremente, sin vicios de la voluntad; respecto de la causa, se necesita que ésta sea lícita. En cuanto al objeto, se requiere que sea física y jurídicamente posible, además de que se determine su especie y cantidad. En cuanto al sujeto, se requiere que éste sea capaz legal, es decir, que tenga la capacidad de ejercer derechos de los cuales es titular.

En clases de acto jurídico, es normal que los profesores enseñen la estructura clásica, sin duda, es la más difundida en nuestro medio; sin embargo, debe hacerse la salvedad que hoy no es coherente hablar de elementos naturales, puesto que éstos, en realidad hacen referencia a los efectos del negocio jurídico; por otro lado, establecer que existen elementos, presupuestos y requisitos, tampoco es malo, ni consideramos errada esta posición, mas bien, nos ayuda a entender mejor la estructura del negocio jurídico, puesto que la voluntad (elemento del negocio jurídico) es lo más importante, pero el sujeto y el objeto, preexisten a la voluntad por tanto, están ex ante, razón por la cual se les debe considerar como presupuestos; sin embargo, no es tan claro hablar de requisitos, porque lo son tanto para los elementos como para los presupuestos, pues, en realidad son requisitos de cada negocio jurídico en concreto.

2.5.1. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD O DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Pietro Rescigno y Carlo Castronovo, consideran que “La doctrina clásica del negocio insiste en el aspecto estructural del fenómeno e identifica el negocio jurídico con la declaración de voluntad. Mediante la declaración, manifiesta ésta, se realiza la libertad individual y se explica la capacidad natural de los sujetos de modificar el mundo de las relaciones jurídicas. La doctrina moderna reconduce los orígenes de esta concepción en el individualismo y en el liberalismo, y la considera incompatible con la instancia solidarista que se encuentra en la base de las instituciones jurídicas y con la exigencia de una intervención estatal siempre más penetrante en el campo de las relaciones económicas, especialmente en tiempos de crisis. Por ende, se traslada el acento en el lado funcional del fenómeno y se contempla, en el negocio, un hecho de autorregulación de intereses privados”⁹³.

Leysser León afirma que “toda exposición sobre la estructura del negocio jurídico en el Perú debe comenzar con el análisis del significado de la manifestación de voluntad”, transformada en una suerte de elemento esencial ausente si la atención se centra en el segundo párrafo del artículo 140° del Código Civil. El legislador utiliza la expresión “manifestación de voluntad” con un objetivo preciso: la intuición – percibida en la doctrina civilista italiana de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX- de que la actividad comercial no opera exclusivamente mediante “declaraciones”, o sea enunciados que se dirigen a individuos destinatarios en particular, sino también mediante otras formas comunicativas, como los actos de conducta denominados “comportamientos concluyentes” y, en la actualidad, los medios

⁹³ Pietro Rescigno/Carlo Castronovo, Negocio Jurídico, traducción de Carlos Augurto Gonzáles y otro. Observatorio de Derecho Civil, Vol. 20, Edit. Motivensa 2013, pág. 29.

electrónicos. Esta es la razón por la que el Código civil se emplea el término manifestación, por haberse considerado de amplitud mayor que la declaración”⁹⁴.

Según el Artículo 140⁹⁵ del código civil peruano, no pareciera que la manifestación de voluntad sea un requisito, pero ello, es algo que debemos sobre entender, puesto que en realidad, la manifestación de voluntad no es el concepto del negocio jurídico, sino mas bien, el elemento más importante de éste. Así también, queda claro, que el término manifestación de voluntad usado por el legislador peruano, es parte de un género, y una especie de ese género viene a ser la declaración de voluntad. Asimismo, Taboada, consideraba que “la declaración de voluntad constituye el elemento fundamental del negocio jurídico. (...) se entiende por declaración de voluntad la conducta que exterioriza la voluntad y la propia voluntad declarada a través de dicha conducta declaratoria; de forma tal que tanto la declaración como la voluntad declarada constituyen dos aspectos de un mismo concepto, íntimamente vinculados entre sí, por cuanto la voluntad es declarada a través de una conducta y esa conducta exterioriza una voluntad”⁹⁶.

El profesor italiano Alberto Trabucchi considera que la voluntad es el “elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico, es el requisito central que da vida al negocio. Debe tenerse presente que cuando hablamos de este elemento no aludimos exclusivamente a los motivos que fundamentaron el ánimo del declarante, pues el derecho regula las relaciones entre los hombres y para ello se precisa que la voluntad se exteriorice o declare, indagándose, entonces, dichos motivos relevantes

⁹⁴ León Hilario, Leysser. Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. Ob. Cit. pág. 51.

⁹⁵ El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

⁹⁶ Taboada Córdova, Lizardo. Ob. Cit. pág. 175

en la valoración jurídica para la garantía de los efectos negociales queridos y producidos”⁹⁷.

Federico de Castro y Bravo⁹⁸, afirma que la voluntad tiene dos elementos internos, la conciencia y voluntad o saber y querer, y el externo que vendría a ser la declaración en sí misma; en consecuencia, realizo los siguientes distingos:

- a) Respecto al acto como tal se atiende al saber lo que se hace y al haber querido lo hecho.
- b) Respecto a la declaración, se atiende al saber que lo hecho o dicho tiene ese significado de declaración y al querer que lo tenga.
- c) Respecto a la voluntad negocial, se tiene en cuenta el saber y el querer el resultado práctico propuesto.

Esta forma de estructurar la voluntad es parecida a la que tienen los alemanes, Leysser León nos ilustra al respecto, afirma: “no existe acuerdo en la doctrina sobre esta cuestión terminológica. En el derecho privado alemán se mantiene la fidelidad a la voz “declaración de voluntad”, utilizada por el BGB además, y que se define como la manifestación de voluntad de un particular dirigida a la realización de una consecuencia jurídica, identificándose sus elementos en la voluntad interna (innere wille) y en la manifestación o exteriorización (Äußerung), propiamente dicha, de tal voluntad. Los alemanes diferencian, de igual forma, la voluntad de obrar o voluntariedad (handlungswille), la voluntad de declarar (Erklärungswille) y la voluntad negocial (Geschäftswille)”⁹⁹.

⁹⁷ Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Traducc. de la XV edición italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez – Calcerrada, Edit. Revista de Derecho Privado Madrid, pág. 158.

⁹⁸ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. pág. 56, 57.

⁹⁹ León Hilario, Leysser. Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. Ob. Cit. pág. 52.

No cabe duda de la preponderancia de la Voluntad en la teoría del negocio jurídico, razón por la cual la mayoría de tratadistas unánimemente consideran que es un elemento del negocio jurídico, asimismo, llama la atención que el código civil peruano en el artículo 140 no la menciona como requisito de validez; pero es imposible interpretar que, en dicho artículo, que no pueda considerarse a la manifestación de voluntad como elemento del negocio jurídico.

SUB CAPÍTULO III

TEORÍA GENERAL DE LA INEFICACIA

3.1. PROLEGÓMENOS DE LA INEFICACIA EN EL PERÚ

Los negocios jurídicos son fuente de efectos jurídicos, pues, tienen como finalidad crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entonces, cuando una o varias personas celebran un negocio jurídico, lo que buscan es satisfacer una necesidad, es decir, buscan un determinado efecto y este efecto se encuentra permitido, señalado, prescrito, por la ley, otros incluso señalan que la ley es la fuente de los efectos jurídicos.

En términos generales, se ha enseñado usualmente que la ineficacia es lo que no produce efectos jurídicos, la misma que se clasifica en: Ineficacia Estructural, ésta no produce efectos jurídicos por un defecto en la construcción del negocio jurídico, dentro del cual tenemos la categoría de la nulidad y anulabilidad. Y por otro lado tenemos La Ineficacia Funcional la misma que se tiene como tal cuando el negocio jurídico está bien construido con elementos, presupuestos y requisitos, pero tiene problemas en el funcionamiento posterior a su celebración dentro de ella tenemos la rescisión, resolución, caducidad, reversión, revocación, e inoponibilidad.

Esta forma de clasificar o diferenciar la ineficacia es predominante en la jurisprudencia de nuestro país, tal es así, que fue adoptada por la Corte Suprema de nuestro país, y así se demuestra fehacientemente en el Quinto Pleno Casatorio Civil, la misma que ha sido recogida de la doctrina peruana¹⁰⁰ –hasta cierto punto clásica del negocio jurídico–; sin embargo, en

¹⁰⁰ Cfr. Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contratos. Edit. Grijley 1ra ed. 2002, 2da Ed. mayo 2013, págs. 347- 418.

la actualidad se encuentra sumamente criticada y por ello consideramos que se encuentra en crisis, puesto que, ya no es posible mantener esta posición ante un análisis sesudo, reflexivo, razón por la que ha sido sumamente criticada por la doctrina actual, al respecto, Cifuentes Santos considera que: “Es por ello que se ha hablado de ineficacia estructural e ineficacia funcional, de ineficacia sustancia e ineficacia operativa; de ineficacia inícia o intrínseca e ineficacia posterior o extrínseca e ineficacia posterior o extrínseca; de ineficacia relativa e ineficacia absoluta, de ineficacia estática e ineficacia dinámica. Sin el adjetivo, sin argumentos que le den sentido y alcance, y aun sin una ubicación en las especies, las ideas quedarán en el aire. Luego, en mi opinión, hay que volver, para entenderse al primer vistazo y sin otros aderezos, a los clásicos términos como los de nulidad, inoponibilidad, resolución, revocación, etcétera. Son estas figuras las que nos muestran el perfil singular, el qué de la cuestión, no solamente por el problema de los efectos perdidos, sino por la índole que les corresponde, sin perjuicio de explicar también complementariamente qué clase de ineficacia padecen. Es decir, la ineficacia no es una definición, un concepto, sino una consecuencia de aquellos tipos irregularidades o anomalías del negocio jurídico”¹⁰¹.

Ahora bien, qué pasa con este criterio de clasificación, según Héctor Campos García señala que: “La distinción entre la “ineficacia estructural” y la “ineficacia funcional”, desde nuestro punto de vista, debe ser abandonada, toda vez que la misma no permite una cabal comprensión del fenómeno de la “ineficacia” en tanto es confusa e inconsistente, lo cual termina incidiendo en la forma en que se plantean las pretensiones de nulidad del negocio jurídico en nuestro ordenamiento”¹⁰². Así también, el mismo autor sostiene que “En primer lugar la denominación “ineficacia estructural” es confusa e impropia, en tanto no refleja aquello que se quiere explicar”¹⁰³. Todas estas

¹⁰¹ Santos, Cifuentes. El Negocio Jurídico. 2da Ed. Edit. Depalma, año 2004, pág. 709.

¹⁰² Campos García, Héctor. Apuntes Introductorios a la Pretensión de Nulidad de Negocio Jurídico desde la Perspectiva Civil: Análisis Crítico de la Posición del Quinto Pleno Casatorio Civil respecto de la Impugnación de Negocios Colegiales Asociativos. En: THEMIS N° 66, diciembre 2014, pág. 67.

¹⁰³ Ibídem.

afirmaciones se dan básicamente por cuatro razones¹⁰⁴: a) Es una verdad parcial que en la Nulidad (supuesto de ineficacia estructural), los negocios jurídicos nacen muertos, y que no producen efectos jurídicos; sin embargo, la realidad nos demuestra que sí existen efectos jurídicos colaterales los mismos que pueden ir desde la restitución de lo ejecutado, cancelación de los asientos registrales que publicitan el negocio jurídico, o incluso el resarcimiento de daños causados¹⁰⁵. b) En casos de negocios jurídicos anulables, considera confuso que produciéndose los efectos jurídicos – queridos– se le considere como un escenario de ineficacia estructural. c) Considera que la ineficacia funcional es confusa porque se entiende que la única forma de considerar un negocio como válido y eficaz es si ha mediado un hecho subsecuente a la celebración del negocio jurídico que impida la producción de los efectos jurídicos. Esta afirmación queda demostrada aparentemente cuando se celebran negocios jurídicos con una condición suspensiva voluntaria, cuya estructura es correcta o bien formada, pero, la eficacia del mismo será tardía, o no se daría, no por causa sobreviniente sino originaria; es decir, la ineficacia no se encuentra en un evento extrínseco sino en la voluntad de las partes. Razón por la cual concluye que la ineficacia funcional no es idónea para representar todo aquello que pretende explicar. d) La distinción entre ineficacia funcional y estructural es inconsistente porque en realidad son dos criterios clasificatorios complementarios y no excluyentes que simplemente responden a diferentes parámetros de referencia, entonces, no debemos buscar parámetros más

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Respecto de la primera razón que tiene el profesor Héctor Campos García, es necesaria una precisión, el problema radica en que en varios libros, y no pocos profesores, enseñan que la nulidad se diferencia de la anulabilidad en que el primero nace muerto y el segundo nace enfermo de gravedad; sin embargo, el mismo Profesor Lizardo Taboada aclaró este punto, señalando que lo correcto es enseñar que “los negocios jurídicos nulos nunca producen los efectos que en abstracto “tenían” que haber producido” –resaltado nuestro–(Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Edit. Grijley, 2da Ed, pág. 351.), esto significa, que no niega la producción efectos jurídicos colaterales, sino que el problema, radica en cómo están enseñando esta categoría que en verdad sigue siendo no muy clara.

estables para diferenciar o estudiar las patologías de los negocios jurídicos, tales como: La ineficacia originaria, la ineficacia sucesiva, la ineficacia intrínseca y la ineficacia extrínseca.

Así también lo demuestra Morales Hervias al indicar que “las categorías de ineficacias estructurales y funcionales no valoran hipótesis de causales estructurales que son a su vez funcionales como la inoponibilidad donde un sujeto carece de legitimidad (ineficacia estructural) pero el negocio jurídico será válido pero ineficaz (ineficacia funcional). Tampoco toman en cuenta que existen negocios jurídicos lesivos donde una parte se aprovecha de una específica situación de la contraparte (ineficacia estructural) causando un desequilibrio económico (ineficacia funcional). Ante estas críticas, las categorías de ineficacias estructurales y funcionales son incompletas porque no toman en consideración que hay hipótesis de negocios jurídicos con causales estructurales que al mismo tiempo tienen causales funcionales”¹⁰⁶.

Lamentablemente, en nuestro medio, es usual que muchos abogados no puedan diferenciar un negocio nulo de un negocio anulable, y mucho menos diferenciar la nulidad estructural de la funcional, sin embargo, no debemos olvidar que tenemos consagrado en nuestro código civil la figura de la nulidad y la anulabilidad, éstas a su vez responden a la teoría de la validez – invalidez originaria o creada por la dogmática civil, que posteriormente desarrollaremos.

El jurista Francisco Calvacanti Pontes de Miranda¹⁰⁷, considera que el mundo jurídico está dividido en tres planos, el plano de la existencia (realidad), el plano de la validez (se cumplen requisitos), y el plano de la eficacia (de qué forma surten efectos jurídicos o no).

¹⁰⁶ Morales Hervias, Rómulo. La Impugnación de Acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 15 – Setiembre 2014, pág. 24.

¹⁰⁷ Ob. Cit. Por León Hilario, Leysser. “Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano”. En Obra Colectiva: “El Negocio Jurídico”. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima-Perú, diciembre 2014, pág. 51.

Esto nos lleva a que, para un correcto estudio de la ineficacia en general y si realmente quisiéramos apostar por una “Teoría General de la Ineficacia del Negocio Jurídico” debemos empezar por estudiar la existencia o inexistencia –también puede ser entendida en términos de relevancia o irrelevancia jurídica–, porque sólo así es posible pasar al siguiente nivel que sería la Validez o invalidez del negocio jurídico, pues, sólo debemos declarar inválido o válido aquello que existe o es relevante para el derecho; luego, podemos hablar de su eficacia en sentido estricto, según lo que las partes quieren o quisieron lograr con el negocio jurídico.

Así también, acreditada doctrina extranjera¹⁰⁸ enseña que el negocio jurídico atraviesa por tres tipos de calificaciones, el primero es el denominado juicio de relevancia, en donde se constata si el hecho fáctico presenta los datos mínimos que permitan identificarlo como negocio jurídico. Sólo si el hecho fáctico ha sido calificado como relevante podrá pasarse a la siguiente calificación, la cual es conocida por nosotros como el Juicio de Validez, el mismo que consiste en constatar que el negocio jurídico, sea conforme o no al ordenamiento jurídico, y en tercer lugar tenemos el Juicio de Ineficacia, en el cual se verificará si el negocio jurídico realmente produce los efectos jurídicos queridos por las partes.

En ese mismo sentido Héctor Campos García¹⁰⁹, explica que si una actividad humana, como es el negocio jurídico, es valorada por ordenamiento, independientemente de si tal valoración es positiva o negativa, se dirá que dicha actividad es “relevante jurídicamente”, con lo que estaremos ante la categoría de la “existencia”; ahora bien, si la misma actividad en concreto es del todo indiferente para el ordenamiento jurídico, entonces se considera que dicha actividad es “irrelevante” jurídicamente.

¹⁰⁸ Bigliuzzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco y Natoli, Hugo. Derecho Civil, Hechos y actos Jurídicos, Tomo I. Vol. 2. Traducción de Fernando Hinestroza, Edit. Universidad Externado de Colombia. Año 1995, págs. 994-996.

¹⁰⁹ Campos García, Héctor. Invalidez e Ineficacia Negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil Peruano). En El Negocio Jurídico. Obra Colectiva. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima – Perú, diciembre 2014, pág.149-150.

Posteriormente, si dicha actividad es considerada relevante jurídicamente recién es posible pronunciarnos de forma positiva o negativa, si la calificación es positiva, la razón es porque esta actividad comercial se encuentra conforme a los parámetros valorativos establecidos por el ordenamiento jurídico; si así fuera, la denominaremos como “Válida” y estaremos dentro de la categoría de la “Validez”; si fuera lo contrario y tal actividad comercial fuera considerada de forma negativa estaremos ante la categoría jurídica de la “invalidez”.

El jurista italiano Renato Scognamiglio, considera que “puede ser válido destacar que cuando el discurso tiene por objeto los fenómenos jurídicos, se debe considerar un doble campo de la realidad: El sein y el Sollen (Sein está por “ser”; Sollen por “deber”; así, pues, es posible que tenga sentido hablar de inexistencia jurídica, en contraposición, justamente a la inexistencia material”¹¹⁰. Así debe entenderse en el mundo real (objetivo – material) sobre la cual es aplicable la ineficacia, sin embargo, en el mundo del derecho el juicio de ineficacia no es suficiente, ha de completarse a razón de su existencia.

A nuestro juicio el negocio jurídico puede tener el siguiente comportamiento en el mundo real y en el mundo ideal:

NJ = SI EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ

NJ = SI EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE NO SER EFICAZ

NJ = SI EXISTE = PUEDE SER INVÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ

NJ = SI EXISTE = PUEDE SER INVÁLIDO = PUEDE NO SER EFICAZ

NJ = NO EXISTE = NO PUEDE SER VÁLIDO = NO PUEDE SER EFICAZ

(ideal)

NJ = NO EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ (EN LA REALIDAD social)

¹¹⁰ Scognamiglio Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Trad. De Leysser León Hilario. Edit. Grijley, 1ra Ed. nov. 2004, p. 426

NJ = NO EXISTE = NO DEBE SER VÁLIDO = NO DEBE SER EFICAZ (en el mundo del derecho – plano deontológico y teleológico del sistema jurídico peruano y ésta realidad jurídica debe imponerse sobre la apariencia jurídica).

3.2. LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

3.2.1. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

El profesor español Jose Luis de los Mozos¹¹¹ señala que fue el Primer Cónsul Bonaparte quien no estaba de acuerdo con la redacción del artículo 4to del proyecto de Ley del 27 ventoso del año XI sobre el matrimonio, pues, de la redacción se entendía que Cuando no había consentimiento libre, el matrimonio era nulo; sin embargo, Napoleón, consideraba que si no había consentimiento libre el matrimonio era inexistente; diferente era que hubiera consentimiento pero éste fuera producido por violencia, en este caso, el matrimonio sí deberá declararse nulo. Para otros¹¹² la noción de inexistencia fue propuesta por el jurista alemán llamado ZACHARIAE, a quienes algunos sindicaron como el padre de la teoría de la inexistencia.

Sin embargo, El profesor Italiano Vincenzo Roppo expresa que la categoría¹¹³ (de la inexistencia) nace históricamente, para impedir los efectos del matrimonio entre personas del mismo sexo: en la dificultad de decir que el matrimonio era nulo (ya que ninguna norma contemplaba la identidad del sexo entre la invalidez matrimonial), se pensó en decir que no existía ningún matrimonio”.

Así también, Francesco Galgano, señala que “La inexistencia es una categoría cuyo origen es antiguo: Los canonistas medievales, a los cuales se

¹¹¹ De los mozos, Jose Luis. El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil). Edit. Montecorvo, S.A. Edit. 1987-Madrid, p. 100-101

¹¹² Ob. Cit. Sconagmiglio Renato, p. 427.

¹¹³ Roppo Vincenzo. “El Contrato”. Edit. Gaceta Jurídica, 1ra Ed. 2009, p. 695.

debe la primera elaboración del contrato inexistente, consideraban como tal al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, y lo consideraban inexistente en tanto que contrario al concepto natural de matrimonio, a falta de una norma de derecho que hubiese contemplado esta hipótesis¹¹⁴.

En todos los autores antes mencionados podemos encontrar en común que la teoría de la inexistencia del negocio jurídico fue concebida pensando en solucionar un problema específico, así también, en nuestros días, la inexistencia puede tener aplicaciones prácticas como es en los casos de la presente investigación.

3.2.2. CONCEPTO

Vicenzo Scalisi, sostiene que: “La validez no es la condición originaria del hecho en el derecho. Antes de la validez esta la relevancia jurídica, como dimensión axiológica típica del hecho que constituye o expresa intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico: merecedores, se entiende, en cuanto conformes al sistema de los valores positivos de la comunidad¹¹⁵”.

Es por esta razón que el primer ítem, al estudiar la teoría de la ineficacia, no es la nulidad, ni la teoría de la invalidez, sino la inexistencia o denominada también irrelevancia.

¹¹⁴ Galgano, Francesco. El Negocio Jurídico. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 261.

¹¹⁵ SCALISI, Vincenzo, “Invalidita e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità”, en “Rivista di Diritto Civile”, N° 2, Marzo-Aprile, Anno XLIX, CEDAM, Padua, 2003, pp. 201-217. El presente escrito reproduce –con el agregado de las indicaciones bibliográficas esenciales- el texto reelaborado de la ponencia expuesta en el Congreso sobre “Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos” (Foggia, 15-16 de marzo de 2002), organizado por el prof. Francesco Macario. Traducción de Carlos Zamudio Espinal (miembro del Taller José León Barandiarán y Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) con autorización del autor. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervias. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Artículo en Línea, Disponible en: https://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/vincenzo_scalisi-inv_lidez_e_inefi. Revisado el 16/05/2015.

Manuel Albaladejo sostiene que la inexistencia se produce cuando “falta un negocio o un negocio completo. Aunque exista un hecho exterior o elementos parciales de un negocio, ni a aquél ni a éstos les cuadra la denominación de negocio (total) aunque, a veces, se les dé”¹¹⁶.

La Teoría de la Inexistencia del negocio jurídico -o acto jurídico según el nomen iuris utilizado en nuestro código- ; es una operación lógica funcional, pues, no puede declararse nulo, lo que no existe, ni puede declararse anulable lo que no existe, ni tampoco puede convalidarse, ratificarse o confirmarse; así también lo plantea el Jurista Italiano Renato Sconamiglio al afirmar que “la inexistencia es la forma más radical de ineficacia y, lógicamente, la primera de ellas, en tanto excluye, de por sí, las demás figuras, atendiendo a la irrefutable circunstancia de que el negocio que no existe no puede ni siquiera ser inválido o ineficaz en sentido estricto”¹¹⁷.

Para Jimmy Ronquillo Pascual, el negocio jurídico inexistente se puede conceptualizar como: “Aquel que carece de algún componente que impide su identificación en un tipo negocial, no produce efectos –sin perjuicio del efecto restitutorio y del posible resarcimiento de daños que no serán efectuados del negocio inexistente sino de la ley-, no puede subsanarse (ni por voluntad de las partes ni por el transcurso del tiempo), no exige declaración judicial, puede ser cuestionado por cualquier tercer con interés y es imprescriptible; siendo sus causales: la ausencia de los presupuestos o elementos del negocio jurídico y la formación incompleta del negocio. Son casos de inexistencia negocial, la ausencia de partes, la ausencia de causa y la ausencia de objeto, la ausencia de manifestación de voluntad (...)”¹¹⁸.

¹¹⁶ Citado por Waldo Nuñez Molina en “Ineficacias y Nulidades de los Actos o Negocios Jurídicos”. Edit. Librería y Ediciones Jurídicas, 1ra Ed. 2003, pág. 78.

¹¹⁷ Sconamiglio Renato, Ob. Cit. pág. 427.

¹¹⁸ Ronquillo Pascual, Jimmy J. El Quinto Pleno Casatorio Civil y una oportunidad perdida para revalorizar el rol de la jurisprudencia. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 15 – Setiembre 2014, pág. 69 y ss.

Juan Espinoza Espinoza, considera que “la inexistencia es la no configuración del negocio jurídico que, a diferencia de la invalidez, no produce ningún tipo de efecto jurídico”¹¹⁹, este concepto es vago e impreciso, puesto que obedece a una lógica formal en estricto.

Para Fort Ninamanco, “en esencia, se habla de inexistencia –jurídica– para designar a “algo” que si bien se presenta en la realidad de los hechos, en la experiencia sensible resulta inapreciable o invisible para el sistema jurídico primordialmente porque no existe una norma que lo prevea de algún modo”¹²⁰. Entonces es posible declarar la inexistencia del negocio jurídico en los casos de compraventas realizadas por hechos fraudulentos (mediante suplantación de propietarios ó falsificación de documentos), que incluso llegaron a inscribirse en registros públicos.

3.2.3. UTILIDAD DE LA INEXISTENCIA

Hay quienes sostienen que la teoría de la inexistencia como categoría lógica es inútil, por tanto, no podemos darle valor a algo que no existe; por otro lado, algunos consideran que cuando en un ordenamiento jurídico se legisla la nulidad virtual es inaplicable la figura de la Inexistencia o peor aún, algunos sostienen que la nulidad absoluta implica la inexistencia.

Hace más de veinte años Shoschana Zusman Timman, sostuvo que “no obstante hoy, en consideración a que el principio de que no hay nulidad sin texto ha sido recogido por muchos códigos, incluyendo al Código Civil peruano, un sector de la doctrina viene postulando la autonomía y vigencia de la figura de la inexistencia, oponiéndose a quienes, a partir de una óptica formalista del Derecho (declaracionismo radical) y en consideración a la “seguridad jurídica” consideran peligroso dejar en manos de los jueces una herramienta tan poco precisa como la inexistencia. Tal tendencia a la

¹¹⁹ Espinoza Espinoza, Juan. El Acto Jurídico Negocial. Editorial Rodhas, 3ra Ed. mayo 2012, p. 485.

¹²⁰ Ninamanco Córdova, Fort. La Invalidez y la Ineficacia del Negocio Jurídico en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Edit. Gaceta Jurídica, 1ra Ed. mayo 2014, p. 31.

formalización del Derecho, fuerza al legislador a inmunizar al contrato de la posibilidad de ser destruido (e incluso interpretado) sin norma legal explícita. En esos contextos, figuras como la de la inexistencia son vistas como “subversivas” de un orden supuestamente establecido a partir de la letra de la ley, sin considerar que la formalización llevada al extremo, termina propiciando situaciones de abuso del fuerte sobre el débil”¹²¹.

Campos García ¹²² considera que existen cuatro hipótesis en las que cabe hablar de Inexistencia del negocio jurídico: a) Declaración hecha en broma o carente de seriedad por revestir un fin representativo, didáctico o lúdico. b) declaración emitida mediante violencia física. c) Declaración obtenida sobre la base de la falsificación de un documento. d) Ausencia de formalidad obligatoria prescrita legalmente. Asimismo, al igual que Shosshana Zusman Timman, considera que la ausencia de manifestación de voluntad también es un supuesto de inexistencia.

En la actualidad, vemos casos de abuso del ejercicio del Derecho, en estricto, hoy, se sobreprotege al tercero de buena fe que adquiere un predio sin importar si los medios por los cuales lo hizo fueron correctos; estamos viviendo una situación ya descrita con anterioridad por Zusman, el fuerte se impone al débil y el Derecho lo formaliza y avala, una mafia de traficantes de terreno, que con documentación falsa sorprenden a Registradores Públicos, Árbitros, Notarios (en el mejor de los casos) ó a veces en colusión con éstos (en el peor de los casos).

Asimismo, concordamos con el jurista peruano Leysser León, al afirmar que “es de inexistencia y no de simple nulidad que debería hablarse, entonces en los casos de ausencia de algún elemento del negocio jurídico en general”¹²³.

¹²¹ Zusman Tinman, Shoschana. “Teoría de la Invalidez y de la Ineficacia”. En *Ius Et Veritas*. Año IV, N° 7, PUCP, Lima, 1993, pág.161.

¹²² Campos García, Héctor. Ob. Cit. pág. 163 - 164.

¹²³ León Hilario, Leysser. Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. Ob. Cit. pág. 38.

Por tal razón, resulta vital aplicar la categoría de la inexistencia para frenar el actuar de mafias que se apropian de propiedades y crean apariencia de legalidad, y construir una verdadera seguridad jurídica en el país. En esa misma línea García Campos señala que respecto de aquellos negocios jurídicos productos de la falsificación “(...) se tendrá que considerar que no generan ningún efecto jurídico, solución que se impone, más allá de las consideraciones jurídicas expuestas, por una necesidad de brindar una solución concreta al problema de la falsificación de documentos que, en un medio como el nuestro, es un mecanismo usual con el que se priva de propiedad a sus verdaderos titulares”¹²⁴.

Por otro lado, Francesco Galgano señala que en Italia, “se hace uso frecuentemente del concepto de inexistencia más que respecto de los contratos, respecto de aquellos actos unilaterales que son los acuerdos de las Juntas y asambleas; la jurisprudencia considera inexistente el acuerdo cada vez que entiende que falta aquel mínimo de elementos que permiten hablar de acuerdo; en este caso existe una razón concreta que explica el recurso constante al concepto de inexistencia”¹²⁵.

La teoría de la inexistencia del negocio jurídico, es una teoría lógica, funcional y útil, que no necesariamente necesita estar legislada, como en el caso de Italia y otros países, para su utilización.

En el Quinto Pleno Casatorio Civil, se señala textualmente que la inexistencia no puede ser utilizada en el Perú; y se dan dos razones para la no aplicación de la categoría de la inexistencia del negocio jurídico; la primera es que no se encuentra regulada en el código civil y la segunda es que nuestro sistema regula la nulidad virtual. Al respecto Ronquillo Pascual considera que “bastaría señalar que en nuestro código civil sí existen normas que expresamente aluden a la categoría de la inexistencia, aun cuando no orgánicamente, tales son los casos del artículo 1359 del código civil: “no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus

¹²⁴ Campos García, Héctor. Ob. Cit. pág. 164.

¹²⁵ Galgano, Francesco. Ob. Cit. pág. 263

estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria” y del artículo 1438 del código civil: “El cedente garantiza la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario (...)”. Empero, dejando esto de lado, debemos preguntarnos ¿en alguno de los Códigos Civiles de los países de donde viene esta doctrina (Francia, Alemania, Italia) se regula la categoría de la inexistencia? La respuesta evidentemente es negativa y es coherente que así sea, pues, “una norma jurídica, en efecto no puede sancionar directamente la inexistencia porque la norma para ser aplicable, presupone que una fattispecie exista, aunque viciada en alguno de sus elementos: si esta es, en cambio, inexistente, su aplicación no es posible y los efectos por ella previstos no pueden en modo alguno verificarse”. Redunda a favor de la coherencia de su ausente regulación, el hecho de que se trate de una categoría lógica que como tal no requiere de un reconocimiento legal que explicita su vigencia. Por último, quienes redactaron el Pleno Casatorio parecen haber olvidado que el silencio de la ley no puede ser obstáculo para el reconocimiento de institutos que pudiesen resultar útiles para proteger intereses relevantes, como lo es la categoría en cuestión –a diferencia de la modalidad más grave de invalidez- impide toda posibilidad de convalidación y es imprescriptible”¹²⁶. Sobre la segunda razón, el mismo autor señala que “la nulidad virtual también aparece normada en el código civil italiano (art. 1418), en el Código Civil Francés (art. 6), en el Código Civil Alemán (134 y 138.1) y ello no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia de dichos sistemas hayan desarrollado profusamente la categoría de la inexistencia, por lo que aquello no es impedimento alguno para la vigencia y aplicabilidad de esta categoría”¹²⁷.

¹²⁶ Ronquillo Pascual, Jimmy J. Ob. Cit. pág. 64 – 65.

¹²⁷ Idem. pág. 65.

3.3. LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ

Los profesores Geri Bigliuzzi, Umberto Breccia, y otros, señalan que “(...) el juicio de irrelevancia no se debe confundir con el de invalidez: el primero opera con referencia a cualquier hecho, que tenga o no naturaleza negocial; en tanto que el segundo opera sobre todo con referencia a los negocio jurídicos y presupone que previamente se haya resuelto el problema relativo a la identificación y a la calificación de un supuesto de hecho jurídicamente relevante”¹²⁸.

La teoría de la invalidez, es racionalizada desde un punto de vista dogmático, no desde el punto de vista legislativo, puesto que nuestro código civil reconoce solamente las categorías de la nulidad y la anulabilidad las mismas que pueden asociarse o vincularse con la invalidez.

Ahora bien, como bien hemos visto anteriormente el primer plano para analizar un negocio jurídico es la relevancia o existencia, y el segundo plano vendría a ser la validez, puesto que, si el negocio jurídico no existe, no puede declararlo válido o inválido, pues, o peor aún, no debería declararse válido o inválido un negocio jurídico que no existe.

El profesor Vicente Scalisi, al respecto señala que la teoría de la invalidez tiene dos presupuestos clásicos, sobre los cuales se desarrolla:

- a) La invalidez se refiere al negocio; ella no se refiere al acto jurídico en general¹²⁹ de derecho privado.

¹²⁸ Bigliuzzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco y Natoli, Hugo. Derecho Civil, Hechos y actos Jurídicos, Tomo I. Vol. 2. Traducción de Fernando Hinestrosa, Edit. Universidad Externado de Colombia. Año 1995, pág. 1027.

¹²⁹ Scalisi se refiere al concepto de acto jurídico en sentido estricto. Ver: LEÓN HILARIO, Leysser L., “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”, en Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova, Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervías y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, págs. 1-113.

b) La invalidez consiste en un defecto del hecho jurídico [fatispecie] negocial, producida por la falta o por el vicio de un (elemento o) requisito esencial (o constitutivo); la referencia está en los arts. 1418 ss y 1425 ss. C.C. (italiano).

La teoría de la invalidez tiene dos grandes vertientes, la “Nulidad” y la “Anulabilidad”.

3.3.1. LA NULIDAD

A. ANTECEDENTES

Eduardo Zannoni¹³⁰, considera que como muchas de las categorías jurídicas que conocemos en el mundo actual, éstas han sido heredaras del Derecho Romano, el cual siempre trababa de realizar las abstracciones necesarias que lo llevaran a la generalización.

Según Arango Ruiz¹³¹, el antiguo derecho, que era dominado por el formalismo, casi todos los negocios se pueden reducir a tres tipos:

- a) Mancipatio: Con la cual se hacía referencia a un cambio inmediato de cosa por precio, se transforma en el transcurso del tiempo en un negocio formal.
- b) In lure Cessio: Es un proceso ficticio, para entregar la propiedad físicamente (Vgr. El usufructo, las servidumbres).
- c) Stipulatio: Es un contrato obligatorio abstracto, el cual se perfeccionaba con una pregunta del futuro acreedor y con una respuesta concordante del deudor.

¹³⁰ Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Edit. Astrea, 1ra Impresión, 3ra Reimpresión, año 2004, pág. 146, 147.

¹³¹ Ob. Cit. por Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Edit. Astrea, 1ra Ed., 3ra Reimpresión, año 2004, pág. 147.

Zannoni afirma que “en este estadio el ius civile muestra un formalismo riguroso que conlleva a que la validez de los negocios jurídicos resida en el cumplimiento de las formas”¹³².

El Derecho no es estático, y el Derecho Romano tampoco lo fue, por tal razón, el mismo autor¹³³, afirma que a partir del siglo II a.c. los negocios no formales, así como los contratos del ius Gentium: Compraventa, mandato, sociedad, entre otros, se transformaban de constitutivos a probatorios; además, se estaba dando otro fenómeno, con la creación de la pretura, el ius Civile, se flexibiliza y permite el ius Honorarium, o ius Pretorium, es decir, la creación de derecho, por parte de los magistrados (pretores y ediles curules en Romanas y los gobernadores de las provincias). Básicamente existían conflictos entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, y por tanto, se contraponen las acciones de derecho estricto y las acciones libres, dichas acciones fueron creadas por la propia magistratura, tal es así, que el pretor había creado una serie de pretensiones, exigibles mediante un proceso civil. Ya en la época clásica se observan situaciones especiales como la invocación de fraude, de violencia, error o dolo, ante estos pedidos, el pretor escuchaba a quien demandaba y en algunos casos concedía la Integrum Restitutio, sólo en caso de que constatará que sí concurría alguna de las causas que justifican su otorgamiento y el efecto de esto era dar al actor los medios para volver las cosas al estado anterior. Siendo las cosas de esta forma en el derecho romano, la nulidad del derecho civil operaba ipso iure, es decir, de pleno derecho, porque faltaba algún elemento esencial; en cambio, la nulidad que se pedía ante el pretor, resultaba del ejercicio de la actio o de la exceptio. El pretor no podía declarar la nulidad de algún negocio que válido, sin embargo, las personas podían acudir a él mediante la denegatio actionis o la exceptio o la integrum restitutio, los cuales restaban toda eficacia práctica al negocio jurídico.

¹³² Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit. pág. 147.

¹³³ Ibídem, pág. 150, 151.

En medio del desarrollo histórico del *ius civile* y el derecho creado por el pretor se puede ver el nacimiento de otra figura, conocida entre nosotros como la anulabilidad o nulidad relativa, la cual, tiene como requisito que tiene que ser solicitada. Asimismo, Zannoni¹³⁴, señala que al recorrer el Digesto Justiniano, se puede hallar diversos supuestos de negocio nulos, Vgr. Cuando se disienta sobre el objeto de la compraventa, o es nula la obligación de lo imposible; el mismo autor refiere que en una Constitución del emperador Teodosio en el año 439 había establecido que “Toda prohibición de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente” Respecto a estos supuestos rige la máxima: *Quod nullum est, nullum producit effectum* (lo que es nulo no produce efecto alguno), y *quod nullum est in uno, nullum est in ómnibus* (lo que es nulo en un caso, lo es en todos).

No le faltaba razón a Lutezco, al afirmar que “la superación del antiguo dualismo civil-pretorio, lleva a la teoría de las nulidades a una nueva concepción que puede resumirse en la creación de los dos grandes grupos de ineficacias: las nulidades absolutas y las nulidades relativas, según la importancia de la irregularidad del acto jurídico”¹³⁵.

Por otro lado, Federico de Castro y Bravo: “Los textos romanos ofrecían un apoyo firme para estimar como no hechos (*pro infectis*) los actos contrarios a la Ley (C. 1, 14, 5). Los glosadores se plantearon la cuestión de si era necesario ejercitar la acción rescisoria para la ineficacia del contrato nulo. En la glosa acursiana se responde: “*de iure enim non rescindur, cum ipso iure sit nullum; et id quod nullum est rescindi non potest*”.

Es necesario precisar aún más los antecedentes de la categoría de la nulidad, por tal razón, es ineludible poder citar las fuentes de Héctor Campos García: “Desde el punto de vista histórico, se debe tener en consideración que bajo la perspectiva formal romanista (clásica y pos clásica) el acto

¹³⁴ Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit. pág. 152.

¹³⁵ Ob. Cit. por Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Edit. Astrea, 1ra Ed., 3ra Reimpresión, año 2004, pág. 153.

negocial o es nullum (nec – ullum: inexistente), o es válido en sentido amplio (existente), siendo en este último caso una actuación, que grado potencial de producir efectos jurídicos, pero que bien puede producirlos (utile), o no (inutile). Así las cosas, en el “espíritu romano” quedaba excluida la posibilidad de anular un determinado acto, ya que solo cabían dos alternativas ullus (existe) o non ullus (no existe), si luego de constatado el negocio se apreciaba que este no debió haber existido, sea por la razón que fuese, la única posibilidad de reacción era “cortar” o rescindir el acto, mas no anularlo. Sobre la base de ello, la doctrina posterior, luego de confundir el negotium nullum con el negotium ominino non existens, se orienta por considerar que los negocios nulos no son negocios inexistentes, ya que satisfacen un mínimo del soporte fáctico requerido, que si bien, no basta para considerar al negocio como válido, sí determina la presencia de un negocio nulo. Ya en el derecho común, se logra consolidar la idea de que constituye una contradicción considerar al negocio nulo como inexistente, precisándose que si bien el acto nulo es tratado como si no hubiese existido nunca, lo cierto es que existió y que existe hasta que se emita una sentencia aun cuando se repara que lo nulo es la negación de validez, pero no de la existencia, de modo que tanto lo nulo, como lo no nulo existen efectivamente”¹³⁶.

B. CONCEPTO

Alberto Traucchi¹³⁷ plantea que “el acto será nulo cuando falte alguno de los requisitos esenciales del negocio, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito. No es necesario que la nulidad haya

¹³⁶ Campos García, Héctor. Invalidez e Ineficacia Negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil Peruano). En El Negocio Jurídico. Obra Colectiva. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima – Perú, Diciembre 2014, pág.167.

¹³⁷ Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Traducc. de la XV edición italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez – Calcerrada, Edit. Revista de Derecho Privado Madrid, pág. 202.

sido fijada por la ley, únicamente es preciso que la ley no prevea efectos distintos.

Según Vidal Ramírez, es “una sanción legal, la máxima sanción civil, cuando el acto jurídico se celebra sin sus requisitos de validez, o cuando se celebra con perturbaciones o distorsiones, puesto que lo priva de su existencia, validez y eficacia”¹³⁸.

De esto podemos colegir, que el autor nacional mencionado anteriormente considera que la declaración de la nulidad acarrea la inexistencia, sin embargo, en contraposición a ello, la doctrina moderna está de acuerdo con Pontes de Miranda, quien señala que “no se duda que lo nulo exista, más aun cuando se repara que lo nulo es la negación de validez, pero no de la existencia, de modo que tanto lo nulo como lo no nulo existen efectivamente”¹³⁹.

Ahora bien, Vidal Ramírez, continúa señalando que “el carácter de sanción que tiene la nulidad surge de las propias disposiciones del Código Civil y es una consecuencia de la celebración de un acto jurídico con causal de nulidad existente en el momento de su celebración. Se diferencia, por ello, de toda otra figura jurídica con la que pueda tener algunas afinidades en cuanto a dejar sin efecto un acto jurídico y extinguir la consiguiente relación jurídica”¹⁴⁰. A decir verdad, esta afirmación es cierta, puesto que la nulidad, tiene claras diferencias con la inexistencia, tanto en un plano dogmático como en un plano práctico; las mismas que ya hemos mencionado anteriormente.

Para Juan Espinoza Espinoza, “la nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que se configura por una

¹³⁸ Vidal Ramírez, Fernando. El Acto Jurídico. Edit. Gaceta Jurídica, 5ª Ed. 2002. pág. 495

¹³⁹ Citado por Campos García, Héctor. Invalidez e Ineficacia Negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil Peruano). En El Negocio Jurídico. Obra Colectiva. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima – Perú, diciembre 2014, pág.167.

¹⁴⁰ Vidal Ramírez, Fernando. Ob. Cit. pág. 495.

patología de los elementos esenciales del negocio jurídico”¹⁴¹. Cabe advertir, que un término amplio que engloba la nulidad o anulabilidad, son las patologías del negocio jurídico¹⁴².

El profesor Taboada Córdova, enseñaba que el negocio nulo era un tipo de ineficacia estructural y lo conceptualizaba como “aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o aquel que teniendo todos los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público o normas imperativas”¹⁴³.

Como vemos, la nulidad es una sanción, un remedio y una forma de denominar a aquel negocio jurídico que tiene un grave problema en su estructura o requisitos de validez, cuya consecuencia es la declaración de nulidad del negocio jurídico.

3.4. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE SOBRE LA NULIDAD

No se trata de estar a la moda jurídicamente hablando, se trata de entender por qué tenemos determinadas ideas, sobre este tema, la profesora francesa Catherine Thibierge, afirma que existen 3 teorías al respecto:

A) NULIDAD ENTENDIDA COMO UN ESTADO DEL ACTO (teoría clásica):

“La Teoría clásica de las nulidades reposa en su totalidad sobre la comparación del acto jurídico con un organismo que participa de las

¹⁴¹ Espinoza Espinoza, Juan. El Acto Jurídico Negocial. Edit. Rodhas, pág. 489

¹⁴² Término utilizado en forma surrealista por el profesor Alberto Trabucchi, a razón de que en ocasiones, los vicios negociales pueden ser mortales o mas o menos graves, los mismos que pueden aparecer en la constitución del negocio o con posterioridad. En: Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Ob. Cit. pág. 197.

¹⁴³ Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Edit. Grijley, pág. 350.

funciones de la vida orgánica y por esto susceptible de nacer muerto o enfermo, de morir o de curarse¹⁴⁴”.

En nuestro país, el profesor Taboada enseñaba esta postura de la nulidad, al igual que el profesor Vidal Ramírez; en esta postura no tiene sentido la diferencia entre inexistencia o nulidad, porque ambas son equiparadas a que el acto o negocio jurídico ha nacido muerto.

“La teoría clásica, la nulidad, entendida como un estado intrínseco e inicial del acto, es un concepto natural, extrajurídico, que se impone por la fuerza de las cosas, por razón de un vicio del acto que el juez se limita a constatar¹⁴⁵”.

La nulidad es inherente al acto, depende del estado natural del acto, es consustancial al mismo, es posible que por esta razón en el derecho peruano, hablamos de las nulidades de pleno derecho, las cuales sólo son constatadas y declaradas como tales por los magistrados.

b) NULIDAD ENTENDIDA COMO SANCIÓN JURÍDICA

“La nulidad consiste en una sanción jurídica pronunciada por el juez, manifestación de la reacción del orden jurídico por la violación de una norma que rige la formación del acto, diferente del estado de ese acto”¹⁴⁶.

Los particulares que ejerciendo la autonomía privada, crean, regulan, modifican, o extinguen relaciones jurídicas, no obedecen la ley, no se sujetan a la norma, no respetan los principios que inspiran el sistema jurídico, entonces, éstos negocios jurídicos deben ser declarados nulos, simplemente porque contravienen el ordenamiento jurídico. Aquí podemos hablar de la nulidad virtual, por la cual, todos los actos o negocios que atenten contra el orden público y las buenas costumbres son nulos.

¹⁴⁴ Thibierge, Catherine. Nullité, Restitutions et Responsabilité, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 1992. Traducción de Gustavo de Greiff, 1ra edición en castellano Enero de 2010, Universidad Externado de Colombia, pág. 329.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 331.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pág. 334

c) NULIDAD ENTENDIDA COMO UN DERECHO DE CRÍTICA

“La nulidad se traduce por la atribución del derecho de crítica cuya manifestación es esencialmente procedimental al punto de que la teoría de la nulidad se reduce a la teoría del derecho de crítica, puesto que la nulidad no es nada si no se le invoca, o mejor, ella se traduce en el derecho que se tiene de invocarla”¹⁴⁷.

Por esta postura podemos entender un punto de vista procesal de la nulidad, es decir, la importancia de la nulidad, no está en el acto o negocio jurídico mismo, sino en la posibilidad que hay de poder exigirla o invocarla jurisdiccionalmente.

Esta postura, actualmente está siendo criticada, puesto que hace que la nulidad, no sea algo sustancial sino procesal, ahora bien, el derecho de crítica puede estar independientemente de la nulidad; es como que yo puedo demandar la nulidad absoluta de un acto jurídico, pero perder el proceso judicial. La nulidad puede confirmarse o ratificarse, así como también puede darse la conversión del acto jurídico.

3.5. DIFERENCIA ENTRE LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD

Vicenzo Roppo considera que “la invalidez es una categoría predominantemente doctrinal, en tanto que la inexistencia del contrato es la categoría totalmente doctrinal (y jurisprudencial), sin siquiera un mínimo de enganche en las palabras de la ley, que la invalidez puede jactar”¹⁴⁸, lo cual, es plenamente válido en nuestro país, pues el desarrollo de la Teoría de la Inexistencia del negocio jurídico, se ha llevado a cabo por la doctrina, mencionada en algunas ocasiones en sentencias y aludida frecuentemente en las demandas de nulidad.

¹⁴⁷ Thibierge, Catherine. Nullité, Restitutions et Responsabilité, Bibliothèque de Droit Privé. Ob. Cit. pág. 339.

¹⁴⁸ Roppo Vicenzo. Ob. Cit. Pág. 695.

Tal vez, las palabras más apropiadas respecto a la diferencia entre inexistencia e invalidez, las tiene el profesor Francisco Santoro Passarelli en cuyo discurso podemos encontrar 3 puntos muy interesantes:

a) “La inexistencia jurídica del negocio no puede resumirse en la noción de invalidez, puesto que sólo un negocio existente puede ser válido o inválido”¹⁴⁹.

Lo hemos señalado en varias ocasiones, la inexistencia es una cuestión lógica, y no una lógica simple, el maestro Santoro, agrega una lógica del sistema legal, es decir, qué es lo que el sistema legal (código civil) regula, o sanciona, obviamente los negocios jurídicos que tienen cierta relevancia jurídica, es decir, que existen; y, sólo de los que existen, se puede predicar la invalidez, conformada por la nulidad y anulabilidad.

b) “El silencio de la ley sobre el negocio inexistente se justifica con la observación de que no es necesaria una norma para establecer la ineficacia. Es verdad que es difícil fijar la noción de inexistencia, ya que la ley parece deducir, cuando más, de la falta de alguno de los elementos del negocio o de los requisitos de éstos aquella especie máxima de invalidez del negocio, que es, como se verá, la nulidad del mismo. Pero, a nuestro entender, hay que distinguir entre la falta que permita, con todo, la identificación jurídica del negocio –falta que produce únicamente la invalidez- y la falta que, por el contrario, impide la identificación del negocio, que es, por esto, jurídicamente inexistente. La identificación es imposible cuando la imperfección sea tal que excluya que un hecho pueda reconocerse un determinado negocio”¹⁵⁰.

El sustento doctrinal de nuestra tesis, se encuentra en estas palabras, una cosa es cuando faltan elementos para la validez del negocio jurídico y otra cosa muy diferente es la falta de aquellos elementos que no nos permiten reconocer en un hecho jurídico el negocio jurídico, lo cual es causal

¹⁴⁹ Santoro Passarelli, Francisco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Traducción. y concordancia de Derecho español por A. Luna Serrano. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 7ma Ed. 1964, pág. 295.

¹⁵⁰ Idem, pág. 296.

de inexistencia del negocio jurídico. Incluso si quisiéramos ser más elegantes con la terminología, podemos hacer diferencia entre la “FALTA” de elementos y la “AUSENCIA” de elementos.

c) “Vienen en este momento a ser tomadas en consideración aquellas normas, a que se aludía antes; que atribuyendo una eficacia indirecta al negocio nulo no pueden considerarse referidas de la misma manera al negocio inexistente, de donde resulta la importancia –incluso práctica- de la distinción entre inexistencia y nulidad del negocio”¹⁵¹.

Complementando el punto anterior, la teoría de la inexistencia tiene efectos prácticos, es decir, la falta de elementos, es cuando hay algo, pero está incompleto; por el contrario, la ausencia significa que no hay nada que pueda identificar el negocio jurídico –esto se da en el plano jurídico, no el plano fáctico–. En términos pragmáticos, esto se puede ejemplificar de la siguiente manera:

Cuando el negocio jurídico es inexistente, no se dan los mismos efectos a cuando se declara la invalidez (nulidad y anulabilidad), puesto que la protección al tercero de buena fe sólo se da cuando el negocio jurídico es declarado nulo. No pueden darse los mismos efectos cuando “Z” abusa de un poder que “D” le entregó por escritura pública e inscribió en los registros públicos, a cuando “Z” utiliza un poder falso que “D” nunca le entregó.

Es diferente cuando la propiedad de la sociedad conyugal es vendida por uno sólo de los cónyuges, a cuando un par de desconocidos que no son parte de la sociedad conyugal la venden suplantando a los verdaderos propietarios.

No es lo mismo que el titular del derecho que está ciego, o enfermo, o sordo, venda su propiedad, a que un desconocido le falsifique la firme y lo deje sin propiedad.

¹⁵¹ Santoro Passarelli, Francisco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Ob. Cit. pág. 296

Además, la protección al tercero de buena fe no se teorizó pensando en los supuestos de falsificación de documentos o suplantaciones de los titulares de los derechos, sino ante el mal obrar de los titulares de los derechos, es decir cuando “X” vende su propiedad tanto a “B” como a “C”; o ante los contratos simulados entre D y F, con el tiempo F vende a E, en estos casos, el que ocasiona los problemas es el mismo propietario, y tanto “C” como “F” podría ser terceros de buena fe que necesitan protección.

3.6. REFUTACIÓN A ALGUNOS FUNDAMENTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA INEXISTENCIA CON LA NULIDAD PROPUESTOS POR EL PROF. DR. ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ.

a) “El acto jurídico inexistente por faltarle un elemento ad substantiam, concurriendo los otros requisitos, en la realidad existe como evento acaecido (tiene existencia material, pero no es acto jurídico) y como tal tiene la posibilidad de producir algún efecto, por lo que puede devenir en hecho jurídico, específicamente en un acto jurídico inválido, ya en la especie de acto nulo, ya en la de acto anulable. Por tanto, ante la ausencia de un elemento sustancial, la apariencia de acto jurídico es sancionada con la nulidad absoluta, y si concurren esos elementos pero están viciados, el acto es sancionado con la anulabilidad”¹⁵².

¿Acaso se puede declarar la nulidad del acto jurídico, cuando no hay un acto jurídico¹⁵³?, no es posible declarar nulo lo que nunca existió (en términos jurídicos), la doctrina diferencia entre elementos de invalidez (nulidad) y elementos para la existencia (relevancia), la ausencia total de declaración de voluntad, hacen que el documento no sea nada, por lo tanto, no puede ser objeto de nulidad. Una escritura pública de por sí no es un negocio jurídico, ni siquiera un contrato con firmas legalizadas es un negocio jurídico, en el

¹⁵² Torres Vásquez, Aníbal. Acto Jurídico. Vol. II, Edit. Instituto Pacífico, 5ta Ed. abril 2015, pág. 958.

¹⁵³ Entiéndase al acto jurídico como negocio jurídico, dadas las consideraciones en el sub capítulo II.

Perú, así como en muchos países, el acto jurídico, negocio jurídico o el contrato es abstracto, tiene que ver con declaraciones de voluntad, el documento es una forma de probarlo.

b) Por lógica elemental, no se puede afirmar que “existe válidamente” como “acto jurídico” un “acto humano” al cual le falta la declaración de voluntad (el titular del derecho no participa en la celebración del contrato o carece de discernimiento, o actúa bajo los efectos de la violencia física, etc.) o le faltan los requisitos de validez (art. 140), o cuando el objeto o la causa fin son ilícitos, o el objeto es imposible o indeterminado, o cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. En tales casos bien se puede afirmar que el acto es inexistente como acto jurídico, pero existe como un acto inválido de autonomía privada; el ordenamiento jurídico lo sanciona con la nulidad absoluta; es improductivo de efectos negociales (contractuales), pero puede producir otros efectos no negociales como la restitución y la indemnización de daños. Por consiguiente, para el derecho, inexistencia y nulidad del acto jurídico son expresiones equivalentes, tienen el mismo resultado negativo, jurídico y práctico.

Definitivamente no estamos de acuerdo con este argumento, por la sencilla razón de que no pueden tener el mismo resultado negativo, jurídico y práctico una declaración de nulidad y una declaración de inexistencia, por un lado este argumento pareciera de autoridad, puesto sólo cita la norma (porque la norma lo dice), la diferencia en los efectos, harto conocida, puesto que la red Orellana, encontró en este argumento la protección a todos sus fraudes inmobiliarios, puesto que ellos, prácticamente creaban a un tercero de buena fe, luego de realizar algún poder falso o una compraventa suplantando al propietario, vendía, dos, tres o cuatro veces el mismo inmueble y el último propietario es protegido por la “buena fe”, si pues, lamentablemente, la buena fe protege al tercero a pesar de que el negocio jurídico que da origen al fraude inmobiliario sea declarado nulo. No podría ocurrir lo mismo si se declarase la inexistencia. Por otro lado, cabe resaltar que en la mayoría de códigos civiles la violencia física es una causal de

nulidad absoluta, pero en nuestro código civil sólo es causal de anulabilidad, lo que nos lleva a reflexionar, que no todo lo que está en el código es correcto. Otro dato importante es que no todos los códigos civiles contemplan la nulidad y la anulabilidad (por ejemplo, España), pero eso no significa que la anulabilidad no sea aplicada por los jueces españoles, porque es parte de la teoría general de la ineficacia, y es harto conocido en la doctrina que la invalidez, se divide en nulidad y anulabilidad, según la gravedad las causales de invalidez.

c) El acto humano inexistente jurídicamente, por no concurrir en él nada del acto jurídico ni del hecho jurídico (por ej., el contrato celebrado en broma) o por encontrarse en formación, no necesita de regulación legal para declarar su inexistencia. De él no se ocupa ni tiene por qué ocuparse el Derecho.

El profesor afirma que en la inexistencia del negocio jurídico, no existe ni el acto ni el hecho (ambos jurídicos); sin embargo, esto no es verdad, para la declaración de inexistencia, necesitamos un hecho jurídico o no jurídico, la declaración de inexistencia en algunos casos debe ser declarada por un juez, o simplemente no considerada por el Derecho (como una broma); otra forma podría ser cuando enseñando sobre “la compraventa en el Perú” el docente haga un ejemplo, y simule que le vende su casa a uno de sus alumnos; hay sujeto, hay manifestación de voluntad, supongamos que están todos los elementos, pero en realidad sólo es una cuestión didáctica, el negocio jurídico nunca se hizo con la intención de satisfacer un interés particular. Otra cosa es que cuando te vas de viaje fuera del Perú, uno de tus vecinos tome posesión del un inmueble inscrito, ponga un anuncio, venda la propiedad con un poder falso así mismo, y luego a un tercero, ¿existe el negocio jurídico primigenio que da origen a la segunda compraventa? ¿es justo que alguien pierda de esta forma la titularidad de su propiedad? ¿de qué me sirve la declaración de nulidad absoluta si igual se protegerá al tercero de buena fe?

d) El acto considerado jurídicamente inexistente no puede fundamentar ningún efecto jurídico negocial ni no negocial; la inexistencia no es una

especie de ineficacia. No se puede hablar de prescripción de la acción de inexistencia porque esta acción no existe. En cambio, la nulidad es la sanción invalidante de las irregularidades más graves y flagrantes en la formación de un acto jurídico; la nulidad es una especie de ineficacia. Como la acción de nulidad existe se puede hablar de prescripción de ella. En algunos ordenamientos la acción de nulidad prescribe, en otros no.

La ineficacia no es otra cosa que dejar sin efecto el acto jurídico o negocio jurídico, en el código civil no tenemos una teoría general de la ineficacia, y no todos los mecanismos que permiten declarar ineficaz un acto deben estar contenidos en el código civil, y no todo lo que está regulado en el código es correcto a nivel dogmático. La inexistencia se declara cuando se verifica que no existe el negocio jurídico, ¿Cuándo no existe un negocio jurídico? cuando no hay una declaración de voluntad por parte de los titulares de un derecho, cuando no hay participación, la ausencia total de participación del sujeto titular de un derecho, en cambio la nulidad, se declara cuando habiendo verificado la existencia del negocio jurídico, este no tiene los elementos necesarios para su validez, entonces, tenemos que verificar la existencia o relevancia del negocio jurídico, es el primer escalón en la teoría general de ineficacia, dado esto recién podremos verificar la validez del mismo.

e) Aun admitiéndose la distinción entre “acto jurídico inexistente” y “acto jurídico nulo”, si las consecuencias de ambos son las mismas: adolecen de ineficacia absoluta desde el inicio y, en algunas legislaciones, a perpetuidad (cuando la acción de invalidez es imprescriptible), tal distinción carece de utilidad práctica. Por tanto, no se justifica una regulación de la inexistencia aplicada a situaciones únicamente hay nulidades.

El autor no da ningún ejemplo, sobre en qué país la invalidez es imprescriptible, conocemos sí, que en otros países, la invalidez tiene como plazo máximo 30 años, por otro lado, este argumento pierde fuerza dado que en nuestro país la nulidad sólo se puede exigir hasta los 10 años, y además

la prescripción adquisitiva de dominio también es a los 10 años, entonces, nuestra realidad es diferente a lo que plantea en este argumento, es más, nosotros consideramos que es necesario y urgente que tomemos en cuenta la teoría de la inexistencia para los casos de fraude inmobiliario, donde el titular del derecho que inscribió debidamente la propiedad en los registros públicos, no sea desalojado judicialmente.

f) Tanto el acto jurídico nulo como el inexistente, pueden llegar a tener existencia como actos jurídicos válidos y eficaces como consecuencia de la prescripción o de la caducidad. Ejemplos: a) la compraventa de un inmueble celebrado entre dos menores de 16 años (incapaces absolutos –art. 43.1), si bien es un hecho que existe en realidad, pero jurídicamente es inexistente por no tener la calificación de acto jurídico, puede llegar a tenerla por efecto de la prescripción de la acción de nulidad (a los diez años contados a partir del momento en que los contratantes cumplen su mayoría de edad art. 2001.1); b) El matrimonio del enfermo mental existe como evento material, pero es inexistente como acto jurídico por falta de consentimiento, y, como tal, carece de toda eficacia desde el momento de la celebración; no puede haber matrimonio sin voluntad (el demente no la tiene); sin embargo, puede llegar a existir como acto jurídico con efectos desde su celebración como consecuencia de la caducidad, si es que el enfermo recobra la plenitud de sus facultades mentales y no hace uso de la acción de nulidad dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad (art. 274); caduca el derecho del cónyuge perjudicado para pedir la nulidad.

Luego, en el Derecho peruano, los actos nulos a los cuales se asimila los denominados inexistentes, pueden llegar a ser válidos y eficaces como consecuencia de la prescripción de la acción o de la caducidad.

Los ejemplos citados no son casos de inexistencia sino de invalidez, la inexistencia se declara en base a la ausencia de declaración de voluntad, en el caso de los menores de edad o del demente, existe una declaración de voluntad, pero ésta es inválida, porque las normas así lo disponen y no

porque no existan. La inexistencia, no puede convalidarse, no es susceptible de confirmación ni de conversión, en cambio el acto jurídico nulo sí.

g) El acto jurídico nulo al que se asimila el inexistente produce todos sus efectos frente al tercero sub adquirente a título oneroso y de buena fe. Por ej., una compraventa con simulación absoluta es un acto jurídico inexistente, pues no hay obligación de transferir la propiedad de un bien ni de pagar el precio (no puede existir compraventa sin bien y sin precio), pero esta inexistencia de la compraventa no puede ser opuesta al tercero que de buena fe y a título oneroso ha adquirido la propiedad del titular aparente (art. 194); la compraventa inexistente produce todos sus efectos frente a dicho tercero (fuerza legitimadora de la apariencia).

Aún más, como hemos señalado en el párrafo anterior, esta compraventa simulada, existente en la realidad como acto aparente –pero inexistente como real-, e inexistente jurídicamente como contrato válido, -pero existente como contrato invalidado-, puede llegar a producir todos los efectos contractuales entre las partes y frente a cualquier tercero, por efecto de la prescripción de la acción de nulidad por simulación (diez años, art. 2001.1). Lo que equivale a afirmar que la “nada jurídica” (en el ejemplo no hay contrato de compraventa) puede producir efectos jurídicos, lo que no es extraño en Derecho.

Otra vez, la simulación absoluta no es un supuesto de inexistencia, es un supuesto de nulidad, es como ver fantasmas inexistentes donde no los hay. Me parece ver que el problema está en que el negocio jurídico para existir necesita una declaración de voluntad (objetiva) y cualquier tipo de manifestación (subjativa), estos términos no son lo mismo, la manifestación de voluntad puede ser interna o externa, en cambio la declaración de voluntad sólo es externa, en esos casos sí se puede identificar un negocio jurídico, es un negocio jurídico que no tiene ningún problema en su formación, ni en su estructura; por tal razón, sí se protege al tercero de buena fe y a título oneroso; en este caso la nulidad, se ejerce como una sanción, usualmente una simulación se realiza para perjudicar a un tercero y

es plenamente existente y válido, hasta que alguien ejerce su derecho a crítica por encontrarse dentro de un supuesto de nulidad del negocio jurídico.

h) No pocas veces es manifiesta la dificultad de distinguir los casos de inexistencia de los de nulidad. Así, la presencia del funcionario público que solemniza el acto es condición de existencia del acto jurídico matrimonio. ¿Qué sucede con el matrimonio celebrado ante funcionario público incompetente? Para Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade, el matrimonio es inexistente y no nulo. En cambio, para Planiol y Ripert, si la incompetencia es por razón de la persona, del lugar o de las funciones, el matrimonio es nulo y no inexistente; la apariencia de matrimonio debe desechar la teoría de la inexistencia.

Me pregunto, si un matrimonio fuera realizado ante un alcalde que ha sido vacado e incluso el libro donde firman los contrayentes no fuera el oficial, ¿dónde pedimos la nulidad de este matrimonio? ¿Demandamos a la municipalidad? ¿Qué es lo que se va a anular? ¿Se puede anular un acta de matrimonio falsa? O acaso la verdad es que no hay matrimonio, que nunca existió. La apariencia no desecha la inexistencia, son los elementos del negocio jurídico los que determinan o no el rechazo de la inexistencia.

i) Se califique el acto como inexistente o como nulo, las consecuencias prácticas no son otras que la ineficacia, salvo los efectos excepcionales de restitución de lo pagado a partir de dicho acto y la indemnización de daños por responsabilidad por culpa in contrahendo.

En esto sí tiene razón el profesor Torres Vásquez, puesto que la inexistencia como la nulidad son parte de la teoría de la ineficacia, pero se equivoca la culpa in contrahendo es parte de la responsabilidad extracontractual, ¿en la declaración de inexistencia quién debe devolver lo pagado? Si una persona que ha sido víctima de falsificación o suplantación de una escritura pública, y así lo demuestra, en un proceso civil, gana el juicio y encima ¿debe restituir lo pagado?, no verdad, esa idea es completamente absurda, la verdad es

que no hay responsabilidad, responsabilidad pre contractual ni tampoco la restitución de lo pagado.

J) Los problemas que se tratan de afrontar con la inexistencia son resueltos con las reglas de la nulidad tanto en los códigos europeos como en los latinoamericanos, con escasísimas excepciones como el Código Civil para el Distrito Federal de México que regula a la inexistencia como una especie de ineficacia distinta a la nulidad.

A este argumento podemos responder afirmando que en los países donde en algún momento se ha aplicado la inexistencia del negocio jurídico, no se encuentra legislada, como, por ejemplo, Argentina, España, Francia o Italia. Por tanto, la regulación de la inexistencia no prohíbe su aplicación; por otro lado, en el proyecto de Código de Contratos Europeo, se pretende legislar la inexistencia en los artículos 137 al 139; ello, nos demuestra que los profesores europeos se han puesto de acuerdo en querer legislar sobre la inexistencia.

k) El contrato es el acuerdo entre dos o más partes (art. 1351 del C.C.), es decir, en la base del contrato está el consentimiento que se manifiesta por la oferta de una de las partes y la aceptación de la otra. Si hay defectos en la oferta o en la aceptación el acuerdo no se produce, no hay consentimiento, el contrato no se perfecciona, lo mismo si falta algún elemento o requisito esencial o si es contrario al ordenamiento jurídico, el contrato no nace válidamente. Todos estos supuestos, que un sector de la doctrina reconoce como causales de inexistencia del contrato, en nuestro ordenamiento civil, como en la mayoría de legislaciones, son causales de nulidad, absoluta en unos casos (falta de consentimiento, de objeto, etc.) y relativa en otros (violencia física, error obstativo, etc.).

Si no hay consentimiento, no hay contrato, por tanto, cuando hay problemas en la oferta, obviamente no hay contrato, y cuando hay problemas con la aceptación, tampoco hay contrato, el contrato no existe ni el plano jurídico ni

en el plano fáctico. Esto es diferente a cuando una persona es golpeada para poder firmar un contrato de compraventa, donde se le obliga a enajenar su predio.

l) Los fines prácticos que se pretenden afrontar con la inexistencia se resuelven sin problemas con la nulidad. Si es absoluta determina la ausencia total de cualquier efecto, salvo la restitución y la indemnización de daños; opera automáticamente por el solo hecho de que se produzcan las causas que la desencadenan, sin intervención del juez; en algunas legislaciones no es susceptible de convalidación por conversión (caso del Derecho peruano) y en otras sí lo es (por ej., el Derecho alemán, el italiano); la acción judicial en algunos ordenamientos prescribe (a los diez años en el Derecho peruano), en otros es imprescriptible; la sentencia judicial que declara nulo un acto con nulidad absoluta es simplemente declarativa, y la que declara nulo un acto anulable es constitutiva. Es decir, las consecuencias del acto nulo son las mismas que las que se atribuyen a la inexistencia por quienes la consideran como una especie de ineficacia distinta a la nulidad.

Respecto a este punto nuestra posición es que los efectos de la nulidad son diferentes a los efectos de la declaración de inexistencia, en la primera se protege al tercero de buena fe y a título oneroso, para declarar la nulidad, la apariencia de derecho siempre debe de generarla el titular del Derecho, ya sea concientemente o inconcientemente, pero existe una manifestación o declaración de voluntad; en cambio, en la declaración de inexistencia no importa la buena fe, ni la onerosidad, puesto que la apariencia no la generó el titular del derecho sino un tercero.

SUB CAPÍTULO IV

LA TUTELA JURÍDICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

4.1. PROLEGÓMENO DE LA PROPIEDAD

La humanidad, si bien es cierto, siempre ha tenido tendencias colectivas desde su origen, ha desarrollado un fenómeno denominado “propiedad” el cual, en términos sencillos es la facultad de poder considerar algo como privado o propio, razón por la cual se penalizaba o castigaba el hurto -o robo-, pues, esto significaba quitar a otro algo que le pertenecía.

El catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Pavía Alberto Trabucchi¹⁵⁴, realiza una referencia interesante sobre los precedentes históricos de la propiedad, por un lado, señala que el concepto de “lo mío” y “lo tuyo” es tan consustancial al hombre, como el concepto de existencia; y que los juristas romanos no definieron el derecho de la propiedad; pero, en las fuentes romanas se puede encontrar indicios de ciertos elementos que sí forman parte del derecho de propiedad, tal es así, que en el Digesto se afirmaba que cada persona es “suae rei moderator atque arbiter” e igualmente se puede encontrar eficazmente el derecho de propiedad allí donde se dice que “dominitum est ius utendi et abutendi¹⁵⁵, quatenus iuris ratio patitur”, así como para explicar la amplitud de este derecho, se usan también los términos “unitus plenun in re corporali”; luego encontramos que la afirmación máxima del derecho de propiedad se encuentra, como lógicamente debía suceder, en el Código Napoleónico en su artículo 544, el

¹⁵⁴ Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducc. De Luis Martínez-Calcerrada, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 419-421.

¹⁵⁵ Se hace la aclaración que dicho término en ese contexto histórico se refiere a consumir en contraposición al simple usar o gozar.

cual, posteriormente se trasladaría al código italiano en el artículo 65. Este precepto del código francés prescribe lo siguiente: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue” “pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglaments”.

La concepción del derecho de propiedad en el Perú, desde los primeros intentos de codificación modernizadora de Manuel Lorenzo de Vidaurre, ha sufrido una serie cambios y vicisitudes.

Como señala De Trazegnies¹⁵⁶, resulta interesante comprobar cómo el peso de la tradición, que le exigía a Vidaurre intentar un derecho “justo”, debía combinarse teóricamente con planteamientos que respondían a corrientes doctrinarias más recientes que acentuaban el valor de la voluntad individual por encima de todo bien objetivo.

Ese espíritu se plasmó en el Código Civil de 1852, junto a la dación de un impresionante conjunto de nuevos cuerpos normativos, con el designio de implantar un sistema jurídico formal basado en la seguridad de las propiedades y en la libertad de contratar¹⁵⁷, orientación que también se evidenció en el Código Civil de 1936; para luego atravesar las profundas transformaciones sociales, económicas y culturales inducidas por el gobierno revolucionario de las fuerzas armadas en los 60'; la orientación socializadora e igualitaria de la constitución de 1979, que ameritó la dación de un nuevo Código Civil: el de 1984; hasta llegar al presente bajo el influjo neoliberal plasmado en el régimen económico que consagra la constitución de 1993, la constitucionalización del derecho en general y el fenómeno de la globalización y las TICs que domina este siglo.

Estos factores, entre otros, hoy están redelineando dialécticamente los perfiles de este derecho subjetivo patrimonial, que al mismo tiempo constituye un derecho fundamental, cuya tutela jurídica fue el símbolo

¹⁵⁶ De Trazegnies Granda, Fernando. La idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX. PUCP. Fondo Editorial 1992; pág. 156.

¹⁵⁷ Ibidem, pág. 158.

histórico de la aspiración a un nuevo orden basado en la libertad, la igualdad y la fraternidad de todos los hombres, que dio fin al siglo XVIII y un inspirado inició al siglo XIX, y que ahora, en pleno siglo XXI, está siendo otra vez amenazada por la inseguridad jurídica, ante la cual el derecho dado resulta insuficiente al no ofrecer aún una respuesta justa y eficiente.

Ahora bien, el problema actual, radica en cuál es el contenido constitucional de la propiedad, -pues estamos en un Estado de Derecho Constitucional-, o es un derecho que ha de aplicarse ontológicamente buscando siempre el bien común, o es un derecho individual y absoluto; ésta idea nace las confrontaciones que han tenido profesores como Gunther Gonzales Barrón y Martín Mejorada Chauca, el contexto de las siguientes afirmaciones sobre la Usucapion o prescripción adquisitiva de dominio; sin embargo, el tema de discusión es cuál es la posición de la Constitución peruana sobre la propiedad y qué se pensaba de la propiedad cuando se escribió lo que en ella dice, lo cual va a incidir en la forma de interpretar el artículo 70 de la Constitución Política del Perú. Por un lado Mejorada Chauca¹⁵⁸ señala los siguientes argumentos:

- “Emocionadas afirmaciones sobre la usucapión provienen, al decir de las citas a pie de página, de igualmente emocionados españoles ochenteros. Ellos comentaron su sistema legal cuando el Muro de Berlín aun cortaba los vientos del Este. ¿Tiene la usucapión el mismo fundamento ahora que en los años setenta u ochenta? ¿Los fines de una figura que sustrae la propiedad de su dueño, son los mismos ahora que en tiempos de la Constitución de 1979 o cuando regía el Estatuto Revolucionario del General Velazco? Opino que no. Las figuras del Derecho Patrimonial están en constante movimiento. De ellas menos que de ninguna se puede exigir universalidad y permanencia”.

¹⁵⁸ MEJORADA CHAUCA, Martín. “Fundamento de la usucapión, a propósito del Pleno Casatorio No. 2229-2008-Lambayeque”. EN: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Número 132, septiembre 2009, pág. 53- 54.

- “En la Constitución actual el tratamiento de la propiedad es radicalmente diferente al pasado. El artículo 70 de la Carta Magna describe una protección especial y contundente. La propiedad es inviolable. A nadie puede privarse de ella sino exclusivamente por expropiación pagada y previa calificación del Congreso. Es la garantía del régimen económico que se sustenta en el incentivo de la actividad privada”.

- “La Constitución ni siquiera la menciona y ciertamente no es un caso de expropiación. En esta circunstancia la usucapión es una figura en permanente sospecha. Su deseable legitimidad solo se sustenta en lo excepcional del efecto traslativo. No es admisible que el sistema legal utilice la usucapión como la fórmula legal de adquirir el dominio, por más posesión que exhiba el usucapiente. Lo contrario es relajar la protección de la propiedad”.

- “Si el sistema legal quisiera un régimen de circulación basado en el hecho de la explotación de los bienes y en la sanción de los dueños desatentos, lo podría hacer, pero necesitaría un marco constitucional diferente”.

- “En la práctica el fundamento equivocado de la prescripción conduce a una actitud permisiva hacia la figura, cuando ésta es invocada por poseedores que ocupan bienes originalmente ajenos. Además, se puede convertir peligrosamente en una vía ordinaria para adquirir propiedad, lo cual es a todas luces inconstitucional. Por el contrario, entender la usucapión en los términos que planteo obliga a ser muy riguroso en la prueba de la posesión, siendo restrictivo con usurpadores y sinvergüenzas (sic) que pretenden hacerse de lo ajeno”.

Por otro lado, tenemos las ideas –refutaciones- del magistrado Gunther Gonzales Barrón¹⁵⁹:

¹⁵⁹ Gonzales Barrón, Gunther. La Constitucionalidad de la Prescripción Adquisitiva. Artículo en Línea, disponible en: http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/constitucionalidad_pad.pdf. Revisado el 12 de Julio del 2015.

“La opinión trascrita nos transporta al tiempo del liberalismo salvaje, en donde solo se protegía la situación del propietario y su voluntad omnipotente. En efecto, las sociedades burguesas del siglo XIX construyeron un derecho privado basado en la igualdad formal, la libertad de contratación y la inviolabilidad de la propiedad. Es decir, un liberalismo en lo económico, sin correlato en lo político, pues se trataba de Estados con democracias de fachada, o simplemente autoritarios. La economía avanzaba, aunque la política no; y por esa razón los Códigos Civiles ultra-liberales resultan más importantes que la Constitución. Con el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, de la igualdad de oportunidades, de un Estado centrado en brindar servicios generales para el bienestar de sus ciudadanos, entonces la relación se invierte y la Constitución pasa a un puesto de centralidad que antes no tuvo. Siendo ello así, resulta insólito que en plena época de constitucionalismo, y de primacía de los valores fundamentales, se pretenda regresar a concepciones liberales ya superadas. La Constitución no podría tolerar que la defensa del sujeto propietario arruine a un país entero, solo por defender la etiqueta formal de que “la propiedad es inviolable”. La libertad de los Códigos decimonónicos es una que reconoce un espacio de soberanía, y de abusos, a los individuos, ya que veta la intromisión estatal. Por el contrario, las libertades en las Constituciones modernas tienen contenido social, pues no permite autarquías individualistas ni desapego al interés general. Por tanto, no se entiende como la usucapión era perfectamente válida en la concepción liberal extremista de los Códigos Civiles del XIX, pero en las Constituciones sociales modernas resulta sospechosa. Cuando hubo mayor libertad de actuación para el propietario la prescripción adquisitiva no tenía problemas en ser admitida, pero resulta contradictorio sostener que cuando esa libertad está hoy sumamente restringida, entonces la figura tenga problemas de validez”.

Asimismo, el mismo autor al comentar el artículo 70 de la Constitución política del Perú, señala que “La propiedad ha variado radicalmente en cuanto a su definición, contenido y función. Esto se debe a los cambios sociales, políticos y económicos que se han vivido en el último

siglo, lo que incluye fenómenos tan relevantes como la progresiva universalización de los derechos humanos, los avances tecnológicos, entre otros. Hoy no se tiene la misma noción de propiedad que aquella imperante durante el Estado liberal del siglo XIX, y que aún permanece por inercia en los Códigos Civiles, anclada en el individualismo y en el sacrosanto derecho del propietario hasta para abusar de la cosa, pues solamente se tutela el voluntarismo del titular”. La definición de la propiedad, sin embargo, ha evolucionado desde la perspectiva individualista-liberal hacia una social, y por ello ha modificado su contenido, conforme lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en otra sentencia, de gran importancia pues desarrolla los conceptos-base de la llamada “Constitución Económica”: “Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2 de la Constitución,(el derecho a la propiedad) es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (...)”¹⁶⁰.

Con el devenir histórico, hoy podemos afirmar que la propiedad, para nosotros, no sólo es un derecho de configuración legal, sino que es un derecho constitucional, que no busca la satisfacción de unos cuantos, sino que es consustancial con la dignidad y la vida misma del ser humano, razón por la cual, el estudio del contenido, función y objeto de la propiedad resulta relevante para un adecuado tratamiento y protección del derecho de propiedad.

El Derecho de Propiedad, como es consustancial al hombre, éste debe tener los mecanismos adecuados para su protección y/o recuperación

¹⁶⁰ Gonzales Barrón, Gunther. En obra colectiva: La Constitución Comentada artículo por artículo. Tomo II, Director: Walter Gutierrez Camacho. Edit. Gaceta Jurídica, 2da Ed. enero 2013, págs. 195,196.

según sea el caso. Sin embargo, esto será posible en tanto podamos encontrar cuáles son las bases del Derecho de Propiedad, su contenido constitucional y por ende los límites de la aplicación e interpretación del artículo 70 de la Constitución.

Ahora bien, si la figura de la usucapión ó prescripción adquisitiva de dominio fue cuestionada en su momento en el Perú, pues se ha convertido en una forma de adquirir la propiedad, pues transgredía el derecho de propiedad, imaginémonos con cuanta mayor razón, debe restringirse que una persona pierda la titularidad de la propiedad en base a documentos falsos, o mediante la suplantación.

4.2. LA PROPIEDAD

4.2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La propiedad, o el derecho de propiedad, no es sólo una idea, no es sólo un pensamiento ni solamente una frase sin sentido o sin contenido que se encuentra legislado en casi todos los ordenamientos jurídicos, la propiedad es inmanente a la dignidad del ser humano –otra frase vacía a veces-, la propiedad interesa a todos, y el respeto de la propiedad es respetar a la dignidad misma de la persona.

Según Cabenellas Torres, la propiedad es: “Facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro. Cosa que es objeto de dominio, especialmente tratándose de bienes inmuebles. Además, cualquier finca o predio en concreto. Ante el usufructo y por abreviación, la nuda propiedad. En el derecho romano, la propiedad constituía una suma de derechos: el de usar de la cosa (ius utendi) el de percibir los frutos (fruendi); el de abusar, de contenido incierto (abutendi); el de poseer (possidendi); el de enajenar (alienandi); el de disponer (disponendi), y el de reivindicar (vindicandi). Para el legislador civil argentino,

que copia aquí a Aubry y Rau, la propiedad es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la acción y a la voluntad de una persona. Por su parte, el codificador español la delinea como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. La propiedad, connatural con el hombre para Bentham y que, en el polo opuesto, tildaba sin más de robo por Proudhon, se orienta en la actualidad a un complejo de derechos y deberes que se resumen en el enfoque de su función social, que reconoce su legitimidad siempre que el propietario la explote de modo que se torne también útil para la colectividad”¹⁶¹.

Para el ex miembro del Tribunal Constitucional Peruano Víctor García Toma, el Derecho a la Propiedad es la “Facultad que otorga poder jurídico para usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; lo que conlleva simultáneamente a que dicho atributo tenga como contrapartida el cumplimiento de deberes y obligaciones legales que compatibilizan el ejercicio de un derecho subjetivo con la defensa del bien común”¹⁶².

El Tribunal Constitucional ha utilizado esta definición de propiedad en diferentes sentencias, cabe resaltar que en la mayoría de casos, el tribunal se ha pronunciado respecto del derecho de propiedad, pues éste, se encontraba amenazado o vulnerado ya sea por procedimientos de expropiación, en ese sentido, el Tribunal Constitucional siempre ha reconocido que la propiedad, no es un derecho absoluto nada más, sino que de éste derecho nacen también ciertas obligaciones, de las cuales el propietario debe estar consciente, asimismo, el propietario debe estar consciente que la propiedad tiene límites y que uno de esos límites es la función social que cumple.

¹⁶¹ Cabanellas Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario. Tomo II, Editorial Heliasta, 1ra edición actualizada, corregida y aumentada por Ana María Cabanellas de las Cuevas, pág. 334.

¹⁶² García Toma, Víctor/García Yzaguirre José V. Diccionario de Derecho Constitucional, Edit. Gaceta Jurídica, noviembre 2009, pág. 132.

Para el nobel profesor de Derechos Reales de la Universidad de Lima Alan Pasco Arauco¹⁶³, la propiedad, no es sólo una institución jurídica, sino que es objeto de estudio por diversas ramas de la ciencia en general (economía, sociología, política, filosofía jurídica, etc.); con esto quiere expresar que la propiedad es más que una definición legal, es más que un concepto dentro de una estructura normativa. Asimismo, señala que: “Dentro de un ámbito estrictamente jurídico, el término “propiedad”, tiene dos sentidos: uno amplio equivalente a derechos patrimoniales; otro estricto y técnico, equivalente a dominio. Se podría definir la propiedad como el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa. Constituye un derecho real y, por lo tanto, tiene las siguientes notas: 1. Es un derecho subjetivo; es más es el derecho subjetivo típico, el más característico. La propiedad, como derecho subjetivo que es, implica un ámbito de poder, de arbitrio, concedido a la persona y para que sirva a sus fines dentro de la comunidad. Pero este ámbito de poder no es concebido como parcela de la total arbitrariedad y del egoísmo. Tiene los límites de todo derecho subjetivo (el ejercicio ha de ser conforme a la buena fe; se condena el abuso del derecho). 2. Implica un poder inmediato sobre una cosa, protegido frente a todos. Desde este punto de vista sí cabe calificar a la propiedad como derecho absoluto y exclusivo; el poder que confiere es directo, es decir, independiente de la actuación de otras personas (absoluto) y la protección que se otorga al derecho es frente a todos, es decir, excluyente. (...) Dentro de los derechos reales se caracteriza porque el ámbito de poder típico del derecho de propiedad comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa. Por la propiedad, en principio, los bienes están sometidos, en todas las utilidades posibles, al poder del propietario. Y se dice “en principio” por dos razones fundamentales: 1. Por los límites a los que está sometido hoy el propietario, dado que las cosas han de servir a los fines comunes, y también en consideración a las relaciones de vecindad. 2. Porque la propiedad puede coexistir con las modificaciones de

¹⁶³ Pasco Arauco, Alan. En Obra colectiva: Diccionario de Derecho Civil. Director: Manuel Alberto Torres Carrasco. Edit. Gaceta Jurídica, enero 2013, pág. 394

algunas facultades (por ejemplo, la prohibición e disponer) o con derechos reales limitados (que confieren sobre la cosa un poder limitado)”¹⁶⁴.

Joel Rosas Alcántara define la propiedad como: “Facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro”¹⁶⁵.

Si alguien es propietario de algo, no puede ser privado de su propiedad sino por causas justificadas, o razones justas, si alguien adquiere una propiedad en base a la falsificación de títulos de propiedad (la escritura pública es un título), la suplantación de propietarios en la realización de escrituras públicas de compraventa, ésta compraventa no puede mantenerse, y mas bien, el propietario afectado debería tener un mecanismo con el cual pueda vencer en juicio a pesar de que exista un tercero aparente de buena fe.

Es cierto que la propiedad no es absoluta, pero a pesar de ello, nadie puede quitarnos nuestra propiedad, sino se ha cumplido con los mecanismos que la carta magna provee; sin embargo, la Constitución para algunos jueces es letra muerta y en vez de concretizar los derechos y garantías en ella esgrimidos, lo que hacen es simplemente un control de legalidad, ello no, no es óbice para que nosotros podamos reclamar la devolución de la propiedad si se encuentra en poder (situación jurídica subjetiva) de otro.

El jurista español Manuel Albaladejo¹⁶⁶ sostiene que: “Los términos “propiedad” y “dominio”, “propietario” y “dueño” son sinónimos (por lo menos a nuestros efectos). Así también, refiere que la palabra propiedad se emplea en dos sentidos: a) Impropio, se refiere en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla de propiedad, se alude a todos aquellos o

¹⁶⁴ Pasco Arauco, Alan. Ob. Cit. Pág. 395.

¹⁶⁵ Rosas Alcántara, Joel. El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves, un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Edit. Gaceta Jurídica, marzo 2015, pág. 459

¹⁶⁶ Albaladejo, Manuel. Derecho Civil III, Derecho de Bienes. Edit. Bosch, S.L. – Barcelona, Novena Edición, 2002, Pág. 231.

cualesquiera de ellos. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, se reconoce la propiedad privada, o que existen delitos contra la propiedad, se expresa la idea de que están acogidos y protegidos, no sólo el derecho de propiedad rigurosamente hablando, sino también el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, los créditos, etc. b) Riguroso, significa uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes: el máximo posible, es decir, el poder jurídico pleno sobre una cosa; poder en cuya virtud ésta queda sometida directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo”.

Para el jurista alemán Ennecerus, la propiedad privada entendida como Institución “es uno de los pilares en los que se asienta nuestro ordenamiento social y jurídico. Medios de producción y bienes de consumo, fincas y cosas muebles, pero también derechos de toda clase y otros objetos patrimoniales explotados económicamente son en último término distribuidas entre las distintas personas sujetas de derechos, para que cada una de ellas los posea con independencia de los demás y los aproveche según su libre criterio”¹⁶⁷.

La propiedad ha permitido el desarrollo de la sociedad, o por lo menos es uno de los pilares que tienen que ver con el principio de autonomía privada.

El profesor alemán Harry Westermann, señala que: “La propiedad concede un derecho a la posesión de la cosa y a todas las facultades de dominación imaginables dentro del Ordenamiento jurídico –es decir, facultades de disfrute, de uso, de disposición-, con lo que es indiferente que el propietario tenga que celebrar o no negocios jurídicos con otras personas (arrendamiento, venta y transmisión) para disfrute de los provechos. A la propiedad pertenece también la posibilidad –y bajo ciertas circunstancias, el deber- de publicidad. Si se produce una publicidad incorrecta –como, por ejemplo. Por la toma de posesión de un no propietario o por inscripción

¹⁶⁷ Ennecerus, Ludwing/Theodor Kipp Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Traducción de Alemán por: Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Tercer tomo, Derecho de Cosas, Vol. I, Bosch, Casa Editorial-Urgel, Barcelona 1971, pág. 322

registraral que no refleja la verdadera titularidad-, se le corresponden al propietario derechos de defensa”¹⁶⁸.

Westerman¹⁶⁹ además, plantea una especie de rol conjunto que tienen tanto la constitución y el Código Civil, esto para nuestro caso tendría que ver con el artículo 2 inc. 16 de la Constitución Política del Perú que en su tenor literal señala: “Toda persona tiene derecho: A la propiedad y a la herencia”. Así como también el artículo 70 de la Constitución que prescribe: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”. Las normas mencionadas anteriormente, deben interpretarse en forma conjunta con lo que prescribe el código civil en materia de propiedad y esto significa que debemos tomar en cuenta los siguientes artículos:

Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Artículo 924.- Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

Artículo 925.- Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico.

¹⁶⁸ Westermann, Harry; Westerman, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; Eickmann, Dieter. Derechos Reales. Volúmen I. Traductores: Cañizares Laso, Ana; Gonzales Tapia, José María Miguel; Rodriguez-Rosado, Bruno. Edit. Fundación Cultural del Notariado, 2007, pág. 306.

¹⁶⁹ Ibídem.

Artículo 926.- Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.

Así también, Westermann¹⁷⁰ considera que la expresión propiedad, alude a distintos fenómenos de la vida jurídica, por un lado se encuentra en la dimensión constitucional (art. 70 de la Constitución) y por otro lado existe un tratamiento sistemático, de técnica legal positivizada que regula la atribución de un derecho a su titular, así como la concreción y limitación del contenido de la legitimación, esto es, por un lado se reconoce el derecho subjetivo y a la vez se reconoce hasta dónde alcanza este poder jurídico subjetivo como es la propiedad (art. 923 al 926 del Código Civil). En ese orden de ideas se afirma que abordamos un tipo especial de derecho real privado referido a las cosas, en el sentido que se establece como una garantía constitucional, así como también una institución jurídica que es una expresión de libertad del ciudadano frente al Estado.

4.3. LA UTILIDAD DE LA PROPIEDAD

Ennecerus¹⁷¹ consideran que el valor dogmático del concepto unitario de la propiedad depende de la función que ésta tiene en el derecho privado, y dicha función puede tener diferentes perspectivas:

- a) La propiedad autoriza la posesión y disfrute de la cosa.
- b) Las transferencias y cargas de la cosa están regularmente dejadas al libre arbitrio del propietario y necesitan, para ser eficaces, la disposición de éste
- c) El propietario, aunque no sea poseedor, goza de una extensa protección contra atentados y menoscabos de su posición jurídica.

¹⁷⁰ *Ibidem*

¹⁷¹ Ennecerus, Ludwig/Theodor Kipp Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Ob. Cit. pág. 328

- d) Las cosas que están en propiedad de una persona están expuestas a la intervención de los acreedores.
- e) El propietario está afectado por deberes y cargas de carácter público (índole tributaria).

En nuestro sistema jurídico la función o utilidad de la propiedad está enmarcada por lo que señala la Constitución y el Código Civil, ambos, usan terminologías distintas pero en el fondo se puede hablar de una sinonimia entre “interés social de la propiedad o de armonía con el bien común”; al respecto, Gonzales Barrón, manifiesta que “normalmente la protección constitucional de la propiedad se otorga en las relaciones entre Estado y particulares, a efectos de anular las decisiones gubernamentales arbitrarias y carentes de razonabilidad. En cambio, es de más difícil aplicación en las relaciones inter privados cuando se trata de conflicto entre propietarios reales o aparentes, y cada uno invoca un título. La propiedad es un derecho individual por razones dogmáticas y constitucionales, y no un derecho social o de prestación. Ello se debe a que el Estado no tiene la obligación directa de atribuir riqueza material a sus ciudadanos, y tampoco cabe exigirlo jurídicamente a los tribunales. Aquí debe distinguirse dos conceptos: uno, la propiedad como derecho; y otro la propiedad como garantía institucional. La primera es un derecho individual, exigible frente al Estado o particulares; la segunda es un deber de aprobación de normas y políticas públicas con el fin de disminuir la pobreza. (...) En realidad estamos ante un derecho individual con proyección social”¹⁷².

Entonces, la propiedad puede servir para que el pobre no se quede pobre por siempre, así como también limitar la intervención del Estado o de un tercero o por lo menos no permitir que dicha intervención sea arbitraria.

Por otro lado, Gaspar Oriño Ortiz señala que “La propiedad es un presupuesto necesario de libertad económica y por ende de la libertad

¹⁷² Gonzales Barrón, Gunther. Obra Colectiva: Los Derechos Fundamentales, Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Coor. Juan Manuel Sosa Sacio. Editorial Gaceta Jurídica, 1ra Ed. febrero 2010, pág. 399, 400.

política; (...) la razón es obvia: la libertad económica es una parte importantísima de la libertad total; sin aquella, ésta se convierte en una ilusión. (...) de ahí que una de las características esenciales de las sociedades libres sea la existencia de un marco legal, jurídico, que imponga el respeto a la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos, tal como fueron pactados, sin respeto a la ley, no puede subsistir la propiedad, ni el mercado, ni la libertad. Cuando no hay ley, y orden –y un sistema judicial capaz de hacerla efectiva- la única libertad es la del navajero o el estafador”¹⁷³.

Así también Richard Posner, afirma lo siguiente: “La protección legal de los derechos de propiedad tiene una importante función económica: la creación de incentivos para el uso eficiente de los recursos”¹⁷⁴, esta regla, es vital, pues considera que la propiedad privada es necesaria para poder prosperar, avanzar, adquirir riqueza o mantenerla.

4.4. LA ADQUISICIÓN A NON DOMINO Y TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

Cuando en el código civil encontramos que es posible adquirir la propiedad de alguien que no es propietario, nos estamos refiriendo a una adquisición a Non Domino; aunque, textualmente la adquisición a non domino según el código civil peruano sólo está reservado para las adquisiciones de bienes muebles, lo cual no es óbice para considerar esta figura en otros casos donde no se adquiere por el verdadero propietario; en esa misma línea, Gilberto Mendoza del Maestro sostiene que “en nuestro ordenamiento se han regulado diferentes supuestos heterogéneos de la adquisición a non domino. Así pues, encontramos el supuesto en bienes muebles, del heredero aparente, el de fe pública registral, las garantías

¹⁷³ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Edit. Ara Editores, 1ra Ed. 2004, pág.208.

¹⁷⁴ Posner, Richar. Análisis Económico del Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica de España, Edit. 2013, pág. 10.

mobiliarias a non domino, los contratos celebrados por representantes aparentes, los casos en los que existe la relación antecedente pasible de nulidad por un supuesto de simulación, entre otros”¹⁷⁵. Ahora bien, para que nos quede claro, qué es la adquisición non domino, según Luigi Mengoni “en términos generales, la adquisición a non domino puede entenderse como aquel acto de atribución patrimonial de un objeto por parte de un sujeto que no es titular del derecho, cuyo derecho de transferir en realidad no existe”¹⁷⁶.

Dicho de otra forma, cuando una persona compra un bien inmueble, de alguien que sólo tiene la apariencia de ser propietario –pues así puede constar en los registros públicos–, se dice que ha adquirido a non domino, como veíamos en el acápite anterior; asimismo, para dicho supuesto es aplicable lo que prescribe en el artículo 2014 del código civil: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

En nuestro planteamiento del problema, considerábamos algunas noticias reales sobre cómo un no propietario podía convertir en propietario a otro por obra y gracia de la buena fe y del dinero (onerosidad), y considerábamos que había un exceso o uso inadecuado del artículo 2014 del código civil para proteger a los “aparentes terceros de buena fe”, puesto que probar lo contrario es bastante difícil y sobre todo subjetivo, para el algunos el hecho de que no haya posesión o entrega de la posesión del predio ya presupone mala fe, para otros no, para algunos el precio igual a la

¹⁷⁵ Mendoza del Maestro. La Fe Pública Registral y la Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición). [en línea] Derecho y Cambio Social, publicado el 01/07/2013, página 21, revisado el 10 de abril de 2015 http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/FE_PUBLICA_REGISTRAL_Y_FALSIFICACION.pdf.

¹⁷⁶ Citado por Mendoza del Maestro. Ob. Cit. pág. 20.

valorización realizada por la Municipalidad también puede ser un atisbo de mala fe, pero para otros no; para algunos jueces, la seguridad jurídica, la circulación de la riqueza, debe ser protegida a diestra y siniestra, incluso más que el verdadero propietario y según nuestra posición el verdadero perjudicado. Una muestra de ello es el Pleno Jurisdiccional Materia Civil y Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del año 2012¹⁷⁷, donde los jueces de la jurisdicción de Arequipa conscientes de los problemas que ocasionaba el artículo 2014 del Código Civil, debatieron sobre la posición que asumirían al respecto, siendo propuestas dos ponencias:

a) “La fe pública protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso pues el artículo 2014 del Código Civil, no distingue en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecta el título pues basta que el tercero cuente con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho para gozar de la tutela legal”.

b) “La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el artículo 70 de la Constitución del Estado dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014 del C.C. debe leerse desde la perspectiva constitucional de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos”.

En esta oportunidad, los jueces eligieron la segunda ponencia, y prácticamente aceptaron que los actos ilícitos consuman derechos patrimoniales, obviando la aplicación del artículo 70 de la Constitución, donde textualmente señala que la propiedad es inviolable.

En el debate, el magistrado Bustamante Zegarra señala que hay bandas organizadas que se especializan en la falsificación de la venta de

¹⁷⁷ Pleno Jurisdiccional Materia Civil y Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. [on line] Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/aea21a804d452f56b8fabfa5f378198b/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=aea21a804d452f56b8fabfa5f378198b>. Revisado el 15 de abril del 2015.

propiedad inmuebles. Por su parte, Carreón Romero señala que el notario público está obligado a verificar en la base del RENIEC la identidad de los celebrantes de un acto jurídico e incurren en responsabilidad; que suscribe la primera ponencia porque no se puede destruir la buena fe registral, pero debe ir acompañada de la responsabilidad civil del notario y los registros públicos. Cervantes López señala que opta por la primera posición por cuanto indica que, de no hacerlo así destruiríamos la buena fe registral. Por otro lado, Zamalloa Campero se pregunta a quién se debe proteger, al propietario primigenio o al tercero adquirente de buena fe. Cervantes López indica que optar por la segunda ponencia haría que se destruyera la buena fe registral.

Los magistrados del Carpio Barreda y Gonzáles Nuñez, sostienen que no se puede proteger a la delincuencia, agregando el primero que, quienes destruyen la buena fe son los que delinquen y no los magistrados en sus decisiones; indica como propuestas, que los notarios al momento de elaborar una escritura pública utilicen toda la tecnología disponible a fin de identificar a los celebrantes de los diferentes actos jurídicos, cotejando los datos y huellas dactilares con bases de datos oficiales; asimismo, que registros públicos debe validar la información que se le entrega; además, que los notarios efectúen una publicación en la web, sumillada, de las escrituras públicas que se otorgan en sus despachos y que se cree un fondo de indemnización por los errores notariales; y que en todo caso, debe adoptarse legislativamente por el sistema registral constitutivo de derechos. Finalmente, ambos coinciden en que no podemos legitimar las actividades ilícitas y que la segunda ponencia debe restringirse a sólo la falsificación. El magistrado Zamalloa Campero señala que es una decisión difícil, que el sistema ha fallado y no se puede perjudicar a ambas partes, al propietario primigenio y al tercero adquirente de buena fe. Hay que resolver de acuerdo al caso concreto que se presenta. Por su parte, Valdivia Dueñas señala que la segunda ponencia habla de nulidad y falsificación y que siendo dos cosas distintas debe ser aclarado en la ponencia; señala que no podemos hablar

de buena fe basados en actos falsos y nulos. Suscribe la segunda ponencia pues debemos aceptar y adaptarnos a la realidad y coyuntura social.

Cómo pueden los jueces proteger al verdadero propietario, a) Cuando no hay buena fe b) cuando no hay dinero de por medio c) Entendiendo que todo aquello que proviene de un acto falsificado o mediante una suplantación de propietario, no puede generar buena fe, en otras palabras, yendo más allá del conocimiento objetivo de la inexactitud del registro; sin embargo esta solución es bastante subjetiva, puesto que ello depende del razonamiento jurídico de cada juez y el caso concreto e) El juez podría aplicar un control difuso, y declarar inconstitucional el 2014 del C.C. por afectar el derecho fundamental a la propiedad, f) Podría aplicarse la Inoponibilidad del negocio jurídico, puesto que es un supuesto de ineficacia funcional, por el cual el título inscrito no es oponible al verdadero propietario g) En el Derecho comparado podemos encontrar que en casos como éstos, se han podido solucionar mediante la aplicación de la teoría de la inexistencia. En ese sentido, tenemos el fallo de la CNCIV, Sala F, del 27 de Setiembre de 1979, LL, 1980-D-290, donde se consideró que “si la escritura pública de compraventa ha sido materialmente falsificada, no hay acto jurídico, o para decirlo con más propiedad, estamos en presencia de un acto inexistente”¹⁷⁸.

Marcelo López Mesa afirma lo siguiente: “Quien adquiere una cosa inmueble de una persona distinta de su titular, generalmente, o ha sido víctima de un elaborado ardid o no ha extremado los recaudos. En ambos casos nos parece que constituye un premio excesivo para el adquirente engañado que se le asigne la propiedad de la cosa, despojando a su verdadero titular. El derecho privado patrimonial no debe tutelar derechos surgidos de la nada a costa de los del auténtico titular”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Citado por Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Edit. Astrea, 1ra Impresión, 3ra Reimpresión, año 2004, pág. 191.

¹⁷⁹ López Mesa, Marcelo. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo código civil y comercial, doctrina y jurisprudencia. Edit. BdeF, 2da Ed. marzo de 2015, pág. 222.

Simplificando las cosas, en que se relaciona la adquisición a non domino y la Inexistencia, en que si bien es cierto la primera es una excepción a la regla de que nadie puede dar más derechos que los que tiene, ésta no fue pensada para los casos de falsificación de títulos de propiedad (escrituras pública) ni suplantación de propietarios, sino para supuestos como la simulación absoluta, el sistema conformado por legisladores, jueces, notarios, registradores públicos, entre otros, han convertido la excepción en regla, y legislativamente no podíamos frente, por tanto hemos estado validando muchos negocios jurídicos que tienen apariencia de legalidad y los hemos dotado de completa seguridad.

Algunos sectores de la doctrina española como por ejemplo Ángel Acedo Penco consideran que “la inexistencia es una categoría independiente dentro de la invalidez contractual produciendo, sin embargo, idénticos efectos que la nulidad absoluta, como es la completa ineficacia del contrato, motivo por el que buena parte de la doctrina considera que inexistencia es sinónimo de nulidad radical. La inexistencia se puede apreciar de oficio por los tribunales en el curso de un litigio, sin necesidad de ser alegada y no tiene plazo de prescripción, además, el contrato inexistente no puede ser convalidado”¹⁸⁰. Esta posición es errada, puesto que en realidad la inexistencia es considerada –por gran parte de la doctrina italiana– como una categoría independiente de la Invalidez, por ello, es que anteriormente considerábamos tres (03) planos en donde se observaba un negocio jurídico, todo dentro de una teoría general de ineficacia, el primer plano es la relevancia o existencia, el segundo plano la validez y el tercer paso es la ineficacia en sentido estricto, estos planos no son excluyentes sino que pueden interactuar, podemos encontrar negocios inválidos pero que surten todos sus efectos o negocios válidos que aún no surten efectos jurídicos,

¹⁸⁰ Acedo Penco, Ángel. Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad extracontractual. España: Dykinson, 2011. Pág. 121. ProQuest ebrary. Web. 29 June 2015. Copyright © 2011. Dykinson. All rights reserved.

asimismo también podemos encontrar negocios jurídicos inexistentes que sí tienen efectos prácticos en la esfera de la realidad.

No cabe duda que algunos jueces en España no aplican de forma correcta la teoría de la inexistencia, así podemos constatarlo en su jurisprudencia, como por ejemplo en la Sentencia del 31 de marzo de 2011, FJ 4º: “Si bien es cierto que más que negocio fiduciario, no hubo otra cosa que negocio simulado, como se postula en la demanda y se declara en el fallo de la sentencia, la detallada argumentación de la sentencia no es aceptable cuando la realidad, como declara probada la propia sentencia de instancia, es la de unos contratos simulados, con simulación absoluta que implica su inexistencia; hay simulación absoluta de unos contratos de compraventa en los que nunca hubo precio, como hecho probado, y una nulidad de contratos de arrendamiento en los que no hubo consentimiento en arrendar; pero el negocio jurídico fiduciario no está en el fallo ni es el fundamento del fallo con lo cual el primer motivo de casación carece de objeto y se debe desestimar”.¹⁸¹

Esta posición del juez es errada, puesto que en un negocio simulado no se puede aplicar la inexistencia, porque las partes así lo quisieron, es decir, las partes quisieron simular el negocio jurídico, entonces, ese negocio jurídico sí existe, ergo, fueron las partes mismas quienes decidieron realizarlo sin precio, sin embargo, es la norma la que sanciona la simulación absoluta con la nulidad absoluta, y en ese supuesto sí se protege al tercero de buena fe.

El camino tomado por la doctrina y jurisprudencia argentina es reseñado por López Mesa, en los siguientes términos: “La doctrina nacional hoy, salvo contadas excepciones, casi no duda de que los casos de enajenaciones a non domino, esto es, en los supuestos de ausencia de autoría, no se encuentran cubiertos por los términos del art. 1051 C.C., pudiendo señalarse tres recorridos para arribar al mismo destino: quienes

¹⁸¹ Citado por Acedo Penco, Ángel. Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad extracontractual. España: Dykinson, 2011. Pág. 121. ProQuest ebrary. Ob. Cit.

siguen la senda del acto inexistente, quienes enfilan hacia la inoponibilidad, y los que prefieren permanecer en el camino de la nulidad, variante ésta que nos parece decididamente débil, de lege data. La doctrina nacional hoy, con las connotadas excepciones reseñadas se alinea en el criterio de excluir de la protección del art. 1051 C.C.¹⁸² al tercero que llegó a adquirir bienes inmuebles en virtud de un acto emanado de quien no era titular del mismo. Podría decirse que no existe coincidencia en los fundamentos de la tesis, pero sí en el fondo de la solución, habiendo llegado a hacerse abstracción del fundamento en algún congreso, suscribiendo el dictamen único sostenedores de tendencia diversas. Nuestra jurisprudencia también se ha ido encolumnando en ese sentido, bien, por la vía de reconocer el caso como un supuesto de inexistencia, bien por considerarlo inoponible, o finalmente abstrayendo de pronunciarse en la disputa, que se juzga mayoritariamente académica, pero considerando que en cualquier caso no puede ser protegido el subadquirente”¹⁸³.

La doctrina argentina y sobre todo los jueces argentinos que sufrieron y adolecieron de los mismos problemas con falsificadores (el mismo argumento serviría para los suplantadores) que nosotros, resolvieron protegiendo al verus domini, en ese sentido tenemos una sentencia¹⁸⁴ célebre de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en donde sostiene lo siguiente: “Las razones de quienes sostienen tal amparo, sobre la base de los principios de la buena fe, de la apariencia y la regularidad de los asientos registrales... no son suficientes para hacer nacer un derecho de un acto ilícito. Quien es despojado mediante una falsificación,

¹⁸² “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”

¹⁸³ López Mesa, Marcelo. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo código civil y comercial, doctrina y jurisprudencia. Ob, Cit. pág. 224-227.

¹⁸⁴ SBC, 26/2/85, Ac. 32560, in re “Decuzzi, Hugo Horacio c/Origgi de Decuzzi, Luisa A. y otros s/nulidad”, AyS, 1985-I-141, JA, 1986-I-552 y DJBA, 1985-129-689. Citado por López Mesa, Marcelo. Ob. Cit. Pág. 228.

sin haber intervenido para nada en actos que hayan dado origen a la cuestionada transmisión del dominio (a diferencia, V. gr., de quien ha sufrido error o dolo), debe merecer la tutela jurídica de su derecho, por más respetable que pueda parecer la situación de quien, de buena fe, ha adquirido un inmueble como resultado final de la maquinación. En la disyuntiva de proteger a uno u otro –al despojado o al estafado-, por encima de las teóricas razones de cambio o progreso jurídico o las apelaciones a la doctrina de la apariencia y la buena fe, hay una noción de justicia elemental que señala que todo debe volver, en lo posible, al estado originario; la primera víctima de un delito debe ser resarcida con prioridad a la segunda”.

Entendemos que no debemos imitar todo lo que viene de afuera, no porque sea extranjero es bueno o mejor; sin embargo, el sistema argentino codificado en cuestión de nulidades es igual al nuestro, por tal razón si tenemos el mismo problema, podemos razonar de la misma forma, no sólo por cuestiones teóricas, sino porque tenemos el valor de la justicia, y también el principio de no dejar de administrar justicia por vacíos o deficiencias de la ley.

4.5. INVOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD:

El artículo 70 de nuestra constitución señala lo siguiente: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

¿Qué significa que la propiedad es inviolable? ¿Qué significa que a nadie se le puede privar de su propiedad sino exclusivamente por seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley?, somos conscientes, que muchas

veces lo que está en nuestra constitución no se cumple, y que pareciera un saludo a la bandera, cuando se encuadra ciertos derechos o principios, sin embargo, eso no significa que siempre deba ser así, o que esta situación deba mantenerse, al contrario, en un derecho civil constitucionalizado, se trata de concretizar los valores, principios y derechos que están plasmados en la Constitución, puesto que ella es nuestro ideal, es lo que aspiramos ser o hacer; y el Estado trabaja para ello. Hay muchos abogados que tratan de sacar la vuelta a la ley, y abusan del ejercicio de un derecho, para convalidar actos que son evidentemente fraudulentos, sin embargo, esto afecta gravemente nuestro sistema jurídico.

La inviolabilidad de la propiedad no permite que un juez declare que una persona no es propietaria de un predio cuando nunca participó en el documento en donde transmitía el derecho de propiedad, en otras palabras, es inconstitucional que una persona pierda una propiedad por una falsificación o por haber sido suplantado.

La propiedad es inviolable, ¿qué significa esto?, en sentido estricto significa que no debe ser violada, ¿y qué significa este término ahora?, que no debe ser infringida ni quebrantada. Ahora bien, sea cual sea, la inclinación política o filosófica, que tengamos, desde un socialismo extremo o desde un neoliberalismo ultranza, la propiedad privada o personal es de la persona y no del Estado; y lo que prescribe la Constitución en el artículo 70 es la forma cómo podemos protegerla de los embates provenientes del Estado así como de terceros; la pérdida del derecho de propiedad sólo debe ser posible por transmisiones derivadas, y no originarias, a menos que no exista ya el propietario y éste no tenga descendencia, porque no olvidemos que a la propiedad le sigue el derecho a la herencia –también de índole constitucional- Se habla ya en tiempos de Neoconstitucionalismo, o de Postpositivismo, que debemos concretizar los derechos fundamentales que se encuentran en nuestra carta magna, es decir, aquello que se encuentra positivizado en la norma de mayor jerarquía que es nuestra constitución, como por ejemplo el derecho a la propiedad, debe cumplirse, debe ejercitarse, debe protegerse, sin embargo, vemos que últimamente, muchas

personas están siendo despojadas de su propiedad, a través de mecanismos aparentemente legales, en los últimos años, el poder judicial a convalidado adquisiciones con apariencia de buena fe, realizadas mediante actos fraudulentos, falsificando documentos, suplantando al verdadero propietario, aún realizadas por muertos, confiando en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, más que en la realidad misma, así es que se viene despojando y por tanto violando el derecho de propiedad de muchos peruanos y peruanas.

Consideramos importante resaltar que no desdeñamos las ideologías políticas, pero pongámonos de acuerdo en que no debería ser posible despojar el derecho de propiedad con artificios legales, porque ningún sistema jurídico fue diseñado para ello, ningún sistema jurídico pensó en la falsificación o en la suplantación como medio de adquirir la propiedad, el problema es que ciertos vacíos legales, o la interpretación errónea de algunos artículos del código civil llevan a algunos magistrados a cometer errores garrafales, que no son otra cosa que actos inconstitucionales y que afectan gravemente a la sociedad; el Estado ha tratado de solucionar este problema realizando diversas modificaciones o implantando nuevos procedimientos; sin embargo creemos que el mensaje dado en la Ley 30313, no es el correcto, pues según la última modificatoria al artículo 2014 del Código Civil: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

El mensaje es: No importa que declaren nulo el negocio jurídico, si viste los asientos registrales y los títulos archivados y no te diste cuenta de nada, tienes buena fe y como tienes buena fe, nada ni nadie puede quitarte la propiedad. En otras palabras no importa si quien transfirió no es el propietario, lo importante es que quien adquiera lo haga de buena fe;

algunos dicen, que esta regla es necesaria para la seguridad jurídica, y nosotros nos preguntamos ¿la seguridad jurídica de quién? ¿Del verdadero propietario? O ¿Del adquirente? Y si ahondamos en el estudio de esta forma de adquisición, bien dice Wolf y Ennecerus que en el Derecho Romano “no alcanzaba propiedad el que adquiría a non domino y de nada le servía haber creído sin culpa que el enajenante era propietario; tenía que restituir la cosa adquirida al verdadero propietario”¹⁸⁵. Sin embargo, como nosotros copiamos y copiamos mal, importamos normas de los italianos, alemanes, españoles o franceses, no nos importa qué tipo de sistema registral tienen por esos lares; en Alemania, donde funciona la regla del 2014 del C.C., la protección irrestricta a aquél que adquirió confiando en el registro, se da, porque construyeron un sistema registral que era constitutivo de Derechos, completamente diferente al nuestro, la constitución alemana señala que la propiedad se garantiza, la nuestra dice que es inviolable; sin embargo, esto es posible en Alemania porque junto con su constitución emitieron normas registrales estrictas, como por ejemplo la obligatoriedad de la inscripción registral de todos los bienes inmuebles, cosa que en el Perú es un bonito sueño, incluso, nosotros tenemos un sistema catastral que puede tener sobre posiciones, por lo tanto ni si quiera eso nos ayuda a determinar la propiedad de uno u otro; tenemos demasiadas deficiencias tanto de técnica legislativa como para poder aplicar coherentemente un artículo como el 2014 del C.C.; sin embargo a pesar de ello, muchos magistrados lo hacen, la adquisición a non domino debería ser prohibida si no se acompaña de la posesión, pues la apariencia de propietario no la debe dar el registro sino la posesión que uno puede tener sobre el inmueble, y eso todavía, porque aún ello generaría muchas discusiones, pero por lo menos es una idea interesante.

¹⁸⁵ Ennecerus, Ludwing/Theodor Kipp Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Ob. Cit. pág. 448

4.6. ALERTA REGISTRAL

4.6.1. CONCEPTO

La Alerta Registral es un servicio gratuito por el cual la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos comunica mediante un correo electrónico, sobre la presentación de un título en aquella partida registral previamente seleccionada por el usuario del servicio.

La comunicación del servicio de alerta registral NO faculta al usuario oponerse en el procedimiento de calificación registral del título presentado; es decir, la comunicación del servicio "Alerta Registral" no significa que el usuario se encuentre facultado para formular oposición en el procedimiento registral, al ser este procedimiento de naturaleza no contenciosa conforme lo regula el artículo 1 del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos.

La suscripción se realiza a través de la página web de la Sunarp, ingresando a la siguiente dirección electrónica <https://www.sunarp.gob.pe/alertaregstral> y es completamente gratuito; además, no hay límite en la suscripción de partidas para el servicio de Alerta Registral, mediante un solo contrato, puede solicitar el servicio de las partidas del Registro de Propiedad Inmueble, Registro de Personas Jurídicas y del Registro de Propiedad Vehicular. Para dicho fin, sol deberá conocer el número de partida, ficha o tomo en donde se encuentre registrado el acto o derecho de su interés. Tratándose del Registro de Mandatos y Poderes, podrá incorporar el nombre de hasta cinco personas, a fin de que el servicio le informe sobre el eventual poder que dichas personas puedan otorgar. Cabe resaltar que el servicio de alerta registral se brinda indefinidamente y se extingue cuando se produce cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) A solicitud del usuario, mediante el desistimiento del servicio, para ello debe ingresar a la página web de la Sunarp, y seleccionar la opción: "Cancelación del Servicio".
- b) Cuando el titular registral brinde direcciones electrónicas incorrectas o inoperativas.

4.6.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

4.6.2.1. RESOLUCION Nº 185-2008-SUNARP-SN

La Alerta Registral aparece por primera vez en nuestro sistema registral en el año 2008, bajo la denominación de "ALERTA REGISTRAL SOBRE PREDIOS" en la RESOLUCION DE LA SUPERINTENDENTE NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS Nº 185-2008-SUNARP-SN; en el cual se aprueba la DIRECTIVA Nº 003-2008-SUNARP/SN DIRECTIVA QUE REGULA EL SERVICIO DE "ALERTA REGISTRAL SOBRE PREDIOS", ahora bien, en esta resolución se establecen tres razones por las cuales se establecía la alerta registral:

- a) El proceso de proceso de modernización del Estado en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, con la finalidad de mejorar la gestión pública y construir un estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano (según el artículo 1 de la Ley Nº 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado), dentro del cual se encuentra la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS, otra vez, con la finalidad de mejorar la prestación de sus servicios a la ciudadanía.
- b) Reconoce que la seguridad jurídica que otorgan los Registros Públicos, sobre Predios, se encuentra amenazada por personas o grupos delincuenciales que, entre otros actos ilícitos, presentan documentación falsificada, a fin de obtener beneficios indebidos e ilegales, por lo que, en

concordancia con la política del Gobierno, de combatir la corrupción, es necesario adoptar acciones y medidas orientadas a detectar la falsificación documentaria registral y otros actos ilícitos.

- c) Asume que se han generado efectos jurídicos por las inscripciones realizadas a con documentación falsa y por lo cual, se ha visto por conveniente el desarrollo de una herramienta que permita a los ciudadanos titulares de derechos inscritos sobre Predios, ser alertados oportunamente de la existencia de títulos en trámite que puedan afectar sus derechos, con la finalidad de combatir la eventualidad de la existencia de títulos de origen fraudulento.

4.6.2.2. RESOLUCION Nº 133-2012-SUNARP-SN

La Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 133-2013-SUNARP/SN de fecha 25 de mayo del 2012, modifica la DIRECTIVA N° 003-2008-SUNARP/SN; y mediante ésta se aprueba la nueva denominación del servicio como “ALERTA REGISTRAL”, además, amplía el alcance del servicio al Registro de Personas Jurídicas, Registro de Mandatos y Poderes y Registro de Propiedad Vehicular, esto con el fin de coadyuvar a que la persona natural o jurídica interesada tenga conocimiento efectivo de las posibles modificaciones en la situación jurídica de los bienes, derechos o actos inscritos, frente al riesgo de la presentación al registro de documentos falsificados o basados en suplantación de personas en la celebración de los actos jurídicos presentados. En ese sentido es que se modifican el artículo 1 y los numerales 2), 5), 6), 7) y 9) de la Directiva anterior. Todo esto, siempre en el contexto de una política de SUNARP en la que tiene como misión otorgar seguridad jurídica y brindar certidumbre respeto a la titularidad de los diferentes derechos que en él se registran, teniendo como soporte de desarrollo la modernización, simplificación, integración y la especialización de la función registral en todo el país en beneficio de la sociedad.

4.6.3. NORMATIVIDAD VIGENTE

4.6.3.1 RESOLUCION N° 170-2013-SUNARP-SN – DIRECTIVA N° 006-2013-SUNARP/SN

En vista a algunos cambios técnico operativos, fue necesario expedir y aprobar una nueva directiva, dejando sin efecto la RESOLUCION N° 185-2008-SUNARP-SN que aprueba la DIRECTIVA N° 003-2008-SUNARP/SN que regula el servicio gratuito de “Alerta Registral sobre Predios”, modificada mediante resolución N° 133-2012 - SUNARP/SN. Esta nueva directiva obedece a cuatro razones fundamentales:

- a) La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, al ser un organismo técnico y especializado, tiene por objeto dictar políticas y normas técnico administrativas y en un contexto de política de mejora continua de los servicios registrales y facilitar el acceso a la población.
- b) Esta nueva directiva es parte de un conjunto de acciones tendientes a reforzar la seguridad jurídica que brinda la inscripción registral, a través de mecanismos, servicios y procedimientos destinados a combatir los casos de presentación al Registro de instrumentos falsificados o de instrumentos basados en la suplantación de sus otorgantes.
- c) Se realizaron consultas a los usuarios afiliados al servicio gratuito “Alerta Registral”, y como conclusión se ha logrado implementar aplicaciones informáticas que optimizan la funcionalidad de este servicio, entre las nuevas aplicaciones técnico operativas destacan: i) La posibilidad de adicionar o eliminar partidas registrales del Registro de Predios, del Registro de Personas Jurídicas, del Registro de Propiedad Vehicular y del Registro de Mandatos y Poderes, asociados a una misma cuenta de correo electrónico. ii) Solicitar el reenvío del correo de validación donde el usuario pueda confirmar la suscripción al servicio “Alerta Registral”. iii) La posibilidad de que

sea el mismo usuario quien cancele su cuenta de correo electrónico afiliada al servicio de “Alerta Registral” desde la página web de la SUNARP. iv) Respecto al registro de Mandatos y Poderes se ha incorporado la funcionalidad de consignar los nombres de hasta cinco personas para que en el eventual caso de que otorguen un poder, este sea informado al interesado mediante el servicio de “Alerta Registral”.

4.6.4. ACIERTOS Y DESACIERTOS CON LA ALERTA REGISTRAL

En un sistema registral como el nuestro, que es declarativo, si es favorable y muy conveniente, que tengamos un sistema de Alerta registral como el que tenemos en la actualidad; asimismo, es cierto, que es un sistema sencillo, fácil de acceder, y con el cual se pueden manejar diferentes partidas registrales, tanto vehículos, bienes inmuebles, así como mandatos y poderes, consideramos que en ese sentido SUNARP viene cumpliendo con creces la directiva de modernizar las Instituciones del Estado, en pro de una buena y mejor atención al público o usuario; por otro lado, resulta positivo la alerta registral, porque significa reconocer que existe un problema, y claro, pues, no puedes solucionar un problema si en primer lugar no lo has reconocido, y cuál es el problema, el problema eran los casos de presentación al Registro de instrumentos falsificados o de instrumentos basados en la suplantación de sus otorgantes.

Consideramos que sería difícil encontrar a alguien que esté en contra del sistema de Alerta Registral, sin embargo, consideramos que sí encontraríamos con facilidad a algunos que no están contentos con los efectos de la “Alerta Registral”, si leemos con atención la normatividad vigente y los antecedentes, nos daremos cuenta que una de las funciones, finalidades u objeto de la “ALERTA REGISTRAL” era: Resguardar la seguridad jurídica que otorgan los Registros Públicos, sobre Predios, la misma que se encuentra amenazada por personas o grupos delincuenciales que, entre otros actos ilícitos, presentan documentación falsificada, a fin de obtener beneficios indebidos e

ilegales, por lo que, en concordancia con la política del Gobierno, de combatir la corrupción, es necesario adoptar acciones y medidas orientadas a detectar la falsificación documentaria registral y otros actos ilícitos; en otras palabras, el problema era que a registro públicos se llegaba con documentación falsificada o compraventas realizadas con propietarios suplantados, las mismas que han generado efectos jurídicos y por lo cual, se ha visto por conveniente el desarrollo de una herramienta que permita a los ciudadanos titulares de derechos inscritos sobre Predios, ser alertados oportunamente de la existencia de títulos en trámite que puedan afectar sus derechos, con la finalidad de combatir la eventualidad de la existencia de títulos de origen fraudulento.

En sentido amplio podemos distinguir dos funciones: i) Proteger, resguardar, la seguridad jurídica (aunque resulta raro, pues, SUNARP existe para dar seguridad jurídica). ii) Combatir, a los individuos o grupos delincuenciales que se dedican a obtener propiedades mediante la falsificación de documentos y/o suplantación de propietarios. En sentido estricto la función de la Alerta registral, es sólo eso, alertar al propietario que están realizando un acto jurídico con su propiedad, dicho de otro modo, avisarle al propietario que alguien ya vendió su propiedad.

Si la función de alerta registral sólo es informar al usuario que alguien ya dispuso de su propiedad, entonces, la pregunta que surge es si con este mecanismo, se está brindando seguridad jurídica, o si éste ha servido para detener el actuar de los delincuentes que falsifican documentos o suplantando propietarios; si ni con lo uno, ni con lo otro, ha ayudado, otra vez, para lo único que sirve es para avisarle al propietario, que ya no es propietario de un bien; puesto que dónde se realiza el cambio de titularidad, no es cuando llega a registros públicos, pues, registros públicos tiene la función de publicidad y mas bien, uno se convierte en propietario, no cuando se inscribe la transferencia en SUNARP, ni siquiera cuando firmamos la Escritura Pública, usualmente, normalmente es antes, –depende de la redacción del contrato- cuando uno firma el documento (minuta). –nos referimos sólo a bienes

inmuebles—, en otras palabras, nos convertimos en propietarios de un bien inmueble, a la firma de la minuta, a partir de ese momento, nos convertimos en propietarios de un terreno, o una casa, o un departamento, entre otros.

Qué modernidad que existe en la SUNARP, tiene alerta registral, lamentablemente, ello no faculta al propietario verdadero, poder oponerse a la inscripción registral, entonces, qué tiene que hacer el propietario que ha sido notificado que su propiedad ya se ha vendido, tiene que ir inmediatamente a registros públicos, suplicar para hablar con el registrador, identificarse como propietario, ahora bien, qué pasa si revisó su correo una semana después, y ya se inscribió la compraventa realizada con documentos falsificados y/o con suplantación del propietario, lamentablemente, sólo le queda iniciar un proceso judicial para poder recuperar la propiedad, esto en el mejor de los casos y en el peor de los casos recibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionado; ya que en el Perú estamos acostumbrados a sentencias que validan las transferencias realizadas por las mafias de personas que se dedican a crear a un aparente tercero de buena fe.

En conclusión, La Alerta Registral, es un símbolo o muestra de modernidad, porque todo es on line, pero nada más; es sólo eso, un aviso, no ayuda a la seguridad jurídica, ni tampoco a combatir a las personas que realizan transferencias falsificando documentos o con suplantación de propietarios, ni la inscripción registral de éstos.

4.7. LEY N° 30313 DE OPOSICIÓN AL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN TRÁMITE Y CANCELACIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL POR SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD O FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTACIÓN

4.7.1. ANTECEDENTES

El Congreso de la República aprobó la Ley 30313, Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 y la quinta y sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049, el 05/02/2015, promulgada el 25/03/2015 y publicada en el diario Oficial El Peruano el 26/05/2015, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

4.7.2. OBJETO DE LA LEY

El objeto de la presente Ley es establecer las disposiciones para presentar oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite, la cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de los documentos presentados ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

4.7.3. PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN

a) Solicitud de cancelación de asiento registral: Solo puede ser presentada por notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro.

Solo puede ser presentada ante los Registros Públicos por notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro que emitió alguno de los documentos mencionados en el párrafo anterior. No existiendo oposición al título inscrito o anotado en la partida registral.

b) Formulada la oposición al título presentado, de acuerdo a los documentos presentados, las instancias registrales bajo responsabilidad, previa calificación y verificación, proceden a la tacha del título.

c) Asimismo, aquel que denuncie la falsificación de documentos ante notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro, está obligado a poner en conocimiento del registrador o del tribunal registral, la denuncia realizada, para que:

- Proceda a realizar la tacha por falsedad documentaria, de ser pertinente.

- Oficie al notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro según corresponda, a fin de verificar la existencia de la denuncia.

d) El autorizado para resolver las solicitudes de cancelación de asientos registrales es el jefe zonal de la Oficina Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, y su decisión es de exclusiva responsabilidad del que lo solicito. Siendo la decisión incuestionable en la sede administrativa.

4.7.4. REQUISITOS PARA EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN

Serán presentados de acuerdo a lo que corresponda:

a) Declaración notarial o del cónsul cuando realice función notarial, indicando que se ha suplantado al compareciente o a su otorgante o a sus representantes en un instrumento público protocolar o extraprotocolar.

b) Declaración notarial o del cónsul cuando realice función notarial, indicando que el instrumento público protocolar o extraprotocolar que aparentemente proviene de su respectivo despacho no ha sido emitido por él.

c) Oficio del juez, indicando que el parte judicial materia de calificación, que aparentemente proviene de su respectivo despacho, no ha sido expedido por él.

d) Declaración del funcionario público competente mediante oficio de la entidad administrativa, indicando que el documento presentado para su inscripción no ha sido extendido o emitido por la entidad que representa.

e) Declaración del árbitro o presidente del tribunal arbitral, indicando que el laudo arbitral materia de calificación no ha sido expedido por él o por el tribunal arbitral.

4.7.5. EFECTOS DE LA OPOSICIÓN

Al haber sido canceladas las inscripciones y anotaciones preventivas los efectos son los siguientes:

- No perjudica al tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2014 del Código Civil.

- No perjudica las inscripciones, anotaciones o los títulos pendientes cuya prioridad registral sea anterior al asiento de cancelación.

4.7.6. CRÍTICA AL NUEVO PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN REGISTRAL

Consideramos que nadie está en contra de que exista el trámite de oposición registral, es algo, que dicen¹⁸⁶, ya se daba en la práctica, antes de

¹⁸⁶ Según Martín Mejorada Chauca, esto se daba con la tacha por falsificación. Cuando el propietario se informa del ingreso de un título falso, puede dirigirse a la Gerencia de la Propiedad Inmueble de la oficina correspondiente, o al propio registrador que está calificando el documento fraudulento, proporcionando los elementos que evidencien la falsificación. Si el gerente se persuade hará suya la información y la pondrá en conocimiento del registrador a cargo, quien enterado y convencido de que hay suplantación tachará el título, es decir, rechazará la inscripción del acto ilegal (artículo 36 del Reglamento General de los Registros Públicos). Artículo en Línea. <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2014/09/defensa-ante-la-usurpacion-registral.html>. Revisado el 17 de Marzo del 2015.

la emisión de esta norma, sin embargo, qué se busca con esta norma, se busca luchar contra los individuos o mafias que se dedican a la transferencia de bienes inmuebles falsificando títulos de propiedad o suplantando a los verdaderos propietarios, o llamado también fraude inmobiliario, este procedimiento tiene un problema, encierra una contradicción en sí mismo, por un lado trata de cancelar un asiento registra, obviamente se supone inscrito, y por otro lado se sigue manteniendo la postura de que se protege al que adquirió a título oneroso y de buena fe, entonces, cómo quedamos, o protegemos al verdadero propietario o protegemos al adquirente de buena fe, pareciera que debemos definirnos, porque no podemos proteger a ambos a la vez, porque terminamos sin proteger a nadie.

4.8. TRÁMITE TEMPORAL DE INMOVILIZACIÓN DE PARTIDAS

El 27 de noviembre de 2013 se publicó la Directiva N° 008-2013-SUNARP-SN, mediante la cual se crea un procedimiento para inmovilizar temporalmente las partidas del Registro de Predios. A pedido del titular de la partida, mediante una escritura pública unilateral, se inscribe un asiento de inmovilización impidiendo que se anoten actos voluntarios de disposición o gravamen por un plazo máximo de 10 años, o hasta que lo autorice expresamente el propietario con derecho inscrito. El pedido contiene una declaración jurada del titular en el sentido de no haber celebrado ningún acto de disposición que esté pendiente de inscripción. Se trata de una fórmula para enfrentar a los delincuentes que a diario presentan documentos falsificados en el Registro de los Predios.

En palabras de Mario Solari Zerpa, el nuevo “mecanismo implementado por la Sunarp es la Inmovilización de Partidas Registrales, que permite al propietario de un inmueble solicitar que en la partida registral del bien no se realice ninguna inscripción posterior a la inmovilización, por el plazo máximo de 10 años. Al solicitar que se inscriba la inmovilización de la partida electrónica del bien, el propietario tiene la seguridad de que no se inscribirá la venta o arrendamiento u otro acto durante dicho periodo de

tiempo, a menos que él mismo decida dejar sin efecto la inmovilización o solicitar su renovación por 10 años adicionales”¹⁸⁷.

El Dr. Alonso Amorós Figueroa¹⁸⁸ Subdirector de Normativa Registral (e) y Registrador Público titular de la Zona Registral N° IX. Sede Lima, explica el procedimiento de inmovilización temporal de partidas da la siguiente manera: es trasladar al registro mi voluntad de no disponer ni gravar mi predio a través de la extensión de un asiento cuyo efecto será cerrar parcial y temporalmente la partida registral, de modo tal que no se inscriba ningún título que contenga algún acto de disposición, gravamen o carga voluntaria celebrado con fecha posterior al asiento de presentación del título de inmovilización. No resulta relevante que exista sobre la partida gravámenes o cargas inscritas con anterioridad. Es importante señalar que la directiva no importa una prohibición de celebrar actos de disposición o gravamen, sino la imposibilidad de inscribir un título en la medida que no se realice el acto previo consistente en el levantamiento de la inmovilización, por lo tanto, no se vulnera el artículo 882 del Código Civil, más aun si se tiene en cuenta que dicho artículo se refiere a una limitación de origen contractual, siendo que en el presente caso estamos frente a un acto unilateral. Asimismo, indica que debe ser el titular registral, por ende, estará facultada la persona natural o jurídica que figure como propietario del predio. En el supuesto que el titular sea una sociedad conyugal deberán intervenir ambos, en el supuesto de que existan varios copropietarios a efectos de inmovilizar la partida deberán otorgar la escritura todos ellos.

Existen diversos supuestos en los que, aun habiéndose extendido un asiento de inmovilización, este no va impedir la anotación o inscripción de otros actos. Si la partida fue inmovilizada y posteriormente se presenta al

¹⁸⁷ Solari Zerpa, Mario. Enfoque Registral, Revista Institucional - Nro 4/Marzo 2014, pág. 2, Artículo en Línea: <https://www.sunarp.gob.pe/475183R/rev02092014-1.pdf>, revisado el 10 de Julio de 2015.

¹⁸⁸ Amorós Figueroa, Alonso. Solari Zerpa, Mario. Enfoque Registral, Revista Institucional - Nro 4/Marzo 2014, págs. 6-9, Artículo en Línea: <https://www.sunarp.gob.pe/475183R/rev02092014-1.pdf>, revisado el 10 de Julio de 2015.

registro un título que contenga un acto de disposición o gravamen voluntario de fecha cierta anterior a la inmovilización, este podrá ser inscrito, debiendo levantarse automáticamente la inmovilización sin que sea necesario solicitud en ese sentido, de modo que bajo ninguna circunstancia se perjudique a aquel que celebró, con el titular registral, un acto de disposición o gravamen con fecha cierta anterior a la inmovilización de la partida. Así también, cabe aclarar que la inmovilización implica la no inscripción de actos de disposición, carga o gravamen voluntario, aquellos actos que caen fuera de este supuesto serán inscribibles, como podría ser el caso de una declaratoria de fábrica, alguna numeración o jurisdicción, o incluso actos que importe modificaciones físicas del predio como independizaciones o acumulaciones, así como actos de levantamiento de cualquier gravamen o carga existente en la partida. Por otro lado, en los casos de títulos que tengan su origen en mandatos provenientes de magistrados, árbitros o autoridades administrativas, independientemente de la fecha de generación de dicha documentación o de presentación al registro, el asiento de inmovilización tampoco será obstáculo para que dichos mandatos puedan inscribirse en el registro, lo mismo ocurrirá con una sucesión intestada o testamento ya que si bien estamos frente a una transferencia de propiedad, esta no es voluntaria. Es cabe resaltar que la inmovilización de una partida puede quedar sin efecto en diversos supuestos. Algunos de ellos no implican el levantamiento del asiento que publicita la inmovilización, como es el caso del vencimiento del plazo por el cual fue establecida la medida o la transferencia que no se origina en un acto de disposición voluntario (inscripción de una sucesión intestada, una sentencia judicial, resolución administrativa o laudo arbitral), independientemente que se pueda solicitar que expresamente se levante. Otro supuesto será el ya comentado consistente en que se presente un título de disposición de fecha cierta anterior a la inmovilización. Puede ocurrir que estando vigente la medida, el titular registral ya no la desee. En este caso será necesaria la presentación de una escritura pública en la que conste la declaración de voluntad de dejarla sin efecto y ya no es necesario presentar dos títulos o generar dos escrituras ya que en un solo instrumento pueden constar tanto la transferencia como el levantamiento. Finalmente, la directiva

ha establecido que en el caso de levantamiento antes del vencimiento del plazo, el registrador debe cumplir con una medida de seguridad adicional consistente en cursar un oficio al notario del cual proviene la escritura pública a fin de tener la certeza de que proviene del protocolo de dicho notario. Asimismo, se ha previsto la suspensión del asiento de presentación, a efectos de no perjudicar al usuario, considerando que la contestación del notario, sobre todo en los casos en los que el despacho notarial se encuentra ubicado en zonas alejadas en relación a la oficina registral en la que se presentó el título, puede tardar varios días y a veces hasta semanas, siendo que en muchos casos la comunicación telefónica no es posible o no reúne los requisitos de seguridad suficientes.

Ahora bien, para algunos esta inmovilización temporal de partidas no solucionada nada y más bien, es degradante; en ese sentido, el profesor universitario Gunther Gonzalez Barrón¹⁸⁹ ha escrito un artículo titulado “LA INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE PREDIOS: ¿ES SOLUCIÓN O DEGRADACIÓN?”; en este artículo señala que la propiedad, le da al propietario 3 facultades, prerrogativas o poderes como lo llamamos clásicamente: a) Aprovechamiento o contenido intrínseco (libertad de disfrute delimitada). b) Disposición (poder para decidir sobre modificaciones jurídicas). c) Aseguramiento (inmunidad); las cuales estaría seriamente afectadas por este procedimiento; además señala que La Directiva N° 08-2013 es una norma ilegal, contraria a los arts. 881 y 882 CC, que además constituye una restricción de la propiedad innecesaria y superflua, que no pasa el test de proporcionalidad para el caso de limitación de los derechos fundamentales, por lo cual se infringe el art. 70 Const. Por otro lado, se incumple la reserva de ley, pues nadie le atribuyó a SUNARP la competencia para crear y regular la existencia, validez y efectos de actos jurídicos. Por otro lado, la norma reglamentaria revela el fracaso del sistema registral para

¹⁸⁹ Gonzales Barrón, Gunther. La Inmovilización Temporal de Predios: ¿Solución o Degradación?, [On Line] Disponible en: http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_d_actualidad/Inmovilizacion-temporal-solucion-o-degradacion.pdf. Revisado el 15 de Marzo del 2015.

hacer frente a las falsificaciones, pues reconoce que la “alta calidad” de los fraudes sobrepasa al Estado, por lo cual las inscripciones carecen de seguridad mientras no estén “inmovilizadas”; por tanto, el registro, en lugar de propender al tráfico inmobiliario, sería uno de inmovilizaciones o “anti-tráfico”. Además, la “no-venta” implica el ejercicio de la libertad negativa, pero ahora no basta el silencio o el no vender, pues se requiere la declaración positiva. En suma, una norma reglamentaria ilegal, inconstitucional y contraria al sentido común.

Tenemos dos posiciones en la primera se dice que no se vulnera el artículo 882 y en la segunda se sustenta que sí se vulnera el artículo 882 del código civil el cual prescribe lo siguiente: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

Todo parece indicar que el profesor Gunther Gonzales Barrón, en su afán de menospreciar la labor de la SUNARP, no ha interpretado correctamente el artículo 882 del código civil, el cual es una prohibición “contractual”, sólo por lógica podemos deducir que no se refiere a cualquier negocio jurídico, sino sólo al negocio jurídico denominado contrato, ahora bien, el contrato puede ser sólo con una parte, puedo realizar un contrato con una sola persona, la respuesta es negativa; entonces, el negocio jurídico unilateral propuesta en la inmovilización de partidas, no es una prohibición contractual, porque no es el acuerdo de dos partes, sino que simplemente es la declaración de voluntad del propietario de inmovilizar su partida, la misma que puede ser levantada en cualquier momento y sin restricción alguna; asimismo, nos parece una exageración decir que “derecho registral peruano cae a nivel de país bananero¹⁹⁰” cuando admite que el registro es tan deficiente; ahora bien, la falsificación o suplantación de propietarios es un problema que sólo ocurre en nuestro país, o es algo que está ocurriendo o ha ocurrido en otros países, ningún sistema registral es perfecto, todos tienen virtudes y defectos, si quisiéramos asignarle un porcentaje a las

¹⁹⁰ Citado por Gunther Gonzales Barrón, Op. Cit. pág. 11.

compraventas realizadas fraudulentamente en el peor de los casos nos parece que le asignaríamos un 5%, no más incluso puede ser menos, no es que de 100 compraventas 50 están siendo realizadas fraudulentamente, por ello es que no podemos afirmar que el sistema registral no sirve para nada, o que debemos eliminar la buena fe, del código civil; nuestra propuesta es que sí hay problemas, los cuales deben ser tratados sin crear más trámites burocráticos, y mas bien usando las categorías o herramientas que se encuentran en la doctrina y que en el Perú no las hemos admitido, como por ejemplo la Teoría de la Inexistencia del Negocio Jurídico, no tanto como un remedio sino mas bien como una sanción a las compraventas realizados por medio de documentos falsificados y suplantación de propietarios.

Definitivamente estamos de acuerdo con el profesor Gunther Gonzales Barrón en afirmar que la inmovilización de predios no soluciona nada, y que registros públicos al crear este mecanismo sólo da manotazos de ahogado, pues no puede detener a aquellos que ingresan documentos falsificados o con suplantación de propietarios, tal vez, el problema no es Registros Públicos, sino mas bien, el notariado, dicen otros, igual porque los notarios ahora pasan el lector biométrico, imprimen consultas RENIEC, verifican las firmas, qué más se les puede pedir, incluso ahora van a verificar el estado migratorio de los intervinientes en los contratos, pero igual suceden los fraudes inmobiliarios.

4.9. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2013 Y 2014 DEL CÓDIGO CIVIL

La mayoría de los profesores vinculados al derecho civil, que han opinado sobre ésta LEY, concluyen en que estas modificaciones no mejoran ni empeoran la situación actual de lo que se ha denominado como “fraude inmobiliario”; sin embargo, desde nuestro punto de vista consideramos que sí hay un efecto negativo, pues, dichas modificaciones, dejan la impresión de que el Estado, lejos de proteger a los verdaderos titulares de los derechos subjetivos (propietarios), está avalando, tutelando y protegiendo al que adquiere en calidad de tercero de buena fe; ello, al margen de que es sabido

que existen mafias que trabajan con predios urbanos debidamente inscritos, creando una apariencia de buena fe.

El estado anterior del 2014, nos dejaba entrever, que era posible que a pesar de existir una falsificación o suplantación era posible que el tercero de buena fe se quedara con el predio, y según el razonamiento de algunos juristas, simplemente había que enseñarle al juez que la falsificación o suplantación de propietarios no podría generar una adquisición de buena fe; sin embargo, con la modificación actual, eso ya no es una posibilidad, ya no es un argumento infeliz, sino una realidad, pues la norma que lleva por título “LEY DE OPOSICIÓN AL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN TRÁMITE Y CANCELACIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL POR SUPPLANTACIÓN DE IDENTIDAD O FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTACIÓN”, considera que de haberse actuado dentro de los parámetros de la Buena Fe Pública Registral, -No es posible perjudicar al tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2014 del Código Civil. Así como tampoco se puede perjudicar las inscripciones, anotaciones o los títulos pendientes cuya prioridad registral sea anterior al asiento de cancelación. Ante esto, las mafias de terrenos, los delincuentes dedicados a usurpar terrenos, simplemente están de acuerdo – y hasta felices–, porque el Estado les ha dicho, si hay un tercero de buena fe, ustedes pueden seguir haciendo lo que hacen, ellos que se especializan en crear un tercero de buena fe, no podían pedir menos. Esta situación es grave, realmente genera inseguridad jurídica, la protección al tercero no puede ser a ciegas, sin embargo, en nuestro sistema la buena fe del comprador se presume, y es bastante difícil, cuasi imposible, probar lo contrario, algunos llaman ello “prueba diabólica”; por ello, creemos que la protección al verdadero propietario no puede darse si discutimos si existe un tercero o no de buena fe, razón por la cual planteamos la inexistencia del negocio jurídico como solución a este tipo de problema.

Según Hernández Gil, la publicidad registral se puede definir como “el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad legal es un servicio del Estado, una función pública ejercida en interés de los particulares”.

Ese sistema de divulgación, puede ser de dos formas, puede ser Constitutivo de Derechos o puede ser Declarativo de Derechos, explicando esto en forma breve o sencilla podemos afirmar que un sistema es Constitutivo de derechos cuando los derechos se adquieren cuando éstos ingresan al Registros y son publicitados por el Registro Público, por otro estamos ante un sistema declarativo cuando los derechos se transfieren cuando se genera la obligación, es decir, por ejemplo, a la firma de un contrato.

No cabe duda que nuestro sistema es eminentemente declarativo, por ello, tenemos problemas de formalidad, y no todo lo que están en registros públicos es realmente como se señala.

Sin embargo, eso no significa que sólo debemos darle razón a lo que dice Registros públicos, por las presunciones legales que existen a favor de quienes aleguen la protección registral, pues, siendo que en el Perú, subsiste una realidad registral y otra realidad llamémosla “material”, en donde ambas, pueden y deben ser protegidas o tuteladas, de alguna manera; pero no de la forma como actualmente se están llevando a cabo las cosas.

Actualmente, un A vende la casa de C a B, B vuelve a vender la casa a D, sólo la primera compraventa se hizo suplantando al comprador, actualmente en un proceso judicial C gana el juicio de nulidad de acto jurídico pero no puede recuperar la propiedad que está en manos de D (si así estuviera), pues éste, está protegido como tercero de buena fe, si C continua con un juicio de nulidad de acto jurídico, el resultado es el siguiente, “D” se queda con la casa y a “C” le pueden dar una reparación civil; en otras palabras que ha sucedido, al que compró la casa al final, y le decimos, no importa que haya habido irregularidades en tu compraventa, no importa que

se haya suplantado al propietario, porque tú no sabías de ello, así que quédate con la casa; y al verdadero propietario le decimos, sabes qué salte de la casa, ya perdiste el juicio, sé más diligente, anda, puedes cobrarle tu reparación civil a Registros Públicos que tiene la culpa de la admisión de títulos de propiedad falsos o de aceptar compraventas con suplantación de propietarios.

Mejorada Chauca considera que “Los actos criminales se basan en la falsificación de documentos y sustitución de personas a través de títulos que ingresan a los Registros Públicos y se inscriben. Los terceros que revisan estos documentos, al verificar los títulos archivados, no tendrán cómo saber que son amañados, de modo que igualmente conservarán su adquisición”¹⁹¹.

El Estado sigue sin encontrar una solución integral al problema. Quizá debería prestar atención a quienes hemos postulado la herramienta de una contraseña registral como manera de ingresar al registro.

Parece un cuento, pero es la realidad, estamos en contra de esa forma de solucionar este tipo de conflictos jurídicos, otra vez, razón por la cual, proponemos la aplicación de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico; si debatiéramos la inexistencia, no tendríamos que discutir si hay o no buena o mala fe, simplemente los hechos indicarían los efectos del negocio jurídico en el mundo jurídico, puede existir una escritura pública, pero si esa escritura pública es falsa, no puede ser declarada válida o inválida, simplemente se toma como lo que es o mejor dicho lo que no es, “no existe”, puede existir una firma en un contrato, pero si no es el propietario se toma como si no existiera, no tiene valor, puede ser considerado válido por alguien, pero es más que eso, no EXISTE, declaración de voluntad, ni sujeto que la pueda exteriorizar, por tal razón, el negocio jurídico debe declararse como lo que es, es decir, INEXISTENTE.

¹⁹¹ Mejorada Chauca, Martín. El Nuevo Estudio de Títulos. [online] Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/03/el-nuevo-estudio-de-titulos.html>. Revisado el 15 de Julio del 2015.

SUB CAPÍTULO V

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

- **Autonomía Privada**

Es un principio que sustenta todo nuestro Derecho civil, y es la facultad o poder que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto de derecho para que autorregule sus propios intereses.

- **Negocio Jurídico**

Es una categoría creada para sistematizar todos los fenómenos de la realidad considerados relevantes por el ordenamiento jurídico donde interviene la voluntad del ser humano.

Se configura cuando uno o varios sujetos declaran su voluntad con el fin de autorregular sus propios intereses; creando para sí un precepto o regla de conducta que normará las relaciones o situaciones jurídicas que se han creado, modificado o extinguido.

- **Supuesto de Hecho ó Fattispecie¹⁹²**

Su ascendiente latina se podía descomponer en: facti (del hecho) species (imagen). Fattispecie significa, entonces, la imagen de un hecho, es decir, el diseño, el bosquejo de una situación, que viene descrita solo con alguna señal típica, y que puede ser reconocida en tantas situaciones concretas. Del mismo modo, por ejemplo, si ofrezco un puesto de trabajo, puedo indicar el

¹⁹² Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI. Las situaciones jurídicas en Lineamenti di Diritto privato. Traducción de Traducción de Carlos Zamudio Espinal, Nona edizione, CEDAM, Padua, 2003, pág. 17. (Parte de un artículo de mayor extensión disponible en: https://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/vincenzo_scalisi-inv_lidez_e_inefi. Revisado el 16/05/2015.

«tipo» de persona que quisiera contratar («contador, máximo de 30 años, con experiencia en prácticas tributarias, etc.») y así describir y una imagen que puede corresponder, en concreto, a tantas particulares personas que tienen aquellos requisitos.

Por eso, se habla, frecuentemente, de *fattispecie abstracta* para indicar que se trata de la situación-tipo descrita por la norma, y no de éste o de aquél hecho concreto.

- **Eficacia e ineficacia**

Se califica de eficaz al negocio apto para producir los efectos que le corresponden según la regla negocial (la formada por la declaración de voluntad, la que se completa con las reglas jurídicas que a tal fin le sean aplicables); y, correlativamente, se considera negocio ineficaz a aquel al que cualquier obstáculo o defecto impide que se despliegue sus naturales consecuencias.

- **Nulidad del Negocio Jurídico**

Es la figura que constituye la forma más completa de invalidez del negocio jurídico en cuanto no surte efectos a causa de un vicio de los requisitos jurídicos objetivos establecidos por la norma legal.

- **Anulabilidad del Negocio Jurídico**

Es la manifestación menos grave de la invalidez del negocio jurídico, no obstante, el acto cuente con todos sus elementos esenciales, se configura un vicio de la voluntad.

- **Elementos del Negocio Jurídico**

a) elementos esenciales: La manifestación de la voluntad, la capacidad, el objeto, la causa y la forma o solemnidad.

b) Elementos naturales, éstos concurren a la formación del negocio jurídico, por ello se dice que se deriva de la naturaleza jurídica de cada negocio jurídico (intereses).

c) Elementos accidentales, es posible incorporar estos elementos por la voluntad de las partes que intervienen en el negocio jurídico (condición, modo, plazo).

- **Teoría de la Inexistencia del negocio jurídico**

Es el supuesto de ineficacia más grave, pues, se determina por un juicio ontológico que se realiza sobre los elementos esenciales del negocio jurídico.

CAPÍTULO III

MARCO OPERATIVO

3.1. HIPÓTESIS GENERAL

“La teoría de la inexistencia del negocio jurídico como categoría jurídica distinta a la nulidad, es un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventa sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe”.

3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS

A. HIPÓTESIS ESPECIFICA 1

El hecho de que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, no pueda recuperar su propiedad –en estricto titularidad– por la presencia de terceros de buena fe, y una aparente seguridad jurídica es totalmente injusto, por tanto, es una situación que el Derecho no debería tolerar, ni admitir, y ni si quiera el registro debería convalidar.

B. HIPÓTESIS ESPECIFICA 2

Es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia, dado que los procesos (nulidad de acto jurídico) y procedimientos actuales (P. de Oposición a la inscripción registral, alerta registral), no dan una solución justa al propietario de un inmueble que ha sido víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas.

C. HIPÓTESIS ESPECIFICA 3

Es diferente la tutela jurídica a la víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas cuando se declara la nulidad a cuando se declara la inexistencia, puesto que con la declaración de nulidad se protege al tercero de buena fe permitiéndole quedarse con la titularidad del inmueble, en cambio ante la declaración de inexistencia del negocio jurídico, la titularidad del predio regresaría al primer propietario víctima de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas, y el tercero de buena fe tendría que recibir una indemnización por el daño ocasionado, no por culpa del propietario sino por culpa de las personas que ocasionaron el fraude inmobiliario y que atentaron contra la seguridad jurídica.

3.3. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES DE ESTUDIO

3.3.1. VARIABLES

A. HIPÓTESIS GENERAL

“La teoría de la inexistencia del negocio jurídico como categoría jurídica distinta a la nulidad, es un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventa sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe”.

VARIABLE 1 : Inexistencia del negocio jurídico.

VARIABLE 2 : Recuperación de la titularidad de la propiedad de un bien inmueble despojado ilegítimamente.

INDICADORES:

- Doctrina nacional y extranjera.
- Jurisprudencia nacional y extranjera.
- Constitución Política del Perú, Código Civil.

3.3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS

A. HIPÓTESIS ESPECIFICA 1

“El hecho de que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, no pueda recuperar su propiedad –en estricto titularidad– por la presencia de terceros de buena fe, y una aparente seguridad jurídica es totalmente injusto, por tanto, es una situación que el Derecho no debería tolerar, ni admitir, y ni si quiera el registro debería convalidar”.

VARIABLE 1 : Derecho de propiedad inscrito en los Registros Públicos

VARIABLE 2 : Seguridad jurídica de los terceros de buena fe.

INDICADORES:

- Doctrina nacional y extranjera.
- Jurisprudencia extranjera.
- Código Civil.

B. HIPÓTESIS ESPECIFICA 2

“Es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia, dado que los procesos (nulidad de acto jurídico) y procedimientos actuales (P. de Oposición a la inscripción registral, alerta registral) no dan una solución justa al propietario de un inmueble que ha sido víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas”.

VARIABLE 1 : Aplicación de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico.

VARIABLE 2 : Solución justa al propietario de un inmueble víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas.

INDICADORES:

- Código Civil, Ley 30313, y su reglamento, RESOLUCION N° 170-2013-SUNARP-SN – DIRECTIVA N° 006-2013-SUNARP/SN.
- Doctrina nacional y extranjera.
- Código Civil.

C. HIPÓTESIS ESPECIFICA 3

Es diferente la tutela jurídica a la víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas cuando se declara la nulidad a cuando se declara la inexistencia, puesto que con la declaración de nulidad se protege al tercero de buena fe permitiéndole quedarse con la titularidad del inmueble, en cambio ante la declaración de inexistencia del negocio jurídico, la titularidad del predio regresaría al primer propietario víctima de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas, y el tercero de buena fe tendría que recibir una indemnización por el daño ocasionado, no por culpa del propietario sino por culpa de las personas que ocasionaron el fraude inmobiliario y que atentaron contra la seguridad jurídica.

VARIABLE 1 : “Tutela jurídica al propietario”

VARIABLE 2 : “Diferencia entre declaración de nulidad e inexistencia”.

INDICADORES:

- Doctrina, Código Civil.

CAPÍTULO IV

MARCO METODOLÓGICO

4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

A. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Por el propósito o finalidad perseguida será una investigación pura, porque utilizaremos la teoría de la inexistencia del negocio jurídico como un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe.

Asimismo, por el método de investigación, u origen de las fuentes, la presente es una investigación bibliográfica o documental, porque se encuentra basada en el análisis y estudio de fuentes documentales que contienen y reproducen el pensamiento humano, tales como la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y extranjera, contenida en libros y revistas especializadas en derecho, los mismos que han desarrollado el tema de la categoría del negocio jurídico, una teoría general de la ineficacia y dentro de ésta a la teoría de la inexistencia y nulidad.

Finalmente, por el ámbito en que se desarrolló, la presente investigación es dogmática, aquí es necesario hacer un mayor análisis, dado que, en nuestro contexto local, no es común encontrar tesis de corte dogmático, denominado también conceptualismo o institucionalismo. Al respecto, el Maestro Dr. Carlos Ramos Nuñez, señala: “Es esencialmente un

trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales, y, como tales, han de reconstruirse y entenderse”.¹⁹³ En el presente trabajo se realizó una profunda reflexión sobre el posible lugar de la categoría de la inexistencia del negocio jurídico, dentro de la teoría general de la ineficacia, la inexistencia sólo tiene lugar en la doctrina es producto de la lógica, sólo existe como categoría dogmática y no como una categoría legal dentro del ordenamiento jurídico peruano. Con mucha razón, el mismo profesor, añade que, “La investigación de los dogmas tiene una sola explicación: la de servir al fin teórico de ayudar al intérprete a entender los institutos jurídicos, y al fin práctico de hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto. Frente a la exégesis, el método dogmático alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello, su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias”¹⁹⁴. En el presente trabajo, tratamos de dilucidar una verdadera teoría general de la ineficacia, la misma que no existe en nuestro código civil; asimismo, confundir derecho, norma y texto normativo, resulta común, el método dogmático nos permite ir más allá en nuestra interpretación y entender que son cosas diferentes, si bien es cierto, la investigación dogmática sólo trata de describir cómo es el derecho, o como debería ser el derecho, esto no significa que no pueda tener una aplicación práctica, es más, toda teoría en algún punto ha de ser aplicada o ayuda a solucionar un problema específico. El presente trabajo de investigación se basa en la doctrina, puesto que la norma tiene como presupuesto, la aceptación de que el sistema legal tiene imperfecciones y vacíos, por otro lado, los justiciables, tienen la necesidad de que el sistema

¹⁹³ Ramos Nuñez, Carlos. *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Edit. Grijley, 2da Ed. 2014, pág.101.

¹⁹⁴ *Idem*.

legal solucione sus conflictos por encima de los defectos o vacíos del sistema legal y una forma de hacer esto posible es a través de la doctrina.

B. POR EL NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación será Descriptiva, porque el propósito de ella es determinar la forma como la categoría de la inexistencia del negocio jurídica puede ser un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe.

C. DETERMINACION METODOLOGICA

El Método de Investigación, por el origen de los datos, es documental, dado que la indagación se realizó especialmente a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales. Por lo tanto, la fuente de la información en la presente investigación es el análisis y estudio de documentos, tales como leyes y otras normas, la Constitución Política del Estado, Libros, revistas, artículos, entre otros.

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

4.2.1. UNIVERSO

El presente problema de investigación es un fenómeno antijurídico ocurrido en varias ciudades de nuestro país, por lo cual, no es susceptible de una muestra, sino que corresponde el estudio descriptivo y posible solución a todo el Perú.

4.2.2. MUESTRA

A. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

La muestra a utilizar es la Doctrina y/o jurisprudencia nacional y/o extranjera que desarrollen el tema de la ineficacia en general, así como también los valores, principios jurídicos.

4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

A. TÉCNICAS

Teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se recabó la información necesaria para esta investigación jurídica, se utilizó la Técnica de la Observación, mediante el análisis teórico de los datos obtenidos, para así observar, anotar e interpretar las características de éstos.

B. INSTRUMENTOS

El instrumento empleado fue la Ficha de Observación, por la cual se orientó el control de los datos y características que se recabó de las poblaciones, así como su anotación, de modo que el análisis de éstos permitió, más adelante, la consecución del fin de la presente investigación. Por lo tanto, esta Guía consiste en un esquema organizado donde se consignó todas las variables buscadas y las posibles relaciones entre ellas.

Asimismo, se usó el instrumento del Fichado, por el cual se elaboró fichas de registro de todas las fuentes documentales que se utilizaron para el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO V

PRESENTACION, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO

5.1. FASES DEL PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue obtenida a través de libros, revistas jurídicas especializadas.

5.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Los datos fueron procesados por medio de fichas bibliográficas.

5.3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Hipótesis 1:

“El hecho de que el propietario que ha sido diligente en inscribir su derecho de propiedad en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, al ser víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, no pueda recuperar su propiedad –en estricto titularidad– por la presencia de terceros de buena fe, y una aparente seguridad jurídica es totalmente injusto, por tanto, es una situación que el Derecho no debería tolerar, ni admitir, y ni si quiera el registro debería convalidar”.

Cuando el propietario de un inmueble inscrito en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos es víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas, hay varios elementos en conflicto, que podemos dividirlos en niveles, en el primer nivel está el derecho de propiedad del primer propietario y el aparente derecho de propiedad del último comprador, en el segundo nivel se encuentran el principio de la seguridad jurídica que brinda el registro, y el principio de la buena fe con la que se realizan los negocios jurídicos y contratos, y en el tercer nivel se encuentra el valor de la justicia y los fines del Derecho. Asimismo, también podemos identificar el problema entre normas, entre principios e incluso entre valores; entre normas, se encuentran enfrentadas el artículo 949 del C.C. y el artículo 2014 del C.C.; los principios jurídicos que se enfrentan serían la autonomía privada y la buena fe; y a nivel de valores jurídicos, la justicia y la seguridad jurídica.

No se deben tolerar cosas contrarias al Derecho, y tampoco se pueden convalidar, un hecho ilícito siempre será ilícito, no puede generar efectos lícitos; por eso sancionamos el lavado de activos o la evasión tributaria con la ley de pérdida de dominio.

En el Perú se viene vulnerando sistemáticamente el derecho de propiedad a través de despojos, aparentemente legales, la superintendencia nacional de registros públicos, lo ha admitido, por ello, desde el 2008, viene dando directivas, como la alerta registral o el procedimiento de oposición; sin embargo, son infructuosos, se ha tratado de modificar el artículo 2014 del código civil, pensando que ésta es la madre del cordero, es decir, la adquisición a non domino del tercero de buena fe, sin embargo, el problema sigue sin resolverse, no podemos seguir pensando que el problema sólo es en registros públicos, el problema es más complejo, el problema también son los magistrados del poder judicial que han avalado, cuasi convalidado actos manifiestamente injustos, el problema es que existen mafias o grupos organizados que se dedican a despojar la titularidad de la propiedad de otros, a través de la falsificación de documentos o la suplantación; y es el poder judicial quien siempre ha de conocer estos casos, y ha de responder

no pensando sólo en las apariencias, que el registro puede referir, sino en los principios jurídicos que deben cumplir, entre ellos no olvidar su deber de no dejar de administrar justicia a pesar de la deficiencia de la ley, para ello, deben aplicar los principios jurídicos, y otras fuentes de derecho, entre ellos la doctrina.

Visto de este modo, ante la insuficiencia de las normas actuales de poder hacer o dar justicia a los verdaderos propietarios que vienen siendo despojados de sus propiedades, es necesario en el Perú, aplicar una teoría que por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil aparentemente estaría restringida, nos estamos refiriendo entonces, a la censurada teoría de la inexistencia del negocio jurídico, pues, la realidad nacional así lo requiere, no es posible que sigamos utilizando mal la terminología jurídica de la teoría de la ineficacia, sólo porque así se establece en el código, las normas no son perfectas, son perfectibles, por la simple razón de que son obra humana, el código civil tiene serias deficiencias en cuanto no tiene hasta ahora un sistema coherente de ineficacia negocial, tenemos un código civil donde la violencia o intimidación es anulable y no nulo como lo sería en cualquier otro código coherente, o donde la ausencia de manifestación de voluntad es susceptible de nulidad, bajo la explicación de que la nulidad equivale a inexistencia, lo cual, en los países de donde hemos importado la técnica legislativa no es así y dónde sería inexistente y no nulo, que una asociación haya vendido una propiedad, mediante un acta que contenía cientos de poderes falsificados.

La teoría de la inexistencia es perfectamente aplicable en el Perú, podemos leer el artículo 219 inc 1 en clave de inexistencia, así como leemos el artículo 140 (que trata del acto jurídico) en clave de negocio jurídico, porque cuando el estado de cosas así lo requiera podemos utilizar la interpretación, con tal de salvar lo más importante en un sistema judicial, es decir, la obligación de no dejar de administrar justicia.

Por otro lado, si no admitimos esta afirmación, igual podemos utilizar la inexistencia, en los supuestos de ausencia de voluntad, como lo son la falsificación de documentos o suplantación de propietarios, puesto que estas

conductas, en sentido estricto sí son permitidas por el código civil (compraventa de bien ajeno) (negocio jurídico en nombre de otro), sin embargo, su aplicación atenta contra la unidad del sistema jurídico como tal, generándose una laguna ideológica, por tal razón los jueces deben utilizar las otras fuentes del derecho con tal de no dejar de administrar justicia, es decir, pueden utilizar la analogía, y no creo que tomando este camino se pueda hacer justicia, puesto que están aplicándola a favor del último adquirente, la jurisprudencia nacional sigue confirmando las injusticias y sólo nos queda la doctrina.

La doctrina ha solucionado este tipo de problemas con la aplicación de la teoría de la inexistencia, razón por la cual, si la situación es la misma, deberíamos también aplicarla.

Toda persona que tiene una propiedad, desea conservarla, toda persona que adquiere una propiedad no necesariamente es para utilizarla y vivir en ella, algunos consideran que tener una propiedad es una forma de inversión a largo plazo, por lo tanto, viene a ser su sustento. Las personas que adquieren bienes, procuran la inscripción de los mismos, porque de esa forma deberían estar más seguros, sin embargo, la realidad no es así. A pesar de los esfuerzos de la Superintendencia nacional de los Registros Públicos, los falsificadores están a la orden del día, el actuar de mafias o personas que se dedican a despojar la titularidad de la propiedad a otros siempre está al acecho, algunos dicen, por qué no se ataca el problema de fondo, es decir, en el primer caso, por qué no se ataca a los falsificadores, realmente esa solución sí es bastante difícil, se les puede procesar penalmente, pero al capturarlos no ganamos nada, porque pueden seguir con sus actividades delictivas desde la cárcel; aceptémoslo, en el Perú se nos hace muy difícil luchar contra la delincuencia, no podemos frenar a los falsificadores o a aquellas mafias de suplantadores, entonces, por lo menos, creemos mecanismos que sí sean útiles para defender la propiedad, y debe dejarse claro, que la falsificación o la suplantación, o todo negocio jurídico de compraventa de bien inmueble donde se encuentre ausente la manifestación

de voluntad del propietario, por ninguna razón o circunstancia debe ser convalidada, ni por el registro ni por el poder judicial.

Sin embargo, a pesar de que la idea precedente es conocida, el tercero, siempre alega ser de buena fe, y por tanto alega que merece tutela o protección, muchas veces lo logra, no criticamos el actuar de los magistrados, porque en efecto, lo hacen conforme a ley, pero sí resaltamos el hecho de que no se dan cuenta de que al convalidar ese tipo de situaciones, están generando algo que Bobbio llamaba una laguna ideológica, es decir, estaban generando un atentado contra los ideales del sistema jurídico, siendo el más importante de ellos, la justicia; las lagunas ideológicas, no son lagunas normativas propiamente dichas, sino que son el resultado de la aplicación de una determinada norma. Entonces, ante un vacío qué debo aplicar, la analogía, y si la analogía también me lleva a una laguna ideológica, debo aplicar los principios jurídicos y otra vez aquí aparece un principio, que es medular en nuestro sistema jurídico, porque en realidad tiene como base el valor fundamental del sistema jurídico peruano, nos estamos refiriendo al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o defecto de la ley.

El juez que ha de actuar con justicia, no ha de proteger al tercero así sea éste de buena fe, porque ningún sistema jurídico permite que el fraude se convierta en derecho, se debe expectorar todo tipo de fraude, porque afecta no sólo a la persona que es el propietario verdadero, sino a la sociedad, porque algún otro miembro de ella, puede también ser víctima del mismo fraude.

La labor de los juristas no sólo es teorizar, la labor del verdadero jurista es buscar soluciones jurídicas a problemas reales y latentes, la teoría de la inexistencia es una cuestión lógica, y sólo depende de nuestra concepción de la ineficacia, puesto que si yo sólo conozco la ineficacia estructural y funcional, no voy a poder aplicar la inexistencia, puesto que esa forma de razonamiento no tiene lugar, ya que la nulidad absoluta pareciera absorberla, en cambio, si acepto, la doctrina moderna que establece que la ineficacia en general está compuesta por tres planos: la Existencia o inexistencia, luego,

la validez o invalidez, y por último la eficacia o ineficacia en sentido estricto; sí voy a poder aplicar la teoría de la inexistencia, porque estará debidamente separada de nulidad absoluta o virtual, puesto que son planos diferentes. Lo nulo siempre ha de existir primero, lo inexistente puede tener apariencia y hasta puede estar materializado, pero se dice que es inexistente, en el sentido jurídico o en el plano jurídico, pues es allí, donde no existe, porque la ausencia de la voluntad así lo determina.

Y este es el caso de las compraventas fraudulentas, realizadas mediante la falsificación de documentos o suplantación de propietarios, esta forma de adquirir la propiedad debe ser censurada, proscrita y de ninguna manera convalidada; pues, se debe proteger siempre al verdadero propietario, hacer lo contrario, significaría una injusticia, lo cual, en teoría, no debe ser permitido por nuestro sistema jurídico.

Hipótesis 2

“Es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia, dado que los procesos (nulidad de acto jurídico) y procedimientos actuales (P. de Oposición a la inscripción registral, alerta registral), no dan una solución justa al propietario de un inmueble que ha sido víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas”.

Las modificaciones realizadas al código civil (artículo 2014) y otros procedimientos, no son suficientes para parar a las mafias que se dedican al fraude inmobiliario, tener un predio inscrito en SUNARP, no genera mucha confianza, igual hay que tomar otras medidas de seguridad. El Estado es consciente del problema del fraude inmobiliario, así lo ha reconocido desde que se emitió la prime norma sobre la alerta registral en el 2008, a pesar de ello no ha logrado evitar el fraude inmobiliario y evitar que registros públicos convalide títulos falsificados o realizados por suplantadores; y si pensaba que con la modificación del 2014 todo iba cambiar, lamentablemente el panorama sigue siendo tétrico, pues, cómo puedes saber si un título es falsificado si lo que te dan al revisar el archivo registral son copias, acaso, de una copia puede determinar que el título es falso, definitivamente que no,

ante una situación donde A reclama un derecho y B reclama el mismo derecho sobre el mismo bien inmueble, es imposible que ambos puedan salir ganando en el juicio, va a ver siempre un detrimento económico e incluso siempre uno ha de perder la propiedad, la circulación de la riqueza no es suficiente para proteger al verdadero propietario (*verus domini*); se necesita en realidad proteger tanto a quien compra como a quien vende, porque el primero en algún momento podrá estar en la posición del segundo; y pareciera un viejo dilema como si se trata del quien fue creado primero el huevo o la gallina, sin embargo, no se trata de saber quién merece mayor protección, que en realidad debemos reflexionar que si no podemos proteger al *verus domini*, cómo va a poder vender, o es ¿que el sistema avala que otro venda sin la manifestación expresa de voluntad del propietario?, esto último no es cierto. Esta hipótesis ha sido confirmada, puesto que la alerta registral, la inmovilización de partidas, el procedimiento de oposición introducido por la ley 30313 y la modificación del artículo 2014 del código civil son insuficientes para contrarrestar el accionar de las mafias o personas que se dedican a despojar del derecho de propiedad a sus legítimos titulares, por medio de la suplantación de propietarios o falsificación de títulos de propiedad (escritura pública), debido a la apariencia de legalidad y buena fe que crean introduciendo a un tercero que cumpla las condiciones que el artículo 2014 del Código Civil señala para su protección basados en la seguridad jurídica en el tráfico de bienes.

Hipótesis 3

“Es diferente la tutela jurídica a la víctima de suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventas sucesivas cuando se declara la nulidad a cuando se declara la inexistencia, puesto que con la declaración de nulidad se protege al tercero de buena fe permitiéndole quedarse con la titularidad del inmueble, en cambio ante la declaración de inexistencia del negocio jurídico, la titularidad del predio regresaría al primer propietario víctima de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y ventas sucesivas, y el tercero de buena fe tendría que recibir una indemnización por el daño ocasionado, no por culpa del propietario sino por culpa de las personas que ocasionaron el fraude inmobiliario y que atentaron contra la seguridad jurídica”.

La inscripción de un título falsificado es una situación completamente injusta, si estamos hablando en términos de justicia o injusticia, estamos haciendo referencia a un principio básico y fundamental de todo sistema jurídico, o como bien decía Karl Larenz, a la forma de ser del Derecho, razón por la cual, deberían existir los mecanismos para poder expectorar esta forma de adquisición de la propiedad.

Asimismo, la propiedad es un Derecho Fundamental y nadie puede ser despojado de él sólo por las reglas del mercado, o por normas infra constitucionales, la Constitución dice que la propiedad es inviolable, ahora bien, cabe dilucidar, la propiedad de quién, es decir, protegemos la adquisición de quién adquirió sin pisotear los derechos de nadie, o también es susceptible de protección, aquél que adquirió luego de que alguien falsificara o suplantara al verdadero propietario; la respuesta para algunos no es tan fácil, sin embargo, nosotros, a lo largo de la presente investigación, afirmamos que no es posible que el sistema jurídico esté a merced de convalidar hechos injustos, a pesar de que estos estén respaldados por normas jurídicas, debemos ser conscientes que las normas no en pocas

ocasiones son injustas, pero cuando se contraviene un principio como el de la justicia estamos ante un ley defectuosa, o norma defectuosa, la cual genera una laguna ideológica, puesto que con la aplicación de una determinada norma se está rompiendo orden teleológico con el cuál se ha concebido el sistema jurídico peruano.

Los magistrados para cumplir con su deber de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley en casos de suplantación de propietarios o de falsificación de escrituras públicas y compraventas de bienes inmuebles.

HIPÓTESIS GENERAL

“La teoría de la inexistencia del negocio jurídico como categoría jurídica distinta a la nulidad, es un argumento lógico y funcional para que el propietario de un predio inscrito en los registros públicos recupere su titularidad, luego de haber sido ilegalmente despojado de ella por terceros, a través de la suplantación o falsificación de escrituras públicas y compraventa sucesivas, aunque actualmente el predio se encuentre inscrito a favor de aparentes terceros de buena fe”.

Cuando se quiera establecer un mecanismo de solución que no se encuentre positivizado en la normativa vigente, lo primero que se hace preguntarnos si lo que ya está normado es suficiente para poder solucionar un determinado problema, en este caso la compraventa de bienes inmuebles a través de títulos falsificados o con la suplantación de propietarios, hemos estudiado y analizado los mecanismos actuales, entre ellos la Nulidad, y hemos concluido que cuando no existe manifestación de voluntad, no existe acto o negocio jurídico, esto en el plano o el mundo del Derecho, para hablar de nulidad tendríamos que hablar de negocios que sí son posibles de ser válidos, en cambio, las compraventas realizadas en forma fraudulenta mediante la falsificación de documentos o suplantación, en ningún lugar del mundo puede ser aceptada como supuesto de hecho capaz de modificar la

esfera jurídica de otra persona. Los procedimientos administrativos, son no contenciosos, una vez que el registro ya ha llegado a inscribir los derechos de propiedad trasladándolos a un tercero, sólo quedan las instancias judiciales, entonces el procedimiento de tacha de título que dispone de un plazo de 5 días, es totalmente ineficiente, además de que dicho procedimiento no es impulsado por el propietario verdadero que está a punto de perder su propiedad sino del notario o funcionario público que haya detectado la falsificación o la suplantación, y en verdad es difícil creer que los notarios asumirán este procedimiento como suyo, puesto, que si toman todas las medidas que la ley ordena, ellos no asumen ninguna responsabilidad civil ni penal y la modificación del principio de buena fe registral, tampoco es suficiente, puesto que los documentos a los cuales tendría acceso un comprador siempre serán las copias, puesto que es lo único que te entregan en SUNARP, puedo establecer que un documento es falsificado a raíz de una copia, todo parece indicar que no, entonces revisar los asientos y los títulos archivados no son suficientes tampoco para luchar contra las mafias que están dedicadas a despojar de la propiedad a personas mediante la falsificación o suplantación, por tanto, necesitamos otro mecanismo, que esté por encima de la nulidad, puesto, que a pesar de la declaración de nulidad el tercero de buena fe puede seguir en propiedad del predio, ante esta dificultad, sumada también a la determinación de la buena o mala fe, es un problema que lo único que ha hecho es empeorar, sin embargo, hay una luz al final del puente, la doctrina ha utilizado en estos casos, la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, que no es otra cosa que la máxima sanción a un negocio jurídico que pueda tener la apariencia de tal, es decir, le priva de efectos jurídicos por ser concebido sin la manifestación de voluntad de quien tiene el derecho de disposición, es decir, no basta la apariencia de la escritura pública, no importa que exista un tercero, si aplicáramos la inexistencia, podríamos proteger la dignidad de una persona, la autonomía privada y no convalidaríamos injusticias.

La teoría de la inexistencia del negocio jurídico puede ser aplicada como un medio para proteger el derecho de propiedad vulnerado por la suplantación

de propietarios o la falsificación de títulos de propiedad (escritura pública) al realizar compraventas de bienes inmuebles; posibilitando que el propietario afectado recupere el derecho de propiedad del que fue despojado, aunque el bien se encuentre registrado a nombre de aparentes terceros de buena fe.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

PRIMERA : Cuando una persona inscribe su propiedad en los registros públicos, debería estar protegida ante cualquier tipo de intrusión contra el derecho de propiedad que ha inscrito, sin embargo, esta regla tiene una excepción cuando el derecho de propiedad se ha transmitido mediante la suplantación del propietario o en base a una escritura pública falsificada; pues, en ambos casos no existe declaración de voluntad, hay una ausencia total de voluntad, por lo tanto el negocio jurídico no puede reconocerse, y debe ser declarado inexistente, cuya consecuencia es la no protección del tercero de buena fe,

SEGUNDA : Los mecanismos establecidos en la normatividad nacional para luchar contra el fraude inmobiliario, no son suficientes para detener a las mafias que se dedican a despojar el derecho de propiedad de los ciudadanos que esperan que el Estado, a través de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos los proteja, puesto que ésta protege la apariencia y no la realidad. Necesitamos un mensaje claro y fuerte a todas las mafias o personas inescrupulosas que se dedican a practicar el fraude inmobiliario, tanto la modificación del artículo 2014 del código civil y la oposición registral, protegen al tercero de buena fe, esto no sucede en otros sistemas, pues, es una solución injusta; por tanto, es necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico para no reconocer ningún efecto, ni protección a terceros, ya sean de buena o mala fe.

TERCERA : La protección que se brinda al propietario es casi nula, puesto que sólo se le puede indemnizar, en tanto que aquél que adquirió a don nomino, se queda con la propiedad, a pesar de que el verus domini, nunca participó en la

transferencia de propiedad, esta situación es incompatible con la justicia, seguridad jurídica, la autonomía privada.

CUARTA : La aplicación de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico es precisa y necesaria, en estos tiempos, puesto que la declaración de nulidad no puede afectar las compraventas realizadas por terceros adquirentes de buena fe y además que existe una dificultad titánica para demostrar la mala fe; los magistrados, no deben dejar de administrar justicia, para ello, deben echar mano de la doctrina y el derecho comparado, para la solución de los problemas actuales; pues, en su momento éstos países han tenido los mismos problemas que nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel. Derecho Civil, Tomo I, Introducción y Parte General, Edit. Librería Bosch. S.L. XV Ed. 2002.
- Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Edit. Ara Editores, 1ra Ed. 2004.
- Bigliuzzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco y Natoli, Hugo. Derecho Civil, Hechos y actos Jurídicos, Tomo I. Vol. 2. Traducción de Fernando Hinestrosa, Edit. Universidad Externado de Colombia. Año 1995.
- Bueres, Alberto J. Objeto del Negocio Jurídico. Edit. Hammurabi, 2da Ed. Mayo de 1998.
- Cabanellas Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario. Tomo II, Editorial Heliasta, 1ra edición actualizada, corregida y aumentada por Ana María Cabanellas de las Cuevas.
- Bianca, Cesare Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Traductores: Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Campos García, Héctor. Invalidez e Ineficacia Negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil Peruano). En El Negocio Jurídico. Obra Colectiva. Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima – Perú, diciembre 2014.
- Campos García, Héctor. Apuntes Introductorios a la Pretensión de Nulidad de Negocio Jurídico desde la Perspectiva Civil: Análisis Crítico de la Posición del Quinto Pleno Casatorio Civil respecto de la Impugnación de Negocios Colegiales Asociativos. En: THEMIS N° 66, diciembre 2014.
- Chiassoni, Pierluigi. Técnicas de Interpretación Jurídica, Breviario para Juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Colección Filosofía y Derecho, Directores: José Juan Moreso Mateos y Jordi Ferrer Beltrán, Edit. Marcial Pons, Madrid 2011.

- Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, Cuarta Edición Italiana, Revisada por el Prof. Leonardo Coviello, Traducción por el Abog. Felipe de J. Tena, Concordancias de Derecho Mexicano por el Abog. Raúl Berron Mucel. Edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano – Americana, 1938.
- De Castro y Bravo, Federico. El Negocio Jurídico. Edit. Civitas S.A., 1ra Ed. Reimpresión 1997.
- De los mozos, Jose Luis. El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil). Edit. Montecorvo, S.A. Edit. 1987-Madrid.
- Dorwkin, Ronald. Los Derechos en Serio. Traducción de Marta Guastavino, Edit. Ariel, España, 1ra Ed. 5ta reimpresión.
- Enneccerus, Ludwing/Theodor Kipp Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Traducción de Alemán por: Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Tercer tomo, Derecho de Cosas, Vol. I, Bosch, Casa Editorial-Urgel, Barcelona 1971.
- Espinoza Espinoza, Juan. Acto Jurídico Negocial. Editorial Gaceta Jurídica, 2011. Lima.
- Flume, Werner. El negocio jurídico. Traducción de: José María Miquel Gonzales y Esther Gomez Calle. Edit. Fundación Cultural del Notariado, año 1998.
- Galgano, Francesco, El Negocio Jurídico, Traducción realizada por: Francisco de P, Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.
- García Toma, Víctor/García Yzaguirre José V. Diccionario de Derecho Constitucional, Edit. Gaceta Jurídica, Noviembre 2009.
- Gonzales Barrón, Gunther. En obra colectiva: La Constitución Comentada artículo por artículo. Tomo II, Director: Walter Gutierrez Camacho. Edit. Gaceta Jurídica, 2da Ed. Enero 2013.
- Gonzales Barrón, Gunther. Obra Colectiva: Los Derechos Fundamentales, Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades

del Derecho. Coor. Juan Manuel Sosa Sacio. Editorial Gaceta Jurídica, 1ra Ed. Febrero 2010.

- Gutierrez Camacho, Walter. Código Civil Comentado. Edit. Gaceta Jurídica, 3ra Ed. Diciembre 2010.
- Hans Kelsen. Introducción a la teoría Pura del Derecho. Estudio Introductorio: José María Cervantes de la Torre. Edit. Librería Jurídica El Renacer. 1ra Ed, Marzo 2009.
- Larenz, Karl. El Derecho Justo. Fundamentos de la Ética Jurídica. Traducción de Luis Díez Picaso, Edit. Civitas, reimpresión 2001.
- León Barandiarán, José. Tratado de Derecho Civil. Concordado con el Código Civil de 1984, T. II, Edit. WG Editor, Lima 1991.
- León Hilario, Leysser. "Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano". En Obra Colectiva: "El Negocio Jurídico". Coordinadora: Marina Lazarte Zababurú. Edit. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima-Perú, Diciembre 2014.
- León Hilario, Leysser. Los Actos Jurídicos en Sentido Estricto. Sus Bases Históricas y Dogmáticas. En Obra Colectiva: Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Directores: Freddy Escobar Rozas, Rómulo Morales Hervias y otros. Edit. Grijley. 1ra Ed. 2004.
- León Hilario, Leysser. El Sentido de la Codificación Civil. Estudios Sobre la Circulación de los Modelos Jurídicos y su Influencia en el Código Civil Peruano. Edit. Palestra, 1ra Ed. 2004. Lima.
- Lomhann Luca de Tena, Guillermo. El Negocio Jurídico. Edit. Librería Studium. 1ra Ed. Febrero 1986.
- López Mesa, Marcelo. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo código civil y comercial, doctrina y jurisprudencia. Edit. BdeF, 2da Ed. marzo de 2015.

- Mejorada Chauca, Martín. “Fundamento de la usucapión, a propósito del Pleno Casatorio No. 2229-2008-Lambayeque”. EN: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Número 132, Septiembre 2009.
- Morales Hervias, Rómulo. Patologías y Remedios del Contrato. Edit. Juristas Editores. 2011. 1ra Ed.
- Morales Hervias, Rómulo. La Impugnación de Acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 15 – Setiembre 2014.
- Ninanamanco Córdova, Fort. La Invalidez y la Ineficacia del Negocio Jurídico en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Edit. Gaceta Jurídica, 1ra Ed. mayo 2014.
- Nuñez Molina, Waldo. Acto Jurídico Negocio Jurídico. Edit. Ediciones Legales. 2da Ed. Lima 2012.
- Palacios Martinez, Eric. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edit. Jurista Editores, 1ra ed. 2002.
- Pasco Arauco, Alan. En Obra colectiva: Diccionario de Derecho Civil. Director: Manuel Alberto Torres Carrasco. Edit. Gaceta Jurídica, Enero 2013.
- Pietro Rescigno/Carlo Castronovo, Negocio Jurídico, traducción de Carlos Augurto Gonzáles y otro. Observatorio de Derecho Civil, Vol. 20, Edit. Motivensa 2013.
- Posner, Richar. Análisis Económico del Derecho, Edit. Fondo de Cultura Económica de España, Edit. 2013.
- Radbruch, Gustavo. Filosofía del Derecho. Colección Crítica del Derecho, sección Arte del Derecho. Dirección Jose Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, 1999.
- Reale, Miguel. Introducción al Derecho. Trad. De Jaime Brufau Prats, Edit. Ediciones Pirámide, S.A. – Madrid, 6ta Ed. 1984.
- Ronquillo Pascual, Jimmy J. El Quinto Pleno Casatorio Civil y una oportunidad perdida para revalorizar el rol de la jurisprudencia. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 15 – Setiembre 2014.

- Roppo Vicenzo. “El Contrato”. Edit. Gaceta Jurídica, 1ra Ed. 2009.
- Rosas Alcántara, Joel. El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves, un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Edit. Gaceta Jurídica, Marzo 2015.
- Rubio Correa, Marcia. El Sistema Jurídico Peruano, Introducción al Derecho, 10° Ed. Fondo Editorial PUCP.
- Santos, Cifuentes. El Negocio Jurídico. 2da Ed. Edit. Depalma, año 2004.
- Santoro Passarelli, Francisco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Traducción. y concordancia de Derecho español por A. Luna Serrano. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 7ma Ed. 1964.
- Sconamiglio Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Trad. De Leysser León Hilario. Edit. Grijley, 1ra Ed. Nov. 2004.
- Taboada Córdova, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Edit. Grijley, 2da Ed. Mayo 2013. Lima.
- Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Traducc. de la XV edición italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez – Calcerrada, Edit. Revista de Derecho Privado Madrid.
- Vidal Ramírez, Fernando. El Acto Jurídico. Edit. Gaceta Jurídica, 5ta Ed. Agosto del 2000.
- Von Thur, Andrea. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. II Los hechos jurídicos. Traducción. de Tito Ravá. Edit. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona 2005.
- Westermann, Harry; Westerman, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; Eickmann, Dieter. Derechos Reales. Volúmen I. Traductores: Cañizares Laso, Ana; Gonzales Tapia, José María Miguel; Rodriguez-Rosado, Bruno. Edit. Fundación Cultural del Notariado, 2007.
- Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Edit. Astrea, 1ra Impresión, 3ra Reimpresión, año 2004.

- Zusman Tinman, Shoschana. "Teoría de la Invalidez y de la Ineficacia". En *Ius Et Veritas*. Año IV, N° 7, PUCP, Lima, 1993.

WEBGRAFÍA

- Acedo Penco, Ángel. Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad extracontractual. España: Dykinson, 2011. Pág. 121. ProQuest ebrary. Web. 29 June 2015. Copyright © 2011. Dykinson. All rights reserved.
- Amorós Figueroa, Alonso. Solari Zerpa, Mario. Enfoque Registral, Revista Institucional - Nro 4/Marzo 2014, págs. 6-9, Artículo en Línea: <https://www.sunarp.gob.pe/475183R/rev02092014-1.pdf>, revisado el 10 de Julio de 2015.
- Gonzales Barrón, Gunther. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. Artículo en Línea, disponible en: http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/constitucionalidad_pad.pdf. Revisado el 12 de Julio del 2015.
- Gonzales Barrón, Gunther. La Inmovilización Temporal de Predios: ¿Solución o Degradación?, [On Line] Disponible en: http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_d_actualidad/Inmovilizacion-temporal-solucion-o-degradacion.pdf. Revisado el 15 de Marzo del 2015.
- Guzmán Brito, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. Rev. estud. hist.-juríd. [online]. 2004, n. 26, pp. 187-245. ISSN 0716-5455. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552004002600007>.
- Mejorada Chauca, Martín. El Nuevo Estudio de Títulos. [online] Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/03/el-nuevo-estudio-de-titulos.html>. Revisado el 15 de Julio del 2015.
- Mendoza del Maestro. La Fe Pública Registral y la Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición). [on line] Derecho y Cambio Social, publicado el 01/07/2013,

página 21, revisado el 10 de abril de 2015
http://www.derechocambiosocial.com/revista033/FE_PUBLICA_REGISTRAL_Y_FALSIFICACION.pdf.

- Pleno Jurisdiccional Materia Civil y Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. [on line] Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/aea21a804d452f56b8fabfa5f378198b/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=aea21a804d452f56b8fabfa5f378198b>. Revisado el 15 de abril del 2015.
- Solari Zerpa, Mario. Enfoque Registral, Revista Institucional - Nro 4/Marzo 2014, pág. 2, Artículo en Línea: <https://www.sunarp.gob.pe/475183R/rev02092014-1.pdf>, revisado el 10 de Julio de 2015.

ANEXOS

1. APÉNDICE NORMATIVO DE DERECHO COMPARADO

Código Civil italiano de 1942

Libro Cuarto

De las Obligaciones

Título II

De los contratos en general

Capítulo XI

De la nulidad del contrato

Artículo 1418. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario ⁽¹⁹⁵⁾.

Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346⁽¹⁹⁶⁾.

El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley⁽¹⁹⁷⁾.

Artículo 1419. Nulidad parcial.- La nulidad parcial de un contrato, o la nulidad de cláusulas específicas, implica la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad.

⁽¹⁹⁵⁾ Numeral 8 del artículo 219 del Código civil peruano.

⁽¹⁹⁶⁾ Números 1, 3, 4 y 6 del artículo 219 del Código civil peruano.

⁽¹⁹⁷⁾ Numeral 7 del artículo 219 del Código civil peruano.

La nulidad de cláusulas específicas no implica la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas⁽¹⁹⁸⁾.

Artículo 1420. Nulidad del contrato plurilateral.- En los contratos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada una están dirigidas a la obtención de un fin común, la nulidad que afecta el vínculo de una sola de las partes no implica la nulidad del contrato, salvo que, de acuerdo con las circunstancias, la participación de aquélla deba considerarse esencial⁽¹⁹⁹⁾.

Artículo 1421. Legitimación para la acción de nulidad.- Salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser hecha valer por todo aquel que tenga interés en ello, y puede ser determinada, de oficio, por el juez⁽²⁰⁰⁾.

Artículo 1422. Imprescriptibilidad de la acción de nulidad.- La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, sin perjuicio de los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición⁽²⁰¹⁾.

Artículo 1423. Inadmisibilidad de la convalidación.- El contrato nulo no puede ser convalidado, a menos que la ley disponga lo contrario⁽²⁰²⁾.

Artículo 1424. Conversión del contrato nulo.- El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, si contiene los requisitos de sustancia y forma de éste, y siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera, de haber conocido la nulidad.

⁽¹⁹⁸⁾ Segundo párrafo del artículo 224 del Código civil peruano.

⁽¹⁹⁹⁾ Artículo 223 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁰⁾ Primer y segundo párrafos del artículo 220 del Código civil peruano.

⁽²⁰¹⁾ Numeral 1 del artículo 201 del Código civil peruano.

⁽²⁰²⁾ Tercer párrafo del artículo 220 del Código civil peruano.

Capítulo XII

De la anulabilidad del contrato

Sección I

De la incapacidad

Artículo 1425. Incapacidad de las partes.- El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar ⁽²⁰³⁾.

Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el artículo 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad.

Artículo 1426. Engaños empleados por el menor de edad.- El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaños su minoría de edad; empero, la simple declaración que él hiciere, de ser un mayor de edad, no es obstáculo para la impugnación del contrato.

Sección II

De los vicios del consentimiento

Artículo 1427. Error, violencia y dolo.- El contratante cuyo consentimiento hubiere sido dado por error, u obtenido con violencia, o propiciado mediante dolo, puede demandar la anulabilidad del contrato, según las disposiciones siguientes ⁽²⁰⁴⁾.

Artículo 1428. Relevancia del error.- El error es causa de anulabilidad del contrato cuando es esencial y cuando es reconocible para el otro contratante ⁽²⁰⁵⁾.

Artículo 1429. Error esencial.- El error es esencial:

1) Cuando recae sobre la naturaleza u objeto del contrato.

⁽²⁰³⁾ Numeral 1 del artículo 221 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁴⁾ Numeral 2 del artículo 221 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁵⁾ Artículo 201 del Código civil peruano.

- 2) *Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación, o bien sobre una cualidad del mismo, que según la apreciación general y en relación con las circunstancias debe considerarse determinante del consentimiento*⁽²⁰⁶⁾.
- 3) *Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que la identidad o las cualidades hayan sido determinantes del consentimiento* ⁽²⁰⁷⁾.
- 4) *Cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única razón o la razón principal del contrato* ⁽²⁰⁸⁾.

Artículo 1430. Error de cálculo.- El error del cálculo no da lugar a la anulabilidad del contrato, sino solamente a una rectificación, salvo que, al concretizarse en un error en la cantidad, haya sido determinante del consentimiento ⁽²⁰⁹⁾.

Artículo 1431. Error reconocible.- El error se considera reconocible cuando, a juzgar del contenido, las circunstancias del contrato, o de las cualidades de los contratantes, una persona de diligencia normal hubiese podido advertirlo ⁽²¹⁰⁾.

Artículo 1432. Mantenimiento del contrato rectificado.- La parte en error no puede demandar la anulabilidad del contrato si antes de que poder sufrir perjuicio, la otra parte ofrece ejecutar el contrato de modo conforme al contenido y a las modalidades del contrato que la primera pretendía celebrar ⁽²¹¹⁾.

Artículo 1433. Error en la declaración o la su transmisión de la misma.- Las disposiciones de los artículos precedentes también se aplican en el caso en que el error recae sobre la declaración, o cuando la declaración hubiese sido transmitida de manera inexacta, por parte de la persona u entidad que tenía el encargo de hacerlo ⁽²¹²⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Numeral 1 del artículo 202 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁷⁾ Numeral 2 del artículo 202 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁸⁾ Numeral 3 del artículo 202 del Código civil peruano.

⁽²⁰⁹⁾ Artículo 204 del Código civil peruano.

⁽²¹⁰⁾ Artículo 203 del Código civil peruano.

⁽²¹¹⁾ Artículo 206 del Código civil peruano.

⁽²¹²⁾ Artículo 208 del Código civil peruano.

Artículo 1434. Violencia.- La violencia es causa de anulabilidad del contrato, incluso cuando hubiese sido ejercida por un tercero ⁽²¹³⁾.

Artículo 1435. Características de la violencia.- La violencia debe ser de tal naturaleza que logre impresionar a una persona sensata, y suscitarle el temor de que ella o sus bienes quedaran expuestos a un mal injusto y notorio ⁽²¹⁴⁾. En esta materia, se tiene en cuenta la edad, el sexo y las condiciones de la persona ⁽²¹⁵⁾.

Artículo 1436. Violencia dirigida contra terceros.- La violencia también es causa de anulabilidad del contrato cuando el mal con el que se amenaza concierne a la persona o bienes del cónyuge del contratante, o de un ascendiente o descendiente de éste.

Si el mal con el que se amenaza concierne a otras personas, la anulabilidad del contrato se remite a la prudente evaluación de las circunstancias por parte del juez ⁽²¹⁶⁾.

Artículo 1437. Temor reverencial.- El mero temor reverencial no es causa de anulabilidad del contrato ⁽²¹⁷⁾.

Artículo 1438. Amenaza de hacer valer un derecho.- La amenaza de hacer valer un derecho puede ser causa de anulabilidad del contrato solo cuando está dirigida a conseguir ventajas injustas ⁽²¹⁸⁾.

Artículo 1439. Dolo.- El dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando los engaños empleados por uno de los contratantes han sido tales que la otra parte no habría contratado en ausencia de ellos ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹³⁾ Artículo 214 del Código civil peruano.

⁽²¹⁴⁾ Primer párrafo del artículo 215 del Código civil peruano.

⁽²¹⁵⁾ Artículo 216 del Código civil peruano.

⁽²¹⁶⁾ Segundo párrafo del artículo 215 del Código civil peruano.

⁽²¹⁷⁾ Artículo 217 del Código civil peruano.

⁽²¹⁸⁾ Artículo 217 del Código civil peruano.

⁽²¹⁹⁾ Primer párrafo del artículo 210 del Código civil peruano.

Cuando los engaños han sido empleados por un tercero, el contrato es anulable si fueron conocidos para el contratante que ha obtenido ventaja de ello ⁽²²⁰⁾.

Artículo 1440. Dolo incidental.- Si los engaños no han sido tales para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aun cuando en ausencia de ellos, se hubiese celebrado en condiciones distintas, pero el contratante que incurrió en mala fe responde de los daños ⁽²²¹⁾.

Sección III

De la acción de anulabilidad

Artículo 1441. Legitimación.- La anulabilidad del contrato puede ser demandada solo por la parte en cuyo interés aquella ha sido concedida por la ley.

Artículo 1442. Prescripción.- La acción de anulabilidad prescribe a los cinco años⁽²²²⁾.

Cuando la anulabilidad depende de vicio del consentimiento o de incapacidad legal, el plazo corre desde el día en que cesó la violencia, en que fue descubierto el error o el dolo, en que cesó el estado de interdicción o de inhabilitación, o en que el menor ha alcanzado la mayoría de edad.

En los demás casos, el plazo corre desde el día de la celebración del contrato.

La anulabilidad puede ser opuesta por la parte demandada para la ejecución del contrato, aun cuando hubiere prescrito la acción para hacerla valer.

Artículo 1443. Repetición contra el contratante incapaz.- Si el contrato es anulado por incapacidad de uno de los contratantes, éste no está obligado a restituir al otro

⁽²²⁰⁾ Segundo párrafo del artículo 210 del Código civil peruano.

⁽²²¹⁾ Artículo 211 del Código civil peruano.

⁽²²²⁾ Numeral 4 del artículo 2001 del Código civil peruano.

la prestación recibida, salvo dentro de los límites en los que ésta ha sido de ventaja para él ⁽²²³⁾.

Artículo 1444. *Convalidación*.- El contrato anulable puede ser convalidado por el contratante al que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad, y la declaración de que se pretende convalidarlo ⁽²²⁴⁾.

El contrato puede ser convalidado si el contratante al que correspondía la acción de anulabilidad ha dado ejecución al mismo, voluntariamente, y teniendo conocimiento del motivo de la anulabilidad ⁽²²⁵⁾.

La convalidación no tiene efecto si quien la realiza no está en condición de celebrar válidamente el contrato.

Artículo 1445. *Efectos de la anulación respecto de terceros*.- La anulabilidad que no depende de una incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de anulabilidad.

Artículo 1446. *Anulabilidad del contrato plurilateral*.- En los contratos indicados en el artículo 1420 la anulabilidad que atañe al vínculo de una sola de las partes no implica la anulación del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias.

⁽²²³⁾ Artículo 228 del Código civil peruano.

⁽²²⁴⁾ Artículo 230 del Código civil peruano.

⁽²²⁵⁾ Artículo 231 del Código civil peruano.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos ⁽²²⁶⁾

Capítulo 4

Validez

Artículo 4:101: Cuestiones no reguladas

El presente capítulo no trata de la nulidad ⁽²²⁷⁾ derivada de ilicitud, de inmoralidad o de incapacidad.

Artículo 4:102: Imposibilidad inicial

Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato.

Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho

(1) Una parte podrá anular ⁽²²⁸⁾ un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

⁽²²⁶⁾ Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. La traducción se encuentra en: http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/PECL%20spansk/Principioslan dol+II.doc

⁽²²⁷⁾ En el sentido de invalidez.

⁽²²⁸⁾ La versión inglesa se refiere a “avoid a contract” a lo largo de todo el capítulo. No hemos optado por otras soluciones, como la de „impugnar“, porque este término sugiere más bien la intervención de un órgano judicial o arbitral, o cualquier otra institución, ante los que el interesado reclame la anulabilidad del contrato. Y es importante tener en cuenta que los principios parten de la innecesariedad de la intervención de un órgano decisorio en estos

- (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
 - (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o solo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.
- (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:
- (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
 - (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

Artículo 4:104: Inexactitud en las comunicaciones

Cualquier inexactitud cometida en la expresión o en la transmisión de una declaración se considerará un error de su autor o de la persona que envió la declaración, siendo de aplicación el artículo 4:103.

Artículo 4:105: Adaptación del contrato

(1) Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error. La otra parte debe indicar su voluntad de cumplir o ejecutar dicho cumplimiento sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que ésta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella.

casos. En tal sentido, art. 4:112 y, específicamente, el comentario al mismo en LANDO-BEALE, cit., p. 274: „it is not necessary to seek a court order to avoid the contract“.

(2) Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto.

(3) Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error.

Artículo 4:106: Información incorrecta

Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta.

Artículo 4:107: Dolo

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

(a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;

(b) el coste de obtener dicha información;

(c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y

(d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

Artículo 4:108: Intimidación

Una parte puede anular el contrato cuando la otra ha conseguido que la primera preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de un hecho

(a) ilícito de por sí,

(b) o cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable.

Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta

(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y

(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

(3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.

Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente

(1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo.

(2) Este artículo no se aplica:

(a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible.

(b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

Artículo 4:111: Terceros

(1) Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

(a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,

(b) proporciona una información incorrecta,

(c) incurre en dolo,

(d) provoca intimidación,

(e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma.

(2) Cuando cualquier otro tercero

(a) proporciona una información incorrecta,

(b) incurre en dolo,

(c) provoca intimidación,

(d) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.

Artículo 4:112: Comunicación de la anulación

La anulación requiere ser comunicada a la otra parte.

Artículo 4:113: Plazos

(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar.

(2) Sin embargo, una parte puede anular una cláusula particular conforme al artículo 4:110, si lo comunica en un plazo razonable desde que la otra parte hubiera alegado dicha cláusula.

Artículo 4:114: Confirmación

Si la parte que tenía derecho a anular un contrato lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar, el contrato ya no podrá anularse.

Artículo 4:115: Efectos de la anulación⁽²²⁹⁾

⁽²²⁹⁾ N. del T.: Nos permitimos recordar que el texto original se refiere a „avoidance“ y no a „nullity“ o „invalidity“. Para ajustarnos en lo posible a la redacción inglesa, hemos optado por el término „anulación“ del contrato. En cualquier caso, puesto que en este capítulo 4 se están tratando básicamente los „vicios de la voluntad“, creemos que nulidad podría ser un término perfectamente adecuado para la terminología jurídica castellana.

En caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido.

Artículo 4:116: Anulación parcial

Si la causa de anulabilidad solo afecta a algunas cláusulas particulares del contrato, la anulación se limitará a dichas cláusulas, salvo que atendidas las circunstancias del caso, resultara absurdo mantener vigente el resto del contrato.

Artículo 4:117: Daños y perjuicios

(1) La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.

(2) La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.

(3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9.

Artículo 4:118: Exclusión o restricción de las acciones

(1) Las partes no pueden excluir ni restringir las acciones previstas en caso de dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta, ni el derecho de anular una cláusula abusiva que no se haya negociado de manera individual.

(2) Sí pueden excluirse o limitarse las acciones previstas en caso de error o de información incorrecta, salvo que dicha exclusión o limitación sea contraria a la buena fe.

Artículo 4:119: Acciones para casos de incumplimiento

La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios.

Código Europeo de Contratos ⁽²³⁰⁾

TÍTULO XI

OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS REMEDIOS

Sección 1

Anomalías

Art. 137.

Inexistencia

1. No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.

2. En particular, no hay contrato:

a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto -como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción- y mientras llega a existir;

b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad;

c) si la aceptación -con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7- no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última;

d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual

⁽²³⁰⁾ Traducción de M^a Ángeles PARRA LUCÁN. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles;

3. En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

Art. 138.

Situación derivada de la inexistencia

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el solo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Art. 139.

No incorporación al contrato⁽²³¹⁾

⁽²³¹⁾ El texto original utiliza la expresión “caviardage”, sin traducción equivalente, y se refiere a “cláusulas tenidas por no escritas”, por lo que se ha optado por referir el epígrafe a la “no incorporación”, expresión conocida y utilizada en algunos textos legales (en la regulación de condiciones generales, por ejemplo).

Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 138 son aplicables también cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas.

Art. 140.

Nulidad

1. Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo:

a) cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria;

b) cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable;

c) cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5;

d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación;

e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante;

2. El apartado 1 de este artículo se aplica también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

3. En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán éstas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados.

4. Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración. Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida.

5. Si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora.

6. Dejando a salvo lo previsto en el artículo 137 apartado 2 letra d), el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva.

Art. 141.

Efectos de la nulidad

1. Salvo lo previsto en los artículos siguientes, la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. 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 diez 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. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Si el contrato todavía no ha sido

cumplido, la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento.

3. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Art. 142.

Caducidad

1. Si, con independencia de la voluntad de las partes, se produce la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación, la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos.

2. Salvo lo previsto en el apartado anterior, las disposiciones relativas a la nulidad se aplican a la caducidad.

Art. 143.

Confirmación del contrato nulo

1. Los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140, apartado 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección.

2. Los contratos nulos por causas diferentes a las previstas en el apartado 1 de este artículo son susceptibles de confirmación. Ésta tendrá lugar mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminen la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio. Será de aplicación a este acto el artículo 36 apartado 2.

3. Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes.

4. Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

Art. 144.

Nulidad parcial

1. Dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 143 apartado 1, si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos coligados o con más de dos partes, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos o a la obligación de una sola de las partes, el principio contenido en el apartado 1 del presente artículo se aplica si el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no reviste un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el apartado 1 del presente artículo no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra.

4. La nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente.

Art. 145.

Conversión del contrato nulo

1. Con independencia de lo dispuesto en los artículos 40, apartado 2 y 143, apartado 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el apartado 1 de este artículo es aplicable también a una sola cláusula del contrato.

3. La conversión no tiene lugar si del contrato o de las circunstancias resulta ser otra la voluntad de las partes.

4. La conversión se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. Las disposiciones de este artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que se refiere a la ineficacia hay que estar a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 153.

Art. 146.

Anulabilidad

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y solo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad.

2. El contrato es anulable:

a) en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150;

b) en el caso de un vicio de consentimiento, conforme a los artículos 151 y 152;

c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68;

d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley.

3. Las disposiciones de este artículo se aplican también cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto.

Art. 147.

Efectos de la anulación

1. La anulación deja sin efectos⁽²³²⁾ al contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160.

2. La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160 apartado 4.

⁽²³²⁾ El texto original utiliza la expresión “anéantir”, que se ha traducido por “dejar sin efecto”, pero parece que también puede hablarse de invalidar, suprimir o eliminar.

3. La anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado -en los términos del artículo 162- a la obligación de reparación del perjuicio experimentado por la otra parte, con el alcance previsto en el artículo 6 apartado 4.

Art. 148.

Modalidades y plazo de la anulación

1. Para proceder a la anulación del contrato, la parte legitimada -o su representante legal si es incapaz- debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

2. Con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. No puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces.

4. La otra parte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado -o a su representante legal si se trata de un incapaz- para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

5. La anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato. Pero la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

Artículo 149.

Conservación y confirmación del contrato anulable

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, y continuar entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36, que renuncian a la anulación o cumplen voluntariamente el mismo contrato. La confirmación supone que tal contratante -o, si es incapaz, su representante legal- está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad.

Artículo 150.

Contrato celebrado por un incapaz

1. En las hipótesis previstas en el artículo 5 apartado 2, el contrato celebrado por:

a) un menor no emancipado;

b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal;

c) una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender;

d) una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir;

es anulable conforme a lo previsto en los artículos 146 y siguientes, salvo que del contrato en cuestión solo deriven ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaño su edad o si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables.

3. El contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente.

4. Anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo.

5. Los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal.

Art.151.

Contrato viciado por un error

1. El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos:

a) si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

2. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable.

3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra b) del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si:

a) se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento;

b) o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

5. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquella puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

7. El error común: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.

Art. 152.

Contrato viciado por intimidación

1. Con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso solo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas.

2. La amenaza de ejercitar un derecho solo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

3. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial solo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Art. 153

Ineficacia

1. Un contrato válidamente celebrado es ineficaz -es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar- bien por voluntad de las partes o por disposición legal, con arreglo a los apartados siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

a) el contrato simulado conforme al art. 155 salvo lo aquí dispuesto;

b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes;

c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan;

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes adquiere eficacia inmediata si las partes de mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior.

4. Es ineficaz por disposición legal, salvo que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140⁽²³³⁾:

a) el contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la consciencia de realizar un acto con efectos jurídicos⁽²³⁴⁾;

b) el contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar;

c) el contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante;

5. El contrato que resulte definitivamente ineficaz en virtud de las letras b) y c) del apartado 4 de este artículo es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero en los casos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 4 de este artículo, cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo, antes

⁽²³³⁾ La versión francesa original establece que: «Est inefficace par disposition de loi, mis à part ce que prévoient les alinéas 1, 4 y 6 del art. 140». He optado por entender que lo que se quiere decir es que resulta la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del art. 140, que declaran la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad.

⁽²³⁴⁾ La versión original utiliza el término “conscience”, que se ha traducido literalmente, pero si se entiende que la regla se refiere a los casos de declaraciones en broma, o con fines docentes u otros semejantes, quizá fuera preferible utilizar la expresión “sin la intención”.

de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Art. 154

Inoponibilidad

1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros:

a) el contrato disimulado conforme al art. 155, salvo lo aquí dispuesto;

b) fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros;

c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años;

d) las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce;

e) el contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante;

2. La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido;

asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Art. 155.

Simulación y reserva mental

1. Es ineficaz el contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia, salvo que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea; y si además las partes pretenden celebrar un contrato diferente, disimulado, es este último el que produce efectos, siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. Los terceros, además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito.

3. Para hacer valer el contrato disimulado, las partes contratantes, después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Solo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo.

4. Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que el destinatario lo haya podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la

declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores.

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

| |
|---|
| 1. Palabra clave: Concepto de Negocio Jurídico |
| Título: Doctrinas Generales del Derecho Civil |
| Autor/a: Francesco Santoro Passarelli |
| Traducción de: Agustín Luna Serrano |
| Adaptación de: |
| Editorial: Editorial Revista de Derecho Privado |
| Lugar y año de edición: 7ma Ed. año 1964 |
| Colección: |
| Número de página (s): 139 |
| Argumento o Cita: “El negocio jurídico es un acto de la autonomía privada, encaminada a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela” |
| Comentarios sobre el libro: Es un concepto desde una perspectiva voluntarista del negocio jurídico. |
| 2. Diferencia entre Inexistencia e invalidez y el silencio de la ley |
| Título: Doctrinas Generales del Derecho Civil |
| Autor/a: Francesco Santoro Passarelli |
| Traducción de: Agustín Luna Serrano |
| Adaptación de: |
| Editorial: Editorial Revista de Derecho Privado |

| |
|--|
| Lugar y año de edición: 7ma Ed. año 1964 |
| Colección: |
| Número de página 295 |
| Argumento o Cita: “La inexistencia jurídica del negocio no puede resumirse en la noción de la invalidez, puesto que sólo un negocio existente puede ser válido o inválido. La cuestión que aquí se plantea es la de determinar si nuestro ordenamiento conoce la figura del negocio inexistente como distinta de la del negocio inválido. Creemos que la cuestión debe resolverse afirmativamente, ya que, mientras el silencio de la ley no es ningún argumento contrario, algunas disposiciones no encuentran explicación si no es refiriéndolas al negocio nulo como figura distinta de la del negocio inexistente y en algunos casos la figura del negocio nulo falta completamente. |
| Comentarios sobre el libro: |

| |
|--|
| 3. Distinguir la falta que permite invalidez y la falta que permite inexistencia. |
| Título: Doctrinas Generales del Derecho Civil |
| Autor/a: Francesco Santoro Passarelli |
| Traducción de: Agustín Luna Serrano |
| Adaptación de: |
| Editorial: Editorial Revista de Derecho Privado |
| Lugar y año de edición: 7ma Ed. año 1964 |
| Colección: |
| Número de página (s): 296 |
| Argumento o Cita: “El silencio de la ley sobre el negocio inexistente se justifica con la observación de que no es necesaria una norma para establecer la ineficacia. Es verdad que es |

difícil fijar la noción de inexistencia, ya que la ley parece deducir, cuando más, de la falta de alguno de los elementos del negocio o de los requisitos de éstos aquella especie máxima de invalidez del negocio, que es, como se verá, la nulidad del mismo. Pero, a nuestro entender, hay que distinguir entre la falta que permita, con todo, la identificación jurídica del negocio –falta que produce únicamente la invalidez– y la falta que, por el contrario, impide la identificación del negocio, que es, por esto, jurídicamente inexistente. La identificación es imposible cuando la imperfección sea tal que excluya que en un hecho pueda reconocerse un determinado negocio”.

Comentarios sobre el libro: