

## CUANDO EL DERECHO HACE LÍCITO A LO ILÍCITO CRÍTICA A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Por: Dr. Roy Esteban ALVA NAVARRO (\*)

**SUMARIO.** INTRODUCCIÓN. 1. RECONOCIMIENTO AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA 2. LA NULIDAD COMO SANCIÓN A UNA DESCALIFICACIÓN JURÍDICA. 2.1. EL ACTO VÁLIDO 2.2. EL ACTO INVÁLIDO 2.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACTOS NULOS ABSOLUTAMENTE 3. PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD ABSOLUTA. 3.1. PRESCRIPCIÓN 3.2. ¿PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD? 3.3. LA PERPETUIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD 4. ACCIÓN DE NULIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. CONCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo me propongo desarrollar un asunto importante del derecho civil, como es la licitud e ilicitud; así mismo una crítica a la prescripción de la acción de nulidad. Sin duda, el tema merece la atención del jurista y de los operadores del derecho, así como de la misma comunidad nacional. Comprende tres puntos debidamente articulados, amén de un cuadro de conclusiones, notas y una referencia bibliográfica, respectivamente.

### 1. EL RECONOCIMIENTO AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

El ser humano a cada momento debe satisfacer necesidades, las cuales son propias de su naturaleza. Desde el simple hecho de la necesidad del aire para la respiración hasta las

necesidades de restablecimiento de su salud — cuando ésta ha sido quebrada—, cada hombre y mujer se ve empujado continuamente a buscar los medios para obtener las cosas que son menester para la conservación de la vida o a las que les resulta imposible faltar, sustraerse o resistir; o simplemente aquellas a que se ve empujado. Estas necesidades pueden ser materiales o no, pero todas generan en el individuo un impulso por actuar en una dirección y no en otra.

Cuando una persona adquiere en el mercado una fruta o cuando por igual contrata la construcción de una edificación, actúa empujado por necesidades, ya sean estas tan simples como el hambre o complejas como la ejecución del proyecto de un centro comercial o un centro de esparcimiento para niños.

(\*) Abogado colaborador egresado de la Facultad.





Es imposible, por otro lado, la formación de un Estado encargado de la satisfacción de todo este infinito y diverso número de necesidades que se suceden una tras otra en el interior de la sociedad. No alcanzarían todos los recursos ni el personal sería suficiente para un órgano encargado de la satisfacción de cada necesidad existente en la realidad. Además, por regla general, no podría ningún otro ente ajeno al mismo sujeto encontrar la mejor forma de satisfacer cada necesidad, en el supuesto de poder conocerlas todas.

En reconocimiento de esto es que el Estado ha optado por entregar a cada sujeto la facultad de poder decidir cómo satisfacer sus necesidades, es decir, ha volcado en la propia sociedad la solución a un problema generado en ella misma, en el entendimiento que cada sujeto estará en la capacidad de reconocer cada una de sus necesidades, así como de elegir la mejor fórmula de satisfacción de ellas. Así, cada sujeto posee por parte del estado la facultad de autorregular sus propios intereses.

A este poder de autorregulación de intereses se ha llamado *autonomía privada*. Cuando un individuo "X" tiene, por ejemplo, el deseo de visitar un lugar lejano a aquel en el que se encuentra, el estado no busca poder satisfacer este deseo del sujeto directamente brindándole el servicio de transporte y alojamiento en el lugar que elija; sino que permite a "X" que pueda libremente entrar en tratativas con otro sujeto que, a su vez desea obtener el dinero que posee "X". Ellos obtienen del derecho la libertad de autorregular sus propios intereses hasta llegar al punto que a ambos les parezca lo más conveniente.

Sin embargo, esta libertad de autorregulación de intereses no tendría mayor valor, ni sería el medio idóneo para la satisfacción de todo el conjunto de necesidades que se dan en la realidad, si la autorregulación efectuada no tuviera algún mecanismo que hiciera de ella algo seguro, es decir, si los sujetos no estuvieran seguros que la autorregulación que libremente han efectuado definitivamente será respetada. No serviría de mucho ofrecer al sujeto ("X") de nuestro ejemplo la posibilidad de decidir junto

con "Y" la mejor autorregulación de los intereses que ambos tienen si no se les pudiera a la vez ofrecer la seguridad que el acuerdo a que llegaran sería respetado, o por lo menos que en caso de no ser respetado se haría de algún modo respetar. Es por ello que el estado ofrece a los particulares la tutela al libre ejercicio de la autonomía privada que les ha conferido. Cada sujeto puede estar en la seguridad que al ejercer su autonomía privada el estado actuará protegiendo la realización de ese poder—autorregulación de intereses—que ha conferido: "X" e "Y" podrán estar seguros que el acuerdo al que lleguen —ejercicio de la autonomía privada— será protegido por la fuerza del estado, y que en caso alguno de ellos llegara a desconocer luego el acuerdo podrá el afectado recurrir al derecho para buscar tutela a su interés violado. Sólo de esta forma los sujetos podrán verse motivados al ejercicio de su autonomía privada y la sociedad desarrollarse normalmente: no es difícil pensar qué sucedería si los sujetos tuvieran en mente siempre que no habrá manera de hacer cumplir luego las libres autorregulaciones a que hayan llegado, ya sea con intervención de otro sujeto o ya sea que hayan llegado a ella de manera unilateral.

Sin embargo, falta aun desarrollar un aspecto más en este fenómeno, y es que el derecho no podría sin más acoger como digna de tutela cualquier autorregulación a que un sujeto hubiera llegado. Si "X" acordara con "Y", en lugar de pagar por sus servicios de transporte con dinero, retribuirle con uno de sus riñones, el derecho no podría constituirse en protector del acuerdo a que han llegado estos sujetos. Si fuera de esta manera el derecho no pasaría de ser más que un instrumento dejado a la libre manipulación de todo sujeto para satisfacer desde las más razonables necesidades, hasta el más vil de los deseos.

Al contrario, el derecho, como instrumento regulador de la conducta social—y máxime como regulador de conducta humana intersubjetiva—debe constituirse en un ordenamiento valorativo y finalista del complejo social, es decir, debe constituirse como un valor en sí mismo—no como conjunto de normas vacías— capaz de





constituirse en modelo y referente valorativo encaminado a la realización en la sociedad de los fines que persigue.

Por ello, es de esperarse que antes de prestar tutela a cualquier autorregulación que se le presente, el derecho deba efectuar en ella un juicio valorativo, guiado a su vez por aquellos valores que expresa el ordenamiento, para después decidir por el reconocimiento o no del acto de autorregulación que se le ha presentado para su tutela.

## 2. LA NULIDAD COMO SANCIÓN A UNA DESCALIFICACIÓN JURÍDICA

Entendido de esta manera, el Acto Jurídico se nos presenta como un fenómeno social complejo, constituido primero por un hecho social<sup>1</sup>, el cual persigue su reconocimiento por el Derecho y que luego es objeto de un examen por el ordenamiento para evaluar su conformidad o no al valor que a su vez constituye el derecho mismo, con el objeto de decidir finalmente su reconocimiento o no como idóneo para producir los efectos jurídicos que le son propios<sup>2</sup>.

### 2.1. EL ACTO VÁLIDO

El ejercicio de la autonomía privada, por tanto, no es sufriente por sí mismo para el reconocimiento del acto de autorregulación por el derecho, ni es de la simple manifestación de voluntad de donde nacen los efectos queridos por las partes. La manifestación no hace más que revelar al exterior una voluntad interna del sujeto —un deseo interno por lograr un fin específico—, la cual a su vez al ser expresada se constituye en un hecho acaecido que aspira a la satisfacción de la necesidad de un individuo.

Y decimos que no es suficiente la sola manifestación de voluntad para la producción de los efectos jurídicos propios al acto porque no sería concebible el desarrollo, o más aun la supervivencia de una sociedad en la que el aparato estatal sirviera a los deseos de los particulares, cualquiera que estos sean. Al contrario, los efectos jurídicos, cualquiera que estos sean no pueden derivar de otra fuente que no sea el derecho mismo. El ordenamiento

jurídico esta constituido por un conjunto de normas que ligan a la existencia de supuestos de hecho consecuencias jurídicas, habiendo con anterioridad el legislador evaluado y valorado cada hecho regulado para decidir el mejor efecto jurídico correspondiente a su naturaleza.

Sin entrar a dilucidar el mecanismo por el cual se lleva a cabo este procedimiento, lo que sí podemos decir es que entre la aparición en la sociedad del supuesto de hecho o *factum* y la producción de determinados efectos jurídicos (el cambio en el mundo jurídico que acontece como consecuencia de la verificación del *factum*) media una relación de consecuencialidad<sup>3</sup> producto de una actividad valorativa llevada a cabo por el derecho.

Cuando del examen valorativo realizado sobre el acto de autonomía se desprende la idoneidad del *factum* para su tutela normativa, entonces el derecho genera los efectos propios al acto realizado, protegiendo así el ejercicio de la autonomía privada de los sujetos y convirtiendo al acto en un acto eficaz, es decir, idóneo para la producción de los efectos que le son propios. Al respecto, el artículo 140 de nuestro Código Civil señala al acto jurídico como una especial manifestación de voluntad que debe reunir una serie específica de requisitos, los cuales el legislador ha estimado como necesarios para una calificación positiva del *factum*. No basta, a propósito, que el *factum* este conformado por una manifestación de voluntad cualquiera, sino que esta debe perseguir, por ejemplo, un fin que se encuentre de acuerdo con el derecho para que pueda generar en el mundo jurídico el cambio que pretende realizar. De la misma manera el examen sobre este ejercicio de la autonomía abarcará los siguientes requisitos que el ordenamiento establece, hasta finalmente considerarlo como idóneo para su reconocimiento.

### 2.2. EL ACTO INVÁLIDO

Sin embargo, puede suceder lo contrario. Puede que el ejercicio de la autonomía privada llevado a cabo por el sujeto no resista la valoración del derecho, es decir, no reúna los requisitos que el





derecho pide a toda autorregulación de intereses para su reconocimiento. En este caso el Derecho no podrá de ninguna manera tutelar el acto, y dado que todo supuesto de inconformidad entre la autorregulación realizada por los particulares y el ordenamiento implica a fin de cuentas una contradicción al Derecho en su conjunto, la reacción por parte de éste será una determinada sanción, la cual estará en proporción a la magnitud de la confrontación entre el *factum* y el ordenamiento como *valor*<sup>4</sup>.

Las sanciones que prevea el derecho para esta contradicción entre el *factum* verificado en la realidad y el ordenamiento jurídico como *valor* pueden ir desde la producción de resultados distintos a los esperados por las partes—que, sin embargo, no deformarán del todo lo que ellas quisieron alcanzar— hasta el total desconocimiento del acto por el cual los particulares intentaron autorregular sus intereses contando con la tutela estatal<sup>5</sup>. Esta última sanción es la llamada nulidad del acto jurídico<sup>6</sup>. Al tratar de este proceso de calificación que el ordenamiento jurídico hace del acto de autonomía que los particulares han realizado, BATISTA FERRRI nos dice que el negocio jurídico es una entidad en sí misma (este *factum* del que hemos hablado es el resultado de una autorregulación que los sujetos han realizado que posee y refleja un valor en sí mismo), mediante la cual los particulares han efectuado una autorregulación de intereses, generando un orden vinculante para ambos (buscando la producción de efectos prácticos entre ellos). Esta entidad (*valor*) será objeto de una valoración por el ordenamiento jurídico, al cual decidirá por el reconocimiento y tutela del acto o su desconocimiento, es decir, el ordenamiento jurídico como valor evaluará la conformidad del acto de los particulares a la ley<sup>7</sup>.

Podemos ver claramente explicado por este tratadista el proceso de evaluación que sufre el acto que los particulares han realizado, en el cual el derecho como un sistema de valores examina si el *factum* que también expresa valores, es conforme o no al ordenamiento, para así poder decidir si tutela o no el acto realizado.

Entonces al resultar del examen valorativo que el *factum* que ha sido objeto de él no es conforme a la ley, sino que expresa un valor que la ley repudia—en mayor o menor medida— el derecho no puede hacer otra cosa que negar la tutela a ese acto y producir, no los efectos que los particulares desearon obtener, sino aquellos que el ordenamiento considera más convenientes al acto realizado. El derecho sancionará a este *factum* descalificado de acuerdo a la gravedad de su disconformidad con la ley, tratando siempre de inclinarse por la conservación del acto: cuando la disconformidad con la ley sea pequeña, el derecho sancionará al acto de una manera proporcionalmente pequeña, mas cuando esta disconformidad con la ley sea mayor entonces el derecho tendrá que aplicar al acto una sanción proporcionalmente más grande.

La más grande de estas sanciones está dada en nuestro ordenamiento por la nulidad absoluta del acto jurídico. En este supuesto, la contradicción que se ha presentado entre el acto jurídico y el ordenamiento es tal que no es posible que el derecho trate de componer de alguna manera el acto para que finalmente sea tutelado en alguna medida. Si "X" hubiese sólo contratado con "Y" utilizando engaños para hacer caer en error a "Y", logrando finalmente que su contraparte celebrase un contrato que de otro modo no hubiera celebrado, entonces el derecho descalificará el acto debido a que evidentemente no coincide con los valores que el ordenamiento contiene—o constituye—, pero hubiese tratado de conservar el acto de autonomía utilizando una serie de mecanismos que tiene a su mano<sup>8</sup>. En cambio, si "X" hubiese prometido pagar a "Y" por sus servicios con cierta cantidad de heroína, el valor que este *factum* representa afecta de tal manera al sistema jurídico que el derecho reacciona ante él con una sanción mucho más grave, negando cualquier tipo de tutela al acto (nulidad absoluta), el cual no producirá por sí mismo ninguno de los efectos queridos por las partes al celebrarlo<sup>9</sup>.

Al tratar de esto debemos recordar evidentemente lo que el ordenamiento constitucional contempla. Al respecto, la





Constitución Política del Perú señala:  
Artículo 2º:

*"Toda persona tiene derecho:*

*14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público."*

Artículo 62º:

*"La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley..."*

Podemos desprender de estos artículos la protección y reconocimiento que la Constitución reconoce al ejercicio de la autonomía privada de los particulares dentro de los rangos establecidos por la ley, ya que al igual que protege la libre autoregulación que estos ejerzan sobre sus intereses, también reconoce la autoridad del estado para evaluar el ejercicio de este poder y determinar si merece o no una protección por el derecho. Si el derecho tutelara un acto de autonomía ilícito, entonces estaría protegiendo la propia violación que los particulares han hecho a sus normas y de esta forma legitimando una violación a sí mismo.

Cada caso de nulidad absoluta implica en sí mismo un conflicto entre lo que la ley establece y lo que los particulares trataron de establecer, un conflicto imposible de solución: al legislador se le hace imposible pensar en otra solución para evitar el conflicto entre el valor que constituye el ordenamiento y el valor que expresa el *factum* -de otro modo hubiera, sin duda, optado por esa solución-, debido a que éste ha violado una norma que el ordenamiento considera como imperativa por resguardar un interés innegociable para la sociedad. FERRI al mencionar los criterios usados por la jurisprudencia italiana para establecer cuando se tratan de normas imperativas menciona que "el

orden o prohibición absoluta es la que no sólo no admite una voluntad distinta de las partes, sino que tampoco admite una excepción o exoneración prevista por la propia ley".

La nulidad absoluta es entonces una sanción con que el derecho castiga el ejercicio de la autonomía privada que se hace en contra de lo contenido en la ley y que implica el desconocimiento absoluto de los efectos prácticos que las partes intentaron obtener con la celebración del acto, quedando a salvo los efectos que el ordenamiento crea conveniente aplicar al *factum* verificado en la realidad.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACTOS NULOS ABSOLUTAMENTE

Las características necesarias de la nulidad, según lo expuesto por OERTMANN<sup>10</sup> en su artículo "Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos", debieran ser:

- a. *Hay siempre de un hecho constitutivo* (que el ordenamiento jurídico ha considerado inidoneo para producir los resultados propios al acto jurídico) *y el ordenamiento jurídico puede vincular a él, a pesar de no darse los efectos del negocio, consecuencias de otra clase.*
- b. *Si el negocio está privado en absoluto de los efectos que con él se perseguían, la consecuencia natural de ello es que esa nulidad se dé por sí misma, que para que se dé no sea necesaria ni una declaración de las partes emitida al efecto, ni una sentencia judicial, la cual en todo caso tendrá únicamente un valor declarativo, no constitutivo.*
- c. *Como el negocio nulo se halla privado desde un principio de los efectos perseguidos con él, resulta que la nulidad, una vez que existe, es permanente, no puede ser suprimida después<sup>11</sup> ... el transcurso del tiempo no ha sido admitido, por lo general, como causa de sanación en materia de nulidad.*
- d. *Si la causa de la nulidad está limitada a una parte del negocio, la parte del negocio no afectada por la causa de nulidad queda por lo común subsistente.*





- e. *Finalmente, puede suceder que el negocio, tal como fue celebrado, sea por completo –no sólo parcialmente– nulo, pero que satisfaga los requisitos de validez de otro negocio.*

### 3. PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD ABSOLUTA

No es materia del presente trabajo un estudio de la nulidad absoluta de los actos jurídicos; sin embargo, era necesario llegar a este punto para poder analizar una de las características anteriores que han sido desconocidas por nuestro ordenamiento, provocando un resquebrajamiento en el sistema de tutela de la legalidad de nuestro derecho. Estas características que son propias de la afectación al sistema jurídico que ocasiona el acto nulo han sido recogidas en parte por el legislador peruano; sin embargo, éste ha desconocido la tercera y por ende la segunda de ellas.

#### EL ARTÍCULO 2001° DEL CÓDIGO

**CIVIL DICE:** Prescriben, salvo disposición diversa de ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico....

Hemos visto que el acto nulo constituye una contradicción entre el ejercicio de la autonomía privada del sujeto y el valor constituido por la ley, lo cual ocasiona el desconocimiento –por parte del ordenamiento jurídico– de los efectos que intentó alcanzar la parte al celebrar el acto. Esto debe necesariamente llevarnos a concluir que este acto no podrá en ninguna circunstancia ser tutelado por el ordenamiento produciendo los efectos que trató de alcanzar el sujeto, ya que esto significaría que en algún momento dado el ordenamiento terminara por proteger una violación a su propio sistema, es decir, que el sistema jurídico se convirtiera en un instrumento para la violación de él mismo.

Tal vez podamos entender mejor esto analizando los siguientes ejemplos:

a. “X” (continuando con nuestro ejemplo) deseando satisfacer su deseo de viajar a otro

lugar, termina contratando con “Y” de la siguiente manera: Y se compromete a llevar a “X” hasta un destino determinado para que pueda disfrutar de sus vacaciones –ida y vuelta– utilizando el avión presidencial, quedando obligado “X” a ofrecer como contraprestación una pieza de oro de la indumentaria del Señor se Sipán que había sido robada con anterioridad y que él tenía en su poder. Es evidente que este acto realizado por “X” e “Y” no resistirá el examen valorativo del ordenamiento jurídico por representar valores que el ordenamiento jurídico repudia.

b. “A” queriendo satisfacer la necesidad que tiene de una vivienda celebra con “B” un contrato de compraventa sobre una casa que éste tiene como fruto de una herencia, pero en este caso al momento de contratar “B” cuenta sólo con once años de vida. Sin considerar ahora los desfavorables términos en que podría celebrarse este contrato, lo cierto es que el mismo será sancionado con la nulidad absoluta del acto por no adecuarse a lo que el ordenamiento considera digno de tutela.

Los dos ejemplos anteriores nos dan una idea clara de por qué un acto afectado con nulidad absoluta debiera implicar una permanente sanción por parte del ordenamiento jurídico el cual no podría por causa alguna permitir la tutela de actos que significan semejante violación a la regulación social que el sistema jurídico ha impuesto a los individuos que conforman la sociedad. Sin embargo, el legislador ha consagrado en el texto del Código Civil antes citado una situación totalmente contraria a este principio lógico: ha establecido –dicho en palabras claras– que siempre que los sujetos estén dispuestos a esperar diez años, podrán servirse del apoyo del derecho para la realización de conductas totalmente deplorables al mismo. En el caso de los ejemplos anteriores, si transcurrieran diez años, sin que se planteara la nulidad de los actos realizados, cualquiera de las partes podría –protegida por el inciso primero del artículo 2001– pedir el cumplimiento del acto jurídico, y cualquier nulidad que se quisiera en esos momentos





deducir de los actos sería inútil: el derecho terminaría legitimando la violación a sí mismo y paradójicamente convirtiéndose en un protector de la ilicitud.

Los ejemplos que hemos colocado no son para nada lo más extremo en que se podría pensar, ya que podemos pensar en la celebración de un contrato de compraventa sobre un niño —lo cual sucede en la realidad—. ¿Qué sucedería una vez prescrita la acción de nulidad? ¿Podría acaso pedirse judicialmente el cumplimiento del contrato? Recordemos, a propósito, que todo supuesto de nulidad absoluta constituye una situación de máxima violación del orden jurídico.

### 3.1. PRESCRIPCIÓN

“La prescripción es una figura creada por el Derecho con el propósito de fomentar, por un lado, la diligencia en lo que respecta al resguardo de los intereses propios, sancionando con la pérdida de acción a aquella parte que deja pasar el tiempo sin tomar las previsiones del caso para velar por sus intereses.

Por otra parte, la prescripción es una figura creada con el ánimo de fomentar la seguridad jurídica y evitar que la posibilidad de reclamar con respecto a los actos jurídicos y contratos celebrados sea eterna<sup>12</sup>”

Esta definición reciente trata de abarcar las dos líneas de pensamiento que han tratado de justificar los efectos de la prescripción extintiva. Para una primera posición, llamada corriente subjetivista (debido a que contempla el fenómeno desde la óptica del sujeto titular del derecho o acción prescritos), el fundamento de la prescripción se encuentra en que ante la inactividad del titular del derecho o acción el Ordenamiento presume su abandono o renuncia o, según otra escuela de la misma línea, la prescripción es una sanción impuesta por el derecho a la actitud negligente del titular.

Por otro lado existe una corriente que trata de encontrar el sustento a la prescripción contemplando el problema desde una óptica social, concluyendo que este mecanismo funciona por la necesidad que en base a la seguridad

jurídica tiene la comunidad de que los derechos y acciones sean ejercitados a tiempo, evitando un clima de incertidumbre sobre las situaciones jurídicas en la sociedad<sup>13</sup>.

Parece que la mejor respuesta esta dada por la segunda posición, ya que “la ley no debe proteger indefinidamente, y con el vigor con que dispensa esa protección a los casos normales, a los derechos que ni se usan por su titular ni son reconocidos por aquel sobre quien pesan, pues ello iría contra la seguridad jurídica general, que sufriría si una situación que se ha prolongado largo tiempo sin ser impugnada, pudiera verse atacada, después”<sup>14</sup>.

### 3.2. ¿PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD?

La idea entonces de prescripción está en directa relación con la idea de seguridad jurídica en las relaciones sociales. El problema ahora es ver si esta puede ser una suficiente excusa para admitir que el derecho olvide la sanción de nulidad que impuso sobre un acto de autonomía privada y se decida finalmente por proteger un acto que a todas luces va en contra de lo que el ordenamiento mismo considera adecuado como criterio ordenador de la sociedad.

Parece ser que el legislador peruano al establecer la prescripción de diez años para la acción de nulidad tuvo en mente más que el acto objeto de la sanción, el interés de algún tercero que, producto de la buena fe que debe guiar la realización de los actos jurídicos, hubiera podido derivar del acto nulo derechos posteriores. Por ejemplo, pensemos en un contrato de compraventa que, a pesar de adolecer de nulidad absoluta, hubiera sido inscrito en el registro respectivo produciendo en la generalidad la convicción de que la propiedad había sido ciertamente transmitida; producto de lo cual un tercero ajeno al acto, y que actuase de buena fe, hubiera adquirido, de quien creía el legítimo propietario, el bien que fue objeto del acto nulo. En este caso el legítimo interés del tercero se vería afectado de ser declarado nulo el acto de la compraventa.

Lo que sucede es que en la realidad se presenta





un fenómeno que debemos ahora considerar: *el que el ordenamiento jurídico desconozca los efectos que tiene el acto no significa necesariamente que estos no se vallan a realizar*. Lo que el ordenamiento civil hace al desconocer el acto –una vez sancionada su nulidad– es negar la tutela a los efectos que los sujetos intentaron alcanzar con la celebración (en caso de incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes el derecho no obligará a esta a cumplir con el acto porque éste no ha cumplido con adecuarse al derecho). Efectos que de otro modo pueden ser ejecutados de cierta manera por las mismas partes sin mediar la tutela del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si un sujeto de diez años vende un auto a otro de cuarenta, el ordenamiento jurídico no tutelará el cumplimiento del acuerdo al que ellos han llegado (no obligará al niño a entregar el bien, ni a la otra parte a pagar el precio); sin embargo, puede que en la realidad se produzca una transmisión de la posesión de la cosa: puede que el niño efectivamente entregue el auto a la otra parte y ésta, a su vez, entregue el dinero al niño.

Es decir, muchas veces el acto nulo, si bien no podrá generar los efectos en el mundo jurídico que esperaban las partes, sí generará como consecuencia de la ejecución de las partes, un efectivo cambio en el mundo material. Cambio que también deberá ser valorado por el Derecho y que producirá sus propios efectos jurídicos<sup>15</sup>.

Es por esto que el acto nulo puede muchas veces haber generado ya legítimos derechos en terceros que actuaron de buena fe y que merecen en mayor o menor medida una protección por el ordenamiento jurídico, lo cual parece haber sido la razón para que el legislador decidiera por la prescripción de la acción de nulidad luego de diez años.

### 3.3.LA PERPETUIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Sin embargo, ésta se encuentra lejos de ser la solución más correcta para el caso. No puede admitirse semejante actitud por el ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

1. La primera y más fundamental de ellas se encuentra, sin duda alguna en el fundamento mismo de la nulidad. Si la nulidad constituye una sanción del derecho a un acto que, lejos de encontrarse conforme a los principios con que aquel trata de regular las conductas sociales, se presenta como una de las más graves lesiones que se pueden hacer al derecho, es ilógico pensar que en algún momento se pudieran tutelar jurídicamente los efectos del acto nulo. En este momento –repetimos– el derecho dejaría de ser un instrumento regulador de la sociedad para pasar a ser un simple instrumento a la disposición de cualquier interés por vil que pudiera ser.
2. En apoyo a lo primero cabe repetir que existe un interés de orden constitucional en evitar que la ley pueda proteger un ejercicio de la autonomía privada contrario al orden legal. Ciertamente, tanto el inciso 14 del artículo 2º, como el artículo 62º de la Constitución Política reconocen protección a la autonomía de la voluntad siempre que ella sea ejercida dentro de los límites de la ley. Ya sea la primera de nuestras referencias, que cita *"siempre que no se contravengan leyes de orden público"*, o la segunda de ellas, que señala *"según las normas vigentes al tiempo del contrato"*, ninguna de ellas considera ninguna excepción al desconocimiento de un ejercicio ilícito de la autonomía privada. Este mandato va más allá de la simple aplicación *ipso iure* de la sanción de nulidad absoluta, sus efectos se extienden indefinidamente prohibiendo que se pueda prestar tutela a una situación descalificada por el derecho al momento de su realización –y aun posteriormente añadiríamos nosotros–. Al enfrentarse a una excepción de prescripción de la acción de nulidad cualquier juzgador debería hacer uso del control difuso de la constitucionalidad y aplicar la norma constitucional sobre el nada feliz inciso 1 del artículo 2001º del Código Civil, de otro modo se estaría obteniendo un fin que el orden constitucional no permite, como es la





protección del ejercicio de la autonomía privada en disconformidad a la ley. No vale el argumento de que con esto se atentaría contra la seguridad jurídica, ya que, como veremos más adelante, las situaciones jurídicas generadas por el cambio efectivo de la realidad que se hubiera, de alguna manera, producido por la ejecución del acto tendrían suficiente protección en otras instituciones que el propio ordenamiento ya ha desarrollado para el caso.

3. Dado que, como vemos la nulidad no protege intereses particulares, sino más bien intereses públicos que recoge la ley, resulta irresponsable tratar de dejar en manos de los particulares –prácticamente– la decisión sobre la suerte del acto. Al decidirse por tutelar el acto nulo cuya impugnación –que sólo puede ser iniciada por los privados<sup>16</sup>– no hubiese sido intentada durante diez años, el legislador ha colocado la decisión sobre la suerte final que tendrá el acto nulo sobre los sujetos, como si el interés protegido fuese sólo de naturaleza individual, olvidando que lo que se protege con la nulidad son intereses de naturaleza general.
4. Dado que es principio reconocido por nuestra doctrina que ante el acto nulo las partes, y tanto más la parte afectada, pueden simplemente comportarse desconociendo el acto<sup>17</sup>, resulta ilógico que el legislador luego decida colocar sobre la parte que sería la futura afectada –en muchos casos– con una posible acción que buscara el cumplimiento del acto nulo, la carga de llevar todo un todo proceso para obtener una resolución que declarase la nulidad del acto. Esta petición debiera exigirse a la parte que sería afectada sólo cuando la otra trata de pedir judicialmente la ejecución del acto nulo.

#### 4. ACCIÓN DE NULIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

El argumento de la seguridad jurídica tampoco sirve de mucho al tratar de defender la posición que ha adoptado nuestro legislador, ya que aun cuando –repetimos–,

el acto nulo hubiera generado un efectivo cambio en la realidad, como consecuencia de la ejecución de este por las partes, los intereses que se hubieran generado como consecuencia de estos cambios tienen ya suficiente protección por el derecho. Al respecto es importante considerar lo que señala el Código Civil Italiano:

Artículo 1422º:

*"La acción para 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."*

Este artículo es claro al dar respuesta al supuesto argumento de la seguridad jurídica con el que se intenta defender la prescripción de la acción de nulidad. En caso de que como consecuencia de la ejecución de un acto jurídico nulo otros sujetos hubieran adquirido, por ejemplo la posesión de un bien; o una de las partes recibido algo como pago indebido, esos hechos estarían protegidos suficientemente por instituciones del derecho civil como la usucapión y la prescripción de las acciones de repetición. Si a pesar de tratarse de un acto nulo, se inscribiera la compraventa de un inmueble, y como consecuencia de ello un tercero adquiriese el bien de quien creía era su legítimo propietario, entonces este tercero se vería protegido por la institución de la usucapión, la cual podría ganar si fuera el caso; no hay necesidad de recurrir a una equivocada prescripción de la acción de nulidad.

*En la Casación 2720-98-Lima, se resolvió el siguiente caso:*

*Don Niczon Holando Espinoza Lugo en representación de don Heráclito Espinoza Trujillo, interpone recurso de casación contra la resolución de la Tercera Sala Civil que confirma el auto de su inferior que declara fundada una excepción de prescripción de la acción de nulidad que se había iniciado contra una escritura pública inscrita en 1992.*

*Esta inscripción era fruto de un contrato de venta celebrado entre las partes el 19 de septiembre*





de 1986, inscrita recién en 1993, y cuya nulidad se intenta pedir recién el 10 de junio de 1996. Ante esto, la Sala Suprema declaró fundado el recurso porque no había pasado aun el plazo de prescripción el cual se debía contar recién desde la inscripción de la escritura pública.

Según lo hemos ya explicado, casos de esta naturaleza deben de ser resueltos analizando no tanto la prescripción de la acción de nulidad, la cual de declararse iría en contra de un mandato de orden constitucional, sino la procedencia o no de la usucapión para proteger al poseedor.

Ya sea que se trate de casos de adquisición de la posesión o de pagos indebidos, las conductas que se trata erróneamente de proteger por una inconstitucional aplicación de la prescripción a la acción de nulidad, son ya legalmente protegidos por las instituciones de la usucapión o de la prescripción de las acciones de repetición.

6. Finalmente existe un argumento de orden práctico que no debiera perderse de vista, ya que de reconocerse la prescripción de la acción de nulidad se producirían situaciones tan paradójicas como, no sólo la petición del cumplimiento de contratos ilícitos, sino otras como por ejemplo: ¿qué sucedería si se da un contrato válido, pero con una cláusula nula? ¿podría, después de 10 años sin haberse pedido su nulidad, exigirse su cumplimiento?; ¿Qué sucedería en el contrato con más de una prestación en la que una de ellas fuera imposible con conocimiento de la supuesta obligada? ¿también después de 10 años podría pedirse su ejecución y lograr no una indemnización por la buena fe del que creyó, sino una indemnización propia de la imposibilidad culposa? o combinaciones tan extremas como la ejecución de una donación celebrada por un incapaz absoluto con el fin de que el beneficiado cometa un delito de lesiones contra el padre del donatario?!

## CONCLUSIONES

1) Todo acto de autonomía privada tiene que, antes de ser reconocido por el derecho como digno de tutela, pasar por una valoración que tratará de establecer su adecuación o no a al

- ordenamiento jurídico como *valor*.
- 2) La nulidad constituye una sanción que el derecho aplica al ejercicio de la autonomía privada del sujeto que no se conforma al ordenamiento jurídico.
  - 3) Todos los casos de nulidad absoluta son resultado de un acto de las partes que constituye una contradicción grave a los valores con que el ordenamiento jurídico regula la conducta social.
  - 4) Dada la ofensa que constituiría el reconocimiento del acto jurídico nulo, es imposible que el ordenamiento jurídico pueda en momento alguno tutelarlos.
  - 5) Por ello, la prescripción de la acción de nulidad no es más que un errado intento de protección a la seguridad jurídica.
  - 6) La acción de nulidad no puede prescribir porque, de lo contrario, se legitimaría una violación grave a la propia ley y un acto ilícito vendría, paradójicamente, a ser tutelado por el derecho.
  - 7) La acción de nulidad no puede prescribir porque existe mandato constitucional que prohíbe, sin condicionamientos, el reconocimiento al ejercicio de la autonomía privada que no sea conforme a la ley.
  - 8) Ante una excepción de prescripción de la acción de nulidad el juez debe optar por la aplicación del control difuso del orden constitucional.
  - 9) La acción de nulidad no puede prescribir porque no se puede dejar a decisión de particulares la suerte de intereses generales como los que protege la sanción de nulidad absoluta.
  - 10) La acción de nulidad no puede prescribir porque no se puede poner sobre la parte que se vería afectada la carga de iniciar todo un proceso para obtener una resolución en ese sentido, tanto más cuanto la ley le permite actuar desconociendo el acto.
  - 11) La seguridad jurídica no sirve como argumento para defender la prescripción de la acción de nulidad, ya que esta se encuentra ya protegida por otras dos instituciones de derecho: la usucapión y la prescripción de





las acciones de repetición.

- 12) El reconocimiento de la prescripción de la acción de nulidad llevaría a situaciones contradictorias en el derecho

## NOTAS

- <sup>1</sup> TORRES VASQUEZ, Anibal; Derecho Reales; pág. 141; Editorial IDEMSA; Lima - Perú 2006
- <sup>2</sup> ARIAS SCHEREIBER Max. Exégesis del Código Civil Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 1998. Pág. 61
- <sup>3</sup> GONZALES BARRÓN, Günther; Curso de Derechos Reales; página 108. Editorial Jurista Editores; Lima - Perú 2003.
- <sup>4</sup> GONZALES BARRÓN, Günther. Op cit. pág 109
- <sup>5</sup> PAPAÑO Ricardo José. Derechos Reales. Tomo I, pág. 5. Ediciones Depalma Buenos Aires 1989.
- <sup>6</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia; Los Derechos Reales, pág. 19; Librería Studium, Lima 1984.
- <sup>1</sup> Usamos el término hecho social en su sentido más propio y no con intención de referirnos a alguna categoría jurídica abstracta en especial, sino para hacer referencia al acontecimiento que se presenta en la sociedad. Hecho: "cosa que sucede" (Diccionario de la Real Academia Española).
- <sup>2</sup> No parece suficiente limitarse a decir "los efectos queridos por las partes" ya que no siempre la totalidad de los efectos que produce el acto son aquellos que las partes tuvieron en mente al celebrar el acto -muchas veces el ordenamiento complementa el acto con una regulación que se adhiere a la autorregulación realizada-, mientras que también es dudoso decir "los efectos que le son propios" dado que siempre el acto producirá los efectos que son propios a su naturaleza, ya sean estos el reconocimiento de la autorregulación o alguna sanción legal o la simple calificación negativa y posterior desconocimiento (caso en el que ha propósito no cabe hablar propiamente de efectos). Sin embargo, usamos el término para referirnos a los efectos que serían propios al acto en caso de que fuera reconocido y tutelado por el derecho, que normalmente es lo esperado por las partes. En todo caso algunas veces usaremos indistintamente la frase "los efectos queridos por las partes" para referirnos también a lo mismo, hecha ya la salvedad.
- <sup>3</sup> HINESTROSA, Fernando, "Eficacia e Ineficacia del Contrato", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XX, Chile, 1999, p. 144.
- <sup>4</sup> Existe una nueva idea de la nulidad, más dinámica que la concepción clásica de la nulidad como aquella que origina *ipso facto* la carencia de los efectos negociales cuando faltan los requisitos necesarios para la formación de un acto válido (estructura), o cuando no han sido respetadas las reglas que les conciernen.
- Esta concepción de la nulidad no agota el tema ni diferencia a la nulidad de otros supuestos como la anulabilidad en la cual también la *fattispecie* sufre de defectos en los elementos que conforman la estructura del acto. Por otro lado, existe una concepción moderna más dinámica de la nulidad teniendo en cuenta "los intereses que ella afecta en el cuadro de los valores del sistema. La nulidad del negocio, según la más acreditada doctrina, constituye el "medio para la tutela efectiva de intereses generales, considerados valores fundamentales para la entera organización social". (PALACIOS MARTINEZ, Eric, "Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico", en *Thémis*, N° 38, Lima, 1998, p. 42-43.)
- <sup>5</sup> Aun cuando en este caso el derecho ligará muchas veces al hecho realizado la producción de otro tipo de efectos como consecuencia de su contravención a lo lícito. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo por el que se prometa una cantidad de dinero para conseguir del otro sujeto el asesinato de una persona, no podrá pensarse en la producción de los efectos propios al acto jurídico; pero sí podría ser idóneo el hecho para producir los efectos propios a una instigación.
- <sup>6</sup> Evitaremos entrar en la discusión de la existencia o no de otras categorías como la inexistencia, que para algunos podría entrar también en esta categoría.
- <sup>7</sup> BATISTA FERRI, Giovanni, *El Negocio Jurídico*, traducción de Leyser León, Lima, ARA Editores, 2002, p. 99-112.
- <sup>8</sup> En este caso permitiría que el acto generase los efectos que las partes desearon, aunque generando también la posibilidad de que estos puedan luego ser borrados.
- <sup>9</sup> Al contrario, el derecho lejos de tutelar los efectos queridos por las partes, generará los efectos que considera más adecuados a este hecho, los cuales en casos similares de nulidad podría tal vez ser más bien de naturaleza penal.
- <sup>10</sup> OERTMANN, Paul, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, en *Revista de Derecho Privado*, T XVI, Num. 186, Madrid, 1929, p. 70-76.
- <sup>11</sup> Pero la regla de la no saneabilidad de los negocios nulos tiene, sin embargo, notables excepciones. Sucede así, especialmente, en aquellas materias en que la causa de nulidad consiste en un defecto de forma... (Idem)
- <sup>12</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, "Plazo prescriptivo de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 55, marzo, Normas Legales, 2004, p. 121. En cuyo artículo; sin embargo, concluye lo contrario al nuestro.
- <sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I: Parte General del Derecho Civil, vol. 2, Barcelona, Bosh, 1990, p. 355-356.
- <sup>14</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, décima edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 155.
- <sup>15</sup> ESCOBAR ROZAS, Fredy, en *Código Civil comentado*





por los cien mejores especialistas, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 915. Quien aborda ligeramente el tema y concluye también lo mismo.

<sup>16</sup> Es poco probable que el Ministerio Público inicie esta acción.

<sup>17</sup> TORRES VASQUEZ, Anibal, Acto Jurídico, segunda edición, Lima, IDEMSA, 2001, p. 700. ROMERO MONTES, Francisco Javier, Curso del Acto Jurídico, Perú, Editorial Librería Portocarrero, 2003, p. 313. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, El Negocio Jurídico, 2da. Edición, Lima, Librería Studium Ediciones, 1987, p. 4005.

## BIBLIOGRAFÍA.

· ALBALADEJO, Manuel, Compendio de Derecho Civil, décima edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997

· BATISTA FERRI, Giovanni, El Negocio Jurídico, traducción de Leyser León, Lima, ARA Editores, 2002

· BIGLIAZZI-GERI, Lina, y otros, "La invalidez del negocio jurídico y del contrato: nulidad y anulabilidad", en Derecho Civil, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

· CASTILLO FREYRE, Mario, "Plazo prescriptivo de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante", en Revista Jurídica del Perú, N° 55, marzo, Normas Legales, 2004

· DIEZ-PICAZO, Luis, "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", en Anuario de Derecho Civil, número 2, tomo XIV, fascículo II,

Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1961, p. 809-833.

· DIEZ-PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil Patrimonial, 7a. ed., tomo I, Madrid, Tecnos, 1995.

· ESCOBAR ROZAS, Fredy, en Código Civil comentado por los cien mejores especialistas, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003

· HINESTROSA, Fernando, "Eficacia e Ineficacia del Contrato", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XX, Chile, 1999

· LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, Elementos de Derecho Civil, tomo I: Parte General del Derecho Civil, vol. 2, Barcelona, Bosh, 1990

· LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, El Negocio Jurídico, 2da. Edición, Lima, Librería Studium Ediciones, 1987

· OERTMANN, Paul, "Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos", en Revista de Derecho Privado, T XVI, Num. 186, Madrid, 1929.

· PALACIOS MARTINEZ, Eric, "Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico", en Thémis, N° 38, Lima, 1998, P. 42-43.

· ROMERO MONTES, Francisco Javier, Curso del Acto Jurídico, Perú, Editorial Librería Portocarrero, 2003

· TORRES VASQUEZ, Anibal, Acto Jurídico, segunda edición, Lima, IDEMSA, 2001