

# 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

## INTRODUCTORY NOTES FOR THE APPLICATION FOR A DECLARATION OF INVALIDITY OF A LEGAL TRANSACTION FROM THE CIVIL PERSPECTIVE: CRITICAL ANALYSIS OF THE POSITION OF THE FIFTH CIVIL CASSATION PLENARY REGARDING THE CHALLENGING OF COLLEGIATE ASSOCIATIVE TRANSACTIONS

Héctor Augusto Campos García\*  
Pontificia Universidad Católica del Perú y  
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

---

*In August 2014, the Peruvian Supreme Court enacted the Fifth Civil Cassation Plenary, which establishes that any challenging made to an associative agreement must be realized through the procedure referred to in the article 92 of the Peruvian Civil Code. The comments and criticisms to this decision have not been few, considering the complexity of the theme discussed in the aforementioned decision.*

*In this context, with the present article the author realizes a thorough critique of such Cassation Plenary. Based on the analysis of civil and procedural legal concepts, he reaches a conclusion: That the plenary decision, besides of having multiple legal errors, won't accomplish its purpose.*

**KEY WORDS:** *Peruvian Supreme Court; Civil Cassation Plenary; challenging of associative agreements, invalidity of legal transaction.*

*En agosto de 2014, la Corte Suprema promulgó el Quinto Pleno Casatorio Civil, en el que dispone que todo cuestionamiento a un acuerdo asociativo deba realizarse mediante la impugnación contemplada en el artículo 92 del Código Civil. Los comentarios y las críticas a esta decisión no han sido pocas, tomando en cuenta la complejidad del tema discutido.*

*En ese contexto, mediante el presente artículo, el autor realiza una crítica completa sobre el Pleno Casatorio. Basándose en un análisis de conceptos jurídicos civiles y procesales, llega a una conclusión: La decisión plenaria, además de tener múltiples errores jurídicos, no logra finalmente lo que se buscaba con ella.*

**PALABRAS CLAVE:** *Corte Suprema del Perú; Pleno Casatorio Civil; impugnación de acuerdos asociativos; nulidad de negocio jurídico.*

\* Abogado. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diploma de Especialización a nivel de Posgrado en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y en Protección de los Consumidores y Represión de la Competencia Desleal por la Universidad del Pacífico. Profesor de Acto Jurídico en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Fundamentos de la Contratación I en la Facultad de Derecho de la UPC. Asociado del Estudio Linares Abogados. Contacto: hcampos@linaresabogados.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 1 de noviembre de 2014 y aceptado por el mismo el 7 de noviembre de 2014.

## I. PALABRAS LIMINARES: *LAUDATIO* AL PROFESOR FELIPE OSTERLING PARODI

El Código Civil peruano vigente, fue promulgado el 24 de julio de 1984, y entró en vigor el 14 de noviembre del mismo año. En la gesta y elaboración del Código Civil, qué duda cabe, ocupó un lugar determinante el profesor Felipe Osterling Parodi.

En su calidad de Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y de Ponente del Libro de Obligaciones del Código Civil, se evidencia la participación activa del profesor Osterling en nuestro último proceso codificador. Lamentablemente, el profesor Osterling falleció a fines de agosto del presente año, pocos meses antes de que se cumplan 30 años de vigencia del Código Civil.

En esta ocasión, quiero rendir un homenaje al profesor Osterling, dando cuenta de las dos únicas oportunidades en las cuales pude compartir breves momentos con él. Estimo que, antes que una remembranza de sus logros académicos, profesionales y políticos, estas dos “anécdotas” permitan poner en evidencia su apasionamiento y rigurosidad.

La primera vez que tuve la posibilidad de conversar con el profesor Osterling fue en un evento organizado por THĒMIS en noviembre de 2011, denominado “Código Civil 1984: Perspectivas y propuestas de reforma”. La dinámica del evento consistía en “mesas de debate”, en las cuales se sometía a discusión las propuestas de reforma al Código Civil que la comisión presidida por el profesor Jorge Avendaño Valdez había dictaminado. Yo participé como moderador del evento en cada una de las mesas.

Como no podría ser de otra manera, en la Mesa 2 del segundo día, referida a “Las Obligaciones”, participó el profesor Osterling. También integraban la mesa los profesores Carlos Cárdenas Quirós y Luciano Barchi Velaochaga. El contenido de las ideas de la mesa se puede consultar en la edición de aniversario THĒMIS-Revista de Derecho<sup>1</sup>.

La situación en la mesa era del todo particular, ya que quien la presidía no era el profesor Osterling, sino el profesor Cárdenas. La razón de ello era evidente: Éste último fue quien par-

ticipó en la Comisión de Reforma que estaba siendo examinada en el evento. El profesor Osterling asumió la posición de panelista en pro de la defensa de la actual regulación.

No sé si logro expresar bien el trasfondo y lo emocionante de la situación: De un lado, la exposición de una crítica puntual, incisiva y documentada al estado actual de nuestra regulación del Derecho de las relaciones obligacionales; y, de otro lado, la persona que había participado directamente en la elaboración de esas normas que ahora eran objeto de crítica. El marco no podía ser mejor: El Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú [en adelante, PUCP] con los cupos agotados.

¿El resultado? No estoy en condiciones de decir si hubo un vencedor en el debate, pero de lo que sí guardo un grato recuerdo es la forma como el profesor Osterling, antes que renunciar a un intercambio de ideas o tomar partido por un respeto a la tradición y a lo ya regulado, procedió a realizar una respuesta meticulosa, algunas veces teórica y otras pragmática, a cada una de las críticas esgrimidas. La defensa que realizó fue tan enérgica, aunque siempre objetiva y sin perder las formas, que permitió a todos aquellos que estuvimos en ese auditorio conocer una faceta del profesor Osterling: Su apasionamiento por el Derecho.

La segunda ocasión tuvo lugar a mediados del año pasado, en el 2013, en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP. Yo había terminado mi clase en el curso de Acto Jurídico y el profesor Osterling estaba esperando que empiece su clase de Obligaciones.

En ese momento me acerqué; le hice recordar de la anécdota previamente narrada, la cual recordó con mucho detalle y, luego de intercambiar algunas ideas y de preguntarme por mi experiencia en el dictado del curso, soltó una frase que gusto de recordar:

“El acto jurídico y el Derecho de las Obligaciones son la columna vertebral del Derecho Civil. No son materias sencillas, para nada sencillas; requieren de dedicación, por ello es indispensable una constante preparación y revisión de las clases, la responsabilidad que se adquiere para con los alumnos así lo exige”.

<sup>1</sup> Ver: THĒMIS - Revista de Derecho 60. 2011.

Creo que esto muestra de forma cabal y exacta cómo la rigurosidad en la preparación para la enseñanza legal formaba parte de la concepción de vida del profesor Osterling.

Dos conversaciones, dos lecciones de vida: Gracias, profesor Osterling.

## II. A MODO DE INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

El sábado 9 de agosto de 2014 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Quinto Pleno Casatorio Civil –Casación 3189-2012-Lima Norte–, el cual versó sobre la interpretación y alcances del artículo 92 del Código Civil<sup>2</sup> respecto de la nulidad de acto jurídico de acuerdos asociativos<sup>3</sup> [*sic*] –*rectius*: “Invalidez de negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos” o “invalidez

de actos colegiales asociativos”<sup>4</sup>. En específico, la discusión se centró en si el artículo 92 constituía o no un régimen especial para la impugnación de acuerdos asociativos bajo el cual se deberían adecuar todo tipo de pretensiones, inclusive aquellas que se sustenten en las causales de nulidad y anulabilidad contenidas en el Libro II del Código Civil sobre Acto Jurídico.

Como bien se ha precisado entre nosotros<sup>5</sup>, pueden ser tres las perspectivas de crítica del Quinto Pleno Casatorio, a saber: (i) La perspectiva del Derecho Civil; (ii) la perspectiva del Derecho Procesal; y, (iii) la perspectiva de la Teoría General del Derecho.

Sin embargo, considero que el Quinto Pleno Casatorio, dentro de todos los yerros que comete<sup>6</sup>, adolece de un defecto aún mayor:

<sup>2</sup> Artículo 92.- “Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado”.

<sup>3</sup> Es la denominación que emplea la Corte Suprema. Así, en el Fundamento Jurídico 1 del Pleno Casatorio se lee lo siguiente: “[...] por ello es que el Pleno Casatorio Civil busca a través del presente pronunciamiento la uniformidad de la jurisprudencia analizando el tema que nos convoca, cual es la interposición de demandas de nulidad de acto jurídico de acuerdos asociativos, acudiendo a los órganos jurisdiccionales luego de vencido el plazo regulado taxativamente en el artículo 92 del Código Civil, referido a la pretensión impugnatoria asociativa de ineficacia de acuerdos, lo cual ha producido disímiles pronunciamientos”.

<sup>4</sup> Denominación que es empleada por: MORALES HERVIAS, Rómulo. “¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos?”. En: Diálogo con la jurisprudencia 190. 2014. pp. 27-28.

<sup>5</sup> CAVANI, Renzo. “El argumento teleológico en el Quinto Pleno Casatorio Civil: Un intento fallido”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 14. 2014. p. 55.

<sup>6</sup> Es necesario destacar un hecho que puede pasar desapercibido para la generalidad de lectores del Quinto Pleno Casatorio, pero que, en aras de la transparencia académica y del respeto por el pensamiento ajeno, debe ser evidenciado. Si se revisa los fundamentos jurídicos del 95 al 99, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú realiza un breve desarrollo de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas con la finalidad de indicar que las personas jurídicas no lucrativas pueden ser titulares de situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja. Más allá que está afirmación sea del todo innecesaria, ya que no se duda que una persona jurídica pueda ser titular de situaciones jurídicas; e inútil, toda vez que nada aporta a la decisión del caso concreto, lo cierto es que la Corte Suprema no ha rendido cuenta de la verdadera autoría de dos de sus afirmaciones. En primer lugar, cuando se postula la noción de situación jurídica subjetiva; y, por otro lado, que la situación jurídica subjetiva [*sic*] abarca a la relación jurídica, claramente se está tomando partido por la posición que en nuestro medio ha adoptado el profesor Gastón Fernández Cruz. Para ello, sólo bastaría revisar atentamente: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto”. En: THÉMIS-Revista de Derecho 27-28. 1993. pp. 41-49; y, recientemente: “La obligación”. En: MORALES HERVIAS, Rómulo (Editor). “De las obligaciones en General: Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012. pp. 24-27. El contraste con la fuente de la cual se ha valido la Corte Suprema para construir el discurso de las situaciones jurídicas mostrará no sólo lo patente de la copia, sino que no se ha entendido a cabalidad el discurso propuesto por Fernández Cruz. Así, se debe precisar que no es que la situación jurídica subjetiva abarque a la relación jurídica, sino que es la “situación jurídica”, como gran “macro-concepto del Derecho”, la que abarca a la “relación jurídica”, en donde la posición que cada sujeto ocupa en los polos de la relación jurídica recibe el nombre de “situación jurídica subjetiva”. En segundo lugar, la Corte Suprema indica que las situaciones jurídicas activas o de ventaja se oponen a las situaciones jurídicas inactivas o de desventaja. Nuevamente, se debe indicar que esta clasificación, en los términos indicados, ha sido expuesta por: MAJELLO, Ugo. “Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone”. Turín: Giappichelli. 1995. pp. 46-57; y difundida entre nosotros por el mismo profesor Fernández Cruz en su Cátedra de Obligaciones en la Facultad

La ausencia de una adecuada interrelación y coordinación entre las instituciones del Derecho Civil y del Derecho Procesal.

Lo que se ha indicado en el párrafo anterior se enmarca en el reconocimiento de la necesidad de que el ordenamiento jurídico: (i) Otorgue una tutela eficaz a los derechos, y no sólo se limite a reconocer la abstracta titularidad de los mismos; y, (ii) propicie la satisfacción de intereses de los particulares<sup>7</sup>. Sin embargo, también pone de manifiesto el redimensionamiento de la histórica contraposición *sub specie tutelae* entre derecho y proceso<sup>8</sup>.

En efecto, el derecho material y el derecho procesal no son dos ámbitos jurídicos que en la actualidad se contrapongan, como inicialmente la autonomía e independencia del derecho procesal parecía determinar<sup>9</sup>. Por el contrario, deben ser entendidos como realidades complementarias que tienen como objetivo la adecuada tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares, dentro de un marco de referencia caracteri-

zado por el carácter instrumental del Derecho Procesal<sup>10</sup>.

De este modo, dado que en nuestro sistema<sup>11</sup> el derecho sustancial es el que reconoce los remedios jurídicos frente a la lesión o amenaza de una situación jurídica subjetiva, entonces el proceso es la sede en la cual deben traducirse las técnicas y formas adecuadas para la efectiva tutela de los intereses de los particulares<sup>12</sup>.

Ahora bien, la ausencia de una correlación entre el derecho material y el derecho procesal no ha sido privativa del Quinto Pleno Casatorio, sino que ha sido una constante en el modo de proceder en cada uno de los cuatro plenos casatorios previos.

En el Primer Pleno Casatorio, la decisión de la Corte Suprema de establecer que la “transacción extrajudicial” puede ser formulada como una “excepción procesal”, refleja de forma manifiesta la incidencia del derecho sustancial –alcances del “contrato de transacción”– en

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En términos generales, se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con ambas afirmaciones. Ello no es el problema. Lo reprochable consiste en que nuestros magistrados supremos formulen un discurso sin rendir cuenta de la fuente de origen, con un parafraseo de las clases del profesor Fernández y, peor aún, sin entenderlo en su real dimensión. Reproche que se agrava cuando se toma nota de la cantidad de citas bibliográficas con las que cuenta la sentencia –en total, 155– y de los yerros que las mismas contienen.

- <sup>7</sup> DI MAJO, Adolfo. “La tutela civile dei diritti. Problema e metodo del diritto civile 3”. Milán: Giuffrè. 2003. p. 1.
- <sup>8</sup> El entender al proceso como un medio para la tutela de los derechos es resultado de “la conjugación de la dignidad humana con la seguridad jurídica”, lo cual apunta a la “necesidad de que el proceso se estructure de modo a hacer posible la obtención de ese fin en una perspectiva tanto particular como general. Vale decir: Mediante la emisión de una decisión justa para las partes y la formación y respeto a los precedentes para la orientación de la sociedad como un todo.” En ese sentido: MITIDEIRO, Daniel. “La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 9. 2014. pp. 37-49 y 189. Asimismo, ver: DI MAJO, Adolfo. Óp. Cit. pp. 5-7, quien sobre el particular precisa que, “Sobre la relación entre el proceso y la tutela de los derechos se han venido contraponiendo, en el transcurso del tiempo, orientaciones diversas. A una antigua perspectiva según la cual el proceso no era otra cosa que el instrumento dirigido a asistir al particular para el ejercicio y la realización de su Derecho privado, se ha contrapuesto la perspectiva que ve en el proceso el instrumento de una función pública, dirigida a la reintegración y actuación del derecho objetivo. De aquí la reivindicación al Derecho público del proceso civil”.
- <sup>9</sup> PRIORI, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales; hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas* 26. 2003. pp. 273-292.
- <sup>10</sup> En el marco de la responsabilidad civil, reenviamos a lo indicado en: CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. “Premisa para un estudio sistemático de la responsabilidad civil y la tutela resarcitoria de los daños derivados de la ejecución de una medida cautelar en el proceso civil peruano”. En: ASOCIACION CIVIL IUS ET VERITAS (Compiladores). “Estudios de Derecho Procesal Civil”. Lima: Ediciones Legales. 2013. pp. 760-762. Desde la perspectiva del Derecho Procesal, ha resaltado esta idea: CAVANI, Renzo. “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 8. 2014. pp. 184-187.
- <sup>11</sup> Recientemente, Renzo Saavedra ha puesto de manifiesto los diversos modelos que explican la relación entre el derecho sustancial y el remedio; a saber: (i) El modelo que prepondera el remedio; (ii) el modelo que prepondera el derecho sustancial; (iii) el modelo que unifica el derecho y el remedio; y, (iv) el modelo que separa las reglas de conducta y las reglas de decisión. En: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “¿Donde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo ‘ubi remedium, ibi ius’”. En: *Forseti* 2. 2014. pp. 1-16.
- <sup>12</sup> DI MAJO, Adolfo. Óp. Cit. p.7.

el derecho procesal –supuestos calificables como “excepción procesal”<sup>13</sup>.

En el Segundo Pleno Casatorio también se aprecia una directa incidencia entre el derecho sustancial –la calificación como poseedor o no de la hija de un arrendatario para efectos de la prescripción adquisitiva– y el derecho procesal –la calificación como litisconsorte necesario o litisconsorte facultativo de la hija del arrendatario– que no ha sido abordada por nuestra doctrina de manera directa<sup>14</sup>, salvo puntuales excepciones<sup>15</sup>.

La situación es del todo similar en el Tercer Pleno Casatorio, en donde el derecho material –“indemnización” derivada de la separación de hecho en virtud del artículo 345-A del Código Civil– influye en el derecho procesal –en

la flexibilización del principio de la “congruencia procesal”–, y determina que el magistrado deba pronunciarse respecto de la pretensión de “indemnización” o de “adjudicación”, a pesar de que esta no haya sido solicitada por la parte demandante<sup>16</sup>.

En el Cuarto Pleno Casatorio se repite el patrón que estamos evidenciando cuando, a partir del derecho material –la identificación de los escenarios de “poseedor precario” y los mecanismos de defensa con los que cuenta–, se influye en la decisión a tomar en el derecho procesal –la prohibición de las sentencias en los procesos de desalojo que determinen su improcedencia<sup>17</sup>.

Sobre la base de lo que se acaba de evidenciar, planteamos como hipótesis del presente tra-

<sup>13</sup> Sin embargo, la decisión asumida en el Pleno Casatorio, dentro de la –supuesta– “interpretación sistemática” de las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil que asume, ha cometido equívocos que han sido denunciados por nuestra doctrina. Desde la óptica civil, son de revisión los trabajos de: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 116. 2008. pp. 43-57; y, MERINO, Roger. “Legitimando el abuso en el contrato. El Pleno Casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados”. En: ARIANO DEHO, Eugenia (Directora). “Manual de actualización civil y procesal civil”. Lima: Gaceta Jurídica. 2010. pp. 221-276. Desde la perspectiva procesal: ZELA VILLEGAS, Aldo. “Una oportunidad perdida: breves apuntes sobre el Pleno Casatorio”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 116. 2008. pp. 68-69. Aun dentro de esta última perspectiva, pero con posiciones expuestas de manera previa a la emisión del Pleno Casatorio, con una posición contraria a la admisión de la “transacción extrajudicial” como “excepción procesal”; ver: ARIANO DEHO, Eugenia. “De la excepción de transacción a la excepción de ‘conclusión del proceso por transacción’”. En: *Actualidad Jurídica* 170. 2008. p. 15; ZELA VILLEGAS, Aldo. “Transacción y cosa juzgada”. En: *Actualidad Jurídica* 170. 2008. p. 41. También se encuentran trabajos que defendieron la posición de la Corte Suprema: MONROY, Juan. “Sobre el ámbito de actuación de la Corte Suprema en materia casatoria y la excepción en el ordenamiento procesal peruano. Apuntes a propósito de dos reacciones con relación al primer Pleno Casatorio Civil”. En: [http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/\\_mbito\\_de\\_actuaci\\_n\\_de\\_la\\_suprea\\_y\\_excepci\\_n/3?e=1023184/3557049](http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/_mbito_de_actuaci_n_de_la_suprea_y_excepci_n/3?e=1023184/3557049). Asimismo: MORALES GODOL, Juan. “¿La transacción civil puede oponerse como excepción procesal?”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 114. 2008. p. 142; MARCHESI QUINTANA, Bruno. “Primer Pleno Casatorio de la Historia del Perú”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 116. 2008. pp. 63-66.

<sup>14</sup> GONZÁLES BARRÓN, Gunther. “Usucapión y coposesión en la Sentencia del Pleno Casatorio de la Corte Suprema”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 132. 2009. pp. 43-52; MEJORADA, Martín. “Fundamento de la usucapión. A propósito del Pleno Casatorio 2229-2008-Lambayeque”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 132. 2009. pp. 53-54; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. “Ese dolor de cabeza llamado ‘usucapión’”. A propósito del Pleno Casatorio. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 132. 2009. pp. 55-59; AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Aspectos grises sobre la coposesión y la prescripción adquisitiva. A propósito de la Sentencia del reciente Pleno Casatorio”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 133. 2009. pp. 95-99.

<sup>15</sup> LAMA MORE, Héctor Enrique. “La usucapión del coposeedor”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 132. 2009. pp. 35-37; TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. “Cuando el Pleno va perdiendo plenitud. Comentarios al Pleno Casatorio Civil 2229-2008-Lambayeque sobre usucapión a favor de coposeedores”. En: *Actualidad Jurídica* 199. 2010. pp. 58-64.

<sup>16</sup> Posición resaltada por especialistas en Derecho de Familia, como: MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. “Flexibilización de principios procesales e indemnización o adjudicación preferente en el Tercer Pleno Casatorio Civil”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 153. 2011. p. 68; BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. “Por una justicia predecible en materia familiar. Análisis del Tercer Pleno Casatorio”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 153. 2011. pp. 74-83; y también por especialistas en Derecho Procesal: HURTADO REYES, Martín Alejandro. “Soltando las rígidas formas. El principio de congruencia procesal y su flexibilización en el Tercer Pleno Casatorio”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 153. 2011. pp. 85-100; VERAMENDI FLORES, Erick. “El petitorio implícito en los procesos de familia. A propósito del tercer pleno casatorio”. En: *Diálogo con la jurisprudencia* 154. 2011. pp. 114-122.

<sup>17</sup> Esto ha sido particularmente evidenciado, más allá del equívoco empleo de la denominación “sentencia inhibitoria”, por: LOAYZA LAZO, Alberto. “No más pronunciamientos inhibitorios en el desalojo”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*. Tomo 8. 2014. pp. 71-82.

bajo que las deficiencias en las que ha incurrido la Corte Suprema al momento de analizar la pretensión de nulidad de negocio jurídico y de impugnación de acuerdos asociativos en el Quinto Pleno Casatorio han sido producto de una inadecuada comprensión de la interrelación entre el derecho procesal y el derecho material vinculado a la invalidez del negocio jurídico.

Para demostrar esta hipótesis, nos concentraremos en el estudio de la pretensión procesal<sup>18</sup> en los procesos de nulidad de negocio jurídico, lo cual tomará como metodología de trabajo una primera labor de “deconstrucción” de algunos planeamientos doctrinarios y jurisprudenciales, para luego iniciar un trabajo de “construcción” de conceptos que nos permitan realizar el análisis del Quinto Pleno Casatorio.

Con tal fin, en primer lugar, abordaremos la distinción entre la “ineficacia estructural” y la “ineficacia funcional”; en segundo lugar, desarrollaremos nuestros argumentos en contra de la distinción entre estos dos tipos de ineffectividad; en tercer lugar, plantearemos las líneas directrices de las categorías con las que sí trabaja nuestro Código Civil, como son la nulidad y la anulabilidad; en cuarto lugar, delinearemos las principales características de la pretensión de nulidad de un negocio jurídico; en quinto lugar, se realizará un análisis crítico del Quinto Pleno Casatorio en función a las consideraciones expuestas; y, finalmente, plantearemos nuestras conclusiones.

### III. ENTRE LA “INEFICACIA ESTRUCTURAL” Y LA “INEFICACIA FUNCIONAL”

En el apartado precedente se indicó que una de las posibles causas que explica los vicios en la argumentación desarrollada por el Quinto Pleno Casatorio consiste en no haber podido construir una relación de complementariedad entre derecho sustancial y derecho procesal.

La situación que se acaba de describir se presenta, la mayoría de las veces, por un inadecuado planteamiento de las categorías sustan-

ciales. Muestra de esto último se encuentra en el hecho que la Corte Suprema tomó como premisa de análisis la distinción entre “ineficacia estructural” e “ineficacia funcional”.

De este modo, resulta necesario conocer tanto la posición de nuestra Corte Suprema, como de la doctrina nacional que le ha servido de base, para posteriormente desarrollar nuestra posición contraria a la mencionada clasificación de la ineffectividad negocial.

#### A. La posición de la Corte Suprema

La Corte Suprema, en el Quinto Pleno Casatorio<sup>19</sup>, parte de la premisa que el concepto genérico y global que explica la no producción de efectos de un negocio jurídico es la “ineficacia negocial”, de manera que “[...] si es que no surgen los efectos jurídicos establecidos en el estatuto negocial privado, que constituye el propósito de las partes del negocio jurídico, ello se origina como consecuencia de la existencia de factores intrínsecos o extrínsecos del mismo negocio jurídico” (Fundamento Jurídico 145).

Sobre la base de la premisa anotada en el párrafo anterior, la Corte Suprema distingue dos tipos de ineffectividad, a saber: (i) La ineffectividad estructural o invalidez; y, (ii) la ineffectividad funcional o en sentido estricto.

Respecto de la “ineficacia estructural”, la Corte Suprema ha indicado que “[...] esto quiere decir que desde la emisión del negocio jurídico, el mismo se encuentra afectado por **vicios en su conformación originaria** que ocasionan su ineffectividad o su invalidez, por lo que dentro de los supuestos de esta especie de ineffectividad se presentan: i) Nulidad y ii) Anulabilidad” (Fundamento Jurídico 145) [El énfasis es nuestro].

A su turno, en cuanto a la “ineficacia funcional”, se tiene señalado que “[L]a ineffectividad funcional es la que se refiere a los negocios que habiendo producido efectos dejan de hacerlo, por un vicio sobreviniente a su emisión” (Fundamento Jurídico 156).

<sup>18</sup> Se posterga el análisis para otra ocasión de aspectos vinculados a la legitimidad para obrar, el interés para obrar, el tipo de sentencia a emitirse en los procesos donde se debate la invalidez del negocio jurídico, y la sentencia a emitirse en los procesos donde no sea una materia controvertida la invalidez del negocio jurídico. La omisión al régimen de la “prescripción” de la invalidez del negocio jurídico es intencional, toda vez que consideramos que la “prescripción”, antes que un aspecto procesal, es, propiamente, un aspecto de derecho sustancial.

<sup>19</sup> En adelante, las referencias a los “Fundamentos Jurídicos” hacen alusión al desarrollo realizado por la Corte Suprema en el Quinto Pleno Casatorio.

Ello es complementado en los siguientes términos: “En efecto, el negocio jurídico deja de surtir efectos que venía produciendo, a pesar de encontrarse exento de vicios en su conformación estructural originaria, solo que un **evento externo afecta al mismo de manera sobrevenida**, como sería el caso de la resolución, la inoponibilidad, la revocación, etcétera” (Fundamento Jurídico 157) [El énfasis es nuestro].

Ahora bien, no debe pensarse que estamos ante una posición novedosa de la Corte Suprema, toda vez que estos dos tipos de ineficacia ya habían sido contemplados en otros pronunciamientos<sup>20</sup>, de los cuales se evidencia que la distinción entre la “ineficacia estructural” y la “ineficacia funcional” ha sido tomada de la doctrina.

En ese sentido, es necesario prestar atención a la posición doctrinaria que ha servido de base para poder construir la tesis que ha asumido nuestra Corte Suprema como válida.

### B. La posición de la doctrina nacional

En nuestro ordenamiento, existe una doctrina didáctica y muy influyente<sup>21</sup> que ha realizado todo un desarrollo respecto de la ineficacia del negocio jurídico, distinguiendo, por un lado, las “ineficacias estructurales” y, por otro lado, las “ineficacias funcionales”.

Así, desde la premisa que la “ineficacia” es una categoría genérica<sup>22</sup>, se afirma que la “ineficacia negocial” se produce cuando los negocios jurídicos nunca producen efectos jurídicos o

<sup>20</sup> Por ejemplo, esta distinción es la que ha sido acogida en la Casación 526-2007-Lima, en la que nuestra Corte Suprema ha indicado en su Considerando Cuarto que: “La doctrina divide la ineficacia del acto jurídico en: a) Aquella motivada por la invalidez del acto jurídico (ineficacia estructural), donde el acto jurídico no produce efectos porque al momento de su concertación falta un elemento de su estructura o existe algún vicio, por ejemplo, la nulidad y la anulabilidad del acto jurídico; y, b) En aquella proveniente de causas extrañas a la estructura del acto jurídico (ineficacia funcional), donde el acto no obstante ser válido no produce todo o alguno de sus efectos por una causal extraña a su estructura como puede ser por una condición o el plazo, la resolución, la rescisión, el mutuo disenso, la reversión, etcétera”. Otro caso lo encontramos en la Casación 2092-2003-Huaura, la cual, bajo la influencia de una doctrina argentina, sostiene que “[...] debe considerarse que la doctrina moderna postula que la ineficacia (en sentido amplio) puede ser concebida de dos modos: a) la ineficacia estructural o intrínseca, que se refiere a la etapa de formación del acto jurídico y tiene lugar cuando existen defectos o vicios constitutivos que determinan su invalidez; y b) la ineficacia funcional, que se refiere a una etapa posterior a la formación del acto jurídico, y que por causas y circunstancias objetivas externas de carácter económico, social, moral, etcétera –que están en relación directa con los intereses particulares de las partes–, la voluntad negocial decae y se extingue; deja de interesar una o ambas partes el negocio jurídico; siendo la nulidad y la anulabilidad supuestos de la ineficacia estructural, mientras que, por ejemplo, la revocación, la resolución y el mutuo disenso son supuestos de ineficacia funcional [...]”.

Adicionalmente, podemos mencionar las siguientes: Casación 338-2011-Arequipa: “Si en un acto jurídico no concurren los elementos y presupuestos determinados como requisitos de validez jurídica, se configura la ineficacia estructural, pues siendo defectuosa la estructura no se podrá construir un acto jurídico válido”; Casación 3628-2011-Puno: “[...] la ineficacia funcional constituye una categoría jurídica distinta que se invoca no por la existencia de vicios que afectan la estructura misma del acto jurídico, sino cuando se trata de actos jurídicos que habiendo nacido válidos, posteriormente por razones voluntarias o legales dejan de producir efectos jurídicos buscados por las partes”; Casación 2699-2010-Tumbes: “En ese sentido, cuando el acto jurídico nunca produjo efectos jurídicos o habiéndolos producido inicialmente, estos desaparecen por un evento posterior a la celebración de los mismos, nos encontramos ante supuestos de ineficacia negocial, los cuales son de dos tipos: i) la ineficacia originaria, o también denominada estructural, que está referida a aquellos supuestos en los cuales el negocio o no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto (nulidad) o deja de producirlos retroactivamente por haber nacido viciado (anulabilidad); y, ii) la ineficacia funcional, que está referida a todos aquellos casos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico”.

<sup>21</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Acto jurídico, negocio jurídico y contrato”. Segund edición. Lima: Grijley. 2013. pp. 347-417.

<sup>22</sup> Desde la perspectiva de la comparación jurídica, se destaca que es en el modelo alemán, a diferencia del modelo francés, basado en su “teoría clásica de nulidades”, donde adquiere un rol central la categoría de “ineficacia” antes que la de “invalidez”. De este modo, se considera, por un lado, que la ineficacia –*Unwirksamkeit*– refiere a la no producción de ningún efecto jurídico correspondiente con el contenido del negocio; y, de otro lado, que la invalidez –*Ungültigkeit*– alude a aquel negocio que no surte tales efectos a causa de un vicio de constitución. La no producción de efectos de la invalidez podrá ser de forma absoluta ante un caso de nulidad –*Nichtigkeit*–, o la ineficacia se producirá soó cuando el que tenga la facultad para impedirlo no quiera que sea válido el negocio, con lo que estaremos ante un caso de impugnabilidad –*Anfechtbarkeit*. Sobre el particular, aunque con posiciones no uniformes, las directrices del modelo se pueden apreciar, entre muchas otras, en: SAVIGNY, Friedrich. “Sistema del Derecho Romano Actual”. Granada: Comares. 2005. pp. 750-761; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y Martin WOLFF. “Tratado de Derecho Civil”. Barcelona: Bosch. 1950. pp. 365-393; FLUME, Werner. “El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil”. Madrid:

dejan de producir aquellos que venían produciendo por la aparición de una causa sobreviniente a la celebración del negocio<sup>23</sup>.

Sobre la base de lo que se acaba de indicar, se distingue<sup>24</sup> dos tipos de ineficacias, a saber: La ineficacia inicial u originaria (denominada también ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural) y la ineficacia sobreviniente o funcional (denominada también por causa extrínseca).

Desde la perspectiva que venimos reproduciendo, en los supuestos de ineficacia originaria o estructural<sup>25</sup> el negocio jurídico no produce efectos jurídicos por haber “nacido muerto”, o dejará de producirlos retroactivamente por haber “nacido gravemente enfermo”.

Dentro de la ineficacia originaria o estructural se presentan dos supuestos: La nulidad y la anulabilidad, subsumiéndose ambas en el nombre genérico de “invalidez”, conforme se detalla en nuestro Código Civil a partir del artículo 219. En este ámbito se precisa que no

hay cabida para la inexistencia, dada la presencia del supuesto de “nulidad virtual” –que es la nulidad por contravención a las normas que interesan al orden público, las buenas costumbres y normas imperativas<sup>26</sup>.

Respecto de la ineficacia sobreviniente o funcional<sup>27</sup>, se afirma que ésta comprende todos aquellos supuestos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, cesa en su eficacia posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico. Los supuestos típicos de ineficacia funcional serían la resolución y la rescisión.

Como se puede apreciar, la forma didáctica en la que es expuesta esta forma de entender a la ineficacia negocial ha tenido un elevado impacto en nuestro medio, no sólo a nivel doctrinal<sup>28</sup>, sino también jurisprudencial, tal como se comprueba con la comparación entre lo dispuesto por nuestra Corte Suprema en el Quinto Pleno Casatorio y la posición doctrinaria anotada.

Fundación Cultural del Notariado. 1998. pp. 643-70; LOEWENWARTE, Víctor. “Derecho Civil Alemán Comparado con las características del Derecho Comercial”. Santiago: Nascimento. 1943. pp. 66-75; PLANITZ, Hans. “Principios de Derecho Privado Germánico”. Barcelona: Bosch. 1957. pp. 35-42. Interesante es el análisis institucional que, en términos generales del sistema, presenta: ZIMMERMANN, Reinhard. “The new German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives”. Nueva York: Oxford University Press. 2005. pp. 5-38.

<sup>23</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Óp. Cit. p. 348.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Debe anotarse que esta es la posición asumida por el Quinto Pleno Casatorio: “El supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originariamente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual”. Para un comentario crítico sobre el particular: MORALES HERVIAS, Rómulo. “La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*. Tomo 15. 2014. pp. 24-32.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Siguen esta posición, entre otros: BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Entre líneas y confusiones: significados ambiguos de la ineficacia del negocio jurídico”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 51. 2002. pp. 49-55; y, recientemente: BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo. “Eficacia e ineficacia de los contratos”. En: *Revista Jurídica del Perú* 148. 2013. pp. 133-147. Con ciertos matices de discrepancia, también es partícipe de la diferenciación: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “La nulidad del negocio jurídico: principios generales y su aplicación práctica”. Lima: Jurista Editores. 2002. La distinción entre “ineficacia estructural” e “ineficacia funcional” ya había sido planteada, aunque con un contenido diverso en cuanto a la “ineficacia funcional”, por la doctrina española. Así, Díez-Picazo señala que “[L]lamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un contrato defectuoso, viciado o imperfecto. La ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura misma del contrato (contrato imperfecto, defectuoso, viciado). La ineficacia estructural atiende por consiguiente a la fase de celebración o de formación del negocio jurídico”. A continuación, añade que “[L]a ineficacia funcional, en cambio, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente regular despliega. Hay ineficacia funcional, cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión”. Ver: DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Navarra: Civitas. 2008. p. 463.

Frente a esta clasificación de la “ineficacia negocial”, debemos manifestar nuestra posición en contra de la misma, básicamente, por ser confusa e inconsistente. A sustentar esta afirmación dedicaremos el siguiente apartado.

#### IV. MANIFIESTO EN CONTRA DE LA DISTINCIÓN ENTRE “INEFICACIA ESTRUCTURAL” E “INEFICACIA FUNCIONAL”

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<sup>29</sup>, lo cual termina incidiendo en la forma en que se plantean las pretensiones de nulidad de negocio jurídico en nuestro ordenamiento. Veamos las razones de esta posición.

##### A. La distinción entre “ineficacia estructural” e “ineficacia funcional” es confusa

En primer lugar, la denominación de “ineficacia estructural” es confusa e impropia, en tanto no refleja aquello que se quiere explicar.

Si, a causa de defectos estructurales, tanto los negocios que no producen efectos jurídicos –supuestos de nulidad– como los que dejan de producirlos retroactivamente –supuestos de anulabilidad– son cobijados bajo la categoría de la “ineficacia estructural”, se genera una confusión en tres escenarios.

Por un lado, al considerar a los negocios nulos como aquellos que no producen efectos jurídicos de forma originaria –“nacieron muertos”–, sólo se está indicando una verdad parcial, ya que la declaración de que un negocio sea nulo sí produce una serie de consecuencias jurídicas, las cuales van desde el deber de restitución de lo ejecutado entre las partes contratantes, hasta la cancelación de los asientos

registrales que publicitan el negocio, pasando por el resarcimiento de los daños causados<sup>30</sup>.

En consecuencia, cuando se afirma que el negocio nulo es ineficaz –estructural–, esta ineficacia sólo refiere a la ausencia de los efectos para los que estaba pensado el negocio, pero no significa que no se produzca ninguna consecuencia jurídica como correlato de la situación nulificante de un negocio jurídico.

Si se comprende lo anterior, entonces se refleja el nivel de confusión de considerar a los negocios nulos como escenarios de ineficacia estructural, toda vez que estos sí producen efectos jurídicos, los que son considerados como colaterales.

Por otro lado, el considerar a los negocios jurídicos anulables como supuestos de “ineficacia estructural” impide apreciar que, hasta su efectiva anulación, el negocio anulable no es nulo y sí produce efectos jurídicos.

El hecho que estos efectos jurídicos sean de carácter “precario”, en la medida que existe la contingencia de que se anule el negocio, no enerva el hecho que mientras estuvo vigente el negocio produjo efectos jurídicos. Bajo este punto de vista, el negocio anulable debe ser reputado como eficaz, por lo que resulta confuso que, produciendo efectos jurídicos, se le considere como un escenario de “ineficacia” (estructural).

Por último, tenemos que la categoría de la “ineficacia funcional” también es confusa, ya que sugiere que la única alternativa de considerar a un negocio como válido e ineficaz es si ésta ineficacia es sobrevinida; es decir, si ha mediado un hecho subsecuente a la celebración del negocio jurídico que impida la producción de los efectos jurídicos.

Sin embargo, la perspectiva expuesta en el párrafo anterior deja de lado a aquellas hipótesis

<sup>29</sup> Se ha pronunciado recientemente sobre el particular: MORALES HERVIAS, Rómulo. Óp. Cit. pp. 20-24, quien indica lo siguiente: “[...] 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”.

<sup>30</sup> Sobre el régimen general de restitución y responsabilidad es de revisión: GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. “Nulidad, restituciones y responsabilidad”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

en las cuales el negocio es válido y no produce efectos jurídicos, no por una causa sobrevenida, sino por una originaria, tal como sucede con los negocios sometidos a una condición voluntaria suspensiva. Repárese además que, en los escenarios de negocios sujetos a una condición suspensiva voluntaria, la decisión de que no se produzcan los efectos del negocio luego de la celebración del mismo proviene de la parte o de las partes que concluyen el negocio. En consecuencia, el justificativo de este tipo de ineficacia no se encuentra en un evento extrínseco del negocio, sino en la voluntad de las mismas.

En conclusión, se puede afirmar que la categoría de “ineficacia funcional” no es idónea para representar todo aquello que pretende explicar y, por ende, debe ser abandonada.

### **B. La distinción entre “ineficacia estructural” e “ineficacia funcional” es inconsistente**

La explicación de la confusión e impropiedad anotada en el apartado anterior se sustenta en la inconsistencia que constituye el plantear y superponer dos criterios diferentes de clasificación de la ineficacia bajo una única distinción: “ineficacia estructural” e “ineficacia funcional”. Los criterios de distinción a los que hacemos referencia son los siguientes: El momento en el que surge la ineficacia y la causa que motiva la ineficacia.

En efecto, si tomamos en consideración el momento en el que surge la ineficacia, podremos estar frente a una “ineficacia originaria” o ante una “ineficacia sucesiva”. Si el criterio de referencia es la causa que motiva la ineficacia, se diferenciaría entre una “ineficacia intrínseca” y una “ineficacia extrínseca”.

Entonces, el *quid* del problema al momento de contraponer la “ineficacia estructural” con la “ineficacia funcional” consiste en pretender reducir a una unidad dos criterios clasificatorios que, si bien son complementarios y no excluyentes, responden a diferentes parámetros de referencia.

En ese sentido, la “ineficacia intrínseca” o de “causa interna” difiere de la “ineficacia extrínseca” o de “causa externa” en que, en la primera, la ineficacia deriva “de un defecto de un elemento estructural del efecto jurídico dependiente de la ausencia de un co-elemento necesario y, más precisamente, de una fuente de calificación subjetiva u objetiva del efecto”<sup>31</sup>, mientras que en la segunda la ineficacia deriva “de la insatisfacción de un interés negocial, a pesar de estar estructuralmente completo, lo que determina que el valor parcial expresado por el negocio sea corregido, modificado o eventualmente eliminado”<sup>32</sup>.

A su turno, en la “ineficacia originaria” revisite un “rol fundamental el momento previsto para la eficacia del acto, el cual puede coincidir

<sup>31</sup> SCALISI, Vincenzo. “Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoría, manifestazione, astrazione, ineficacia”. Milán: Giuffrè. 1998. p. 379.

<sup>32</sup> Ibid. pp. 379-383. Se identifican como hipótesis de ineficacia dependiente de causas externas a las siguientes: (i) Adecuación; (ii) impedimento; y, (iii) eliminación. En primer lugar, en cuanto a la adecuación negocial, ésta puede estar presente con el fraccionamiento de la eficacia en el tiempo –como sucede en la suspensión de la eficacia o de ineficacia pendiente en donde hay efectos preliminares atípicos, mientras los efectos típicos están diferidos a un momento sucesivo en atención a circunstancias ulteriores– o mediante la limitación del contenido del efecto –tal como sucede en la ineficacia relativa en donde el efecto jurídico opera en toda su plenitud con relación a determinadas categorías de personas, pero es ineficiente respecto de otras categorías. En segundo lugar, el impedimento se presenta cuando la eficacia del negocio puede ser paralizada como consecuencia de un hecho impeditivo que se inserte entre el momento de relevancia y de conexión de los efectos. El impedimento aquí presupone un conflicto de planos contrastantes de intereses, y la solución del conflicto con la prevalencia del plano de intereses externo e incompatible respecto al sistema de intereses interno de la *fattispecie* negocial. Tal conflicto puede ser actual, si el interés externo, prevalente e incompatible, interfiere contextualmente al surgimiento del acto que por ello nace *ab initio* como ineficaz, o puede proyectarse al futuro, caso en el cual es necesario distinguir en función que el interés externo difiera simplemente en el tiempo de satisfacción del interés programado, sin poner en juego el surgimiento del efecto, o reaccionando no sólo sobre el cuándo –término suspensivo–, sino también sobre el efecto jurídico y conduzca a una situación de ineficacia definitiva del acto –deficiencia de la condición suspensiva–, de donde se sigue que sólo en este último supuesto conlleva un escenario de impedimento en sentido técnico. Finalmente, el escenario de eliminación de efectos jurídicos es aquel en el que se produce la “ineficiencia del negocio”, en donde existe una divergencia entre los intereses consagrados en el reglamento de las partes y el interés real de las mismas, o de una de ellas ubicado fuera del acto. Se precisa que tal divergencia puede derivar de circunstancias extrínsecas sobrevenidas –resolución– o de hechos intrínsecos originarios –rescisión–, y que no puede ser, por el contrario, removida desde el momento que los efectos se producen, sino a través de la eliminación del interés lesivo y, entonces, de la mutación negocial.

con el surgimiento del negocio (presupuestos o circunstancias preliminares) o suceder en un tiempo posterior (co-elementos accidentales o necesarios futuros) de modo que la ineficacia será originaria si el acto, por una causa coetánea o sucesiva a su formación, no llega a conseguir sus propios efectos<sup>33</sup>; en cambio, en la “ineficacia sucesiva” se comprenden “todos los casos en los cuales por interferencia de un interés externo, el negocio pierde sucesivamente los efectos que ya ha producido (ineficacia absoluta sucesiva) o sufre una limitación del contenido de los propios efectos (ineficacia relativa sucesiva)”<sup>34</sup>.

Desde este punto de vista, tomando en consideración las categorías que nos interesan en particular en esta sede, tendremos que los negocios nulos serán negocios con “ineficacia originaria”, pero además con “ineficacia de causa interna”. Asimismo, los negocios anulables podrán ser calificados como negocios con “ineficacia de causa interna”, pero con “ineficacia sucesiva” –aunque con efectos retroactivos.

En línea conclusiva de lo expuesto hasta este punto, se puede proponer abandonar la distinción entre ineficacia “estructural” y “funcional” al ser confusa e inconsistente, y proponer criterios de distinción que respondan a parámetros más estables, tales como la “ineficacia originaria”, la “ineficacia sucesiva”, la “ineficacia intrínseca” y la “ineficacia extrínseca”.

Si bien la visión expuesta responde a un enfoque centrado en la “ineficacia negocial”, no debemos perder de vista que nuestro ordenamiento reconoce como categorías legislativas a la “nulidad” y a la “anulabilidad”, y, en menor medida, a la “invalidéz”, razón por la cual esbo-

zaremos los lineamientos básicos de estas categorías a fin de poder comprender el impacto procesal al momento de configurar una “pretensión de nulidad”, a propósito del pronunciamiento emitido en el Quinto Pleno Casatorio.

## V. DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO COMO CATEGORÍAS LEGISLATIVAS A LA INVALIDEZ NEGOCIAL COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA

Luego de haber planteado nuestra opinión crítica respecto a la forma como nuestra doctrina y jurisprudencia tratan a la ineficacia negocial, es necesario tomar nota de las categorías legislativas recogidas en nuestro Código Civil con las que se da tratamiento a las afectaciones al programa negocial construido por los particulares.

En ese sentido, a continuación trataremos brevemente los alcances sustanciales de la “nulidad” y la “anulabilidad”, a fin de poder comprender, posteriormente, su funcionamiento en el campo procesal.

### A. La nulidad y la anulabilidad del negocio jurídico como categorías legislativas

Por un lado, la nulidad es un “instrumento de control normativo, utilizado junto a otros, para no admitir a la tutela jurídica intereses en contraste con los valores fundamentales del sistema”<sup>35</sup>, que puede ser aplicado a los intereses que conforman el programa de un negocio jurídico.

De este modo, sin dejar de conocer la evolución histórica<sup>36</sup>, se puede convenir en que la nulidad negocial constituye un mecanismo de

<sup>33</sup> Ibid. p. 449.

<sup>34</sup> Ibid. p. 451.

<sup>35</sup> TOMMASINI, Raffaele. “Nullità (dir. priv.)”. En: Enciclopedia del Diritto XXVIII. 1978. p. 870. Confróntese además: SACCO, Rodolfo. “Nullità e annullabilità (Diritto civile)”. En: Novissimo Digesto Italiano XI. 1965. pp. 455-467; FILANTI, Giancarlo. “Nullità. I) Diritto civile”. En: Enciclopedia giuridica XXI. 1990. pp. 1-12.

<sup>36</sup> Sobre el particular: MARINI, Cesare. “Lezioni di Diritto Civile Novissimo”. Nápoles. 1832. pp. 194-232. Se debe tener en consideración que Antonio Masi indica que, bajo la perspectiva formal romanista –clásica y pos clásica–, el acto “negocial” o es *nullum –nec-ullum*: inexistente–, o es válido en sentido amplio –existente–, siendo en este último caso una actuación, que tiene un grado potencial de producir efectos jurídicos, pero que bien puede producirlos –*utile*–, o no –*inutile*–. Ver: MASI, Antonio. “Nullità (storia)”. En: Enciclopedia del Diritto XXVIII. 1978. pp. 859-866. Así las cosas, PONTES DE MIRANDA, Francisco. “Tratado de Direito Privado”. Río de Janeiro: Borsoi. 1954. § 358 n. 2., ha indicado que en el “espíritu romano” quedaba excluida la posibilidad de “anular” un determinado acto, ya que sólo cabían dos alternativas: *Ullus* –existe– o *non ullus* –no existe–. Si luego de constatado el negocio se apreciaba que éste 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

tutela jurídica dirigida a eliminar del mundo jurídico aquellas situaciones que contravengan, por diversas razones, los intereses generales del ordenamiento<sup>37</sup>.

Ahora bien, la noción expuesta fija los alcances de la nulidad del negocio jurídico, de modo que, desde nuestro punto de vista, para considerar a un negocio jurídico como nulo se debe excluir parámetros tales como: (i) La “grave” anomalía de elementos constitutivos; y, (ii) la “no producción” de los efectos jurídicos.

En primer lugar, excluimos de la definición de nulidad la alusión a la presencia de una “grave” anomalía en la estructura del negocio<sup>38</sup>, ya que el establecimiento de un criterio cualitativo basado en la “gravedad” o “menor gravedad” de la patología que afecte al negocio no puede ser valorado en términos objetivos, al no ser un criterio cierto y específico, de lo cual se desprende que será la ley la que regule para cada caso en concreto, con lo arbitrario que puede ser ello, la causal de nulidad; lo cual implica un elevado riesgo de contradicción y ambigüedad legislativa.

En segundo lugar, también excluimos la referencia a la “no producción de los efectos jurídicos” de la definición de negocio jurídico, ya que si bien puede ser útil para comprender el aspecto funcional de la nulidad –la no producción de efectos jurídicos para los cuales estaba pensado el negocio–, impide apreciar, como se indicaba líneas arriba, que un negocio jurídico nulo es capaz de producir efectos jurídicos colaterales –restitución o resarcimiento–, o, inclusive, que en ciertos casos sí produzcan verdaderos efectos jurídicos finales<sup>39</sup>.

Legislativamente, las causales de nulidad del “acto jurídico” se encuentran reguladas en el artículo 219 del Código Civil<sup>40</sup>, a las que en adelante denominaremos como las “causales de nulidad”.

Por otro lado, tenemos a la anulabilidad del negocio jurídico, que determina la posibilidad de que un negocio jurídico pueda ser anulado; es decir, la susceptibilidad de que un negocio jurídico sea considerado como nulo. De este modo, el negocio jurídico anulable será aquel acto viciado respecto del cual el ordenamiento jurídico formula un juicio negativo o de inidoneidad, caracterizado por la atribución al negocio jurídico de efectos precarios eliminables –eficaz–, en tanto aparezca como potencialmente perjudicial sólo a los intereses de su autor o de otros sujetos aislados<sup>41</sup>.

Bajo este punto de vista, no puede ser compartida aquella perspectiva que ve en el negocio anulable a aquella reglamentación que se encuentre viciada con deficiencias “menos graves” que las que producen la nulidad, aun conteniendo los elementos esenciales y hasta originando una nueva situación jurídica dada la eficacia que despliega<sup>42</sup>.

El enfoque que se acaba de indicar incurre en el mismo vicio, denunciado al momento de definir la nulidad, consistente en hacer depender la noción de anulabilidad de un criterio cualitativo referido a la gravedad –“más grave” o “menos grave”– del vicio que determina la patología del negocio, lo cual implica un elevado riesgo de contradicción y ambigüedad legislativa.

presencia de un negocio nulo. Ya en el Derecho común –Ibid. § 358 n. 4–, señala que 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 declarando su nulidad.

<sup>37</sup> DI MAJO, Adolfo. Óp. Cit. p. 375.

<sup>38</sup> TOMMASINI, Raffaele. Óp. Cit. p. 868.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Artículo 219.- “El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

4.- Cuando su fin sea ilícito.

5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.

6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7.- Cuando la ley lo declara nulo.

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

<sup>41</sup> TOMMASINI, Raffaele. “Annullabilità e annullamento. II) Diritto privato”. En: Enciclopedia giuridica II. 1988. p. 2-3.

<sup>42</sup> BETTI, Emilio. “Teoría general del negocio jurídico”. Granada: Comares. 2000. p. 410.

Legislativamente, las causales de anulabilidad del “acto jurídico” se encuentran reguladas en el artículo 221 del Código Civil<sup>43</sup>, a las que en adelante denominaremos como las “causales de anulabilidad”.

De lo expresado previamente, se puede afirmar que uno de los criterios para determinar la distinción entre los supuestos de “nulidad” y de “anulabilidad” radica en el tipo de intereses que se pretende tutelar, de modo que en la nulidad estarán de por medio intereses generales, mientras que en la anulabilidad, es decir, en la susceptibilidad de anulación de un negocio jurídico, se tutelan los intereses del particular que realizó el negocio, siempre que dicho particular haya sufrido una afectación en concreto.

## B. La invalidez del negocio jurídico como categoría dogmática

A diferencia de lo que sucede con la “nulidad” o la “anulabilidad”, debemos indicar que la categoría de la “invalidez” es de carácter dogmático<sup>44</sup> antes que una categoría legislativa<sup>45</sup>.

La categoría de la “invalidez” pretende ser empleada para encuadrar dentro de un es-

quema unitario, por lo menos<sup>46</sup>, los remedios de la “nulidad” y la “anulabilidad”, de modo que se puede afirmar que la “invalidez” tiene una vocación omnicomprensiva de las patologías estructurales del negocio jurídico. De este modo, al ser la invalidez una noción “continente”, y por ende conceptual antes que operativa, se debe ser especialmente cuidadoso al momento de perfilar sus características.

Desde esta perspectiva, y atendiendo a las nociones expuestas de “nulidad” y “anulabilidad”, se puede convenir en que la invalidez negocial constituye una categoría caracterizada por escenarios en los que se produce una disconformidad de los valores del negocio jurídico con los valores del ordenamiento jurídico<sup>47</sup>, disconformidad que podrá ser resultado de las diversas patologías que incidan sobre la estructura del negocio jurídico.

De este modo, la invalidez representa una situación de irregularidad<sup>48</sup> de un negocio jurídico, y puede estar referida, como mínimo, a lo siguiente: (i) La estructura negocial o su ilicitud; y, (ii) las condiciones del sujeto o de los sujetos que celebran el negocio –aspecto volitivo y aspecto cognoscitivo. En el primer

<sup>43</sup> Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable:

1.- Por incapacidad relativa del agente.

2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

4.- Cuando la ley lo declara anulable”.

<sup>44</sup> En ese sentido, ver: TONDO, Salvatore. “Invalidità e ineficacia del negozio giuridico”. En: *Novissimo Digesto Italiano VIII*. p. 995; TOMMASINI, Raffaele. “Invalidità (dir. priv.)”. En: *Enciclopedia del Diritto XXII*. 1972. p. 583; MAZZONI, Cosimo. “Invalidità (diritto privato)”. En: *Enciclopedia giuridica XXVII*. 1988; ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”. Milán: Giuffrè. 2001. p. 733; GENTILI, Aurelio. “Le invalidità”. En: RESCIGNO, Pietro y Enrico GABRIELLI. “Il contratto in generale”. En: “*Trattato del contratti*”. Turín: UTET. 2006. p. 1407.

<sup>45</sup> Las referencias a la invalidez son dispersas en nuestro Código Civil, aunque la mayoría está ligada al negocio jurídico matrimonial. Así por ejemplo, refieren a la invalidez del matrimonio los siguientes dispositivos: 68, 243 inciso 2 y 3, 248, 274 inciso 3, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 318, 319 y 420. También se hace referencia a la invalidez en los siguientes artículos: 171 –en el Libro de Acto Jurídico–; 513 –en el Libro de Familia–; 806, 815 –en el Libro de Sucesiones–; 906 –en el Libro de Reales–; 1438, 1629, 1634, 1635, 1636, 1642, 1643 –en el Libro de Fuentes de las Obligaciones–; y, 2013 –en el Libro de Registros Públicos.

<sup>46</sup> Indicamos que, “por lo menos”, la categoría de la invalidez comprende a la “nulidad” y a la “anulabilidad”, toda vez que Roppo señala que “[...] dentro de estos territorios ciertos, se interpone una zona poblada de dudas y de contrastes. Así para la **simulación**, que algunas reconducen a la invalidez (bajo la especie de la nulidad), y otras a la ineficacia. Así para la **rescisión**, que la opinión prevalente considera extraña a la invalidez, a la cual por el contrario se adscribe una doctrina minoritaria pero autorizada. Así para las **condiciones generales del contrato**, en defecto de los requisitos ex artículo 1341, cuya calificación oscila entre la invalidez y la ineficacia. Así para las **cláusulas vejatorias** en los contratos de consumo, en la que la explícita calificación legislativa de la “ineficacia” no impide a los intérpretes una recalificación correctiva en términos de invalidez”. ROPPO, Vincenzo. *Óp. Cit.* p. 734.

<sup>47</sup> La noción de invalidez, como se podrá advertir, no es unitaria. Sobre el particular, Rómulo Morales destaca la pluralidad de construcción que la doctrina ha esbozado para explicar la validez, y reseña tres nociones de la misma, a saber: (i) La concepción orgánica de la invalidez; (ii) la concepción social de la invalidez; y, (iii) la concepción normativa de la invalidez. MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: *Derecho PUCP* 58. 2005. pp. 109-120.

<sup>48</sup> BIANCA, C. Massimo. “Diritto civile”. Milán: Giuffrè. 1987. p. 573.

punto, estaremos frente a un escenario de nulidad del negocio; en el segundo, nos encontraremos ante supuestos de anulabilidad del negocio.

Fijado el alcance dogmático de la categoría de la invalidez, se debe procurar dejar claramente establecido la correcta interrelación entre el plano de la “validez” –“invalidez”– y el plano de la “eficacia” –“ineficacia”. Y es que muchas veces: (i) O no se precisa la incidencia de la invalidez en el plano de eficacia negocial; por ejemplo, cuando se indica<sup>49</sup> que la invalidez es un defecto del hecho jurídico negocial producido por la falta o por el vicio de un elemento o requisito esencial –o constitutivo–; (ii) o se establece el alcance de la “invalidez” en función de su eventual “ineficacia”, tal como sucede cuando se afirma<sup>50</sup> que la invalidez se caracteriza por el concurso de dos elementos: Carácter intrínseco del vicio y radicalidad de su incidencia en el plano de los efectos.

La “validez” y la “eficacia” pertenecen a planos diferentes. De ahí que, si bien dichos planos se encontrarán relacionados, de modo que lo normal será que los negocios válidos sean eficaces, ello no debe significar que un plano determine al otro, de forma tal que será perfectamente posible identificar tanto supuestos de negocios válidos pero ineficaces –negocios regularmente estructurados, pero improductivos de efectos jurídicos–, como escenarios de negocios inválidos pero eficaces –negocios con defectos en su configuración, pero productivos de efectos jurídicos.

Veamos esto con mayor detenimiento. Como bien indica una doctrina<sup>51</sup>, que se ha desarrollado tomando en función un entorno normativo similar al peruano, para que un acto jurídico sea eficaz, se le va a exigir “eficiencia”, es decir, que no sea deficiente, ya que de lo contrario sus efectos –eficacia– no se podrán irradiar. La eficiencia del negocio jurídico, con-

tinúa afirmando esta doctrina, es la afirmación de que su “soporte fáctico” –*Tatbestand*– no es deficiente, en la medida que satisface todos sus presupuestos –agente capaz, objeto lícito y forma prescrita por la ley. De este modo, concluye esta posición, cuando se quiera determinar qué negocios jurídicos son válidos, lo que importa es establecer la presencia de los presupuestos de validez, o lo que es lo mismo, la ausencia de las causas de nulidad o de anulabilidad.

Como se puede apreciar, la cuestión de la eficacia o de la ineficacia es del todo ajena a la calificación de la validez del negocio jurídico, ya que si la validez alude a la conformidad del negocio con el ordenamiento jurídico, entonces, como bien se ha indicado<sup>52</sup>, antes de la conexión de los efectos, el ordenamiento jurídico tiene que cumplir con una valoración de idoneidad o inidoneidad del interés **relevante** para atribuir tales efectos jurídicos.

Con lo indicado, se puede comprender que la validez del negocio jurídico, es decir, el juicio de idoneidad respecto del interés para la atribución de efectos jurídicos, conlleva solamente a la susceptibilidad –potencial– de generar efectos jurídicos, lo cual significa que la validez del negocio no determina su eficacia de forma inmediata, en concreto y en todas sus direcciones<sup>53</sup>. De ahí que nos podamos encontrar frente a negocios válidos pero ineficaces –piénsese, por ejemplo, en los negocios sujetos a una condición suspensiva–, e incluso negocios inválidos y eficaces –como sucede en los negocios anulables de forma previa a su anulación.

Del mismo modo, la invalidez negocial, esto es, la valoración de inidoneidad del interés para la atribución de efectos jurídicos, no implicará que el negocio inválido sea siempre ineficaz, inmediatamente, en concreto y por cualquier aspecto<sup>54</sup>. Así, por ejemplo, si por un lado, el negocio jurídico nulo, que presenta un “sopor-

<sup>49</sup> Entre otros, BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 404-405.

<sup>50</sup> TONDO, Salvatore. Óp. Cit. p. 995. Aunque el autor refiere a “diferentes grados de intensidad” dentro de la invalidez, lo cual matiza su posición en cuanto al plano funcional de la invalidez.

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. Óp. Cit. § 356 n. 1.

<sup>52</sup> SCALISI, Vincenzo. “Invalidità e ineficacia. Modalità assiologiche della negoziolità”. En: Rivista di diritto civile 2. 2003. pp. 201-217. El artículo cuenta con una versión al castellano realizada por Carlos Zamudio Espinal, con notas de Rómulo Morales Hervías.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; y Ugo NATOLI. “Derecho Civil”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995. p. 996.

te fáctico” deficiente –invalidez–, es ineficaz; por otro lado, el negocio jurídico anulable, que también tiene un “soporte fáctico” deficiente –invalidez–, será eficaz hasta que no se emita una sentencia que disponga su ineficacia.

En conclusión, podemos indicar que el negocio nulo produce efectos colaterales entre las partes, e incluso, ante terceros –obligación de resarcimiento y obligación de restitución–; y que el negocio anulable, mientras no sea anulado, producirá efectos precarios –los efectos que los particulares predeterminaron en el reglamento negocial.

Fijada en estos términos la categoría de la “invalidez” y su relación con la “ineficacia”, podremos apreciar el impacto práctica de los conceptos expuestos en el plano procesal, centrándonos en la identificación y construcción de la “pretensión de nulidad”.

## VI. LA PRETENSIÓN PROCESAL Y LA INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro del diseño de la estrategia procesal al momento de elaborar una demanda se ubica, como uno de los puntos centrales a tomar en consideración, la adecuada formulación de la pretensión procesal.

Para tal efecto, se debe tener en consideración que la pretensión, desde la perspectiva procesal<sup>55</sup>, consiste en el pedido de tutela jurídica

que realiza un sujeto en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sobre la base de hechos que le sirven de sustento<sup>56</sup> delimitando, de manera inmediata<sup>57</sup>, el objeto del proceso<sup>58</sup>.

En función de lo anterior, la estructura de la “pretensión” está conformada por dos elementos, a saber: (i) La petición que se dirige al órgano jurisdiccional, consistente en una consecuencia jurídica en particular –*petitum*–; y, (ii) el fundamento en el que se sustenta dicha petición, con la respectiva alegación y la prueba de los eventos que configuran el supuesto de hecho que causalmente determina la consecuencia jurídica solicitada –*causa petendi*<sup>59</sup>.

Ahora bien, si para estructurar la pretensión se requiere establecer las consecuencias jurídicas que se pedirán y los elementos del supuesto de hecho que justifican el pedido, entonces se debe establecer cuáles son las mismas en el ámbito de la invalidez negocial –nulidad y anulabilidad.

### A. Parámetros sustanciales para la construcción de la pretensión procesal de nulidad del negocio jurídico

En atención a lo anterior, y recordando aquello que ya se ha indicado, debemos precisar que la “nulidad negocial” bien puede ser entendida como la consecuencia jurídica de un

<sup>55</sup> La noción de “pretensión” no puede ser entendida sino desde una perspectiva plural. En efecto, sin tomar en consideración este tipo de aproximación (como la realizada por Aurelio Gentili, quien formula una explicación de la pretensión tomando en consideración las enseñanzas del estudio histórico del Derecho romano, del Derecho Procesal Civil y del Derecho en general. GENTILI, Aurelio. “Pretesa”. En: Enciclopedia Giuridica. 1991. pp. 1-12) no se podrá admitir la distinción entre “pretensión material” y “pretensión procesal”, y comprender cómo es que ésta última no es una réplica de la primera a nivel jurisdiccional –apuesta por la correlación entre estas dos nociones de “pretensión”. Ver: MONROY GÁLVEZ, Juan. “Conceptos elementales del proceso civil”. En: “La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos”. Lima: Communitas. 2003. pp. 178-179. Para una revisión panorámica de la evolución del concepto de “pretensión”, se puede consultar: PALERMO, Antonio. “Pretesa”. En: Novissimo Digesto Italiano XIII.1966. pp. 803-808; y, ORSI, Luigi. “Pretesa”. En: Enciclopedia del diritto XXXV. Milán: Giuffrè. 1986. pp. 359-372. Para una visión crítica del concepto: CARNELUTTI, Francesco. “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”. En: “Studi di Diritto Processuale”. Padua: Cedam. 1927. p. 282; NICOLO, Rosario. “L’adempimento dell’obbligo altrui”. Milán: Giuffrè. 1936. p. 89. En el ordenamiento jurídico peruano, resulta infaltable la revisión del documentado trabajo de: APOLÍN MEZA, Dante Ludwig. “Introducción al estudio de la teoría de la pretensión”. En: Proceso y justicia. Revista de Derecho Procesal 2. 2002. pp. 53-66.

<sup>56</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano”. En: *Ius et Veritas* 40. 2010. p. 280.

<sup>57</sup> Señalamos que, de manera “inmediata”, la pretensión determina el “objeto” del proceso, toda vez que de manera “mediata” se pueden incluir nuevas pretensiones fijando el *thema decidendum*; por ejemplo, a partir de la “contestación de la demanda” o de la intervención de terceros en el proceso.

<sup>58</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. “Derecho jurisdiccional”. Barcelona: Bosch. 1995. pp. 85-87.

<sup>59</sup> Esta es la posición que entre nosotros ha seguido: APOLÍN MEZA, Dante Ludwig. *Op. Cit.* pp. 71-77, bajo la influencia de: ASENSIO MELLADO, José María. “Derecho Procesal Civil”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1997. pp. 109-112.

determinado estado situacional del negocio jurídico<sup>60</sup>, que es producto de diversas razones o causas que tienen en común contravenir los valores del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de que la “nulidad” y la “anulabilidad” son dos categorías distintas, hay que incidir en que las razones que justifican la “nulidad negocial” no se agotan en las denominadas “causales de nulidad” –previstas en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 219 del Código Civil–, sino que abarcan las “causales de anulabilidad” –previstas en el artículo 221 del Código Civil.

Repárese en que la “anulabilidad”, al ser la susceptibilidad de anulación, no es una consecuencia jurídica, sino un modo de ser de un negocio jurídico que es potencialmente perjudicial a los intereses de su autor o de otros sujetos aislados<sup>61</sup>. En otros términos: Los negocios afectados por una “causal de nulidad” son “negocios nulos” desde su celebración; por el contrario, los negocios afectados por una “causal de anulabilidad” son negocios que producen efectos jurídicos, pero que pueden devenir en “negocios nulos” como consecuencia de un pronunciamiento judicial que así lo disponga.

Si se comprende lo indicado previamente, no debería haber problemas en admitir que tanto las “causales de nulidad” como las “casuales de anulabilidad” generan como consecuencia jurídica, inmediata en el primer caso y contingente en el segundo, la nulidad del negocio jurídico.

Adviértase que con lo indicado no se está pretendiendo afirmar que “nulidad” y “anulabilidad” sean categorías idénticas, sino mostrar

que, así como pueden ser subsumidas dentro de la categoría de la invalidez, bien pueden tener la misma consecuencia, aunque su funcionamiento sea diferente. Así, las causas de nulidad operan según el esquema norma-hecho-efecto, mientras las causas de anulabilidad operan según el esquema norma-hecho-poder-efecto<sup>62</sup>.

A partir de la explicación que se acaba de desarrollar, se podrá comprender la forma en la que se estructura la “pretensión procesal” en el marco de los procesos de “nulidad de negocio jurídico”.

### B. La estructura de la pretensión procesal de nulidad del negocio jurídico

En lo que al petitorio –*petitum*– se refiere, éste debe consistir en: (i) La “declaración de la nulidad del negocio jurídico” cuando medie una “causal de nulidad”, toda vez que la nulidad deriva inmediatamente del estado situacional del negocio; o, en (ii) la –constitución– de la “nulidad del negocio jurídico” cuando medie una “causal de anulabilidad”, ya que en este caso la nulidad no deriva del estado situacional del negocio, sino de la sentencia que lo declare nulo, luego de la pretensión formulada por la parte afectada por el vicio.

Ahora bien, no debe olvidarse que, en tanto la nulidad del negocio jurídico –sea por causales de nulidad o de anulabilidad– produce efectos colaterales, como la obligación de restitución o la de resarcimiento, estos pueden ser objeto de la pretensión y formar parte del *petitum* que se plantee en concreto<sup>63</sup>.

En lo que al fundamento –*causa petendi*– se refiere, este debe consistir en los hechos que

<sup>60</sup> Bajo otra perspectiva, entre nosotros, Tantaleán, diferencia entre el “estado situacional de invalidez” –supuesto de hecho– y la “nulidad” –consecuencia jurídica–, en donde el primero responde a un “juicio valorativo abstracto” y el segundo a un “juicio imputativo concreto”, de modo que la “nulidad” sería el resultado de la junta de dos juicios: Uno causal –el de la invalidez– y uno imputativo –el de la nulidad. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. “La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento”. Lima: Ediciones Caballero Bustamante. 2010. pp. 106-117.

<sup>61</sup> TOMMASINI, Raffaele. “Annullabilità e annullamento. II) Diritto privato”. En: Enciclopedia giuridica II. 1988. p. 2-3.

<sup>62</sup> Sobre el particular: PROTO PISANI, Andrea. “La tutela c.d. costitutiva”. En: “I diritti e le tutele. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato”. Nápoles: ESI. 2008. p. 155.

<sup>63</sup> En esa línea se pronuncia Toscano cuando señala que: “Razones lógicas y prácticas aconsejan ejercer, junto con la pretensión de nulidad, otras pretensiones como la de restitución de lo pagado o de lo entregado bajo el amparo del contrato declarado nulo. Sin embargo, de no hacerse lo anterior en el mismo proceso ordinario donde se ventila la nulidad, no se pierde la oportunidad de solicitud en proceso separado, puesto que ‘dicha acumulación tiene su origen en la voluntad de la parte y la justifica la economía procesal’”. TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando. “La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia”. En: Revista de Derecho Privado 23. 2012. p. 410.

conforman tanto las “causales de nulidad” (defectos estructurales o supuestos de “nulidad estructural”<sup>64</sup>; contravención al ordenamiento jurídico o supuestos de “nulidad sanción”<sup>65</sup>; disposiciones normativas expresas o supuestos de “nulidad textual”<sup>66</sup>; o necesidad de protección a determinados grupos de sujetos o supuestos de “nulidad de protección”<sup>67</sup>), como las “causales de anulabilidad” (afectaciones a las condiciones del sujeto<sup>68</sup> o disposiciones normativas expresas<sup>69</sup>).

Si bien lo que se ha realizado es un análisis descriptivo de la pretensión procesal en los procesos de nulidad de negocio jurídico, consideramos que el discurso esbozado tiene plena operatividad, lo cual se pone en evidencia en situaciones concretas, tales como, por ejemplo, los límites de la aplicación del *iura novit curia* en los procesos de nulidad de negocio jurídico<sup>70</sup>, principio que ha sido invocado en el Quinto Pleno Casatorio Civil con relación a la pretensión procesal de impugnación de actos colegiales asociativos.

## VII. LAS CONFUSIONES DEL QUINTO PLENO CASATORIO: LA PRETENSIÓN PROCESAL DE “IMPUGNACIÓN” DEL NEGOCIO JURÍDICO

En un inicio se indicó que el Quinto Pleno Casatorio podía ser criticado desde diferentes puntos de vista, siendo que la perspectiva de análisis asumida por nosotros radicaba en demostrar la ausencia de una adecuada interrelación y coordinación entre las instituciones del Derecho Civil y las del Derecho Procesal.

Veamos a continuación lo desarrollado por el Quinto Pleno Casatorio, a fin de examinarlo críticamente en función a las consideraciones expuestas.

### A. ¿Qué se demandó en el caso concreto? ¿Nulidad del negocio o nulidad del documento?

La Sentencia Casatoria emitida por la Corte Suprema no permite responder con certeza a

<sup>64</sup> Nos referimos a los hechos que configuran: (i) La falta de manifestación de voluntad; (ii) la incapacidad absoluta; (iii) la imposibilidad o indeterminabilidad del objeto; (iv) la simulación absoluta; y, (v) la ausencia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

<sup>65</sup> Nos referimos a los hechos que configuran: (i) La ilicitud del fin; y, (ii) la contravención al artículo V del Título Preliminar.

<sup>66</sup> Nos referimos a los hechos que configuran, por ejemplo: (i) La renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación –artículo 218–; (ii) las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios –artículo 688–; (iii) la estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga –artículo 1328–; entre muchos otros.

<sup>67</sup> Nos referimos a los hechos que configuran, por ejemplo, las “cláusulas abusivas” contempladas en el artículo 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

<sup>68</sup> Nos referimos a los hechos que configuran los vicios de la voluntad, como el error, dolo o intimidación.

<sup>69</sup> Nos referimos, por ejemplo, a los hechos que constituyen: (i) La celebración del negocio jurídico realizado “consigo mismo” sin una autorización legal o voluntaria previa por parte del representado –artículo 166–; (ii) los “actos” realizados por los interdictos de forma previa a su interdicción cuando la causal haya sido notoria al momento de la celebración del negocio –artículo 582–; (iii) el testamento realizado por un incapaz no comprendido en el artículo 687 –artículo 808–; entre muchos otros.

<sup>70</sup> Sobre el particular, puede consultarse el trabajo de: ABANTO TORRES, Jaime David. “Las causales de nulidad del acto jurídico y el principio *iura novit curia*”. En: Jus. Doctrina & Práctica 1. 2007. pp. 151-158. Por su parte, nuestra Corte Suprema ha emitido decisiones contradictorias. Por ejemplo, en la Casación 3546-2002 Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado lo siguiente: “[...] Sétimo.- Que, como podrá apreciarse de lo expuesto, el petitorio de la demanda se sustentó en el fin ilícito y la simulación absoluta y al fijarse los puntos controvertidos se tenía que determinar si el acto jurídico de la compraventa materia de la nulidad contenía un fin ilícito y adolecía de simulación absoluta; Octavo.- Que, a pesar de ello, la sentencia de vista ha resuelto la controversia sustentada en la nulidad del acto jurídico cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible, lo que no ha sido petitorio de la demanda, ni tampoco punto controvertido fijado en la audiencia respectiva, sin que la parte demandante haya impugnado la fijación de puntos controvertidos [...]”. Luego de lo cual añadió: “[...] Décimo.- Que, el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil permite al juez aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, pero sin embargo, no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; Undécimo.- Que, la sentencia de vista, al sustentar su decisión en un argumento legal que no ha sido materia del petitorio ni materia controvertida, ha afectado el derecho de la recurrente, que no ha podido ejercitar su derecho de defensa al respecto [...]”. De un criterio diferente ha sido la Casación 2698-2011 Amazonas. En ella, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado lo siguiente: “[...] Sétimo.- Que, si bien a

las preguntas formuladas en el título de este acápite, ya que en diferentes secciones de la sentencia se hace referencia a: (i) Los actos contenidos en las actas de la Asamblea General; o, (ii) las actas de la Asamblea General.

Así, por ejemplo, en el “Resumen del Proceso” se refiere a la nulidad del “acto jurídico” contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria en los términos siguientes:

“La citada demanda tiene como pretensión principal, **la nulidad por las causales de falta de manifestación de voluntad del agente y adolecer de simulación absoluta respecto del acto jurídico contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria** de Asociados de fecha 10 de octubre de 2004 [...]; plantea como pretensiones accesorias: a) se declare **la nulidad del acto jurídico** contenido en el Acta de Asamblea General Extraordinaria de fecha 2 de octubre de 2005, [...] y b) se declare la nulidad de los asientos registrales de los citados actos jurídicos, inscritos en la Partida 01975773 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.” (Fundamento Jurídico 2) [El énfasis es nuestro].

Sin embargo, al momento de evidenciar aquello que fue objeto de pronunciamiento por el Juzgado de Primera Instancia, sólo se hace referencia a la nulidad de las Actas de Asamblea General Extraordinaria:

“Mediante sentencia de fecha 25 de julio de 2011, corriente a folios 262, el Juzgado Civil de Puente Piedra, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte **declara fundada la demanda**, en consecuencia **nulas las Actas de Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fechas 10 de octubre de 2004 y 2 de octubre de 2005**, ordenándose la cancelación de las inscripciones registrales de las mismas.” (Fundamento Jurídico 5) [El énfasis es nuestro].

Luego este último parecer es confirmado hacia el final de la decisión, en donde se precisa lo siguiente:

los hechos no resultaba aplicable la causal de nulidad establecida en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil (falta de manifestación de voluntad) nada impedía que los órganos Jurisdiccionales que conocieron la Litis en las instancias de origen, analicen los hechos a la luz de las demás causales de nulidad previstas en el mismo artículo 219 del Código Civil, teniendo los jueces de mérito en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el deber de aplicar el derecho que corresponda [...] Octavo.- Que, en consecuencia resulta evidente que las sentencias expedidas por las instancias de mérito se han dictado infringiendo lo previsto en el artículo VIII del Código Procesal Civil, por lo que debe ampararse el recurso extraordinario de casación interpuesto [...]”. Como se puede ver, en el primer caso no se admitió que el juez se pronunciase respecto de las causales de nulidad diferentes a las invocadas por las partes, mientras que en el segundo caso, el hecho que se haya omitido un pronunciamiento respecto de una causal de nulidad no alegada por la parte fue la razón por la que se amparó el recurso de casación.

“Debe observarse que **el petitorio de la presente demanda** respecto a la pretensión principal, busca que se **declare la nulidad del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Asociados** de fecha 10 de octubre de 2004 invocándose falta de manifestación de voluntad del agente y simulación absoluta; asimismo, dentro de **las pretensiones accesorias también peticiona la declaración de nulidad del Acta de Asamblea General Extraordinaria** de fecha 2 de octubre de 2005, precisando en sus fundamentos de hecho que no participó en las citadas asambleas ni tampoco muchos de los asociados, logrando una falsa participación y toma de acuerdos en las mismas.” (Fundamento Jurídico 262) [El énfasis es nuestro].

El tema no queda claro. Si lo que se demandó fue la nulidad de los acuerdos asociativos contenidos en las Actas de Asamblea General Extraordinaria, ¿cómo se explica la referencia a la “nulidad del documento”, y no a la “nulidad del acto”, en los Considerandos de la Sentencia?

Si lo que se demandó fue la nulidad de las Actas de Asamblea General Extraordinaria, el equívoco es mayor, pues todo el Pleno carecería de razón de ser, ya que se habría razonado en términos de “nulidad del acto”, cuando de por medio sólo debió discutirse la “nulidad de documento”.

Lamentablemente, la imprecisión se encuentra presente en la sentencia y no permite conocer los verdaderos hechos del caso, lo cual deslegitima su presunto –e inconstitucional– carácter vinculante.

## B. ¿La anulabilidad como petitorio de la pretensión de impugnación?

En este caso, la respuesta a la pregunta formulada debe ser negativa; es decir, no cabe plantear como petitorio de una pretensión, menos

aún en la pretensión de impugnación, la “anulabilidad” de un negocio jurídico.

El justificativo de la afirmación precedente es simple: Si hemos afirmado que el petitorio –*petitum*– de una pretensión está conformado por un determinado “efecto jurídico”, en consecuencia, la “anulabilidad” no puede conformar un petitorio, ya que no constituye una “consecuencia jurídica”, sino una especial situación de negocio que indica su susceptibilidad de anulación. En los supuestos en donde media una “causal de anulabilidad”, la consecuencia jurídica del negocio jurídico es la nulidad, la cual deberá ser constituida en la sentencia correspondiente.

A pesar de lo indicado, el Pleno Casatorio, al abordar la pretensión procesal de “impugnación” de los actos colegiales asociativos, se muestra contradictorio.

Así, mientras por un lado se señala que: “Con relación al objeto de la pretensión, cuya estructura tiene un pedido y una causa de pedir, corresponde señalar que a través de la pretensión impugnatoria se realiza **un pedido de ineficacia**, esto es de **nulidad o de anulabilidad**, precisándose en la causa de pedir la fundamentación correspondiente a dichas ineficacias estructurales, las cuales en que se sustenta que puede ser de nulidad, anulabilidad, así como las normas que permitan establecer vicios estructurales en el acuerdo impugnado”. (Fundamento Jurídico 181) [El énfasis es nuestro].

Por otro lado, se indica lo siguiente: “Con respecto a ello, cabe precisar que constituyen por tanto supuestos de suma gravedad, que **en caso de estimarse la impugnación del acuerdo, el efecto que se producirá** conforme al ordenamiento jurídico, lo reiteramos, **será la declaración de nulidad** del mismo.” (Fundamento Jurídico 183) [El énfasis es nuestro].

La contradicción en la que incurre la Corte de Casación es manifiesta: Primero, indica que la pretensión impugnatoria puede conllevar un pedido de nulidad o de anulabilidad, y luego, señala que la estimación de la impugnación de acuerdos producirá la declaración de nulidad. Sobre el particular, debemos realizar dos comentarios.

En primer lugar, el hecho que se afirme que ante la estimación de demandar la nulidad –

basada en causales de nulidad o de anulabilidad– se produzca la “declaración de nulidad” es inexacto, ya que la declaración de nulidad sólo procede respecto de los negocios afectados con una “causal de nulidad” en donde el negocio es nulo desde su celebración. Respecto de los negocios afectados con una “causal de anulabilidad”, no se “declara” la nulidad, sino que ésta se “constituye” con la sentencia.

En segundo lugar, consideramos que la “anulabilidad” no puede ser parte del petitorio de la pretensión de impugnación en tanto no constituye un efecto jurídico. Sin perjuicio de lo ya indicado, admitir a la “anulabilidad” como petitorio conllevaría, en el plano práctico, que el juez tenga que pronunciarse sobre si el negocio es “susceptible de ser anulado”, lo cual es absurdo, ya que lo que busca la parte no es que se establezca si es posible que se anule el negocio, sino que el negocio se “anule” efectivamente.

Lamentablemente, la contradicción se encuentra presente en la sentencia y la misma es insubsanable, deslegitimando su presunto –e inconstitucional– carácter vinculante.

### C. ¿Los fundamentos de la pretensión impugnatoria son los mismos que los de una pretensión de nulidad?

En el apartado anterior, se sugirió que el efecto jurídico de la estimación de una pretensión de impugnación era la nulidad del negocio jurídico. Sin embargo, a efectos de cerrar la configuración de la pretensión de impugnación, es necesario atender cuáles son sus fundamentos.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en la casación materia de análisis, ha indicado lo siguiente:

“La pretensión impugnatoria de asociación busca finalmente la ineficacia del acuerdo adoptado, estableciéndose en el artículo 92 del Código Civil los acuerdos que pueden ser cuestionados a través de la misma, esto es “(...) **Acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias** (...)”, los cuales, como consecuencia de la impugnación serán declarados nulos, al contravenir la normativa vigente y el estatuto de la Asociación Civil, vulnerando la voluntad de los que conforman la persona jurídica en su acto originario”. (Fundamento Jurídico 182) [El énfasis es nuestro].

De lo apenas transcrito, se puede colegir que los fundamentos sobre los cuales se basa la pretensión de impugnación, esto es, su *causa petendi*, consisten en la “violación de disposiciones legales” o en la “violación de disposiciones estatutarias”.

Si bien la “violación de disposiciones legales” puede hacernos pensar que nos encontramos ante una “causal de nulidad”, el hecho que la sola “violación de disposiciones legales” no determine la nulidad del negocio de manera originaria y automática, sino que le confiera a los asociados legitimados la posibilidad de impugnar el acuerdo asociativo en un plazo breve de caducidad, sugiere que nos situemos en el plano de la “anulabilidad”. Lo mismo podría reproducirse para el caso de la “violación de las disposiciones estatutarias”, en donde es más claro que no nos encontramos ante una “causal de nulidad”, dado el carácter privado del estatuto.

En consecuencia, la “violación de disposiciones legales” y la “violación de disposiciones estatutarias” no determinan de manera automática una situación nulificante en el acuerdo asociativo, sino que confieren a ciertos asociados la posibilidad de impugnar o cuestionar dicho acuerdo.

En función de lo anterior, si la pretensión de impugnación no genera la nulidad del negocio de manera inmediata, sino la posibilidad de que el mismo sea cuestionado a fin de que sea declarado nulo, entonces sólo puede afirmarse que estamos ante un escenario de “anulabilidad”, ya que nos encontramos ante acuerdos que son “susceptibles de ser anulados”, que era la noción de negocios anulables que

hemos planteado, y, además, porque de por medio no están intereses generales –como en la “nulidad”–, sino intereses particulares, vinculados a los asociados legitimados para impugnar el acuerdo.

Lo previamente indicado permite comprender en dónde yace el error argumentativo de la Corte Suprema en el Quinto Pleno Casatorio<sup>71</sup>: Si la pretensión impugnatoria refleja un escenario de “causales de anulabilidad”, entonces admitir que todo cuestionamiento a la validez de un acuerdo asociativo, basado en las “causales de nulidad” del artículo 219 y las “causales de anulabilidad” del artículo 221, se deba realizar únicamente a través de los parámetros impuestos por la pretensión impugnatoria regulada en el artículo 92 del Código Civil resulta excesivo, ya que se termina identificando el “todo” con la “parte”, ampliando el ámbito de actuación de la pretensión impugnatoria sin justificativo alguno

En el fondo, lo que la Corte Suprema no advierte es que, a pesar de que el *petitum* en la pretensión impugnatoria y la pretensión de nulidad del negocio jurídico podrían coincidir, los fundamentos de ambas pretensiones son diferentes. La falencia se torna más evidente cuando se compara la pretensión impugnatoria con la pretensión de nulidad basada en “causales de nulidad”, ya que en este caso ni siquiera hay una coincidencia en el *petitorio*, toda vez que la pretensión de nulidad indicada es de corte declarativo –que se reconozca la nulidad de un negocio–, mientras que la pretensión impugnatoria tiene por objetivo que el acuerdo asociativo sea anulado como consecuencia de la sentencia que estime la demanda.

<sup>71</sup> Situación argumentativa que se expresa en la doctrina nacional que sirvió de base a la Corte Suprema para emitir su decisión en el Pleno Casatorio. Consultar: CIEZA MORA, Jairo. “Violencia del tiempo. Ahora se pueden impugnar acuerdos dentro de diez años de tomados”. En: Revista Jurídica del Perú 126. 2011. pp. 13-21; “Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. En: Gaceta Jurídica. 2012; “La impugnación de acuerdos, la moral y la seguridad jurídica”. En: Diálogo con la jurisprudencia 178. 2013; “El tratamiento de la nulidad de acuerdos. A propósito del V Pleno Casatorio Civil sobre nulidad de acto jurídico”. En: OBSERVATORIO DE DERECHO CIVIL. “Acto Jurídico”. Lima: Motivensa. 2013. pp. 255-269; “¿Por qué al Jockey Club del Perú sí, y a la Asociación Hijos de Apurímac no? Contradicciones recurrentes en la impugnación de acuerdos vs. nulidad de acto jurídico”. En: Diálogo con la jurisprudencia 190. 2014. pp. 51-67. En la misma línea, ver: GUERRA CERRÓN, María Elena. “Impugnación y acción de nulidad de acuerdos asociativos. Diferencias a partir de sus presupuestos normativos”. En: Revista Jurídica del Perú 126. 2011. pp. 23-30; “La asociación como sujeto de derecho y el ejercicio de la acción de nulidad de un acuerdo asociativo”. En: Diálogo con la jurisprudencia 190. 2014. pp. 69-75; “El instituto de la impugnación en el Código Civil. A propósito del Quinto Pleno Casatorio”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 15. 2014. pp. 37-49. Asimismo, aunque con reservas: MORALES GODÓ, Juan, “¿Nulidad de acto jurídico o impugnación de acuerdos de los órganos de una asociación?”. En: Diálogo con la jurisprudencia 190. 2014. pp. 45-50; ESPINOZA, Juan. “Derecho de las personas, personas jurídicas y organizaciones no inscritas”. Lima: Grijley. 2012. p. 301.

Algunas dudas razonables podrían generarse si se compara la pretensión impugnatoria con la pretensión de nulidad basada en “causales de anulabilidad”, ya que en este supuesto los petitorios de ambas pretensiones coinciden, toda vez que en ambos casos se busca anular el negocio como consecuencia de la sentencia que estime la pretensión. Sin embargo, debemos dejar sentado que existen diferencias entre los fundamentos de ambas pretensiones.

Las “causales de anulabilidad” del artículo 221 del Código Civil se refieren a los siguientes supuestos: (i) Incapacidad relativa; (ii) vicios de la voluntad —error, dolo, intimidación—; y, (iii) negocio disimulado en la simulación relativa. Ya se ha visto que los fundamentos de la pretensión de impugnación reposan en la “violación de disposiciones legales” o “violación de disposiciones estatutarias”.

Como se puede apreciar, estos dos tipos de fundamentación difieren la una de la otra, toda vez que en el primero se protege el interés particular de la persona afectada por la incapacidad, el vicio o la simulación; mientras que en el segundo, el interés protegido es el de un asociado, ya sea porque no asistió al

acuerdo o porque dejó constancia de estar en desacuerdo con la decisión de la asamblea, y en donde el estado de capacidad o incapacidad, voluntad viciada o libre de vicios en nada condiciona la legitimidad de los asociados.

Al estar frente a causales que protegen afectaciones a diferentes intereses, el correlato lógico es considerar inadmisibles el reconducir a una unidad los fundamentos de la pretensión de impugnación con los fundamentos de la pretensión de nulidad por “causales de anulabilidad”. No obstante ello, no consideramos que en el caso de la impugnación nos encontremos ante un mecanismo de tutela distinto al de la anulabilidad, ya que el supuesto básico de esta figura se mantiene incólume: La susceptibilidad de anulación<sup>72</sup>.

En conclusión, la pretensión impugnatoria se constituye como un mecanismo para hacer valer las causales de anulabilidad contenidas en el artículo 92 del Código Civil consistentes en la “violación de disposiciones legales” y la “violación de disposiciones estatutarias”. Ello determina que las “causales de nulidad” —referidas a la estructura del negocio o la contravención al ordenamiento jurídico— no puedan ser subsumidas en esta pretensión<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> La “anulabilidad”, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, se distingue por implicar una “susceptibilidad de anulación” de un negocio. En tanto el remedio consiste en tener la posibilidad de anular un negocio, el hecho que se identifique diferentes razones o causas legítimas por las cuales se admita esta posibilidad, no establece un remedio diferente para cada causal, siempre que la protección última sean intereses particulares. Así, por ejemplo, la causal de anulabilidad por los vicios de la voluntad y la causal de anulabilidad por incapacidad relativa del agente, siguen siendo supuestos de anulabilidad, a pesar de que son dos causales diferentes. Asimismo, en tanto la “violación de disposiciones legales” y la “violación de disposiciones estatutarias” permiten la anulación del acuerdo asociativo, nos seguimos encontrando ante el remedio de la anulabilidad.

<sup>73</sup> Una posición diferente es la sustentada de forma documentada por Ronquillo, quien indica que la “impugnación” es una suerte de “anulabilidad especial”, basada en el modelo de la “impugnación” alemana, y caracterizada por haber convertido “causales de nulidad” en “causales de anulabilidad”. En específico, se indica que: “[...] la citada norma ha convertido las causas de nulidad en causas de anulabilidad, situación que, por lo demás, no se encuentra reñida con la sistemática de la invalidez negocial, ya que el inciso 4 del artículo 221 del CC establece que un acto será anulable cuando una norma lo declare como tal, esto es, sin importar el vicio del que se trate (y, en el caso, tal norma sería precisamente el artículo 92), mientras que el inciso 8 del artículo 219 establece que el acto será nulo cuando contravenga el orden público o las buenas costumbres salvo que la ley establezca sanción diversa (y, en el caso, dicha sanción diversa sería la anulabilidad)”. Ver: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. “Las patologías y los remedios en los acuerdos de una persona jurídica sin fines de lucro. ¿Es la impugnación un remedio autónomo?”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*. Tomo 10. 2014. pp. 51-83; y en “El Quinto Pleno Casatorio Civil y una oportunidad perdida para revalorizar el rol de la jurisprudencia”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*. Tomo 15. 2014. pp. 51-83. Si bien concordamos con esta tesis en el extremo que considera inadmisibles que se reconduzcan los supuestos de “inexistencia” negocial a la hipótesis del artículo 92 del Código Civil, en la medida que el supuesto de hecho de esta norma presupone que los acuerdos a ser cuestionados existan, disintimos en el extremo que se admita que supuestos de “nulidad estructural” o de “nulidad sanción” hayan sido convertidos en causales de anulabilidad bajo la causal de “violación de una disposición legal”. Y es que, si bien esa interpretación es coherente con las premisas de las cuales parte, requiere justificar el por qué el asociado y tercero tendrían diferentes mecanismos para hacer frente a los mismos vicios: El primero, la vía procedimental abreviada y un plazo de caducidad, mientras que el segundo, la vía procedimental de conocimiento y un plazo de prescripción. El hecho que uno tenga la calidad de asociado y el otro no no sería justificativo suficiente, ya que la situación fáctica nulificante que se enfrenta en el negocio es la misma y no varía si se

Adviértase que lo que se acaba de evidenciar resulta un punto de convergencia dentro de dos de las tesis que se han esbozado en nuestra doctrina para la interpretación del artículo 92 del Código Civil, expuestas con ocasión del Quinto Pleno Casatorio, y que parecerían irreconciliables.

En efecto, tanto la tesis<sup>74</sup> que identifica a la “impugnación” como un remedio autónomo, pero complementario a los remedios de “nulidad” y la “anulabilidad”, de modo que la “pretensión de impugnación” no configura un régimen especial, sino un régimen diferente al de la invalidez contenido en el Libro II del

Código Civil; como la tesis<sup>75</sup> según la cual la acción impugnatoria es una acción de anulabilidad de los actos colegiales asociativos contrarios a la ley y al contenido del estatuto, sobre la base de un estudio dogmático y comparado; coinciden en sostener que las causales que justifican el artículo 92 no pueden comprender las “causales de nulidad” –artículo 219 del Código Civil– ni las “causales de anulabilidad” –artículo 221 del Código Civil<sup>76</sup>.

Lamentablemente, la decisión casatoria no guarda una coherencia argumentativa interna, lo cual abona en la deslegitimación de su presunto –e inconstitucional– carácter vinculante.

tiene o no la condición de asociado. En ese sentido, consideramos que para delimitar los fundamentos de la pretensión de impugnación es necesario prestar atención a aquellos escenarios en los cuales sí se justifica que sólo el asociado legitimado, por tener tal calidad, tenga la posición habilitante para cuestionar un acuerdo asociativo. Bajo esta premisa, se reduciría la necesidad de recurrir a la “inexistencia”, toda vez que, ahora, la causal de “falta de manifestación de voluntad” adquiriría operatividad y cubriría buena parte de los escenarios de “inexistencia”. Asimismo, el excluir los supuestos de nulidad de la fundamentación de la pretensión de impugnación sería acorde con el hecho que el acuerdo impugnado, hasta antes de la emisión de la sentencia, no sea nulo así haya habido una “violación de disposiciones legales” o una “violación de disposiciones estatutarias”, según se desprende del artículo 92 del Código Civil. Finalmente, con esta interpretación se logra aquello que parece haber sido el justificativo del Pleno: Evitar que los asociados salven el vencimiento del plazo de caducidad que impone la pretensión de impugnación, recurriendo al plazo de prescripción establecido para la pretensión de nulidad, ya que no nos encontraríamos ante una norma especial, sino ante una norma de diferente alcance, ya que en cualquier caso se deberá atender a si en el caso concreto se configuran o no las causales denunciadas, tal como se muestra en: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Nulidad de acuerdos emitidos en asamblea general”. En: Revista Jurídica del Perú 126. 2011. pp. 31-36.

<sup>74</sup> GONZÁLES BARRÓN, Gunther. “La impugnación de acuerdos es un tercer remedio autónomo, distinto a la nulidad y anulabilidad”. En: Diálogo con la jurisprudencia 172. 2013. pp. 35-56; “Sobre la pretensión de convalidar las falsificaciones luego de treinta días desde la inscripción. Comentario a la Casación 2978-2011”. En: Revista Jurídica Thomson Reuters 71. 2014; “Sobre la impugnación de acuerdos en asociaciones civiles”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 11. 2014. Si bien no compartimos el sentido en que se usa el término “dogmática jurídica” en sus escritos, son de gran relieve tanto (i) la propuesta interpretativa que propone para coordinar los fundamentos de la pretensión impugnatoria del artículo 92 del CC –véase pie de página 75–; como (ii) los justificativos filosóficos, ético-jurídicos, sistemáticos y sociales para evidenciar que la solución adoptada por la Corte Suprema es equívoca. En definitiva, de admitirse que el aspecto valorativo forma parte de la verdadera dogmática –tal como lo enseña FALZEA, Angelo. “Efficacia giuridica”. En: Enciclopedia del Diritto XIV.1965. pp. 432-509– consideramos que las críticas esbozadas por el autor no se dirigirían al “dogmatismo”, sino a una suerte de “dogmatismo-pop” o “falso dogmatismo”.

<sup>75</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. “¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos?”. En: Diálogo con la jurisprudencia 190. 2014. pp. 27-28; “La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 15. 2014. pp. 20-24.

<sup>76</sup> No obstante, las tesis sí difieren en la identificación de las causales de procedencia de la “pretensión impugnatoria”. Para la primera tesis, son causales para la impugnación de acuerdos asociativos los siguientes: (i) Escenarios de conflictos de interés presentes en los actos colegiales, en donde puede suceder que el grupo de asociados mayoritarios puedan hacer prevalecer su propio interés en contra del de la asociación; (ii) casos de violación estatutaria, aun cuando exista mayoría, como la elección de un consejo directivo sin seguir las reglas que exigen la actuación de un comité electoral; o el nombramiento de un representante para un plazo mayor que aquel señalado en la norma convencional; y, (iii) los supuestos en los que hay un abuso de la mayoría sobre la minoría, pues en tales casos o existe contravención a la ley o existe contravención al estatuto. Para la segunda tesis, se distinguen dos hipótesis: (i) Los actos colegiales asociativos son anulables por ser contrarios a normas imperativas cuando incurran en las siguientes causales: Los libros de la asociación no cumplen el contenido determinado por ley, cuando algún órgano de la asociación le sustrae a la asamblea general la competencia de ser el órgano supremo de la asociación, cuando la convocatoria a la asamblea general no cumple con los requisitos indicados por ley, cuando la asamblea general omite decidir sobre asuntos establecidos obligatoriamente por la ley, cuando la asamblea no respeta el quórum ni la representación de los asociados, cuando se otorga al asociado más de un derecho a voto, cuando no se cumple el procedimiento para la disolución por liquidación y cuando no se cumple el procedimiento del destino del haber neto resultante; y, (ii) los actos colegiales asociativos anulables por ser contrarios al contenido del estatuto, lo cual incurre cuando: No se toma en cuenta la denominación o la duración o el domicilio de la asociación, no se consideran

**D. ¿Es correcto sustentar la adecuación a la pretensión de impugnación como una aplicación del principio del *iura novit curia*?**

La Corte Suprema, luego de los equívocos y contradicciones en los que incurre en su argumentación, concluye con una regla que constituye “doctrina jurisprudencial vinculante”, y que revela cómo se pueden mal emplear los institutos procesales ante el desconocimiento de los alcances del derecho sustancial en desmedro de los intereses de los particulares.

La sentencia casatoria señala como regla vinculante la siguiente:

“El Juez que califica una **demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil** u otra norma que pretenda cuestionar la **validez del acuerdo**, puede **adecuar** esta, de conformidad con el **artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, siempre y cuando, **conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92 del Código Civil**; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.” (Doctrina Jurisprudencial Vinculante 6) [El énfasis es nuestro].

En otros términos, la Corte de Casación está admitiendo que, al amparo del denominado principio del *iura novit curia*<sup>77</sup>, los magistrados pueden “adecuar” pretensiones de nulidad y

que se traten como pretensiones de impugnación, modificando la vía procedimental y aplicando un plazo de caducidad, cuando de por medio esté el cuestionamiento a un acuerdo asociativo.

El principio de “*iura novit curia*” ha sido explicado por la misma Corte Suprema, en la Casación 554-2004-Cusco, en los siguientes términos:

“El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Tal precepto se encuentra comprendido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y es conocido como el principio *iura novit curia*. **La norma procesal citada cumple dos funciones:** 1) Una **supletoria**, cuando las partes han omitido los fundamentos de derecho o la invocación de la norma jurídica que sustente la demanda y demás actos postulatorios; y, 2) una **correctiva**, cuando las partes han invocado equivocadamente una norma jurídica como sustentatoria de sus peticiones, en cuyo caso el juez debe corregir el error aplicando la norma jurídica pertinente.”

Sin embargo, el deber del juez de “aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”, tal como indica el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no le otorga a éste un poder omnímodo y omnipotente frente a las pretensiones de los particulares, sino que su aplicación está sujeta a límites concretos.

Los límites<sup>78</sup> que el propio ordenamiento procesal establece al *iura novit curia* están constituidos por el “petitorio” –*petitum*– y los “hechos alegados por las partes” –*causa petendi*–, lo cual refleja la necesidad de que se respete tanto el “principio de congruencia

los fines de la asociación, no se toma en cuenta los bienes que integran el patrimonio social, no se respeta la constitución y el funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación, se vulneran las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros, se restringen los derechos y se amplían los deberes de los asociados ya preestablecidos en el estatuto, se omite el cumplimiento de los requisitos para la modificación del estatuto, se dejan de lado las normas para la disolución y la liquidación de la asociación, y cuando se apruebe la continuidad del funcionamiento de la asociación a pesar que ella ya no puede funcionar según su estatuto.

<sup>77</sup> Sobre la evolución histórica y comparada de este principio, puede consultarse: MONROY GÁLVEZ, Juan, “El aforismo *iura novit curia* y el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984”. En: “Temas de proceso civil”. Lima: Studium. 1984. pp. 2010 y siguientes.

<sup>78</sup> Sobre el particular, en nuestro medio es de necesaria revisión: APOLÍN MEZA, Dante Ludwig. “Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo *iura novit curia* y la reconducción de pretensiones”. En: *Ius et Veritas* 29. 2005. pp. 37-40.

procesal”, como el “derecho al contradictorio” de las partes, ya que lo que se quiere evitar es que los magistrados se pronuncien respecto de extremos sobre los cuales las partes no han podido ejercer sus derechos a alegar, contra-decir, probar, impugnar, entre otros.

En consecuencia, las preguntas que debemos hacernos para establecer si el principio del *iura novit curia* ha sido bien aplicado son las siguientes: ¿se modificó el petitorio de la pretensión del demandante? ¿Se modificaron los fundamentos de hecho de la pretensión del demandante? Si cualquiera de las preguntas recibe una respuesta afirmativa, entonces el magistrado ha realizado una aplicación indebida del *iura novit curia* y, en consecuencia, ha lesionado los derechos de los justiciables que participaron en el proceso.

Respondamos ambas preguntas en el caso concreto.

¿Se modifica el petitorio cuando se “adecúa” una pretensión de nulidad a una pretensión de impugnación? La respuesta dependerá del tipo de pretensión de nulidad. Si lo que se pide en la pretensión de nulidad es que el negocio en cuestión sea anulado, no hay mayor modificación respecto de la pretensión de impugnación. Empero, si lo que se pide en la pretensión de nulidad es que se declare que pre-existía un negocio nulo, entonces sí nos encontramos ante petitorios diferentes. Este razonamiento permite evidenciar que la aplicación del *iura*

*novit curia*, en los términos expuestos por la Corte Suprema, ha sido equívoca.

¿Se modifican los fundamentos de hecho de la pretensión cuando “adecúa” una pretensión de nulidad a una pretensión de impugnación? Aquí la respuesta es afirmativa. En el apartado precedente concluíamos indicando que las “causales de nulidad” y las “causales de anulabilidad” contenidas en el Libro II del Código Civil no podían ser consideradas como fundamentos de la pretensión de impugnación; es decir, que los fundamentos de la pretensión impugnatoria no son los mismos que los de la pretensión de nulidad del negocio jurídico. De modo que, al operar una “adecuación” de pretensiones, necesariamente se está modificando la *causa petendi* de la pretensión y, con ello, aplicando equívocamente el principio del *iura novit curia*<sup>79</sup>.

Una pregunta adicional debe ser resuelta: ¿Cuál ha sido la razón para que la Corte Suprema cometa semejante equívoco?

Repitémoslo una vez más: El haber considerado que, en tanto la consecuencia jurídica –*petitum*– de la pretensión de impugnación sería la misma que la consecuencia jurídica –*petitum*– de la pretensión de nulidad, ya sea basada en causales de nulidad o de anulabilidad, entonces su fundamentación podía ser reconducida a una unidad común. Sólo que ni el petitorio ni la fundamentación son comunes entre ambas pretensiones<sup>80</sup>. Ello es una

<sup>79</sup> De distinto parecer es Carlos Montoya, quien destaca la necesidad de no valerse de “vías indirectas”, como sería el régimen de nulidad y anulabilidad, respecto de la pretensión de impugnación de acuerdos asociativos. La discrepancia radica en el presupuesto que se toma para tal afirmación. Desde nuestro punto de vista, no puede hablarse de “vías indirectas” cuando se regulan supuestos diferentes, con lo que la denominada eliminación del “abuso de la pretensión de nulidad” es en realidad una limitación injustificada a los mecanismos de tutela de los asociados legitimados para hacer frente a los acuerdos asociativos patológicos. MONTOTOYA CASTILLO, Carlos Franco. “Amparando el abuso de la pretensión de nulidad bajo la sombra de una aparente incongruencia. ¿Impugnación de acuerdos o nulidad de acto jurídico?”. En: Revista Jurídica del Perú 126. 2011. pp. 37-46.

<sup>80</sup> No se pretenda interpretar que estamos ante una aplicación concreta del *iura novit curia*, consistente en el denominado “principio de suplencia de la queja deficiente”, ya que ambos responden a alcances y límites diferentes. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC: “En cuanto a la aplicación de estos principios, el Tribunal ha puesto límites cuando ha señalado, sobre la suplencia de la queja deficiente, que el juez (...) únicamente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda (...). En tanto que, (...) cuando se trate del aforismo *iura novit curia*, al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso (...)”. Ahora bien, no se piense que no se puede aplicar este principio en el proceso civil sobre la base del presunto deber especial de protección de los derechos fundamentales que poseerían los jueces constitucionales, como equívocamente sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00431-2007-PA, ya que dicho deber lo tienen todos los jueces y no sólo los constitucionales. El justificativo de su inaplicación en la decisión del Quinto Pleno Casatorio puede ir en dos direcciones. En primer lugar, atendiendo a la diferente naturaleza de los procesos civiles y constitucionales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes 0569-2003-

muestra gravísima de la falta de interrelación entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal, que es el verdadero problema que debe enfrentarse<sup>81</sup>.

### VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: CUANDO LAS SOLUCIONES ALTERNATIVAS NO SON SOLUCIONES

El Quinto Pleno Casatorio, por un inadecuado manejo y comprensión de las categorías civiles y procesales, ha privado a los asociados legitimados de la posibilidad de plantear demandas de nulidad de negocio jurídico –acuerdo asociativo– al amparo de los artículos 219 y 221 del Código Civil, imponiendo como único mecanismo para cuestionar este tipo de negocios la pretensión de impugnación regulada en el artículo 92.

La decisión de la Corte Suprema ha restringido injustificadamente los mecanismos de tutela con los que contaban los asociados para hacer frente a actos colegiales asociativos que presenten patologías estructurales vinculadas a causales de nulidad y anulabilidad, lo que conlleva la imposibilidad de obtener los mecanismos de tutela jurídica conexos tales como la restitución, el rescaramiento o la cancelación de asientos registrales.

Ante este panorama, el Fundamento Jurídico 201 del Pleno Casatorio parecería plantear

una solución alternativa. En efecto, ahí se lee que: “Los asociados tienen expedita la vía penal para la salvaguarda de sus intereses”, lo cual parecería plantear un remedio alternativo a los mecanismos de tutela civiles.

La contradicción es inconcebible. Si en aras de una supuesta seguridad jurídica que garantice la estabilidad y desarrollo de la persona jurídica se ha cercenado a los particulares la posibilidad de plantear una verdadera pretensión de nulidad contra los acuerdos colegiales asociativos, entonces, ¿cómo se explica que se habilite la vía penal para lograr justo aquello que se quería evitar? Esto es: Que más allá del plazo de caducidad de la pretensión impugnatoria no se cuestione el acuerdo colegial asociativo.

¿Acaso la Corte Suprema no tomó en consideración que, junto con la pena privativa de libertad, se podría solicitar en sede penal la nulidad o anulación de los actos o negocios realizados con posterioridad o de forma concomitante al delito –por ejemplo, falsedad genérica o asociación ilícita– como una “consecuencia accesoria del delito”?

Los efectos en el plano práctico de la decisión de la Corte Suprema no han sido adecuadamente ponderados. Así: (i) Se han restringido y eliminado mecanismos de tutela jurídica civil para los asociados afectados por los acuer-

AC y en el 4080-2004-AC, señaló que: “Podría recusarse que tal consideración [principio *iura novit curia*] pondría en riesgo otros principios del proceso como el dispositivo, que caracteriza a los procesos civiles, y según el cual son las partes las únicas que determinan los términos en que debe pronunciarse el Juez; o el de la congruencia, a tenor del cual la decisión de un tribunal debe estar directamente vinculada a la pretensión planteada por las partes. Este Colegiado considera que tales principios, que inspiran el proceso civil, no pueden ser comprendidos en los mismos términos en los procesos constitucionales”. En segundo lugar, porque el justificativo para realizar la modificación o adecuación de la pretensión, al amparo del principio de suplencia de queja deficiente, consiste en otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales; y lo que ha sucedido en el presente caso es una afectación a los derechos del asociado demandante, al amparo de la “seguridad jurídica”, que es, precisamente, el fundamento contrario del principio en cuestión. A nivel doctrinario, es de revisión para comprender la evolución y límites de este principio el trabajo de: CARPIO MARCOS, Edgar. “La suplencia de queja deficiente en el amparo: un análisis comparativo”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Compiladora). “Derecho Procesal Constitucional”. Lima: Jurista Editores. 2004. pp. 697-727.

<sup>81</sup> En una perspectiva diferente, Fort Ninamancco indica que: “Hay que seguir otro camino: Hay que interpretar en clave constitucional la regulación del cómputo de los plazos contemplados en el artículo 92 del Código Civil. ¿Es respetuosa del derecho constitucional al debido proceso una norma que establece que el cómputo de un plazo de caducidad no se interrumpe aunque el interesado (asociado) se encuentre imposibilitado de ejercer su derecho de acción? ¿Es constitucional que un plazo de caducidad transcurra al margen de si efectivamente se puede o no acudir a un juez para plantear la pretensión correspondiente? Obviamente las respuestas son negativas. Por tanto, el Pleno debería leerse con base en esta consideración constitucional”. Ver: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Lo que nos dejó el Quinto Pleno Casatorio”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial. Tomo 14. 2014, p. 62. Siempre el recurrir a una perspectiva constitucional puede aportar argumentos a favor de una determinada posición. Sin embargo, ello no debe significar, en ningún caso, renunciar a afrontar el problema de fondo. En ese sentido, el problema no pasa por el cómputo de los plazos de caducidad, que es una problemática general, sino por la falta de correlación entre el Derecho Civil y Procesal que, por ejemplo, impide ver que la caducidad no afecta el derecho de acción, sino la situación jurídica material, y con ello el problema no es de índole constitucional, sino estrictamente civil.

dos asociativos en pro de una supuesta seguridad jurídica; (ii) se fomentan los pedidos de nulidad de negocios jurídicos, pero ahora en sede penal, lo cual seguramente se empezará a plantear como una consecuencia accesoria del delito, permitiendo justo aquello que se quería evitar; (iii) de forma contraria a lo buscado por el Pleno Casatorio, se debilita la seguridad jurídica, ya que no sólo promueve intromisión de funciones –entre el juez civil y el juez penal–, sino que deja en manos del juez penal la “declaración de nulidad” de un negocio al amparo de una reparación, cuando es un dato objetivo que el tratamiento penal de los aspectos civiles es uno de los temas que mayor revisión requiere en nuestro sistema<sup>82</sup>.

La crisis en la que nos coloca el Quinto Pleno Casatorio de cara a los remedios civiles es sintomática de que no se haya logrado “que la tradición haya consolidado, no sólo en la doctrina sino también en los códigos, un ar-

ticulado sistema de géneros y especies de las impugnaciones de los actos privados”<sup>83</sup>.

En nuestro medio, “falta una constante correspondencia entre derecho racional y teoría general de un lado, que permitiría fácilmente vislumbrar un sistema de todas las impugnaciones del carácter vinculante de los contratos; y derecho positivo y política legislativa de otro lado, que permiten suponer una construcción conceptual subyacente al pensamiento de los legisladores”<sup>84</sup>.

A lo anterior, habría que añadir que también falta, entre nosotros, un adecuado conocimiento del Derecho Civil que permita una mejor aplicación de la tutela procesal al servicio de los justiciables, así como el conocimiento de las técnicas procesales que permitan que los mecanismos de tutela jurídica sustancial puedan desplegar toda su eficacia en el proceso. A corregir estas falencias debemos dirigir nuestros esfuerzos.

<sup>82</sup> Desde un análisis comparado, la situación dispuesta por la Corte Suprema puede ser más gravosa que la existente, ya que habilita la vía penal como un mecanismo alternativo para la tutela de los derechos de los asociados. Ello devendrá en una sobre-litigiosidad en la vía penal en la cual se pretenda, a través de la siempre incomprendida “reparación civil”, que se ordene la nulidad de los acuerdos asociativos. Por ejemplo, Alfredo Sánchez-Rubio da cuenta que, en el ordenamiento español, se llega a ordenar la declaración de nulidad negocial, lo cual puede ser a través de las siguientes formas: (i) Nulidad con finalidad restauradora del orden jurídico alterado, al único objeto de que las cosas vuelvan al estado previo a la comisión del delito, sin satisfacción directa del perjudicado. A esta clase pertenece la nulidad del negocio fraudulento en el alzamiento de bienes e insolvencia punible; y, (ii) Nulidad instrumental que el tribunal estima necesaria para restituir directamente al perjudicado el bien del que ilícitamente le privó el hecho delictivo. De abrirse esta posibilidad, los problemas civiles serán trasladados a los jueces penales, afectando de una mayor manera el funcionamiento del sistema. SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. “La declaración de nulidad negocial en la jurisprudencia penal”. En: *Nul, Estudios sobre invalidez e ineficacia 1*. 2010. Disponible en su versión digital en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=385>.

<sup>83</sup> GENTILI, Aurelio. “Le invalidità”. En: RESCIGNO, Pietro y Enrico GABRIELLI. “I contratto in generale”. En: “*Trattato del contratti*”. Turín: UTET. 2006. p. 1409.

<sup>84</sup> *Ibid.* p. 1410.