

**NO TODO LO QUE BRILLA ES ORO: APARIENCIA DEL DERECHO
Y PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS DE BUENA FE***
***NOT EVERYTHING THAT SHINES IS GOLD: APPEARANCE OF LAW AND
PROTECTION OF THIRD PARTIES IN GOOD FAITH***

Cecilia O’Neill de la Fuente**
Universidad del Pacífico
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

What happens to the third party that, in good faith, acquires rights from a subject whose title is not valid? With few exceptions, the Peruvian Civil Code leaves him unprotected.

In this article, the author evaluates the specific solutions contained in the Peruvian Civil Code; analyzes the answers that foreign legislations present; and, finally, proposes a solution to protect the third parties in good faith who acquire rights from an apparent owner.

KEY WORDS: *Third party in good faith; aparent owner; effectiveness; nullity; voidability.*

¿Qué ocurre con el tercero que, de buena fe, adquiere derechos de un sujeto cuyo título es inválido? Salvo algunas excepciones, el Código Civil peruano lo deja desprotegido.

En este artículo, la autora evalúa las soluciones específicas que contiene el Código Civil peruano; analiza las respuestas que presentan legislaciones extranjeras; y, finalmente, propone una solución para dar protección a los terceros de buena fe que adquieren derechos de un titular aparente.

PALABRAS CLAVE: *Tercero de buena fe; titular aparente; eficacia; nulidad; anulabilidad.*

* Agradezco a Ricardo Anaya Amaya y a Moani Meier Alvarez, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. A Ricardo, porque una pregunta suya en clase me animó a escribir este artículo. A Moani, por colaborar conmigo en su elaboración.

** Abogada. Magíster en Derecho por University of Pennsylvania. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Contacto: oneill_c@up.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo el día 12 de octubre de 2016, y aceptado el día 19 de noviembre de 2016.

“El lenguaje de la política, del disenso social, está lleno de palabras fantasma que se gritan de un lado a otro de la trinchera y que significan contrarios o nada”
George Steiner, *After Babel*, I, 3, p.35

I. HOMENAJE A LA PUCP

Mi conexión con la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) empezó cuando yo tenía dieciséis años. Primero el pregrado, luego la enseñanza, luego el Doctorado. Inevitablemente, mi conexión con la PUCP ha sido siempre intensa. Es un privilegio tenerle tanto afecto, y tan genuino, ganado con el transcurso de los años. Visto todo este tiempo en perspectiva, quiero expresar un agradecimiento profundo a mi alma máter. Me acogió, me enseñó a poner en orden mis pensamientos, me permitió conocer a quienes hasta hoy son mis mejores amigos, me enseñó a no olvidar nuestra sensibilidad por el entorno, acuñó en mí una manera de pensar, me enseñó la importancia de saber decir que no.

Y THĒMIS ha sido parte de esta historia, de la que también fui parte. Por eso agradezco mucho al Consejo Ejecutivo por el hecho que me haya brindado este espacio para rendir un homenaje a la PUCP.

II. INTRODUCCIÓN

Imagínense un mundo de fantásticas máquinas, creadas para cumplir las más extrañas funciones: una máquina partidora de pelos, que sirve para dividir un cabello en 999 999 partículas iguales, sin que ninguna sea más liviana que las otras. O una garrocha que sirve para saltar muy alto y elevar los problemas terrenales a la parte más alta de un edificio, sin poder bajarlos nunca. ¿El porqué de esta máquina? Porque en este mundo imaginario los problemas no están hechos para ser resueltos. También hay una máquina llamada “hidráulico-dialéctica de interpretación”; se dice que en realidad fue inventada por los teólogos: tiene un inyector en el que se introducen los pensamientos, y un eliminador que suprime significados indeseables de los textos leídos. Manejando bien la máquina se logran armonizar los pasajes más contradictorios de un escrito.

En “Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica”, el filósofo del Derecho alemán Rudolph von Jhering dio rienda suelta a su imaginación para denunciar, con un estilo jocosos, las desviaciones producidas en un buen sector de la doctrina jurídica del siglo XIX, que condujeron a que el razonamiento legal sea oscuro e ininteligible, inservible para solucionar problemas prácticos.

Jhering cuenta en el texto que, luego de morir, su alma fue conducida al llamado “cielo de los conceptos jurídicos”, donde dichos conceptos se encuentran en su estado puro, no deformados por su aplicación práctica. Describe el lugar como un lugar oscuro, donde no penetra ni un rayo de sol, pues el sol es fuente de vida, mientras que los conceptos son incompatibles con la vida. En otras palabras, en ese mundo los conceptos no soportan un contacto con el mundo real.

Además de la máquina partidora de pelos, de la garrocha especial y de la máquina hidráulico-dialéctica de interpretación, en el cielo de los conceptos jurídicos hay un laboratorio donde se fabrica una sustancia inoculada en el cerebro de todos los teóricos para que puedan pensar idealmente, lo que es distinto que pensar en abstracto. Esto último —el pensamiento abstracto— sí es indispensable para solucionar problemas, pero a diferencia de la abstracción, el jurista teórico o idealista es el que puede desligarse de todos los presupuestos que atañen a la solución práctica de los problemas.

El profesor George Steiner, con cuyas palabras empieza el presente trabajo, evoca la desconfianza de las palabras, que se usan como fantasmas que se gritan de un lado a otro de la trinchera y que significan o contrarios o nada. Se refiere al lenguaje de la política, pero a continuación, veremos que también en el mundo del Derecho podemos usar palabras-fantasmas.

Esto último, que las palabras signifiquen contrarios o nada, ocurre en el mundo denunciado por Jhering, que subsiste hasta nuestros días, en el cual buena parte de los operadores jurídicos premian la forma sobre el fondo y prefieren enredarse en teorizaciones inútiles para mantener al Derecho alejado de la realidad.

A continuación, se plantea un problema jurídico que no ha sido abordado por completo de manera explícita por el Código Civil peruano y que, en nuestra opinión, amerita una solución expresa. Nos referimos a los terceros que adquieren derechos de un titular aparente cuyo título es inválido.

III. PROTECCIÓN AL ADQUIRENTE ANTE VICIOS EN EL TÍTULO DEL TRANSFERENTE

El Código Civil peruano, salvo determinadas excepciones, no protege a los terceros que adquieren derechos de un titular aparente, cuando el título de este incurre en causal de nulidad o de anulabilidad. Analizaremos cuál debería ser la solución apropiada y concluiremos que, en nuestra opinión, el tercero de buena fe, que adquiere derechos de

un titular aparente, debería ser protegido manteniendo la eficacia de su adquisición.

Al respecto, el asunto de la ineficacia de los negocios jurídicos es uno de los más interesantes del derecho civil, no solamente por su riqueza teórica, sino además por las importantes implicancias prácticas que un diseño normativo puede generar.

Debe distinguirse entre la ineficacia funcional y la ineficacia estructural de los negocios jurídicos¹. En el primer caso, el negocio produce sus efectos, pero deja de hacerlo debido a una causal sobreviniente a su celebración (dejamos de lado la situación de rescisión, que ameritaría un análisis aparte). En cambio, en los casos de ineficacia estructural u originaria, bajo las modalidades de nulidad o anulabilidad, “el negocio no produce efectos por haber nacido muerto, o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubiera producido por haber nacido gravemente enfermo”².

No profundizaremos en las semejanzas y diferencias entre ambas categorías de ineficacia estructural, pero, como señala Taboada³, ambas presentan una estructura defectuosa que acarrea una situación de invalidez. En el caso de la nulidad, el defecto obedece a la carencia de un elemento del negocio, o a su contenido ilícito, o la vulneración del orden público o buenas costumbres, o de normas imperativas. En el caso de los actos anulables, el contenido es lícito, pero se presenta un vicio estructural en su conformación, como dolo o violencia, por ejemplo.

Una consecuencia natural de la celebración de un negocio nulo o anulable es que no tiene el potencial necesario para producir ningún efecto. Tratándose de un acto traslativo de derechos, sean reales o personales, tales derechos no pueden salir de la esfera patrimonial de su titular.

Ello puede crear un problema: la desprotección de los terceros de buena fe. Se trata de personas que

ignoran haber contratado con el falso adquirente de un derecho y, en consecuencia, ignoran derivar derechos de un acto nulo o anulable.

IV. ¿ES SUFICIENTE LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA?

Es claro que, en caso se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 2014 del Código Civil⁴, los terceros encontrarán protección. Sin embargo, ¿qué ocurre en situaciones distintas a las previstas en dicha norma? ¿Qué ocurre si el adquirente no deriva su derecho de quien lo tenía inscrito?

Hay dos posturas sobre la protección a los terceros. Una de ellas opta por proteger la verdad material sobre la apariencia de verdad, lo cual resguarda al verdadero propietario, estableciendo la ineficacia de la transferencia realizada por el propietario aparente frente al tercero que pretendió adquirir de buena fe. En cambio, la postura que coloca la apariencia de verdad por encima de la verdad material favorece al tercero, pese a que el transferente (propietario aparente) carezca de la legitimación necesaria para producir efectos jurídicos⁵. Como se puede evidenciar, ambas posturas pretenden proteger el bien jurídico que consideraran más relevante.

Cabe precisar que la apariencia jurídica es un supuesto distinto al de la ficción jurídica. En primer lugar, la apariencia es una realidad, aunque es externa y puede ser discrepante con la de fondo. En segundo lugar, la apariencia equipara la institución faltante con los efectos que tendría si existiese, mientras que la ficción sustituye no solo los efectos sino, además, la estructura. Por último, la apariencia tiene carácter mixto, pues requiere de circunstancias externas que la hagan creíble frente a terceros (aspecto objetivo) y que esos terceros actúen de buena fe (aspecto subjetivo), mientras que la ficción no⁶.

Así, el típico caso de apariencia es precisamente el previsto en el artículo 2014 del Código Civil, en el que la verdad material indica que el título del

¹ En el presente trabajo, nos referiremos a los “negocios jurídicos” usando indistintamente dicho término, o “actos jurídicos” o “contratos”, superando momentáneamente la distinción entre dichas categorías.

² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico”. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2002. p. 12.

³ *Ibíd.* pp. 13-14.

⁴ Artículo 2014.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

⁵ BUSTOS PUECHE, José Enrique. “La doctrina de la apariencia jurídica: una explicación unitaria de los artículos 34 de la L.H. y 464 del Código Civil y otros supuestos de apariencia”. Madrid: Editorial Dykinson. 1999. p. 87.

⁶ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José. “La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia”. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1990. pp. 50-51.

transferente se encuentra viciado, pero se ha generado una apariencia derivada de una circunstancia objetiva (el hecho que las causas del vicio no constan en el registro) y una circunstancia subjetiva (buena fe). Cosa distinta ocurre en un caso de ficción jurídica, como la noción de persona jurídica, a la que se atribuye personalidad y patrimonio, por ejemplo. En tal caso, las circunstancias subjetivas son irrelevantes.

Para definir si merece protección el tercero adquirente de quien carece de título por estar viciado (que, naturalmente, no se encuentre protegido por la buena fe registral), Zusman⁷ señala que, en el ordenamiento jurídico peruano, prima la verdad material frente a la apariencia; es decir, se tendría que proteger al verdadero propietario. Ello se deriva de una lectura del Código Civil de la siguiente manera: primero, este no concede una protección expresa; segundo, el método histórico de interpretación avala esta conclusión, ya que los anteproyectos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y el Proyecto de Código Civil incorporaron expresamente la protección, sin que haya sido recogida por la norma; tercero, existe protección expresa y específica en el caso del artículo 194⁸; *contrario sensu*, no la hay en los demás casos; y, por último, interpretar en otro sentido sería problemático, pues tendría que definirse si se protege de manera general a los terceros de buena fe, o si solamente a aquellos que adquirieron a título oneroso.

V. SE TRATA DE LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA

Consideramos que proteger la apariencia resultaría más adecuado. Para empezar, Falzea⁹ explica que la apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse. La apariencia apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que éstos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, siempre que hayan sido engañados por una situación de hecho que expresa como existente una realidad que no lo es.

La protección de la apariencia también es pertinente en el marco de la doctrina de los actos propios, razón por la cual, según Ortiz, “en la teoría de la apariencia se discute si esta conducta aparente es realmente el hecho propio cuya coherencia debe guardarse. Por sí mismo creemos que no, pero cuando por el cuadro de circunstancias se advierte que ha dado origen a una esperanza sobre la actuación futura [...], entonces la prohibición de contravenir el hecho propio resulta justa en atención a la buena fe [...]”¹⁰.

Para Falzea, la apariencia es una situación de hecho que hace aparecer como real una situación jurídica que no lo es y “puede presentarse solo cuando exista una situación capaz de desplegar una fuerza de señalación de realidad. Por lo tanto, no pueden dar lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que se caracterizan por tener una estructura opaca y que, por ello, no son capaces de señalar nada, salvo su propia existencia”¹¹.

En otras palabras, con la tutela de la apariencia se busca proteger la circulación jurídica de los bienes y no añadirle al sistema cargas innecesarias que ralentizarían la realización de contratos. Además, mediante su protección se salvaguarda el derecho de terceros sub-adquirentes ajenos a los vicios de falsos titulares aparentes.

Con relación a ello, como explica Mejorada, se debe distinguir entre la razón para proteger a los terceros y el requisito que éstos deben cumplir para ser acogidos. Ambos están vinculados porque lo primero sirve para interpretar lo segundo. En este caso, el requisito es la buena fe del tercero, mientras que la razón es la necesidad de proteger el libre mercado de bienes, generando confianza y certeza en los operadores económicos. Solo así se cumplen los presupuestos del régimen económico¹².

El Código Civil, tal y como ha sido aprobado, no contiene una solución general que ofrezca protección a los terceros adquirentes de buena fe, salvo situaciones específicas.

⁷ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. “Teoría de la invalidez y de la ineficacia”. En: *Ius et Veritas* 7. 1993. p. 163.

⁸ Artículo 194.- “La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”.

⁹ FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. En: *Derecho PUCP* 59. 2006. p. 197.

¹⁰ ORTIZ CABALLERO, René. “La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano”. En: *Derecho PUCP* 45. 1991. p. 281.

¹¹ FALZEA, Angelo. Óp. cit. p. 186.

¹² MEJORADA CHAUCA, Martín. “Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). “Estudios sobre la propiedad”. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012. p. 140.

VI. LAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS SON PARCIALES

La primera situación específica prevista por el Código Civil, que le confiere protagonismo al registro público como mecanismo de oponibilidad para brindar seguridad y proteger el tráfico jurídico, es el ya mencionado artículo 2014, según el cual, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

Se trata, pues, de un claro ejemplo de protección de la apariencia, que, en el fondo, no es otra cosa que conferirle real protagonismo a la buena fe.

En el caso específico de los bienes muebles, el Código Civil también ha previsto un mecanismo de protección de los terceros: el artículo 948, según el cual, quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. La norma añade que se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. Cabe preguntarse si el caso de la adquisición infringiendo la ley penal ameritaba una excepción. A esto volveremos más adelante.

En el ámbito societario, existe una regla que adopta el mismo sentido: según el artículo 37 de la Ley General de Sociedades, la sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o del estatuto no surtirá efectos frente a los terceros de buena fe.

Elías Laroza explica que esta norma sirve para que las personas que contrataron o se relacionaron con la sociedad de alguna forma, tengan la seguridad de que los vínculos jurídicos establecidos se mantendrán vigentes y no serán eliminados por la nulidad. De esta manera, se consagra el principio de la buena fe registral y se deja de lado una de las características clásicas de la nulidad: la retroactividad¹³.

En el ámbito de la ineficacia funcional y no estructural de los negocios jurídicos, el artículo 197 del Código Civil aporta en el mismo sentido: la

declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros sub-adquirentes de buena fe. En este caso, el tercero no apoya su adquisición en la publicidad registral sino en la titularidad aparente de quien transfiere.

Otro mecanismo de protección de los terceros basado en la apariencia se encuentra en el ya mencionado artículo 194 del Código Civil, según el cual la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

Taboada justifica esta regla en que “el tercero ha confiado en la apariencia creada por las partes que han celebrado el acto jurídico simulado y en tal sentido sería totalmente injusto no proteger a los terceros que por haber confiado han creído en la apariencia. Sin embargo, la lógica de esta especial protección a los terceros no es una regla general, sino que se fundamenta en la necesidad de tutelar las apariencias cuando los terceros han confiado en ellas por haber actuado de buena fe”¹⁴.

No obstante, notamos que esa afirmación no aplica a otras situaciones de invalidez que también generan una apariencia en la que el tercero ha confiado. Es más, así como en la simulación, algunas de esas situaciones podrían haber sido propiciadas por las propias partes, como negocios con finalidad ilícita, por ejemplo. Cabe preguntarse entonces, ¿por qué proteger a los terceros en un caso y no en otro?

De la misma forma, Torres comenta la opinión de Francois Laurent, según la cual, la acción de simulación debería proceder contra el tercero que adquiere derechos del titular aparente. “La opinión de Laurent, que implica la frustración de la confianza del tercero, es claramente inaceptable; no ha prosperado ni en la doctrina, ni en la legislación porque atentaría contra la más elemental exigencia de seguridad jurídica en la circulación de los bienes”¹⁵.

VII. EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA

Si la seguridad jurídica en la circulación de los bienes es lo que, en efecto, sirve de sustento a la

¹³ ELÍAS LAROZA, Enrique. “Derecho Societario Peruano”. Segunda Edición. Tomo I. Trujillo: Editorial Normas Legales. 2000. p. 170.

¹⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. En: Derecho PUCP 53. 2000. p. 542.

¹⁵ TORRES, Aníbal. “Código Civil actualizado y concordado”. Tercera edición. Lima: Alfredo Alpiste Salazar. 1996. p. 181.

protección de los terceros en casos de simulación absoluta, o en casos de oponibilidad ganada por el registro, creemos que igual solución debería ser implementada en situaciones en las que se haya generado una apariencia protegible.

Podría intentar argumentarse que el artículo 194 configura una excepción dado que la simulación genera adrede una apariencia. Sin embargo, la simulación es tan causal de nulidad absoluta como cualquier otra, y justifica la declaración de nulidad por iguales, mejores o peores razones que las que justifican las otras causales de nulidad.

Nótese que las situaciones antes mencionadas, en las que el tercero es protegido, en el fondo no dejan sin cobertura al afectado con la declaración de invalidez o ineficacia, quien tiene la expectativa de “recuperar” su bien o derecho. En efecto, subsiste un remedio para compensar los daños generados ante la imposibilidad de recuperación: reclamar el pago de una indemnización¹⁶.

Creemos, pues, que la dispersión de las normas indicadas, que apuntan a poner solución a ciertas situaciones específicas que se creyó ameritaban protección, revela que no se ha analizado si hay o no un hilo conductor entre las circunstancias para las que se previó solución expresa y entre aquellas respecto de las cuales el Código Civil ha guardado silencio.

Estimamos conveniente, para despejar dudas y poner fin a las discrepancias doctrinarias, establecer una regla general sobre la protección de los terceros (y no solo mantener soluciones parciales y poco estructuradas), para lo cual se debe analizar el tratamiento de los actos nulos y anulables.

Con relación a los actos nulos, estos lo son de pleno derecho y no podrán ser convalidados. En efecto, estos actos no producirán efectos entre los participantes del mismo; sin embargo, como explica Díez-Picazo, esto ha de entenderse dentro de sus justos límites porque no es lícito considerar el negocio nulo como si fuese un hecho que no se ha realizado. La regla solo significa que el negocio no produce ninguno de los efectos correspondientes a ellos, esto es, no se producen los efectos que el ordenamiento jurídico liga a este tipo (adquisición

de la propiedad, etcétera). Sin embargo, el negocio nulo puede originar otros efectos (indirectos), como la responsabilidad por daños y perjuicios, por ejemplo¹⁷. En otras palabras, los actos nulos, aun al ser reconocidos como tales por el ordenamiento, pueden surtir efectos indirectos¹⁸.

Respecto a los actos anulables, estos son nulos desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, de acuerdo con el artículo 222 del Código Civil. Ello significa que existe un período de tiempo anterior a la sentencia en el cual ese acto se presumió válido.

Esta precisión es sumamente importante, ya que ejemplifica la problemática de los terceros de buena fe que podrían haber celebrado un acto que en el momento se presumió razonablemente como válido y luego fue declarado nulo. Al respecto, Taboada expone que, “[...] en el caso de los negocios anulables declarados judicialmente nulos por interposición de la acción de anulabilidad, los efectos que el acto anulable produjo desde su nacimiento, desaparecerán como consecuencia de la sentencia firme que declare la nulidad del negocio anulable. Pero los efectos no desaparecen desde la fecha de expedición de la sentencia hacia delante, sino retroactivamente a la fecha de celebración del negocio jurídico”¹⁹.

Bajo esta perspectiva, es consecuencia de que los actos nulos no produzcan efectos el hecho de que los terceros no puedan reclamar derechos derivados.

Ahora bien, recordemos que el Código Civil peruano no se pronuncia de manera expresa sobre este aspecto; es decir, salvo ciertas excepciones, no existe norma jurídica que establezca si los terceros pueden o no derivar algún derecho como consecuencia de la celebración de los actos afectados por una causal de nulidad.

Esta omisión, en nuestra opinión, permitiría un intento de proteger a los terceros de buena fe a través de una aplicación analógica de las reglas sí previstas especialmente. Así, si la nulidad que afecta el título de quien le transfiere se origina en fin ilícito, por ejemplo, el tercero de buena fe podría sostener la existencia de una laguna, a ser cubierta con la regla prevista para el caso de simulación absoluta.

¹⁶ Ténganse en consideración que el artículo 207 del Código Civil señala que la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes. Esta norma ameritaría un análisis especial, que no abordamos en el presente artículo.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Sistema del Derecho Civil”. Madrid: Editorial Tecnos. 2012. p. 545.

¹⁸ Un ejemplo es el artículo 79 del Código Civil español que trata sobre el matrimonio putativo. Este artículo dispone que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. Óp. cit. p. 536.

Sin embargo, estimamos poco probable que una defensa de este tipo pueda prosperar, pues el contraargumento podría ser que se trata de una norma de excepción y que, por tanto, no se puede aplicar por analogía.

Este hecho y, de otro lado, la necesidad teórica de brindar una solución coherente, deberían propiciar un cambio en la regulación de este asunto, permitiendo de manera expresa la protección de los terceros.

Por otro lado, considerando la naturaleza de los negocios anulables, en principio se podría imaginar que hay razones más poderosas para admitir la protección de los terceros, dado que los actos nulos nacen muertos, mientras que los anulables nacen con vida, pero gravemente enfermos. No obstante, a fin de cautelar la seguridad jurídica en las transacciones se debe proteger a los terceros de buena fe tanto de actos nulos como de actos anulables.

Concordamos con Pasco Arauco²⁰ cuando establece que, siempre que se trate de derechos que no se encuentran inscritos en el registro, el artículo 222 vulnera la posición de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe que adquirieron derechos confiando en la apariencia de validez de un previo negocio anulable²¹. Ello se debe a que la apariencia, que existía al celebrar el negocio, fue finalmente destruida mediante sentencia judicial de anulación.

Por cierto, la concepción de “terceros de buena fe” parte de exigir razonable diligencia. Esto implica excluir a los terceros de la protección del ordenamiento si conocían de la causal de anulación (nulidad o anulabilidad) o si debían razonablemente conocerla. Este hecho es de la mayor importancia, pues la exigencia de un adecuado estándar de diligencia, en virtud del cual el tercero conoció o incluso debió conocer, sirve de filtro para excluir situaciones de la protección general.

En efecto, si es evidente que el título del cual emana el derecho del transferente revela la posible existencia de una causal de invalidez o ineficacia, y si el tercero accedió o pudo acceder a dicho título,

el tercero no es protegido. En el fondo, la evidencia de un posible vicio es incompatible con la buena fe. Pensemos en situaciones en las que el título revela que el primer enajenante es incapaz, o transfiera sin la participación del cónyuge, o si el objeto del contrato es imposible, o si carece de fin lícito. En tales casos, no hay apariencia, no hay buena fe, no hay protección.

En esta línea, Mejorada explica que “la protección no funciona cuando el vicio es conocido o debió conocerse, o cuando el negocio permite identificar claramente la norma de orden público que se debe cumplir. Si el acto no contiene la voluntad de las partes, si el objeto es imposible, si el fin es ilícito o si el acto es simulado, claramente no habrá buena fe”²².

VIII. PROTECCIÓN A LOS TERCEROS EN OTROS CÓDIGOS CIVILES

Como explica Pasco Arauco, “nuestro sistema jurídico, a diferencia del italiano, no ha consagrado expresamente como principio general la tutela de todo tercero adquirente a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos inválidos”²³. En el sistema italiano, la protección a los terceros depende de la causal de anulabilidad involucrada; no se confiere protección a los terceros, aunque medie título oneroso y buena fe, si la razón de la anulación es la incapacidad legal.

El artículo 1445 del Código Civil italiano establece que “la anulación que no dependa de la incapacidad legal no perjudicará a los terceros adquirentes a título oneroso, salvo por los efectos de la transcripción de la demanda de anulación” (la transcripción podría asimilarse a los registros públicos).

La protección a los terceros se justifica en la “exigencia de no sacrificar los intereses económicos, que parecen comprender mejor a una circulación de los bienes segura y rápida, sobre todo en el caso de tutelar a los terceros de buena fe”²⁴.

Otra muestra de protección a los terceros es el artículo 1540 del Código Civil español, según el cual: “el que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en

²⁰ PASCO ARAUCO, Alan. “Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables: A propósito de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222 del Código Civil”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 141. 2010. p. 99.

²¹ Artículo 222.- “El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare”.

²² MEJORADA CHAUCA, Martín. *Óp. cit.* p. 144.

²³ PASCO ARAUCO, Alan. *Óp. cit.* p. 107.

²⁴ BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y Ugo NATOLI. “Derecho Civil-Hechos y Actos Jurídicos”. Tomo I. Volumen 2. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1992. p. 1058.

cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero”.

Siguiendo a Pasco Arauco, “el sustento de la protección a terceros sub-adquirentes [...] es la teoría de la confianza, que, si bien fue conceptualizada para resolver las divergencias entre la declaración y voluntad interna no declarada, creemos que [...] se puede adecuar a determinados casos en los cuales, como producto de un negocio jurídico anulable, terceros y extraños de buena fe, confiando en la apariencia de validez, celebran otros negocios conectados con aquel”²⁵.

La protección de la confianza generada por la apariencia tiene protagonismo en el ordenamiento civil argentino, que vale la pena revisar. Inicialmente, la doctrina argentina sostuvo que en los casos de nulidad y de anulabilidad, la primera sería retroactiva y la segunda no. Así, en el caso de la nulidad se pensaba que esta “no podía escapar al conocimiento de los terceros, por el carácter manifiesto de la falla de que adolecía el acto nulo. [...]. Por el contrario, el acto anulable daba lugar a una situación jurídica radicalmente diferente. Desde que la ley no lo irrita, ese acto vive una existencia innegable hasta el pronunciamiento de la sentencia que lo destruye”²⁶.

La doctrina mayoritaria argentina concluyó que la sentencia de anulación (por nulidad o anulabilidad) sería siempre retroactiva. Sin embargo, esa conclusión “conducía a desentenderse de la situación de los terceros de buena fe que pudieran haber adquirido de quien llegó a ser titular en virtud del negocio anulado. Por eso, fue abriéndose paso una tercera posición interpretativa –que vendría a tener acogida en 1968 con la reforma del artículo 1051–, según la cual deberían contemplarse los derechos adquiridos por terceros que desconocieran, al tiempo de contratar, los vicios de que adolecía el negocio jurídico antecedente en razón de no ser éste manifiesto”²⁷.

Por ello, mediante la Ley 17.711, la cual entró en vigencia el 1 de julio de 1968, se modificó el artículo 1051 del Código Civil argentino. Dicha modificación supuso el siguiente texto: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser

propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

De modo que la protección de los terceros se reconoció incluso si el acto adolecía de nulidad absoluta, ya que antes de dicha reforma primaba la tesis clásica, según la cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor que el que tiene el enajenante. El Código Civil argentino fue posteriormente reemplazado por el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual entró en vigencia el 1 de agosto del 2015.

Ahora, el equivalente al artículo 1051 es el artículo 392, según el cual: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

IX. NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Nuestro propio ordenamiento ha considerado prudente proteger en ciertas ocasiones a terceros diligentes que fueron afectados por las falsas premisas generadas por otros. Creemos que existe fundamento suficiente para justificar una protección generalizada.

En esa línea, lo coherente es que se proteja a los terceros de actos tanto nulos como anulables. Desafortunadamente, no subsistió el texto del Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984, según el cual, el acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe.

Podría intentarse argumentar que, en la situación en la que el tercero de buena fe requiere protección ante la nulidad del título de su transferente, debe aplicarse las reglas de concurrencia de acreedores previstas en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, que premian la diligencia. Entiéndase

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil: Parte General”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1964. p. 571.

²⁷ ZANNONI, Eduardo. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2007. pp. 179-180.

por diligencia la obtención del mejor mecanismo posible de oponibilidad: registro y tradición.

Sin embargo, la situación ahora analizada es otra, pues el tercero no compete con otros acreedores, sino que se encuentra en un eslabón distinto en la cadena de transmisiones: quiere hacer valer su derecho frente al transferente de su transferente, respecto del cual es claramente un tercero.

“Creemos que es ocioso añadir que el problema de la buena o mala fe (refiriéndonos al aspecto del conocimiento objetivo o subjetivo de una relación jurídica) sólo aparece en el caso de conflicto entre la titularidad de diversas relaciones jurídicas, las cuales se han constituido contradiciéndose entre ellas. Interesa en cuanto el conflicto se deriva de que una de ellas tiene como basamento una apariencia y, a su vez, una creencia derivada de esta última. Sólo en esta medida resulta importante saber si quien, confundido por la apariencia, efectuó una operación de intercambio maximizadora con una actitud diligente, puede o no resultar mejor protegido que aquél que, teniendo una titularidad legítima, obvió tal diligencia y no hizo oponible su relación jurídica”²⁸.

Ahora bien, si el conflicto a resolver se deriva de que el tercero protegible actuó sobre la base de una apariencia y, a su vez, una creencia derivada de esta última, podría sostenerse que la protección debe extenderse no solamente a los casos de adquisiciones a título oneroso, sino, además, gratuito, en los que el adquirente puede haber realizado sacrificios patrimoniales no representados en un precio.

En efecto, aunque en los casos de transferencias celebradas a título gratuito no existe una pérdida monetaria directa, no es menos cierto que puede verse frustrada la ganancia esperada por el acto celebrado a título gratuito, o a propósito de este acto, podría haberse efectuado desembolsos que generaron un perjuicio económicamente valorizable.

De alguna manera, esta posición ha sido tímidamente acogida en el Código Civil, según el cual la adquisición a título gratuito es protegible —aunque con estándares más exigentes— ante un acreedor defraudado que interpone una acción pauliana.

Sin embargo, no es menos cierto que el diseño general de protección de terceros contenido en el Código Civil tiene dos pilares importantes. El

primero, indiscutible, es el de la buena fe, que no es otra cosa que una creencia basada en una apariencia. El segundo pilar —sí discutible— es que la adquisición se haya realizado mediando título oneroso. En el fondo, con esta exigencia se trata de aliviar el mecanismo probatorio dirigido a acreditar la existencia de un perjuicio distinto al pago del precio.

De allí que, en caso de prosperar una protección más articulada a los terceros adquirentes de buena fe, sería poco realista pretender eliminar el requisito de la onerosidad. De hecho, incluso si se eliminara, la reforma debería guardar coherencia con todas aquellas normas en las que el título oneroso es indispensable para la protección.

Hasta aquí, pueden sostenerse dos tesis con relación a la protección a los terceros. De un lado, la contenida por omisión en el Código Civil, en virtud de la cual esta cobertura se limita a situaciones excepcionales. De otro lado, la tesis de protección amplia, que es la que suscribimos.

Podría construirse una posición intermedia, en virtud de la cual la protección de terceros de buena fe no puede ser absoluta, ya que existen otros bienes jurídicos en juego. Un ejemplo es el de los actos celebrados mediante violencia. De acuerdo con esta tesis, cuando el vicio que genera la invalidez es de tal gravedad, el tercero no puede ser protegido.

De hecho, en alguna medida el Código Civil ha acogido la tesis que descarta la protección de terceros ante situaciones de especial gravedad: como ya mencionamos, el artículo 948 (adquisición a non domino) protege a los adquirentes de buena fe de un bien mueble, si ha mediado tradición, aunque el enajenante carezca de título, a menos que éste lo haya adquirido con infracción de la ley penal.

Siguiendo esta línea, Lohmann señala que “el criterio de apariencia de validez del negocio jurídico debe estar supeditado a la idea que inspira la nulidad absoluta, que es la de tutelar ciertos intereses superiores. Nos parece, más allá de toda duda, que el ordenamiento no puede salvaguardar derechos de terceros, aunque legítimos, cuando se vulneren otros intereses mayores [...]. Nosotros, desde luego, preferiríamos que expresamente hubiera habido un artículo, porque —salvo contadísimas excepciones— defectos de estructuras y de contenido del negocio no pueden legitimar derechos de terceros y, menos aún, ser preeminentes o prevalecer estos

²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones”. Segunda edición. Lima: ARA Editores. 2011. p. 397.

derechos sobre un interés público o privado que el Derecho tiene la función de proteger”²⁹.

Coincidimos con el autor en que es preferible que haya una norma que despeje las dudas, pero discrepamos en que ante ciertas situaciones de ante-mano debe inclinarse la balanza a favor de quien celebró el contrato viciado y no a favor del tercero. En buena cuenta, ello supondría clasificar las causales de invalidez en función de su gravedad, lo cual resulta irrelevante porque no hay contratos más nulos que otros. O lo son, o no lo son.

Lo que sí es relevante es la cognoscibilidad de la causal por parte del tercero, para lo cual consideramos que el estándar debe ser exigente: será protegido si su creencia se sustenta en una apariencia, a menos que haya conocido o razonablemente haya debido conocer del vicio que afectó el título de su transferente.

Sostener lo contrario –supeditar la protección de la apariencia a intereses “superiores”– es incompatible con la natural aversión al riesgo que rodea las adquisiciones. Esta aversión al riesgo, y la necesidad de los adquirentes de asegurarse que el título de su transferente es inequívoco, sustenta la necesidad de contar con un registro público y de dar a la tradición el poder de lograr la transferencia de propiedad de los muebles.

Ambos, el registro y la posesión, no son otra cosa que la protección de la apariencia, que es lo que permite contratar con seguridad y por tanto la generación de riqueza. Hacer que el tercero sea quien soporte la carga de una declaración de nulidad de un acto en el que no tuvo injerencia alguna, es incoherente con dicha protección; es incoherente además con la decisión del propio legislador de preferir al tercero frente a las partes en algunos casos de nulidad o de ineficacia (artículos 194 y 197, por ejemplo).

De acuerdo con lo anterior, las reglas de protección a los terceros en el Código Civil tienen dos niveles: protección absoluta y relativa.

El caso de protección absoluta –siempre mediando buena fe– es el del artículo 2014, en virtud del cual un adquirente está protegido si el vicio que afecta el título del transferente no aparece en el registro. Otro caso de protección absoluta es aquel en el cual el vicio de nulidad que afecta al transferente es de simulación absoluta, en cuyo caso, los terceros sí pueden derivar títulos válidos. Nótese

en este punto que es irrelevante que haya o no protección registral.

El caso de protección relativa es el contenido en el artículo 948, dado que, si bien la regla general es que al recibir la posesión de un mueble se adquiere el dominio, sin importar el vicio que afecta al transferente, es posible afectar al tercero, cuando el bien se haya perdido o se haya adquirido con infracción de la ley penal. Nótese que, en estos casos, la posesión no asegura título.

Finalmente, hay casos de protección inexistente, que son todos aquellos que no encajan en los supuestos previstos de manera expresa. ¿Los artículos 2014 y 948 cubren todas las posibilidades? Pensemos en la cesión de un crédito, por ejemplo. Si bien los créditos califican como muebles y podría alegarse la aplicación del artículo 948, ¿es claro desde cuándo opera la protección conferida con la posesión? ¿Desde que se celebra el contrato de cesión? ¿Desde que se entregan los documentos que permiten efectuar el cobro? ¿Desde que se notifica al deudor que el acreedor es otro?

Pensemos también en las adquisiciones inmobiliarias fuera de registro, que ocurren cuando se adquiere un inmueble no registrado o, cuando estando inscrito el bien, el título del transferente no lo está. En este caso, el tercero será afectado por cualquier vicio en el título de quien le transfirió la propiedad. No encontramos las razones para que el riesgo se traslade al tercero y no sea asumido por quien incurrió en nulidad y estuvo en mejor posición de controlar la aparición del vicio.

Creemos entonces en una solución armoniosa, que unifique criterios dentro del propio Código y que, protegiendo la apariencia, asigne correctamente los riesgos derivados de las contrataciones imperfectas. Este riesgo no debe ser colocado en quien no solamente no tuvo control alguno sobre el vicio que generó la imperfección, sino que, además, actuó sobre la base de una creencia sustentada en la buena fe.

Al comienzo de este trabajo explicamos que un jurista con pensamiento abstracto sí es indispensable para solucionar problemas, pero que un jurista excesivamente idealista corre el peligro de desligarse de todos los presupuestos que atañen a la solución práctica de los problemas.

Siguiendo a George Steiner, evitemos que los términos jurídicos se usen como fantasmas que se

²⁹ LOHMANN, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico”. Lima: Editorial Grijley. 2005. p. 563.

gritan de un lado a otro de la trinchera y que significan o contrarios o nada, lo cual puede evitarse si construimos una regla que brinde una solución estructurada y coherente. La falta de precisión derivada de reglas aisladas y sin hilo conductor resta contenido a nociones jurídicas tan relevantes como “nulidad” o “protección a los terceros”. 🗨️

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Código Civil de la República Argentina.

Código Civil de España.

Decreto Legislativo 295 (Código Civil peruano).

Codice Civile Italiano.

Ley 17.711 (Argentina).

Doctrina

BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y Ugo NATOLI. “Derecho Civil-Hechos y Actos Jurídicos”. Tomo I. Volumen 2. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1992.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones”. Segunda edición. Lima: ARA Editores. 2011.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. “La doctrina de la apariencia jurídica: una explicación unitaria de los artículos 34 de la L.H. y 464 del C.C. y otros supuestos de apariencia”. Madrid: Editorial Dykinson. 1999.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José. “La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia”. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1990.

DÍEZ-PICAZO, Luis. “Sistema del Derecho Civil”. Madrid: Editorial Tecnos. 2012.

ELÍAS LAROZA, Enrique. “Derecho Societario Peruano”. Segunda Edición. Tomo I. Trujillo: Editorial Normas Legales. 2000.

FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. En: Derecho PUCP 59. 2006.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil: Parte General”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1964.

LOHMANN, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico”. Lima: Editorial Grijley. 2005.

MEJORADA CHAUCA, Martín. “Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). “Estudios sobre la propiedad”. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012.

ORTIZ CABALLERO, René. “La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano”. En: Derecho PUCP 45. 1991.

PASCO ARAUCO, Alan. “Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables: A propósito de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222 del Código Civil”. En: Dialogo con la Jurisprudencia 141. 2010.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. En: Derecho PUCP 53. 2000.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico”. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2002.

TORRES, Aníbal. “Código Civil actualizado y concordado”. Tercera edición. Lima: Alfredo Alpiste Salazar. 1996.

ZANNONI, Eduardo. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2007.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana. “Teoría de la invalidez y de la ineficacia”. En: Ius et Veritas 7. 1993.