



LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS ES UN TERCER REMEDIO AUTÓNOMO, DISTINTO DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD

Gunther Hernán Gonzales Barrón (*)

Fecha de publicación: 01/07/2013

SUMARIO: I. Un problema pendiente. II. Quinto Pleno Casatorio de la Corte Suprema. III. La tesis dogmática. IV. La tesis dogmática es inviable por razones filosóficas. V. La tesis dogmática es inviable por razones ético-jurídicas. Los actos humanos y el Derecho. VI. La tesis dogmática es inviable por razones sistemáticas. VII. La tesis dogmática es inviable por razones sociales. El problema endémico de las falsificaciones. VIII. ¡Cuidado con el pretexto de la seguridad jurídica! IX. Nuestra propuesta. La tesis valorativa. X. La impugnación no afecta a terceros, salvo publicidad registral-mala fe. Conclusiones.

(*) Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Profesor Ordinario de la PUCP. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Diplomado en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y PUCP. Pasantía en la Corte Suprema de Costa Rica por invitación de su presidente. Postgrado de Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extra-contractual por la Universidad de Castilla La Mancha. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha. Miembro de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), con sede en Pisa, Italia. Miembro del Consejo de Dirección del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial (España). Director de las colecciones jurídicas “Biblioteca Moderna de Derecho Civil” y “Derecho Privado Contemporáneo”. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI y Vocal Presidente de una Sala del Tribunal Registral.

ggonzales@pucp.pe

I. UN PROBLEMA PENDIENTE

El art. 92, 1º párrafo, CC señala que: “Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias”. Esta norma es fuente de un problema jurídico concreto, sin embargo, tras de él se esconde una lucha entre diversas opciones filosóficas que vale la pena desvelar en su momento.

En principio, nos centraremos en el mundo del derecho.

Un primer sector doctrinal opina que la impugnación es independiente de la nulidad, en consecuencia, por un lado, existen defectos específicos que habilitan el remedio impugnatorio; mientras tanto, por otro lado, coexisten los vicios de invalidez que prevé el Libro II del Código Civil. El 92 CC establecería, en tal caso, un **remedio complementario**, al margen de la nulidad y anulabilidad, por lo que estaríamos en presencia de un tercer grupo de vicios de los actos humanos¹. En lo sucesivo, esta tesis será llamada “valorativa”.

Un segundo sector considera que la impugnación es la única vía por la cual se pueden cuestionar los defectos de cualquier tipo que sufran los acuerdos colectivos, incluso los vicios de nulidad o anulabilidad del acto jurídico, por tanto, la invalidez queda subsumida en la impugnación. De esta forma, el art. 92 es un **remedio especial**², en el sentido que mantiene el mismo régimen de

¹ En este sentido se ha pronunciado alguna sentencia de la Corte Suprema, aunque el fundamento se limita a cuestiones de orden procesal, relacionada con el principio de congruencia que debe existir entre la decisión y el petitorio. Así, en la sentencia de 20 de octubre de 2010 se dice: “Quinto.- Que, analizada la resolución impugnada, aparece que el Colegiado de la Sala Civil de Lima, al revocar la apelada y declarar improcedente la demanda ha emitido un pronunciamiento inhibitorio impropio a la tramitación seguida en los presentes autos, habida cuenta que de la pretensión de la demanda y fijación de los puntos controvertidos se advierte que correspondía emitir un pronunciamiento de fondo acorde a la naturaleza del proceso, más aún cuando el argumento sostenido por la Sala de haberse omitido emplear el mecanismo que establece el artículo 92 del Código Civil deviene en inviable en tanto que el discernimiento esbozado por la Sala difiere de lo peticionado expresamente por la accionante en su escrito de demanda, esto es, establecer si las asambleas generales de fecha tres de agosto y catorce de noviembre del año dos mil dos, respectivamente, presidida por (...), se encuentran incursos en las causales de nulidad prevista en los incisos 4, 7 y 8 del artículo 219 del Código Civil” (Casación N° 4938-2009-Lima. Finalmente, se declaró nula la sentencia de vista).

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Editorial Grijley, Lima 2012, Tomo II, p. 301.

Una reciente sentencia de la Corte Suprema, de 27 de abril de 2012, publicada en el diario oficial el 01 de octubre del mismo año, admite que un vicio radical, incluso cercano a la inexistencia, pase por el reducido aro de la impugnación, con lo cual este remedio serviría para dilucidar las causas de invalidez del negocio: “Octavo.- Que, en consecuencia, habiendo quedado establecido por las instancias de mérito que las asambleas generales materia de la demanda se han llevado a cabo sin que se haya notificado al actor la convocatoria correspondiente además de no haberse acreditado

invalidez negocial, pero con algunas particularidades. En lo sucesivo, la llamaremos “tesis dogmática”.

En conclusión, y sea que se asuma cualquiera de las dos tesis, lo concreto es que la nulidad de los negocios jurídicos se trata, hoy, como un remedio cuyo objetivo es poner fin a una apariencia y, con ello, dejar en claro cuál es la realidad³. Por ejemplo, si un tercero quiere aprovecharse del supuesto acuerdo de asamblea general de una persona jurídica, el remedio de nulidad y/o de impugnación sirve para destruir el hecho aparente y, por consiguiente, alcanzar la tutela de los derechos fundamentales de la persona, específicamente, la libertad individual y la autonomía⁴; así como la corrección y seriedad de un acto de voluntad emanado en el contexto social (ejemplo: fin lícito, objeto jurídica y físicamente imposible).

II. QUINTO PLENO CASATORIO DE LA CORTE SUPREMA

El problema planteado tiene actualidad a la luz de un Pleno Casatorio (Quinto) convocado por la Corte Suprema, en mérito a la Casación N° 3189-2012, y que se encuentra pendiente de resolución. ¿Cuál es el debate en ese caso? Veamos cómo lo explica un *amicuscuriae*, que estuvo presente en la vista de la causa:

“En la casación materia de comentario se buscaba (sic) la nulidad del acuerdo por falta de manifestación de voluntad por simulación absoluta, aduciéndose que la

que la citación escrita haya sido suscrita por el secretario de la asociación educativa, resulta manifiesto que dicho vicio acarrea la nulidad de las asambleas en cuestión, así como de los acuerdos allí adoptados, puesto que la reunión del supremo órgano de la asociación civil se ha llevado a efecto sin observar las formalidades previstas para la notificación” (Casación N° 2238-2011-Lima. Finalmente, se declaró fundada la demanda de impugnación de acuerdos).

³ La nulidad no es una sanción, pues consiste en la consecuencia por la falta de cumplimientos de las condiciones de ejercicio de una potestad o competencia. El hombre tiene el poder de autorregular sus intereses patrimoniales, pero si en tal ejercicio no sigue las normas de competencia, entonces el efecto es la nulidad. No es una sanción por incumplimiento de un deber; es la consecuencia por la falta de poder. El filósofo Herbert Hart puso en evidencia esta distinción, que luego ha tenido influencia en la doctrina civilista: DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. “¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción”. En Id. (Coordinador). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 90.

⁴ “La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad no es una sanción. Por el contrario, es una tutela jurídica otorgada cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la autonomía privada. La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de su voluntad”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En Id. *Estudios sobre teoría general del contrato*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006, p. 558.

asamblea que se presentó al registro público, mediante declaraciones juradas, nunca se había llevado a cabo”⁵.

En buena cuenta, la cuestión controvertida se centra en determinar si las causas de invalidez previstas en Libro II del Código, son aplicables en forma autónoma a los acuerdos colectivos, o si esas mismas causas de invalidez tienen que someterse al régimen específico del art. 92 CC⁶.

Hasta el momento, los Tribunales se han decantado por una u otra postura, en forma tambaleante, y, obviamente, sin una sólida base doctrinal. De allí la importancia de este Pleno, cuya finalidad es lograr una doctrina jurisprudencial convincente, pero con miras a la obtención de justicia.

III. LA TESIS DOGMÁTICA

Según la tesis dogmática, el art. 92 CC regula la misma materia de invalidez negocial prevista en el Libro II del Código, pero referida a los actos colectivos de la persona jurídica, por lo que se trata de una norma especial que debe aplicarse con prevalencia en esta hipótesis. Se trata de un canon lógico-teorético que responde al proceso de diferenciar con distinto trato las categorías diversas⁷. **Nótese que los autores de esta posición se limitan a justificar la necesidad de un régimen especial para los actos colectivos, en la abstracta “seguridad jurídica”⁸.**

En tal sentido, la acotada especialidad se emparenta con una visión dogmática del derecho, en el entendido que la única finalidad de las normas es lograr la coherencia y la completitud, dentro de un sistema cerrado, sin lagunas ni incongruencias⁹.

⁵ CIEZA MORA, Jairo. “El quinto pleno casatorio civil y el principio de especialidad”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 228, Lima, noviembre 2012, p. 82.

⁶ El actual art. 92 tiene como antecedente el art. 58 del Código Civil de 1936, pero, al parecer, nunca ocasionó los problemas interpretativos que hoy se descubren. Por ejemplo, en el comentario que hace uno de los codificadores no se expone ninguna de las cuestiones que se debaten en el presente. En tal sentido: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, 7° edición, Editorial Grijley, Lima 2000, pp. 224-225.

⁷ CELOTTO, Alfonso. *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, traducción de Liliana Rivera Rufino, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México 2003, pp. 140-141.

⁸ En el acápite VIII, nos centraremos en el tema de la seguridad jurídica como “pretexto” para el logro de fines irracionales o, directamente, injustos.

⁹ No obstante, el error contenido en esta idea se encuentra demostrado desde hace tiempo: “Crear que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es una ilusión; derivar la completitud de la exigencia de completitud es una falacia. La exigencia es –como creemos haberlo mostrado– racional, pero la razón no justifica la inferencia. Si por “racionalismo” se entiende la tendencia que consiste en atribuir a la razón mayores facultades de las que efectivamente posee, entonces cabe

El dogmatismo pretende salvar las inconsistencias del derecho con la pura lógica formal, por lo que su única ancla se encuentra en los principios lógicos, tales como el de no contradicción, cuya meta es, efectivamente, la coherencia. Por tanto, si existen dos disposiciones supuestamente incompatibles, entonces la fácil solución es entender derogada la norma posterior; o si ambas normas pertenecen al mismo código, entonces se aplica el principio de especialidad.

Los valores, u otras consideraciones morales, están completamente ausentes en esta perspectiva. Lo único que importa es la coherencia formalista en aras de una abstracta “seguridad jurídica”. Esta interpretación elemental queda expresada en la siguiente cita, que pretende zanjar rápidamente todos los problemas del art. 92 CC, en relación con las nulidades negociales:

“El objeto de la casación es la nulidad de acto jurídico. Considero, y así lo hice saber al Tribunal, que de pretensión nulificante de acto jurídico solamente tiene el nombre, pues en puridad, se trata de una impugnación judicial del acuerdo de una asociación, por lo que, en aplicación del principio de especialidad debe resolverse al amparo del artículo 92 del Código sustantivo y declararse la caducidad de la acción planteada. Espero así se resuelva para no generar más inseguridad jurídica”¹⁰.

Nótese que no hay argumento alguno que no sean los puramente dogmáticos: “especialidad”, “seguridad jurídica”, y nada más. Se trata, sin dudas, de una visión empobrecida del derecho.

IV. LA TESIS DOGMÁTICA ES INVIABLE POR RAZONES FILOSÓFICAS

El dogmatismo viene de la mano, hoy, con el economicismo¹¹. Ambas son perspectivas erradas que no logran una adecuada comprensión del fenómeno jurídico.

calificar de ilusión racionalista la creencia en la completitud necesaria de los sistemas jurídicos” (ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5º reimpression, Editorial Astrea, Buenos Aires 2006, p. 236).

¹⁰ CIEZA MORA, Jairo. “El quinto pleno casatorio civil y el principio de especialidad”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 228, Lima, noviembre 2012, p. 82. Este es exactamente el mismo criterio que sostuvo el segundo *amicus curiae* Juan Espinoza. Por el contrario, el tercer *amicus*, profesor Morales Godo, manifestó una postura matizada, intermedia entre la tesis dogmática y valorativa, pues si bien aceptó el principio de especialidad, sin embargo, consideró que existían algunas causales de nulidad, especialmente graves, que no podían zanjarse con la caducidad. Esta tercera posición denota, por lo menos, una tímida apertura frente al formalismo exagerado que inspira las dos opiniones anteriores.

¹¹ Fíjense cómo desinforma el neoliberalismo de cuño economicista, cuando propone sus recetas para el desarrollo: “En tercer lugar, quedan pendientes los aspectos “microeconómicos”, principalmente aquellos referidos a las regulaciones laborales y al “ambiente de negocios”. La economía está mirando con mucha expectativa el desarrollo del siglo XXI (basado en servicios) con

La economía debe supeditarse al Derecho, y no al revés, pues aquella es un instrumento al servicio del hombre. La única realidad intangible es el ser humano y su dignidad (cómo dice reveladoramente el art. 1º de la Ley Fundamental Alemana, inspirado en Kant), y el patrimonio queda en segundo plano. La primacía la tiene el ser humano, y conjuntamente con él, los valores que forjan su propia condición y el consenso social respecto del mundo en el cual desea vivir.

Sin embargo, el economicismo no es la única amenaza que sufre el Derecho, amparado por la globalización y la imposición proveniente de los centros mundiales de poder, sino que, además, tenemos otra plaga: el formalismo. El Derecho tradicional no cuestiona al legislador, razón por lo que rechaza las consideraciones morales (positivismo). En opinión nuestra, la frase que define esta concepción es: *dura lex sed lex* (la ley es dura, pero es la ley). Nótese que el juicio está basado exclusivamente en la norma y su validez (forma), sin darle relevancia alguna a lo plausible o racional del mandato (contenido). Por eso es que tenemos interpretaciones que se cierran con el argumento de que el art. 92 CC es norma especial, y eso es todo.

El formalismo jurídico tiene hasta cuatro expresiones: la concepción legalista de la justicia (legalismo), la teoría normativa del derecho (normativismo), la concepción de la ciencia jurídica como dogmática pura (jurisprudencia de los conceptos) y la interpretación del derecho como simple operación lógica. Bobbio identifica como una de las modalidades de “formalismo” aquella que estudia el Derecho como ciencia teórica-conceptual, basada en simples reglas lógicas de inducción o deducción; puro racionalismo en la formulación, aplicación e interpretación del sistema jurídico¹²; lo que se explica en el contexto de una modernidad fundada todavía en la única idea de la razón.

una regulación laboral del siglo XIX (basado en la mirada agrícola-industrial)” (GARRIDO, Juan José. “Deseos para el 2013”. En *Diario El Comercio*, Lima, 25 de diciembre de 2012, p. A17). En primer lugar, **en el siglo XIX no existía el derecho laboral**, por lo que es absurdo que “podamos mantener una legislación laboral del siglo XIX”, que ni siquiera estaba en ciernes. Esto implica una ignorancia histórica supina. En segundo lugar, la legislación laboral del siglo XX (y no, del XIX) recién llegó al sector agrícola, en forma tardía, mediante la reforma agraria de los 70’s, pues, con anterioridad, y por la inercia de la democracia formal y de los partidos políticos, no habían trabajadores en el campo, sino yanaconas y demás formas serviles de explotación, propia del feudalismo. El retorno a este mundo de explotación es, seguramente, lo que se anhela. En tercer lugar, la pretensión del pseudo-filósofo económico implica, en realidad, regresar al siglo XIX, del liberalismo salvaje, aunque él, en forma contradictoria recusa esa época, por cuanto considera erróneamente que allí se gestó la legislación laboral. Siguiendo con su error, habría que preguntarle, ¿a qué siglo volvemos, entonces? ¿al XVIII?

¹² BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdéz, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1965, pp. 31-34.

Empero, esa forma de explicar el Derecho (jurisprudencia de conceptos), aparentemente neutra y sin contaminación de valores, también juega un papel fundamental en la defensa y protección del modelo económico liberal, que exige un orden legal claro y cerrado, con reglas predecibles que den certeza, que permita las inversiones y los intercambios comerciales con seguridad, aun a costa de la moralidad. La jurisprudencia de los conceptos, para nada neutra u objetiva, jugó un papel relevante para impulsar el crecimiento económico de los centros de poder, mediante el capitalismo salvaje, la industrialización y el colonialismo.

El conceptualismo puro, o el malabarismo jurídico, encierra una opción política peligrosa, cuál es, entretenerse en definiciones y clasificaciones, pero sin atender a fines valiosos. Es decir, se trata de una corriente deshumanizadora, no por los conceptos que podrían tener alguna utilidad, sino porque busca mantener la situación dada y consagrar de esa manera el inmovilismo social y económico. En buena cuenta, este tipo de dogmática jurídica es muy del gusto de los poderosos y de las clases beneficiadas con la distribución de la riqueza, pues se limita a consagrar el liberalismo más radical, encerrado en una teoría neutra o ajena a la realidad. De esta manera, el análisis económico del Derecho y el conceptualismo terminan juntándose en sus fines, pues ambos asumen la protección del más fuerte por medio del irrestricto respeto de la autonomía privada, la santidad de los contratos y la primacía del registro fuera de toda consideración de justicia material; todo lo que conlleva la ansiada “seguridad jurídica”, que, en este caso, **pretende clausurar definitivamente el debate sobre los acuerdos de las personas jurídicas en el exiguo plazo de sesenta días; sin tener en cuenta siquiera la gravedad del vicio, la mala fe del autor o la inexistencia del negocio.**

En buena cuenta, es necesario tomar precauciones frente a las corrientes supuestamente inmaculadas o puramente teóricas¹³. Como dice TARELLO, si las teorías jurídicas son instrumentos prácticos, entonces es razonable preguntarse para qué sirve esa teoría. Por tanto, **la doctrina de los juristas no puede escapar de la crítica política**¹⁴.

En tal sentido, el método conceptualista o de “jurisprudencia de conceptos”, propio de la pandectística alemana del siglo XIX ha caído en descrédito. Ya no se mira la perfecta geometría deductiva de instituciones jurídicas y reglas,

¹³ WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción de Francisco Fernández Jardón, Editorial Comares, Granada 2000, pp. 402-403.

¹⁴ Cit. GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa Editorial, Barcelona 1999, p. 36.

sino los valores implicados en la relación jurídica. Por ello, el profesor italiano Ángel Falzea ha señalado que la Parte General del BGB (Código Civil Alemán) fue incapaz de garantizar los derechos fundamentales de la persona durante la época oscura del nazismo, y que esa situación ha eclipsado su prestigio casi en forma definitiva¹⁵. La contundencia de esta afirmación, expresada por un germanista, deja poco espacio para dudar que el exceso conceptual es, por decir lo menos, insuficiente para cumplir los fines que se esperan del Derecho.

Por cierto, el racionalismo no es incompatible con el Derecho; lo que ocurre es que la ciencia jurídica no puede reducirse a las operaciones lógicas, ya que también, y fundamentalmente, debe conectarse con la justicia. No es suficiente la dogmática pura de carácter formal, ni tampoco lo es el análisis del lenguaje (filosofía analítica). Se impone “un pluralismo en ciencia y filosofía”¹⁶. La madurez de la racionalidad consiste en reconocer que existen elementos irracionales de los cuales no podemos desprendernos; por ejemplo, las emociones, instintos y pasiones también tienen relevancia en la actividad humana¹⁷. Se necesita integrar la teoría del derecho (conceptos formales) y su contenido (justicia). Ya no es posible disociar una de otra, salvo que por la complejidad de encontrar la justicia, simplemente renunciemos a ella para encerrarnos en el mundo de los conceptos lógicos.

Las normas jurídicas no son obras literarias o pictóricas sobre las cuales hay que especular sobre su belleza artística; léase “su coherencia”, basada en el principio de especialidad, por ejemplo. Son, por el contrario, el instrumento para resolver diversos conflictos sociales y los consiguientes dramas humanos que de ellos se derivan. Por tanto, se trata de un mecanismo arraigado en la realidad y de ella no puede desvincularse. Es fácil advertir que las normas resuelven un **problema social**, y no son el pretexto para un debate teórico. Los dogmas tienen su asiento en la religión, pero no en el derecho, cuya función es resolver conflictos humanos en los que se debe ponderar los intereses en juego desde una perspectiva de valores.

La filosofía del derecho nuevamente se dirige hacia el problema del derecho justo, o de la justicia; empero, los enunciados normativos no tienen el mismo grado de precisión que los enunciados empíricos, por lo que deben utilizarse criterios de evidenciación y falsación, de experiencia y observación,

¹⁵Cit. LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*, Palestra Editores, Lima 2004, p. 124.

¹⁶ KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, traducción de Luis Villar Borda, Editorial Temis, Bogotá 2007, p. 17.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 29.

de argumentación racional, de intersubjetividad y universalidad, que permitan llegar a “conocimientos correctos” o “más plausibles que otros”, aunque difícilmente pueda admitirse la solución única, pues casi siempre estaremos en presencia de “respuestas defendibles”. Asimismo, es necesario descartar que el derecho justo sea algo “objetivo”, es decir, un bien ya dado que el hombre debe limitarse a descubrir. Esto se apoya en un esquema de sujeto, por un lado, y objeto por el otro; en donde el primero es ajeno al segundo. El jus-naturalismo buscó esa objetividad en la “naturaleza”, mientras el positivismo en la “ley”. Pero, en las ciencias del entendimiento orientadas al significado (a diferencia de las ciencias de la naturaleza, cuya explicación es causal), no se da valor al esquema sujeto-objeto; pues, quien pretende buscar un determinado sentido, ya introduce su propio prejuicio en el mismo; y por tanto, ese entender nunca será objetivo. El Derecho no puede dissociarse de la personalidad de quien intenta comprenderlo. El Derecho es acto y, por tal condición, no puede constituirse en objeto independiente del sujeto¹⁸.

Adviértase que el economicismo jurídico constituye una vuelta al racionalismo propio de una modernidad ya superada, pues se basa en el hombre racional que toma sus decisiones de acuerdo con el cálculo costo-beneficio, y en donde la ley incentiva que esas decisiones sean eficientes y conduzcan al aumento del bienestar. Pues bien, el error se encuentra nuevamente en centrarse en el “hombre racional”, que todo lo puede, que todo lo entiende, que todo lo evalúa sin contaminaciones irracionales. Esa utopía está de regreso hace tiempo, pero el economicismo, que se presenta como “sinónimo de la postmodernidad pragmática”, sin embargo, se envuelve en el pasado de una modernidad que ya es historia¹⁹.

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 39-43.

¹⁹ La posmodernidad pone punto final a la idea de una realidad única, a la racionalidad avasalladora, al progreso inexorable, a la fe inquebrantable en verdades absolutas. Todo ello se desvanece y estalla en nuestras propias manos. Sobre el particular, se ha dicho que: “Toda la importancia de las enseñanzas filosóficas de autores como Nietzsche o Heidegger está aquí, en el hecho de que estos autores nos ofrecen los instrumentos para comprender el sentido emancipante del final de la modernidad y de su idea de historia. Nietzsche, en efecto, ha demostrado que la imagen de una realidad ordenada racionalmente sobre la base de un principio (tal es la imagen que la metafísica se ha hecho siempre del mundo) es solo un mito “asegurador” propio de una humanidad todavía primitiva y bárbara: la metafísica es todavía un modo violento de reaccionar ante una situación de peligro y de violencia; trata, en efecto, de adueñarse de la realidad con un “golpe sorpresa”, echando mano (o haciéndose la ilusión de echar mano) del principio primero del que depende todo (y asegurándose por tanto ilusoriamente el dominio de los acontecimientos ...). Heidegger, siguiendo en esta línea de Nietzsche, ha demostrado que concebir el ser como un principio fundamental y la realidad como un sistema racional de causas y efectos no es sino un modo de hacer extensivo a todo el ser el modelo de objetividad “científica”, de una mentalidad que, para poder dominar y organizar rigurosamente todas las cosas, las tiene que reducir al nivel de puras

Es claro que el formalismo y el positivismo, en gran medida, vienen de la mano. La reducción del Derecho a un conjunto de normas (ordenamiento), y nada más, es la bandera típica del positivismo; y ello conduce directamente al formalismo, pues el Derecho se convierte en una “forma”, esto es, un precepto aprobado por la autoridad competente según las reglas constitucionales de creación. Y eso sería suficiente para dotarle de carácter jurídico. El positivismo supone reducir el fenómeno jurídico a lo dispuesto por la ley; en consecuencia, queda fuera de su ámbito la justicia o el contenido de la norma²⁰. Da igual una norma pensada para el bien, que otra norma emitida por una organización criminal que haya asaltado el Estado. Lo único relevante es que la ley se apruebe según los parámetros convenidos; nada más.

Para llegar a este nuevo modo de ser del Derecho (justo, de valores, con principios, argumentativo) se han necesitado de dos guerras mundiales acaecidas durante el siglo XX, de Estados totalitarios que negaron los derechos del hombre, del nacimiento de la ONU, de la internacionalización de los derechos humanos, de la generalización de las Constituciones y su valor jurídico²¹. Las leyes injustas del nazismo y del fascismo modificaron radicalmente la teoría jurídica y la filosofía del derecho, pues luego de ese extremo, ya no había vuelta atrás, por lo que el derecho no podía limitarse a lo exclusivamente formal, con descuido de los contenidos, o sea dejar este último campo a la discrecionalidad política²². Nunca más los políticos podrían crear derecho a su libre arbitrio, llenando las normas con cualquier fin, por más

apariencias mensurables, manipulables, sustituibles, reduciendo finalmente a este nivel incluso al hombre mismo, su interioridad, su historicidad” (VATTIMO, Gianni. “Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?”. En Id. y otros. *En torno a la posmodernidad*, Anthropos Editorial, Barcelona 2011, pp. 15-16).

Nótese la relevancia de estas reflexiones, pues también ponen en entredicho al análisis económico del derecho, en cuanto pretende reducir el fenómeno jurídico a las “apariencias mensurables y manipulables”.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid 2009, p. 33.

²¹En tal sentido, el rango distintivo del constitucionalismo rígido consiste en el sistema de vínculos y sujeciones que se imponen a las mayorías parlamentarias (garantismo), no solo en los formalismos para la aprobación de las leyes, sino por el contenido coherente con los principios constitucionales. Tampoco la política queda exenta de inversión: antes la legislación estaba supeditada a los dictados de la política, ahora, la nueva visión implica que la política queda subordinada al Derecho, pues la democracia representativa se encuentra vinculada a esos mismos principios de la Constitución. Las continuas pugnas entre el Tribunal Constitucional y el Congreso son una manifestación típica de una clase política que no acepta el control jurídico por medio de una Corte: FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducción de Gerardo Pisarello y otros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, pp. 134-135.

²²KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Op. Cit., p. 14.

detestable que fuese, y para lo cual solo bastaría cumplir el “procedimiento legal”²³.

El problema del positivismo es que simplifica la realidad hasta el punto de deformarla, especialmente cuando se pretende que todos los problemas se reduzcan a la lógica o semántica, es decir, a los aspectos estrictamente formales²⁴. Por tanto, si la base filosófica que subyace en él es errada, entonces, lo propio sucede con las posturas jurídicas cuyo único argumento es “*el art. 92 CC comprende las hipótesis de nulidad del negocio jurídico por efecto del principio de especialidad*”; pues, aquí, el problema se salda rápidamente con un argumento de simple corte dogmático, específicamente de coherencia formal, cuando en la moderna filosofía del derecho se habla de un concepto superior: la “coherencia valorativa”²⁵. El problema de la coherencia formal es que, en ella, la justicia no interesa.

²³ “Los derechos humanos o fundamentales (civiles, políticos, sociales) –que incluyo en los que he llamado “coto vedado” a las decisiones mayoritarias- forman parte esencial de un diseño constitucional adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto a la dignidad humana. Cuando estos derechos tienen vigencia, queda bloqueada la posibilidad de tratar a una persona como medio. Su otorgamiento y respeto no es un acto de benevolencia por parte de quien o quienes detentan el poder, sino una exigencia básica en toda sociedad que pretenda ser decente. Por ello, la concesión de estos derechos no se suplica sino que se exige. No cabe tampoco agradecerla, sino más bien indignarse cuando tal no es el caso”: GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. En Id. *Tolerancia, Dignidad y Democracia*, UIGV, Lima 2006, p. 273.

²⁴ Refiriéndose al Círculo de Viena, se dice: “los neopositivistas tendían a simplificar demasiado los problemas filosóficos, considerándolos todos como problemas de lógica, de semántica o de metodología, es decir, de coherencia, de significado o de contrastabilidad. Rechazaban la metafísica (la ontología) y desdeñaban o subestimaban la teoría del valor y la ética. Por ello, aunque su crítica de la nebulosidad era útil, su rechazo del realismo, el materialismo y la ética cognoscitiva no lo era”: BUNGE, Mario. *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*, 3º edición, Siglo XXI Editores, México 2007, p. 26.

²⁵ “Entre las normas de un sistema jurídico no solo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la coherencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelve por exclusión, sino mediante ponderación”: AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivism y Postpositivismo”. En LINFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra Editores, Lima 2010, pp. 22-23.

V. LA TESIS DOGMÁTICA ES INVIABLE POR RAZONES ÉTICO-JURÍDICAS. LOS ACTOS HUMANOS Y EL DERECHO

El hombre es mucho más que el derecho²⁶. Ese es el punto de partida, pues, mientras uno es esencia, el otro es medio; uno es totalidad, el otro es fragmentariedad; uno es meta y cumbre, el otro es pálido reflejo.

El ser humano es una fuerza arrolladora que ingresa en el mundo fenoménico²⁷, pero va en busca de nuevas cotas. Está presente en las ideas, en la belleza, en la perversión, en la espiritualidad y también en lo físico²⁸. Otro ámbito suyo es la moralidad y la juridicidad, es decir, aquello que trata sobre la valoración de la conducta. Un animal podría tener un comportamiento altruista y hasta bondadoso con sus congéneres, pero no ético. La diferencia está en la conciencia²⁹.

El hombre es ser libre, dentro de sus grandes limitaciones físicas y temporales³⁰, y ello se traduce en pensamientos, deseos, decisiones, actos.

²⁶ “La cuestión de quién sea el hombre está íntimamente vinculada con la pregunta por la esencia del ser. La determinación de la esencia del hombre, necesaria desde aquí, no es, empero, asunto de una antropología libremente flotante en el aire, que en realidad, se representa el hombre de la misma manera como la zoología se representa al animal. La pregunta por el ser humano, en su dirección y alcance, está ahora únicamente determinada desde la pregunta por el *ser*. Dentro de la pregunta por el ser, la esencia del hombre se debe concebir y fundamentar según la indicación inherente en el principio, como *el* lugar que el ser exige para su manifestación. El hombre es allí, en sí mismo patente. Dentro de él se ubica el ente y es puesto en obra. Por eso decimos: el ser del hombre es, en el sentido estricto de la palabra, la *ex - sistencia*. En la esencia de la *ex - sistencia*, como tal lugar de la manifestación del ser, tiene que fundarse originariamente la perspectiva de la manifestación del ser”: HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la metafísica*, traducción de Ángela AckermannPilári, Editorial Gedisa, Barcelona 1999, pp. 184-185.

²⁷ Para el existencialismo, el ser del ente es la presencia, el “estar presente”; y se manifiesta a través de dos modos: el ente humano se encuentra frente a los otros entes en situación de *estar delante* y *estar a mano*. Las cosas materiales están a mano, pues son entes manipulables por el hombre: HEIDEGGER, Martín. *Tiempo y Ser*, traducción de Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Duque, Editorial Tecnos, Madrid 2011, pp. 33-34.

²⁸ Sobre el existencialismo, se ha dicho: “La existencia es, para Heidegger, como para Kierkegaard, trascendente, pero no hacia los mismos términos; para Heidegger no hay ningún Dios y nosotros estamos limitados por nuestra finitud. Pero dentro de esta finitud vamos más allá de nosotros mismos; nos trascendemos porque existimos esencialmente en el tiempo; esto es, estamos siempre haciendo proyectos y viviendo por adelantado de nosotros mismos; y existimos siempre en el mundo, esto es, en íntima comunión con otras cosas”: WAHL, Jean. *Introducción a la Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá 1997, p. 55.

²⁹ SOBREVILLA, David. “Biología y Ética”. En *VVAA Estudios Jurídicos en Honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias SchreiberPezet*, Cultural Cuzco, Lima 1988, p. 352.

³⁰ “gran parte de nuestras acciones voluntarias ven circunscritas sus acciones por causa de fuerza mayor que limitan las posibilidades reales que se nos ofrecen y nos privan de otras más acordes con nuestro auténtico ideal práctico de vida. En mayor o menor grado, nuestra voluntad siempre ha de

Pero, no solo piensa, también interfiere. La vida no podría desarrollarse desde la pura interioridad, desde el puro pensar cartesiano, sin más, pues se requiere actuar en el exterior³¹.

La libertad de este ser deja huella en el mundo; imprime con su trazo por donde pasa. Es una subjetividad que actúa y decide³²; y cómo no, también hace lo propio en el derecho.

El acto humano de connotación jurídica requiere salir del estrecho marco del puro pensamiento. Necesita expresarse, pues el derecho solo se justifica en la vida en relación; y fuera de ella, carece de objeto. Por tanto, la actuación del hombre en el derecho es **acto de comunicación**³³, por el cual, la voluntad traspasa la subjetividad y se trasluce a lo fenoménico social³⁴. Por ejemplo, la posesión es la voluntad manifestada a través de la dominación de las cosas en relación con los demás, pero esa circunstancia solo existe en cuanto la interioridad se hizo efectiva en el mundo físico.

Sin embargo, no basta la comunicación para ingresar al derecho. En tal caso, lo sería un saludo, una dulce sonrisa o un gesto de desaprobación por el tráfico inhumano que sufrimos todos los días. La comunicación es la condición necesaria, pero no suficiente, pues se necesita la **relevancia jurídica**. Este concepto se encuentra relacionado con el nacimiento del Derecho, en sentido objetivo, con la valoración ético-social de las acciones, esto es, con aquello

ejercerse en el marco de una necesidad que en cierta medida la contraría. Llamamos “acto voluntario” no al que concuerda plenamente con nuestro gusto, sino al que menos nos disgusta en un contexto práctico irremediable que no hemos podido elegir. Es decir, aquel gesto por el que deliberadamente optamos para afrontar la *fatalidad*”: SAVATER, Fernando. *El valor de elegir*, Editorial Ariel, Barcelona 2004, pp.38-39.

³¹El ente humano ha sido arrojado al mundo, es un “ser en el mundo”. El individualismo cartesiano queda descartado.

³² “Al hombre le es dado manejar con libertad su existencia como si fuese un material. Por eso es el único que tiene historia, es decir, que vive de la tradición en lugar de vivir simplemente de su herencia biológica. La existencia del hombre no transcurre como los procesos naturales”: JASPERS, Karl. *La Filosofía desde el punto de vista de la existencia*, Fondo de Cultura Económica, México 2003, p. 67.

³³ La comunicación puede hacerse por cualquier medio que permita sacar la voluntad de la psique del hombre y manifestarla al exterior (RODRÍGUEZ ÁDRADOS, Antonio. “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”. En Id. *Escritos Jurídicos*, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, Tomo III, p. 178). Algo más, el lenguaje desempeña una función de instrumento del pensamiento, antes que de pura exteriorización, pues la intención del pensamiento busca expresarse en palabras, y, con ello, recién logra convertirse realmente en pensamiento (Ibíd., p. 176).

³⁴ “Cada acción humana se exterioriza en forma de algún tipo de movimiento que transforma parcialmente el mundo donde vivimos, pero tiene también un componente interno, no exteriorizado o mental”: SAVATER, Fernando. *El valor de elegir*, Op. Cit., pp. 46-47..

que la sociedad considera propio del ámbito de los mandatos vinculantes, obligatorios, de ordenación del grupo³⁵.

Por tanto, el hombre como ser relativamente libre, también incursiona en el derecho mediante actos de comunicación con relevancia jurídica. Aquí se encuentran las diversas manifestaciones del hombre que tienen incidencia en el derecho, tales como el testimonio prestado frente a un juez, la apropiación de una cosa material sin dueño, el contrato o un testamento. En todos ellos subyace un acto de voluntad comunicacional.

Los actos de voluntad comunicacionales, de connotación jurídica son de amplio espectro; y dentro de ellos se encuentran un sub-tipo en el cual **la voluntad pretende identificarse con el efecto jurídico mismo**³⁶. Son los

³⁵ El Derecho, como acto normativo, se funda siempre en la voluntad de un sujeto o de un grupo que se inviste del poder para dictar reglas con efecto vinculante para los otros. Es también acto humano comunicacional, pero de fuerza; si se quiere tosco, pero igualmente afirma una voluntad. Pero, el derecho requiere, además, la aceptación generalizada (a veces, en realidad, la sumisión), que conlleva la obligatoriedad y la legitimidad. Por tanto, el Derecho es, mitad acto de fuerza, mitad acto de aceptación y reconocimiento. La pétrea voluntad se suaviza con el fresco aroma de la conciencia social que la avala. Si bien es cierto que la idea del contrato social, que funda la sociedad y el derecho, es una simple metáfora, sin embargo, no es irreal. En buena cuenta, se trata de un concepto especulativo que grafica un prolongado y lento fenómeno social que ha dado lugar a la ética y a las reglas del *deber ser*. El contrato social, la voluntad, el hecho social consentido es la base del Derecho, lo que debe venir acompañado del manto de moralidad que subyace en él. Sin embargo, en la versión original del contrato social, la teoría de Thomas Hobbes conduce al absolutismo, y no a la democracia, pues se basa en el hecho que el estado de naturaleza no asegura la vida de nadie, por lo que este temor a la muerte hace que los individuos cedan todos sus poderes al Soberano (Leviatán), quien se convierte en la única fuente de la autoridad y la ley; por tanto, el Estado absoluto empezará a monopolizar la ley, que se identificará, a partir de ese momento, con el derecho (DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*, traducción de Ricardo Sanín Restrepo, Oscar Guardiola-Rivera y Omar Alonso Medina, Editorial Legis, Bogotá 2008, p. 93). La teoría institucional del derecho (MacCormick y Weinberger) señala que la validez del derecho es un hecho social que no puede ser determinado por la mera existencia de una norma fundamental. La eficacia, que es un criterio de validez del sistema jurídico, es un hecho social que solo puede ser comprobado por la observación. **Es un criterio sociológico-realista**. El hombre es ser actuante y ser social, por lo que crea instituciones o marcos sociales para la acción. La validez de las normas se encuentra en el hecho que estas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones solo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica: WEINBERGER, Ota (entrevista por Eugenio Bulygin). En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, Alicante 1992, pp. 319-320). La teoría del hecho social es un buen intento explicativo de la **eficacia del derecho**, sin embargo, no explica en su integridad el fenómeno jurídico, que también requiere de sustento moral para justificar la **validez intrínseca** de las reglas de conducta. El Derecho existe como un hecho (estructura formal), pero se necesita, además, moralidad, tendencia a lo bueno, a lo correcto (estructura sustancial).

³⁶ Los actos humanos pueden producir efectos jurídicos, por relación directa con la autonomía privada (negocio jurídico), o como simple supuesto de hecho que es valorado jurídicamente por la ley para atribuir un efecto estrictamente legal (acto jurídico). Así, la doctrina señala que: “El

negocios jurídicos. Nótese que la voluntad busca alcanzar el efecto jurídico³⁷; está pre-ordenada para ello; por lo que se descarta que se persiga, solamente, efectos prácticos o empíricos. Si fuera así, entonces no podrían excluirse del ámbito negocial los “pactos de caballeros” o las relaciones meramente sociales, pues en ellos siempre existe un efecto empírico pretendido, pero que se mantiene a extramuros del derecho, pues los creadores de la relación, en forma expresa o tácita, la han excluido de ese mundo³⁸. Por otro lado, se encuentran los “actos jurídicos no negociales”, en los que también se encuentra un acto de voluntad, sin embargo, el efecto jurídico es independiente y autónomo de la voluntad, pues solo constituye un presupuesto

ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de **efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada**. Por otro lado, son **consecuencias jurídicas legales** aquellas que se producen solo en virtud de la ley, en cuanto que la ley determina la consecuencia jurídica valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial actos humanos”: FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 25.

³⁷ Sin embargo, en doctrina nacional se ha criticado la postura del texto principal: “Es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por la ley en el primero y que los fijan las partes en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que, en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados por normas supletorias, mientras que en el ámbito del acto jurídico, los efectos están predeterminadas por normas imperativas o inspiradas en el orden público” (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*, Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 42).

Esta posición denota una grave falta de lógica. En efecto, el negocio jurídico no puede tipificarse por la existencia de normas supletorias que son derogadas por la autonomía privada; eso es poner la carreta por delante de los bueyes, y lo vamos a demostrar con un ejemplo: la existencia del contrato de compraventa no está relacionado con las normas supletorias o imperativas, pues, en el momento genético, las partes son soberanas para decidir el negocio, la causa, el bien, el precio. Por el contrario, las normas supletorias o imperativas solo entran en juego **cuando ya existe el negocio**; pero el problema no se encuentra *a posteriori*, cuando el acto ya se produjo, sino *ex ante*, cuando el negocio va a configurarse. Por tanto, el acto humano negocial solo se construye con la voluntad de las partes que se identifica con el efecto jurídico. Así, la compraventa implica el intercambio voluntario de bien y precio, y esta causa negocial es decidida *in toto* por las partes; en consecuencia, la norma supletoria no le puede indicar a los particulares qué cosa material debe adquirirse o cuánto dinero debe pagarse si el vendedor o comprador omiten regular esa materia. **En este punto, los contratantes son los únicos que pueden decidir libremente por medio de su voluntad comunicada**. Por tanto, la diferencia entre acto/negocio se encuentra en la identidad entre voluntad y efecto que se produce en el último caso.

³⁸ “El problema es distinguir los casos en los cuales el acuerdo sobre materias patrimoniales crea un tal compromiso, de los casos en los cuales no lo crea. Es decisivo, al respecto, el modo en el cual las partes entienden su acuerdo: vale decir, es decisiva la intención de las partes (en el *commonlaw*, *l'intention to create a legal relationship* es habitualmente indicada como elemento constitutivo del contrato)”: ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*, traducción de Nélvor Carretero Torres y Eugenia ArianoDeho, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 36).

para desencadenar las consecuencias jurídicas. Ejemplo: el amante de los animales que recoge de la calle un perro herido con el fin de curarlo y devolverlo a la libertad, no piensa ni manifiesta intención alguna de convertirse en propietario, sin embargo, lo es por efecto del art. 929 CC. La voluntad de tomar el animal lo hace propietario, sin que tenga relevancia la concreta finalidad del acto.

Ahora bien, en las hipótesis de voluntad que “pretenda identificarse” con el efecto jurídico, ello no significa que aquella sea la productora directa de las consecuencias para el derecho, ni que tenga el poder de producir, por sí sola, las diversas relaciones jurídicas. Una doctrina de este tipo significaría un retroceso a la corriente decimonónica del dogma de la voluntad. Por el contrario, si bien la finalidad de esta voluntad es igualarse con el efecto, sin embargo, ella requiere encontrarse en conformidad con el sistema jurídico. Los civilistas se han enfrascado en una inútil discusión, por muchas décadas, entre el negocio como “hecho” (*fattispecie*), que deba ser reconocido por el ordenamiento jurídico; o como un “valor”, que por sí mismo tenga relevancia jurídica³⁹. Las teorías sobre esta vinculación son numerosas, y en ellas influye la ideología liberal-individualista (el negocio es “valor”) o la solidaria-colectiva (el negocio es un “hecho”). Por tal motivo, se dice, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico “reconoce” el negocio, lo que da preponderancia a la libertad; o que el ordenamiento lo “autoriza”, con lo cual se otorga primacía al Estado en una función de tutela de los intereses privados⁴⁰. No faltan las posiciones eclécticas, como la de Giovanni Battista Ferri, quien considera que el negocio y la ley encarnan, ambos, valores autónomos, en una clara muestra de pluralismo jurídico; y “constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal), que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento”⁴¹.

³⁹ Así describe el problema: FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*, traducción de Leysser León, ARA Editores, Lima 2002, p. 134.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 141.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 155.

La afortunada frase de “relación entre libertad y autoridad” no proviene del civilista italiano, sino de la filosofía liberal, de la cual, evidentemente, él la ha tomado a préstamo. Así, se expresa uno de los más importantes teóricos del liberalismo: “El objeto de este ensayo no es el llamado libre arbitrio, sino la libertad social o civil, es decir, la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo (...) La lucha entre la libertad y la autoridad es el

Sin embargo, el debate de los civilistas había sido solucionado antes por los filósofos, pues el sistema jurídico otorga poderes al individuo para crear reglas, pero ello está sometido a normas de competencia que establecen las condiciones de validez en su ejercicio. “Las normas de competencia son normas constitutivas, normas que califican como válidas las normas dictadas en el ejercicio de la competencia”⁴². Por tanto, **el sistema jurídico reconoce el poder de los individuos para crear relaciones jurídicas sobre la base de su voluntad, pero en concordancia con el bien común que se expresa en las reglas de competencia.**

Por último, **el acto negocial requiere producir un resultado jurídico, un cambio en el *statu quo***, una modificación en la situación preexistente de relaciones jurídicas, en consecuencia, se crea un nuevo ente, algo que no existía⁴³. Esta circunstancia descarta los actos de finalidad meramente probatoria o reproductiva (ejemplo: un acto de ratificación documental de contrato no es negocio jurídico, pues no crea algo), o los actos inocuos que no producen innovación jurídica (por ejemplo: declaración unilateral del padre por la que expresa su firme intención de asumir las obligaciones derivadas de la paternidad). En buena cuenta, la relevancia jurídica, que en el ámbito de los negocios se circunscribe en el derecho privado, debe conllevar una innovación, algo nuevo, un resultado novedoso.

En suma, el negocio jurídico puede definirse como el **acto humano comunicacional, con relevancia jurídico-privada de innovación, en el que la voluntad se identifica con el efecto reconocido por el sistema jurídico, en virtud de su concordancia con el bien común, esto es, con las normas jurídicas de competencia, que establecen los parámetros de la autonomía**

rasgo más saliente de esas partes de la Historia con las cuales llegamos antes a familiarizarnos, especialmente en las historias de Grecia, Roma e Inglaterra” (MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*, SARPE, Madrid 1984, p. 27). En este ensayo, el filósofo inglés trata la cuestión de cómo el individuo puede preservarse frente a los poderes del Estado, o cómo puede conciliarse la autoridad y la libertad (Introducción del editor, *Ibíd.*, p. 13).

⁴² MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 83.

⁴³ “en dependencia de si el contenido está socialmente destinado solo a informar o a aclarar (*docere*), o bien a dictar norma o estatuir (*iubere*) –es decir, de si está destinado a enunciar algo que existe, o a disponer un “deber ser” para el futuro- la declaración deberá calificarse como enunciativa o puramente representativa, como *docet*, o como dispositiva, preceptiva y ordenadora, respectivamente, cuando *iubet*”: BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”. En *Id. y otros. Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales*, traducción de Leysser León, ARA Editores, Lima 2001, p. 44.

privada. Se trata, pues, del máximo potencial jurídico de la voluntad⁴⁴, en cuanto el querer manifestado del hombre, previa coordinación con el sistema jurídico objetivo, se convierte en regla de conducta, obligatoria, vinculante. A diferencia de la tesis de Betti, el negocio no es mandato o precepto, pero **deviene en mandato.** No es lo mismo “ser” (aparecer por sí mismo) que “llegar a ser” (aparecer por una fuerza extrínseca), en virtud de una energía externa que le permite al cuerpo lograr el movimiento –eficacia- requerido.

Es evidente que este querer solo puede ser protegido cuando se trata de una voluntad sana, seria, libre; y antes que eso, real, o sea, que se haya producido en el mundo fenoménico. Es imposible que el Derecho preste tutela a una voluntad inexistente, a una suplantación de la persona o a una burda falsificación; pues ello significaría invadir la esfera de libertad del ser humano; entrometerse en su personalidad; abusar de su ser; ponerse en la máscara ajena. No existe mayor tiranía ni más grave arbitrariedad que fingir la voluntad de otro, y que este fraude ¡tenga efectos jurídicos! En tal caso, la dignidad del hombre queda derrumbada, pues el perjudicado (falsificado) es un simple medio, una cosa para el logro de un fin de supuesta seguridad jurídica. La tesis dogmática *cosifica* a los seres humanos; los vuelve escalones para que otros (curiosamente, un falsificador) los pisen y logren sus ruines propósitos. El Derecho, en tal contexto, no tiene sentido.

Por tanto, cabe formularse la siguiente pregunta: **¿puede aceptarse un criterio interpretativo que valida la interferencia en la voluntad ajena?** La respuesta obvia es negativa. El artículo 1º de la Constitución consagra la primacía del hombre, su dignidad, lo que obviamente no puede ser dejado de lado por una “interpretación dogmática” del art. 92 CC, esto es, por la aplicación del “sacrosanto” principio de especialidad. Una suplantación o falsificación no puede “fabricar” la voluntad de un sujeto o de un conjunto de sujetos. **Un sistema constitucional, inspirado fundamentalmente en valores, no puede tolerar que la voluntad inexistente, creada por falsarios, termine obligando y vinculando a la persona que nunca la declaró, que nunca comunicó ese querer⁴⁵.** Nótese la absoluta arbitrariedad y la máxima

⁴⁴ A lo largo de este ensayo se habla de la “voluntad”, pero es menester aclarar que este término se utiliza con el significado de “acto de decisión serio y responsable de un sujeto, entendido como hecho social susceptible de tutela jurídica”. De esta forma, queda descartada la concepción voluntarista-individualista, o el llamado “dogma de la voluntad”, propio del pandectismo alemán del siglo XIX.

⁴⁵ “Dado que tratar a una persona como un fin en sí mismo implica respetar los fines que se autoimpone, sus objetivos, fines, proyectos, el principio de dignidad humana exige el respeto de las elecciones humanas. No es moralmente posible prescindir de la libertad personal de los gobernados. Cuando tal no es el caso, cuando las leyes son impuestas sin el consentimiento de los gobernados,

dosis de injusticia que se produce si validamos la injerencia de un falsificador en la voluntad de otro; y que este otro deba aceptar que se trata de “su voluntad”, por efecto de la caducidad.

Pues bien, la tesis dogmática pretende exactamente eso, pues sostiene que una burda falsificación (¡una voluntad inexistente!) tenga el mismo valor que un querer real, si es que venció el plazo mágico de la ley. Así, pues, en el caso materia del quinto pleno casatorio, el demandante alega, nada menos, que se ha inventado una asamblea general de asociados, sin embargo, el criterio legalista considera que debe declararse la caducidad de la pretensión, pues “*ha vencido el plazo para la impugnación judicial, que es de treinta días desde la inscripción*”. En buena cuenta, lo falso se hace auténtico porque la ley lo dice (*dura lex, sed lex*), sin ningún argumento valorativo.

El régimen general de invalidez del Código Civil no puede derogarse tan fácilmente, pues se sustenta en principios constitucionales, en la protección del sujeto, de su libertad, de su autonomía, de su propio querer, y no uno inventado. En tal contexto, no es posible que los vicios radicales, como la falta de manifestación de voluntad, la simulación, el fin ilícito u otros sean degradados hasta el nivel que un plazo ínfimo de treinta días permita convalidarlos. La gravedad del defecto no justifica, bajo ninguna circunstancia, una interpretación flexible que habilite la santificación del delito. **La Constitución misma, con su base ética-jurídica, se presenta como muralla infranqueable contra la tesis dogmática.** Téngase en cuenta que las reglas sobre invalidez negocial se fundan en el principio superior de libertad individual, de autonomía privada, por lo que tienen un sólido asiento constitucional⁴⁶; en cambio, la mala interpretación del art. 92 CC no tiene

los ciudadanos son tratados simplemente como medios para los fines que los gobernantes persiguen”: GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. En Id. *Tolerancia, Dignidad y Democracia*, UIGV, Lima 2006, p. 272.

⁴⁶ La actuación del falsario de una asamblea general supone que una voluntad heterónoma (ajena), sin título para ello, se sobreponga a la voluntad real del sujeto. Esto es inadmisibles. Sobre el particular, la doctrina dice: “La dignidad intrínseca del ser humano exige que cada persona, por sí y autónomamente, pueda determinar el fin de su propia existencia y elegir los medios para alcanzarlo, solo de esta forma el individuo se desarrolla libremente. La elección del fin, tanto como la de los medios, para que se considere libre ha de ser autónoma, y solo es autónoma cuando la elección no viene impuesta por fuerzas heterónomas, ejercidas por otras personas o por el grupo social. La persona no es libre solo porque tenga capacidad de elección, es libre porque tiene capacidad de autodeterminación, de decidir sobre sí, sobre su fin y destino; la persona, el hombre, es libre en la medida en que se autoposee. La autodeterminación exige, desde el punto de vista externo, ausencia de coacción y, desde el punto de vista interno, libertad de elección. La autodeterminación, como capacidad fundamental del hombre, presupone voluntariedad. No existe autodeterminación cuando se impone o se impide a una persona una conducta por medio de la fuerza, la violencia o el engaño.

principio superior alguno que lo acoja, pues se basa en una rutinaria regla técnica “norma especial prima sobre general”.

En suma, ¿cómo puede triunfar el significado dudoso de una norma del Código Civil, cuya interpretación dogmática no tiene basamento constitucional, frente a las reglas de invalidez que son las fieles guardianas de la libertad? Aquí ni siquiera es posible la ponderación entre derechos fundamentales, porque en el otro lado no hay nada que oponer⁴⁷. El art. 92, interpretado en forma dogmática, se opone a principios constitucionales; por tanto, tal significado debe descartarse.

VI. LA TESIS DOGMÁTICA ES INVIABLE POR RAZONES SISTEMÁTICAS

La tesis dogmática se resume así: todas las causas de invalidez del negocio jurídico, siempre que se trate de acuerdos corporativos, son reguladas por el art. 92 CC. Pero, ¿cuál es la especialidad de esta norma? ¿En qué consiste ese régimen tan particular? **En realidad, la única característica propia es la caducidad reducida a sesenta días, desde el acto de voluntad, o de treinta días, a partir de la inscripción.**

Es evidente, pues, que racionalmente no puede aceptarse la existencia de una especialidad normativa (sobre la invalidez negocial), cuya única diferencia con el régimen general sea el plazo para interponer los remedios. ¿Una tan alegada especialidad puede reducirse a tan poco? En efecto, el “régimen especial” de nulidad de actos colectivos no tiene especialidad alguna, pues las causas de invalidez negocial del Código Civil son las mismas; por tanto, la única “particularidad” del régimen lo constituye la caducidad reducida, pues la

Tampoco existe autodeterminación cuando no es la persona la que decide, por sí o por medio de un representante, sino que es otro el que toma la decisión, sin tener en cuenta su voluntad” (CAVALLÉ CRUZ, Alfonso. *El notario como garante de los derechos de la persona*, Jurista Editores, Lima 2012, p. 77).

⁴⁷ En cuanto a la ponderación: “Puesto que la primera premisa del anterior esquema está configurada por la existencia en relación con el caso de dos principios (o conjunto de principios) que tiran en direcciones opuestas, la contestación al primero de esos interrogantes es que hay que ponderar (...) cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que (...) permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. Y la pregunta es: ¿Cuándo ocurre esto? Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando: 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); o bien, simplemente es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso”: ATIENZA, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra Editores, Lima 2012, pp. 28-29.

legitimación de los terceros no queda afectada, en cuanto se entiende que estos pueden impugnar los acuerdos en el plazo general de prescripción extintiva que se ha establecido para la nulidad y anulabilidad (diez y dos años, respectivamente).

Por lo demás, el hecho que el art. 92 se refiera a los actos colectivos de una persona jurídica no elimina su carácter de negocios jurídicos, ni de voluntad protegida y protegible por el sistema jurídico; por tanto, no existe razón alguna para dotarle de una forzada especialidad que solo se edificaría sobre la débil base de la caducidad. **Aquí, lo preponderante es el sustento constitucional del régimen de invalidez negocial, que no puede ser dejado de lado tan fácilmente si es que no existe una razón atendible que justifique la excepción; y en este caso, nadie ha dicho cuál sea la citada razón.** El único argumento es el dogmático principio de especialidad, como si ello fuese suficiente para destrozar el sistema de protección de los actos de voluntad, que pretende el aseguramiento de su existencia, y luego, de la libertad, ausencia de vicios, conocimiento informado, seriedad, etc. Toda esta sólida construcción no puede desmoronarse por una pequeña piedra, que, además, no expresa contravalor alguno.

Por si todo lo dicho no fuera suficiente, la tesis dogmática presenta otras serias deficiencias: el art. 92 CC habilita que solo el socio pueda impugnar los acuerdos, pero, ¿qué pasa con los terceros? Si se trata de causales de nulidad absoluta, entonces los terceros también pueden instar la nulidad, pero, ¿en qué plazo?, pues la citada norma no los incluye. Este problema fue planteado durante la vista del pleno casatorio, y los *amicicuriae* Cieza y Espinoza, respondieron más o menos de la siguiente manera: “*si se trata de un socio, la caducidad es la del art. 92 CC, pero si se trata de un tercero rige la prescripción de diez años*” (sic). Si la tesis dogmática se sustenta en la coherencia formal y la seguridad jurídica, pues resulta que estos argumentos se desmoronan totalmente cuando se trata de los terceros impugnantes, pues, en tal caso, ya no existen los beneficios que tanto se pregonan.

Recordemos el caso debatido en el quinto pleno, pues si la Corte Suprema declarase la caducidad de la pretensión en relación con el asociado demandante, entonces un amigo de este, que no pertenezca a la asociación (tercero), bien podría plantear la misma demanda en el plazo de prescripción de diez años, por lo que el tema volvería a plantearse, y el órgano jurisdiccional, ahora sí, tendría que emitir una decisión sobre el fondo. En buena cuenta, la incoherencia se agrava, pues la impugnación sirve para lo mismo que la nulidad, incluso en cuanto al plazo para ejercer el remedio,

siempre que se trate de tercero; y en relación con la seguridad jurídica, tampoco se logra nada, pues la problemática impugnación de diez años, que supuestamente se pretendía evitar con el art. 92, en realidad se mantiene en pie.

Otro dilema sistemático es el siguiente: el art. 92 CC señala que solo están legitimados para impugnar, los asociados no asistentes, los que votaron en contra y salvaron su voto en el acta, y los que fueron privados ilegítimamente de votar. Es decir, los que votaron a favor o en contra, pero no dejaron planteada su objeción, quedan excluidos del remedio. Pues bien, esta legitimidad restringida es incompatible con el remedio de la nulidad absoluta, pues una de sus principales características es que el posterior consentimiento no convalida el vicio; siendo así, ¿cómo se explica que el votante a favor no pueda denunciar la nulidad, sea por la vía de la impugnación o de cualquier otra vía?, ¿entonces, la voluntad del perjudicado sana el defecto?, ¿esa situación puede seguir llamándose “nulidad”? Sobre el particular, se ha negado en forma terminante la convalidación de un negocio nulo, con la siguiente frase metafórica: “un enfermo puede sanar y hasta un muerto cabe que resucite, pero que no es posible que reviva lo que no ha nacido”⁴⁸.

Por otro lado, ¿qué pasa si votantes fueron suplantados; o si actuaron por error, dolo o violencia? En tales circunstancias, nadie podría decir que realmente hubo un voto o que este fue libre; por tanto, ¿pueden impugnar, a pesar de todo? Si se dice que no, entonces la injusticia es mayúscula; por el contrario, si se opta por la afirmativa, entonces se incurre en contradicción, pues se termina aceptando que puede denunciarse por invalidez en las hipótesis del art. 92 CC, y ya no por impugnación. Dentro de la tesis dogmática, no hay forma de salvar esta incoherencia.

VII. LA TESIS DOGMÁTICA ES INVIABLE POR RAZONES SOCIALES. EL PROBLEMA ENDÉMICO DE LAS FALSIFICACIONES

La tesis criticada olvida, además, el problema social que sufre el Perú en cuanto al sempiterno tema de las falsificaciones. Por tanto, se trata de imponer un criterio formalista, de pura abstracción, alejado de la realidad que pretende regular. Se trataría, entonces, de un significado interpretativo en el vacío, acordado por un legislador sin contexto, sin memoria, sin seres a los que vayan dirigidas las reglas. Es un Derecho para el espacio exterior, sin vida.

⁴⁸ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985, p. 485; aunque el autor no comparte la radicalidad de la frase.

En efecto, de un tiempo a esta parte observamos con preocupación, por ejemplo, que el Registro ha renunciado a su obligación fundamental de brindar certeza y seguridad. Por todos los frentes hace agua. El problema comenzó con el programa “Alerta Sunarp”, que reconoció la imposibilidad de la institución registral para prevenir las falsificaciones. En tal caso, el propio interesado queda obligado a defender sus intereses mediante la revisión diaria de su correo electrónico para verificar que no se pretenda vender fraudulentamente el inmueble de su propiedad (¿y hasta cuándo debe revisar su cuenta de correo? ¿hasta las calendas griegas?). Eso no fue una innovación audaz, sino la triste capitulación del Estado Peruano frente a los actos delictivos: **¡no puedo hacer nada, entonces, tú, ciudadano, defiéndete solo!**

Un segundo eslabón en la cadena fue la anotación preventiva por presunta falsificación de documentos (Directiva N° 001-2012-SUNARP), y últimamente la cuestión se repite con la anotación por presunta falsificación de instrumentos extra-protocolares y constancias de quórum, **precisamente en el ámbito de las personas jurídicas** (Directiva N° 003-2012-SUNARP); por lo que nuevamente se admite que las falsificaciones están a la orden del día, y como el registro no puede evitarlas, entonces opta por permitir la inscripción de los títulos falsos, pero con la posibilidad de reclamar después⁴⁹.

⁴⁹ Esta nueva directiva se concentra en algunos pocos problemas que sufre el registro de personas jurídicas, pero olvida los temas de fondo:

- i) Las inscripciones se realizan, hoy por hoy, en mérito a la copia certificada de un libro de actas, que nadie controla. En primer lugar, el notario es poco cuidadoso en certificar el libro y en múltiples ocasiones se logra su apertura sin el consentimiento de los representantes de la entidad.
- ii) Una vez conseguida la certificación del libro, este puede llenarse con cualquier contenido, pues no se verifica la existencia de la asamblea, la participación de los socios, la firma o representatividad de los que suscriben. En buena cuenta, las actas pueden decir cualquier cosa ante la indolencia notarial y registral. Pues bien, esa acta fabricada con tanta ligereza, ¿puede ser incontrovertible luego de treinta días desde su inscripción?
- iii) Sin embargo, la inscripción requiere algo más que el acuerdo de asamblea en acta, pues se necesita acreditar la convocatoria (publicidad de la reunión) y quórum (número mínimo de asistentes para dotar de validez a la reunión). En este tema, la SUNARP “inventó” el sistema de las declaraciones juradas para “facilitar” la inscripción, pero lo que ha logrado es facilitar las falsificaciones. La situación es tan clamorosa que el registrador observa la declaración jurada y el representante la rehace “a gusto del registrador”, lo que obviamente implica una falsedad, pues sería bastante curioso que una convocatoria del pasado haya ocurrido “exactamente igual” a como la pide el registrador en el presente.
- iv) Otro punto son las famosas “reaperturas de acta”, que ahora permiten cambiar íntegramente la voluntad corporativa mediante el fácil agregado de un párrafo

La Directiva registral pone en entredicho las bases mismas del sistema, en cuanto reconoce que no puede impedir las falsificaciones, entonces, se conforma con un simple paliativo, pues trata de revertir en algo la situación mediante anotaciones de fraude, que, además, son ilegales, pues ponen en cuestionamiento la presunción de veracidad de las inscripciones (art. 2013 CC), sin norma legal de apoyo.

El problema de los fraudes, especialmente en personas jurídicas, tiene una connotación social grave; pero, con la rústica interpretación del art. 92 CC, la situación se agudiza, pues se pretende decir: **¡falsifica, y si en treinta días desde la inscripción no se impugna, entonces lo falso pasa a ser real!**

En puridad, la falsificación de actas, de firmas o de declaraciones juradas ni siquiera debe ser atacada con el remedio de nulidad, sino con el de inexistencia del negocio jurídico, por lo que el plazo de reacción es indefinido, sincaducidad ni prescripción extintiva. En efecto, la “nada” del mundo fenoménico, la irrelevancia o invalidez factual⁵⁰, no puede convertirse por arte de magia en un “ser” existente, vivo y real. El delito puede quedar impune por el correr del tiempo, pues se refiere únicamente al sujeto infractor y la sanción

firmado. Con la reapertura, hoy por hoy, lo que es blanco pasa a ser negro, sin ningún inconveniente. ¿Eso no es facilitar la labor de los falsarios?

⁵⁰ “la nulidad presupone, ni más ni menos, la existencia, la identificación jurídica del negocio. La proposición consiguiente, de que el negocio jurídico (por lo tanto, jurídicamente existente) puede ser nulo (o válido) no contiene, si es exactamente entendida, ninguna contradicción. Como anotábamos, el negocio existe en tanto y en cuanto se presenta su noción jurídica, tal cual ha sido hipotéticamente contemplada por el ordenamiento; y este último puede hacer, en determinados casos, que el negocio sea nulo, pero sin derogar el concepto que –según hemos visto- dicta de él. Por el contrario, si el negocio no existe, no es necesario, ni tampoco posible, disponer su nulidad: del mismo modo, el ordenamiento no puede –por la contradicción, que no se lo permite- elevar a la condición de *fattispecie* jurídica el negocio inexistente, que equivale a la nada en el plano del derecho (obviamente, como negocio)”: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, traducción de Leysser León, Editora Jurídica Grijley, Lima 2004, p. 438.

Otra valiosa opinión en el mismo sentido: “Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli manifiestan que cuando se trata de hechos jurídicos en sentido estricto (...) tiende a reducirse a un simple juego sobre la relevancia (o, si se prefiere, sobre la existencia) jurídica del hecho o del acto, o sea sobre la correspondencia del esquema concreto con el modelo legal abstracto. Y la alternativa es bastante simple: se producen los efectos solo si se ha resuelto en sentido afirmativo el juicio sobre la relevancia jurídica del fenómeno examinado”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad virtual”. En Id. *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*, ARA Editores, Lima 2002, p. 266.

Con la misma idea, pero con otras palabras, se dice que una cosa es el “fenómeno” del contrato (hecho) y otra es la “esencia” del contrato (hecho válido). La falta de lo primero lleva a la inexistencia; mientras que la irregularidad de lo segundo trae consigo la nulidad: PASQUAU LIAÑO, Miguel. *La nulidad y anulabilidad del contrato*, Editorial Civitas, Madrid 1997, pp. 170-171.

que le correspondería a él, pero el delito no puede originar actos jurídicos con perjuicio a terceros. Por ejemplo, si se falsifica un acta de asamblea general, y pasan 60 días, entonces, ¿ahora sí existe el negocio?, pero, ¿de dónde surgió?, ¿quién le dio vida? Un absurdo lógico, sin dudas.

Sin embargo, durante la vista del pleno casatorio, *elamicuscuriae* Espinoza dijo que: “*la inexistencia no está consagrada en el Código Civil, salvo en el art. 1359, por lo que no debe acudirse a esta figura*”⁵¹. Típico alegato positivista, pues se basa, exclusivamente, en la ley; pero que constituye un salto al vacío frente a la filosofía de la ciencia. En efecto, la ciencia trata de los entes, de lo que es, y no del simple vacío absoluto. Ante las preguntas: ¿se puede estudiar la nada?, ¿se puede decir y explorar la nada? ¿se le puede medir, contar o pesar? La respuesta obvia, desde la teoría del conocimiento, es no⁵².

Pues bien, eso mismo pasa con el derecho. Nadie regula las negaciones, sino los hechos. La ley indica que el contrato es un “acuerdo”; que la propiedad es un “poder jurídico”; y que la posesión es un “ejercicio de hecho”; pero no se establece norma alguna para el no-contrato, la no-propiedad o la no-posesión. Por tanto, es absolutamente lógico que el Código Civil no regule la inexistencia del negocio jurídico; como no podría hacerlo con la inexistencia de la posesión; pero eso no impide que tales negaciones tengan importancia práctica, pues con ellas se puede borrar la tenue apariencia de un hecho, o poner fuera de sitio la pretensión de convalidarlo. ¿En qué plazo? La inexistencia es la nada para la ciencia, y la nada siempre será una negación; simplemente el no-ser; por tanto, el plazo para declararlo nunca se inicia, pues no existe en el mundo fenoménico; la nada impide el inicio del cómputo; por lo que se trata de una pretensión imprescriptible, pero, ¿si la ley no lo dice? ¿qué hacemos? En este caso, como en muchos otros, la regla se deduce, se obtiene desde los principios y la sistemática del derecho. Es muy fácil hacer la deducción: En primer lugar, si el acto jurídico se declara nulo, entonces el no-

⁵¹ Sin embargo, en forma contradictoria, en su obra escrita sí acepta la inexistencia: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*, Op. Cit., pp. 496-497.

⁵² Hasta los existencialistas reconocen que, **en la filosofía de la ciencia**, la nada carece de sitio. Así: “Precisamente, la ciencia rechaza la nada y prescindir de ella como de algo nulo. Ahora bien, al despreciar de este modo la nada, ¿no estamos precisamente admitiéndola? Aunque, ¿se puede hablar también de admitir cuando lo que admitamos es la nada? Tal vez estos giros del discurso se muevan ya en un juego de palabras vacío. Frente a eso, la ciencia tiene que volver a afirmar ahora su seriedad y lucidez; que lo único que le importa es el ente. ¿Qué otra cosa le puede parecer a la ciencia la nada más que un espanto y una fantasmagoría? Si la ciencia está en lo cierto, entonces una cosa es segura: la ciencia no quiere saber nada de la nada. Al final, esa es la concepción rigurosamente científica de la nada: la sabemos en la medida en que no queremos saber nada de ella”: HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es la metafísica?*, traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte, Alianza Editorial, Madrid 2012, pp. 17-18.

actose declara inexistente, pues la nulidad presupone que siquiera existe el hecho fenoménico como tal. En segundo lugar, la nulidad del acto jurídico se puede declarar en el plazo de diez años desde que la pretensión puede ejercitarse, o sea, desde que el hecho ocurre en el mundo; en cambio, el no-acto es nada, no hay hecho, por lo que el inicio del cómputo es imposible, por tanto, el remedio es imprescriptible.

En la filosofía del derecho, desde hace mucho tiempo se admiten las denominadas “normas implícitas”, es decir, aquellas que no están positivizadas, pero que debieran estarlo por coherencia valorativa⁵³; por tanto, esa necesidad deóntica funciona en la realidad normativa como si tales presupuestos estuviesen presentes. Son como los descubrimientos de Einstein; nadie los ha visto, pero por necesidad del sistema (en su caso, del sistema del universo; en el nuestro, de los valores), se supone que están aquí y ahora.

VIII. ¡CUIDADO CON EL PRETEXTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA!

La codificación es una técnica legislativa que se caracteriza por regular una determinada parcela de la vida social con la pretensión de integridad, claridad, orden, sistemática y **seguridad jurídica**; de tal suerte que todos los conflictos jurídicos pueden resolverse mediante la simple consulta de ese texto legal. En buena cuenta, es como un libro en el cual se encontrará de manera fácil y sencilla todas las respuestas que se buscan. Los Códigos se basan en las ideas de universalidad (medio) y seguridad (fin); pero su trasfondo filosófico no es otro que el positivismo y el formalismo. En efecto, todo se resuelve con la ley en la mano, y no existe nada más que buscar.

El neo-constitucionalismo, los derechos humanos y las modernas concepciones filosóficas del derecho han producido el **estallido de la codificación**, pues al superarse el positivismo que se concentra en normas simples cuyo fin es la certeza, entonces se produce el fenómeno denominado de “indeterminación del derecho”, por lo que hoy no se sabe a ciencia cierta cuál será la solución de alguno de los llamados “casos difíciles”, pues no solo entra en juego una norma del Código, sino también uno o más principios elásticos contenidos en la Constitución, o una norma internacional de derechos

⁵³ “En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Este es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente”: AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivism y Postpositivism”. En LINFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra Editores, Lima 2010, p. 27.

humanos, o la jurisprudencia de un Alto Tribunal o Corte, o incluso el informe de un relator temático del sistema universal de derechos humanos que tiene incidencia en la hermenéutica. A ello se suma que el juez no es más la boca de la ley, sino **el centro del sistema jurídico como último garante de los derechos fundamentales del hombre**. La falta de certeza es una consecuencia directa de la aplicación de los derechos fundamentales en la solución de los conflictos civiles⁵⁴.

Las fuentes del derecho se han expandido verticalmente (más normas y más decisiones jurisprudenciales; algunas de las veces superpuestas entre sí), pero también en sentido horizontal (el contenido de cada norma legal, que debe adecuarse a la Constitución o a un tratado de derechos humanos interpretado por una Corte Internacional, se ha vuelto indeterminado). Así pues, en el Estado Constitucional, los casos jurídicos se vuelven complejos, pues en muchos casos se resuelven por virtud de los principios que requieren de la técnica de ponderación de derechos fundamentales; y ya no por reglas técnicas establecidas en un Código. El Derecho actuado por medio de principios abiertos y de difícil concreción, y no por reglas exactas y de aplicación incondicionada, es la negación misma del espíritu que animó en su momento el fenómeno de la codificación. Por tanto, no es que los Códigos estén en problemas o desfasados con relación a la tecnología moderna o a la nueva sociedad, sino que la idea misma de un código es la que se encuentra en profunda crisis de justificación; y por ahora parece ser una idea en declive, y tal vez ya superada.

En consecuencia, el Derecho se ha problematizado, y eso no cuadra con la concepción de reglas claras y sencillas que anima a los códigos.

En buena cuenta, una mayor preocupación por la justicia, conlleva necesariamente una dosis creciente de incertidumbre, pues entran a tallar los principios, la argumentación, las distintas fuentes normativas, lo que produce inseguridad en la solución. Ya no se admite que una regla específica pueda responder a cada problema jurídico, sin mayor debate o carga argumentativa.

⁵⁴ “Al derecho privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; este tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste solo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho privado: la claridad y la certeza jurídica, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales”: HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, traducción de Ignacio Gutiérrez, Editorial Civitas, Madrid 2001, pp. 59-60.

En suma: a más justicia, menos seguridad; a más seguridad, menos justicia. El neo-constitucionalismo actual opta por lo primero; el positivismo optó decididamente por lo segundo.

Algunos ejemplos para comprobar estas afirmaciones:

El Derecho de Familia del Código Civil de 1984 prácticamente no ha sufrido variaciones. El texto se mantiene casi inalterable, sin embargo, su significado ha variado radicalmente. Por ejemplo, la regla de impugnación de la paternidad matrimonial impone que el marido la cuestione en el brevísimo plazo de noventa días contado desde el nacimiento del hijo. La idea de un plazo tan reducido es eliminar de raíz la controversia, pues en una época en la que no se contaba con medios tecnológicos apropiados para comprobar o negar la paternidad, entonces resultaba solo una ironía dejar abierto indefinidamente el plazo de impugnación. Igual no era posible la prueba, ni en mucho, ni en poco tiempo. Por tanto, una mejor solución era cerrar rápidamente la duda, unir a la familia (a veces, de modo forzado), y dar por cierto que el marido es el padre del niño.

Sin embargo, en la actualidad, la prueba del ADN ha revolucionado las concepciones tradicionales del Derecho de Familia, incluyendo la presunción *pateris* (se presume que el hijo nacido en el matrimonio tiene como padre al marido), que ya casi no es necesaria. Por tanto, la verdad genética se puede conocer en cualquier momento, no solo en los noventa días que señala la ley, sino diez, veinte o treinta años luego del nacimiento; incluso, cuando el padre o el hijo han fallecido. Los Tribunales de Justicia, en la práctica, han abrogado la norma codificada, pues siempre dan pase a las demandas para conocer o impugnar la filiación, basándose en la Convención Internacional de los Derechos del Niño o en el derecho a la verdad, creado en otro contexto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵. Sin dudas, un cambio de paradigma iniciado por la jurisprudencia⁵⁶.

⁵⁵ La jurisprudencia ha jugado un rol importante en esta materia. En la década de los 90's se presentó el conocido caso de una vedette y un periodista que, supuestamente, tuvieron un encuentro ocasional que dio lugar al nacimiento de un hijo. La vedette demandó el reconocimiento judicial, solicitando que el periodista se someta a la prueba del ADN. Este se defendió mediante la regla legal, por la cual, el reconocimiento solo podía plantearse judicialmente si es que el caso se encontraba en algunos de las pocas hipótesis tipificadas, tales como la existencia de prueba escrita, la vida en común de la madre con el supuesto padre, y otras pocas más. La idea del Código de 1984, nuevamente, se basaba en la imposibilidad de conocer la verdad genética, por lo que era inútil una demanda de este tipo, salvo que entre las partes involucradas existiese una relación afectiva, relativamente estable que permita deducir el acto sexual. En consecuencia, una prostituta, o una amiga ocasional, no podían demandar el reconocimiento. Por tanto, la ley no solo admitía la pobreza de los medios tecnológicos de la época, sino que, además, tomaba partido claramente por

Un ejemplo más reciente se ha dado con relación a las deudas por obligaciones alimentarias, cuya prescripción extintiva opera a los dos años, según el Código Civil. Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha originado un importante debate respecto de esta norma y su constitucionalidad, pues, efectivamente, parece incoherente que la prescripción de las obligaciones comerciales se produzca en un lapso temporal mayor que el de los alimentos. Es una curiosa fórmula de discriminación, que privilegia a los Bancos, y, por el contrario, valora en sentido negativo a los niños y mayores en estado de necesidad. El tema, sin duda, y sobre la base de esta decisión jurisprudencial, tendrá que repensarse y replantearse⁵⁷.

una especial moral sexual, propia de las relaciones estables; y terminaba castigando los encuentros accidentales.

Pues bien, en este caso paradigmático del **nuevo modo de ser del Derecho**, la jurisprudencia avanzó decididamente en remozar la ley. Primero, no importaba más las causas tipificadas para solicitar el reconocimiento, por tanto, el encuentro sexual aislado dejaba de estar penalizado por una determinada concepción moral. Segundo, se admitió la prueba del ADN, a pesar de la falta de norma. Tercero, cuando el emplazado se negaba a someterse a la prueba, entonces se valoró negativamente esa conducta, en el entendido que la renuencia tenía como única finalidad la frustración en el conocimiento del hecho, por lo que, ante tal actitud, se le reputaba probado.

Posteriormente, la ley se modificó para permitir la prueba del ADN. Los cambios fueron incesantes, y hoy, incluso, existe una vía procesal específica para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, en el cual se invierte la carga de la prueba, pues si el supuesto padre no contesta la demanda o no paga el costo de la prueba, entonces se le declara padre.

⁵⁶ Los nuevos paradigmas científicos no avanzan fácilmente y en forma lineal; por el contrario, son objeto de toda la resistencia posible por los partidarios de las ideas revolucionarias. Así: KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Carlos Solís, Fondo de Cultura Económica, México 2010, pp. 269 ss.

⁵⁷ “Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida estatal adoptada (artículo 2001, inciso 4 del Código Civil), que limita el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos –determinados en una sentencia–, no resulta absolutamente *necesaria* para la consecución del objetivo que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental, como por ejemplo *el establecimiento de un plazo de prescripción mayor, más aún si se tiene en consideración que ya el inciso 1) del mencionado artículo 2001 del Código Civil establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria (que puede versar sobre cualquier asunto) en un plazo de diez años*. Resulta arbitrario que el legislador del Código Civil haya fijado un plazo de prescripción de 2 años para aquella acción que nace de una sentencia que fija una pensión de alimentos, pero que en el caso de la acción que nace de una sentencia que fija cualquier otro tipo de pago haya establecido un plazo de 10 años, más aún si se toma en consideración que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente (el mismo que se desprende del artículo 4 de la Norma Fundamental) exige un trato especial respecto de tales menores de edad, no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de las mismas. No se puede sostener que en un Estado Constitucional se respeta el principio de interés superior del niño y del adolescente cuando se verifica que existen, de un lado, leyes que establecen la prescripción en 2 años de la acción para

Un estudiante que quisiera conocer a cabalidad el Derecho de Familia no podría limitarse a estudiar el Libro III del Código, pues su conocimiento resultaría imperfecto y desactualizado. Hoy, el Derecho no se puede reducir a las normas codificadas.

En tal sentido, se ha perdido seguridad, pero en contrapartida existe una más acentuada búsqueda de la justicia. Por tanto, el pretexto de la seguridad jurídica para cerrar rápidamente el debate de las nulidades mediante una forzada caducidad, puede encerrar opciones discutibles, o mejor, francamente erradas y absurdas, las que pueden resumirse a través de las siguientes preguntas, cuyas respuestas le corresponde a los propulsores de la tesis de la rápida caducidad: **¿seguridad jurídica, para quién?, ¿para el falsificador, para el falsario, para el delincuente?; ¿seguridad jurídica, para qué? ¿para convalidar con la máxima celeridad los fraudes, los abusos, los despojos?**

En resumen, la visión positivista del Derecho, encerrada en puras normas, sin contenido, sin moral, sin valores, que no centraliza al ser humano, y que se basa en el puro y más descarnado formalismo, es una propuesta que en la actualidad se encuentra agotada.

IX. NUESTRA PROPUESTA. LA TESIS VALORATIVA

La tesis dogmática se ha derrumbado, por lo que solo queda en pie la postura que hemos denominado “valorativa”, en cuya virtud, la impugnación es independiente de la nulidad, en consecuencia, por un lado, existen defectos específicos que habilitan el remedio impugnatorio; mientras tanto, por otro lado, coexisten los vicios de invalidez que prevé el Libro II del Código Civil. El 92 CC establece un **remedio complementario**, pues regula un tercer grupo de vicios, al margen de la nulidad y anulabilidad.

El problema, ahora, es perfilar el contenido de este tercer grupo.

Sobre el particular, debe indicarse previamente que las personas jurídicas tienen como base subyacente el conjunto de personas que se agrupan en forma

cobrar las pensiones de alimentos de los niños y adolescentes y, de otro lado, leyes que establecen la prescripción en 10 años de la acción para cobrar cualquier otro tipo de deuda establecida en una ejecutoria. Por tanto, habiéndose verificado que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad, y consecuentemente que tal medio restringe injustificadamente los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos, debe declararse la inconstitucionalidad de tal medida estatal (norma o sentido interpretativo), por resultar incompatible con la Constitución”: Exp. N° 02132-2008-PA/TC-ICA, Sentencia de 09 de mayo de 2011, 36° fundamento jurídico).

organizada para la búsqueda de un fin lícito, por lo que el ordenamiento les reconoce capacidad de actuación unitaria e independiente.

En efecto, existen intereses humanos que no corresponden a un solo individuo, sino que pertenecen encomún a un colectivo, más o menos amplio de hombres, y que solo pueden obtener satisfacción mediante la cooperación ordenada y duradera. Por tanto, es menester que el colectivo se **organice en forma corporativa**, lo cual significa que la actuación de la pluralidad se hace por medio de diversos órganos que expresan la voluntad social, algunos permanentes, otros esporádicos, pero en los que juega un rol fundamental los principios de mayoría (para tomar acuerdos), de especialidad (cada órgano cumple una función) y de delegación permanente (algunos órganos actúan en forma duradera en representación de la pluralidad). De esta forma, se descarta que el colectivo tenga que expresarse cada momento, por medio de acuerdos unánimes, sin órganos, lo que exigiría que el grupo deba reunirse en forma permanente, todos ellos, y lograr consensos para cada decisión; lo cual haría inviable su actuación en el tráfico.

En suma, las personas jurídicas organizadas bajo el molde corporativo requieren de órganos; unos deliberativos, que actúan en forma esporádica para la toma de las grandes decisiones; y otros de administración, que actúan en forma permanente para la gestión interna y externa del día a día.

La asamblea general de asociados es el órgano deliberativo de las asociaciones civiles, cuyos acuerdos dirigen la vida social mediante decisiones vinculantes para la pluralidad⁵⁸; sin embargo, la existencia de tales acuerdos está supeditada al cumplimiento de requisitos de **convocatoria** (citación efectiva y con la debida anticipación para que los asociados puedan asistir a la reunión),

⁵⁸ Dejemos paso a la mejor doctrina que explica las características del acto colegial, propio de los órganos colectivos de una persona jurídica, que en realidad se trata de un negocio jurídico unilateral, pues expresa, de **modo externo**, la voluntad de la corporación: “Cuando el negocio subjetivamente complejo no se configura bajo la especie de un contrato entre dos partes contrapuestas entre sí, y asume, más bien, como acuerdo en sentido estricto, la forma de un acto “colegial” –el acuerdo de una asamblea, por ejemplo- se tiene un haz de declaraciones concordantes. En este supuesto, las declaraciones no permanecen yuxtapuestas ni independientes, sin fundirse en una síntesis, porque sin una síntesis no se formaría un negocio unitario atribuible a la comunión, sin importar el hecho de que esta hubiera llegado a erigirse, o no, en un organismo distinto de los miembros. Lo que ocurre es que las declaraciones concordantes se suman y se funden en una síntesis únicamente en relación con la decisión a adoptar para la tutela del interés común, o para el cumplimiento de la función; la estructura de intereses plasmada por la mayoría de los votos es evaluada, a su vez, por el ordenamiento jurídico, pero solo como un negocio o acto imputable a la comunión y vinculante para ella” (BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”. En Id y otros. *Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales*, traducción de Leysser León, ARA Editores, Lima 2001, p. 47).

quórum (número mínimo de asociados para que la reunión sea válida) y de **mayoría** (número requerido de asociados favorables a la adopción del acuerdo). Este es el proceso normal de formación de voluntad de las personas jurídicas.

Estos acuerdos, de carácter colectivo o colegial, son negocios jurídicos, y expresan la **voluntad de la persona jurídica**, aun cuando para su adopción se haya necesitado la suma favorable de las **voluntades individuales** conformada por el grupo de asociados, y que exigió, previamente, una reunión sujeta a las condiciones de convocatoria, quórum y mayoría. Nuevamente debemos llamar la atención sobre la presencia de dos ámbitos en este tipo de negocios: uno, externo, propio de la voluntad colectiva (de la persona jurídica); y, otro, interno, configurado por la suma de voluntades individuales (de los asociados). **Los actos colectivos tienen, pues, esta doble dimensión (una sola voz colegial – múltiples voces subyacentes) que constituyen su ser en sí**, sin el cual no es; y que le dota de especiales características. Luego veremos sus implicancias.

Ahora bien, tratándose de vicios en la convocatoria, quórum o mayorías, ello ocasiona que no exista voluntad de la persona jurídica, pues solo se advierte, en el mejor de los casos, un conjunto de circunstancias, pero sin relevancia jurídica, sin factualidad del acto, por lo que el remedio aplicable es la inexistencia del negocio⁵⁹.

El caso debatido en el quinto pleno consiste, justamente, en una asamblea general que no se realizó, según la versión del demandante, por lo que el supuesto acto se encuentra afectado por inexistencia. En tal caso, la pretensión es imprescriptible y con legitimidad de obrar amplísima. Sin embargo, el actor ha optado por el remedio de la nulidad, lo que también es admisible, pues “si puede lo más, puede lo menos”; máxime si la inexistencia es una creación doctrinal, por lo que los justiciables siempre buscarán los remedios estrictamente legales. Por tanto, la declaración de inexistencia puede reconducirse a la declaración de nulidad; pero no al revés. Por el contrario, es

⁵⁹La jurisprudencia italiana da valiosos ejemplos que pueden servir de guía para nuestros tribunales, aun cuando no todos deban aceptarse como hipótesis propias de inexistencia. Así, se menciona los siguientes acuerdos: el de la mayoría, cuando la minoría no ha estado en grado de intervenir; el de la asamblea universal que no hizo intervenir al órgano de cuentas, cuando esta participación es preceptiva; el de la asamblea convocada regularmente, cuando un grupo de socios no pudo participar por imposibilidad material; el de una asamblea cuyo voto determinante fue otorgado por quien no era asociado; o el logrado por error de cálculo, pues fue adoptado por un número insuficiente de votos: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad virtual”. En Id. *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*, Op. Cit., pp. 267-268.

impensable, por lo menos en los sistemas jurídicos mínimamente racionales, que la inexistencia puede saldarse con una caducidad en sesenta o treinta días contados ¿desde qué? ¿desde la nada?

Por otro lado, los acuerdos colegiales pueden ser declarados nulos cuando se trate de actos con relevancia factual, pero que incurran en alguna de las causales que señala el art. 219 CC, tales como aquellos en los que el voto determinante fue logrado por medio de la voluntad de un asociado que se encontraba en estado no ecuánime o afectado por enfermedad o drogas; o cuando la mayoría se prestó para el logro de una simulación (ejemplo: acuerdo de otorgar en uso los distintos departamentos de propiedad de la asociación, a favor de cada uno de sus directivos, cuya finalidad aparente es permitir el cumplimiento de sus actividades de gestión, pero que, en realidad, encubre una cesión gratuita de activos sociales, sin causa justificativa); o para el logro de un fin ilícito (ejemplo: aprobación de honorarios para todos los asociados, a cambio de servicios superfluos, con el fin de repartirse el patrimonio social); o cuando no está claro el objeto al cual se refiere el acto (ejemplo: poder especial para venta de inmueble falto de mínima determinación)

También son nulos los acuerdos que infrinjan normas imperativas o el orden público. Es el caso de la modificación estatutaria que establece más de un voto para ciertos asociados, en función de sus aportes o méritos, lo que desnaturaliza el carácter personalista de la asociación civil; o la que autoriza el reparto de los activos sociales luego de la liquidación; o la que permite la elección de órganos colegiados de administración con duración perpetua, lo que desnaturaliza el carácter temporal de los representantes.

Por su parte, los acuerdos colegiales pueden incurrir en causal de anulabilidad cuando, por ejemplo, el voto determinante del asociado se encuentra afectado por vicio de la voluntad (error, dolo, violencia).

Sin embargo, el problema técnico subsiste: ¿cuándo el acuerdo colegial es impugnabile? Si se trata de un tercer grupo de defectos, que excluye los casos de invalidez negocial (nulidad y anulabilidad), entonces, ¿a cuáles se refiere?

Para arribar a una respuesta, debemos recordar, en primer término, que los acuerdos colegiales tienen una doble dimensión (voluntad de la persona jurídicas –voluntad de los asociados individuales), lo que implica que en este tipo de negocio se presenta un problema específico, que no existe en otros actos; y que consiste en la posible disociación entre el interés social y el interés individual, aun cuando este último sea mayoritario. **Por tanto, la primera causa de impugnación son los conflictos de interés**, lo que normalmente no

es problema en los negocios jurídicos en los que el propio individuo actúa para sí; pues nadie se traiciona o es infiel consigo mismo; sin embargo, todo lo contrario se presenta en los actos colegiales, cuya doble dimensión permite que el grupo de asociados mayoritarios pueda hacer prevalecer su propio interés en contra del de la asociación⁶⁰. En efecto, el art. 92 CC señala que son impugnables los acuerdos contrarios al estatuto; y es evidente que todo estatuto, en forma expresa o implícita, establece el deber de lealtad frente a la asociación. La ausencia de norma convencional no impide entenderla incorporada por efecto de la común intención de las partes (art. 1362 CC), que no es otra cosa que las cláusulas no escritas, pero deducidas de la correcta interpretación del texto, por tanto, se trata de una disposición implícita, necesaria e imprescindible para la correcta actuación corporativa.

También son impugnables todos los 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. Aquí no se aplica el remedio de la nulidad, pues la contravención no se produce respecto de una ley, sino de un pacto.

Es impugnable, además, todo acuerdo que implique abuso de la mayoría sobre la minoría, pues, en tales casos, o existe contravención de la ley (cláusula general de abuso del derecho) o existe contravención del estatuto. Así ocurre en las exclusiones o expulsiones de asociados que no tienen una justificación razonable, y que esconden la secreta intención de deshacerse de los socios críticos de la mayoría dominante.

En general, es impugnable el contenido de los acuerdos que infrinjan la ley o el estatuto, cuando se produzca diferencia entre el interés social y el particular, como sucede en la expulsión de un asociado sin seguir las reglas del procedimiento estatutario; o cuando se autoriza la celebración genérica de

⁶⁰ Los conflictos de intereses normalmente se presentan en el ámbito de la administración como consecuencia de la celebración de un concreto acto o negocio jurídico en el que tenga interés un grupo de los socios, sin embargo, ello también repercute en la asamblea general. Si bien en forma dogmática puede sostenerse que la administración no corresponde a la asamblea, con la consiguiente inutilidad de este mecanismo impugnatorio, sin embargo, la doctrina más atenta ha señalado que, en la práctica, la asamblea puede co-gestionar indirectamente la empresa a través de directivas, recomendaciones o autorizaciones formulada al órgano de administración; o directamente a través de comités internos; por lo que aquí pueden presentarse múltiples ejemplos de falta de correspondencia entre el “negocio gestor” (poder) y el “interés del *dominus*” (interés de la sociedad en la correcta actuación del gestor): GUERRERA, Fabrizio. “Abuso del voto e controllo “di correttezza” sulprocedimento deliberativo assembleare”. En *Rivista delle Società*, Giuffrè Editore, Milán, enero-febrero 2002, fascículo 1, pp. 190 ss.

actos en contravención del objeto social; o cuando el representante elegido actúa para otra persona jurídica con los mismos fines; o si el acuerdo pretende favorecer a un grupo; etc. Nótese que la impugnación trata sobre el contenido del acto, pues siempre se encuentra presente la doble dimensión de los acuerdos colegiales, en los cuales es posible una disociación entre el interés social y el interés individual, incluso cuando se tratase de una mayoría favorable al acuerdo.

A falta de casuística propia, la jurisprudencia española nos ofrece los siguientes ejemplos, si bien extraídos de las sociedades mercantiles, sin embargo, también son aplicables a las asociaciones: aumento del plazo de duración de los administradores y elevación sustancial de la retribución calculada sobre las utilidades; entrega de sumas de dinero a título de dudosas indemnizaciones; cambio de denominación social a efecto de que un grupo de socios inicie la formación de una nueva persona jurídica que tome el nombre antiguo; retribución del presidente del directorio en magnitud superior a las utilidades; aprobación de estados financieros con gastos personales de algunos socios; cesión de todos los activos a otra sociedad competidora que pertenece al grupo de accionistas que propició la operación, entre otros⁶¹; o la atribución de derechos suplementarios a los mayoritarios, pero bajo el ropaje jurídico de una relación externa al vínculo societario⁶².

En buena cuenta, la impugnación de los acuerdos incide sobre su contenido, ya sea que se originen por violaciones estatutarias, o violaciones legales, siempre que impliquen una grave disociación entre la voluntad social y la voluntad individual⁶³. Por el contrario, la invalidez negocial se refiere a las fallas en el procedimiento de formación de voluntad, por vicios de la voluntad, por voluntad simulada o por voluntad dirigida a un fin ilícito o en contravención de normas imperativas.

⁶¹URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MIÑOZ PLANAS, José María. “La Junta General de Accionistas”. En URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio, OLIVENCIA, Manuel. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, Madrid 1992, Tomo V, p. 338.

⁶²REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*, Editorial Temis, Bogotá 2009, Tomo I, p. 216.

⁶³ En algunos de estos casos, el juez queda autorizado para evaluar la gestión de la persona jurídica, razón por la que su intervención debe ser prudente; pues, lo contrario significaría reemplazar la iniciativa y decisión de los asociados por un Tribunal; sin embargo, ello se justifica por la ya comentada doble dimensión de los acuerdos colegiales. Por tal motivo, no se entienden las opiniones que descartan, sin más, y nuevamente en forma dogmática, el control judicial sobre el contenido de los acuerdos asamblearios. En tal equivocada posición, sin esgrimir ningún sustento, se encuentra: SEOANE LINARES, Mario. *Personas Jurídicas*, Cultural Cuzco, Lima 2001, p. 90.

Ahora bien, **¿en virtud de qué norma puede deducirse este ámbito restringido de la impugnación de acuerdos, por el cual solo se refiere a la diferencia entre el interés general asociativo y el interés particular?** Muy simple: la legitimación para obrar en la impugnación se reduce a los asociados que no votaron o que votaron en contra del acuerdo y dejaron constancia de tal hecho; en consecuencia, los votantes a favor y los terceros quedan excluidos de tal potestad. Es más, la unanimidad de la decisión, por ejemplo, enerva la posibilidad de impugnar, lo que ratifica que esta figura se refiere exclusivamente a los defectos cuya relevancia se circunscribe al interés particular de los asociados, por lo que la voluntad favorable puede convalidar tales vicios. Es evidente, por tanto, que esta patología solo acontece en las hipótesis de discrepancia entre los fines de la voluntad corporativa y los fines de las voluntades individuales, en los que el tema de fondo es sustancialmente patrimonial, razón por la que estos defectos se subsanan con la aquiescencia o asentimiento del perjudicado. Por el contrario, ¿podríamos admitir que una asociación tenga como finalidad el terrorismo, o que discrimine por orientación sexual, o que sus directivos no requieran elecciones, solo por el hecho que la asamblea que aprobó tales acuerdos fue universal, y no hay nadie que pueda impugnarla? Es obvio, entonces, que una cosa es el acuerdo nulo por infracción normativa, pues en tal circunstancia se produce una reprobación del orden jurídico al acto particular por contravenir las bases ético-jurídicas de la sociedad (discrepancia entre los valores del negocio y los valores del ordenamiento, en palabras de Ferri); y otra cosa es el acuerdo impugnado, cuyo defecto es particular, pues se refiere a la falta de correspondencia entre dos intereses privados, cuyo remedio es la impugnación; o también la revocatoria del mismo acuerdo o el voto favorable de los asociados, con lo que nuevamente se logra la coincidencia de los intereses, antes contrapuestos⁶⁴.

X. LA IMPUGNACIÓN NO AFECTA A TERCEROS, SALVO PUBLICIDAD REGISTRAL-MALA FE

Por último, la impugnación, en este contexto, es un defecto exclusivamente de orden interno, sin repercusión en los terceros, que no han ocasionado el vicio,

⁶⁴En esta postura también parece encontrarse MORALES HERVIAS, Rómulo (“Contrato inválido”. En Id. *Estudios sobre teoría general del contrato*, Op. Cit., p. 557), en cuanto señala que existe confusión entre la nulidad y la impugnación de acuerdos, por lo que reconoce la autonomía de ambas, e, incluso, agrega, que los conflictos de interés son hipótesis de responsabilidad, y no de nulidad. En efecto, es cierto que el legislador pudo remediar estas irregularidades con la técnica del resarcimiento, sin embargo, dentro de su esfera de competencia, ha optado claramente por la técnica anulatoria. Vale acotar que el citado autor comenta la Ley General de Sociedades, y no el art. 92 CC, pero sus reflexiones, en tal punto, son igualmente aplicables a esta última norma.

ni se produce incidencia sobre ellos. En consecuencia, la sentencia estimatoria solo afecta las relaciones entre los asociados o en el vínculo de estos con la asociación, pero no se expande a los terceros contratantes, salvo que la demanda haya sido anotada o se produzca la inscripción de la sentencia favorable. En tales casos, entra en juego la llamada “publicidad-mala fe”, es decir, las inscripciones registrales sirven para asegurar el conocimiento de la situación jurídica, por lo que los terceros pueden ser imputados de mala fe; en tal caso, la natural normal protección con la que contaban, viene a menos⁶⁵.

En este punto es bueno aclarar el plazo de caducidad de la impugnación, computado desde los 30 días de la inscripción del acuerdo. ¿Por qué existe este plazo específico, distinto a los 60 días desde la adopción del acuerdo? Sobre el particular, se ha sostenido que la inscripción funciona como una especie de “notificación”, por lo que producido este hecho, entonces todos los interesados quedan advertidos de tal circunstancia, por lo que se encuentran habilitados para la impugnación.

En realidad, el argumento es totalmente errado, pues la publicidad del registro no puede igualarse a la notificación, en tanto la primera es una **puesta en conocimiento general**, sin un destinatario específico, por lo que cualquiera tiene la posibilidad de conocer un determinado hecho; en cambio, la segunda es una **puesta en conocimiento particular**, con destinatario individual y específico.

La notificación tiene como finalidad que el interesado tome conocimiento real del hecho, es decir, que acceda directamente a él. Por tanto, la publicidad registral no puede sustituir a la notificación, aun cuando el art. 2012 CC indique que el contenido de las inscripciones se presume conocido por todos, pues a pesar de ello, el interesado, cuando así lo imponga la ley, debe ser notificado. Por tal motivo, ni el Código Procesal Civil, ni la Ley 27444, ni cualquier otra ley de procedimientos, permite que el registro actúe como mecanismo de notificación, ni siquiera de carácter subsidiario⁶⁶.

⁶⁵ Sobre la llamada “publicidad-conocimiento” o “publicidad-mala fe”, puede verse el capítulo IV de nuestra obra: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derecho Registral y Notarial*, Jurista Editores, Lima 2012.

⁶⁶ En tal sentido, ¿qué pasa si se dicta una medida cautelar de anotación de la demanda, y esta se inscribe en el registro? Este hecho no es óbice para que deba realizarse necesariamente la notificación de la demanda con todas las formalidades y garantías de ley, pues la inscripción es una comunicación general, no pensada para alguien en particular, razón por la que no puede reemplazar a una notificación, en donde se busca que el interesado tome conocimiento inmediato de un hecho o de una resolución judicial o administrativa.

En un caso resuelto en el Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI se trató específicamente este tema, pues se descartó que la inscripción registral sea una forma de notificación:

“6. Que, la Instancia Funcional señala en la resolución recurrida que, el marco normativo de COFOPRI no contempla la notificación de las resoluciones que aprueban los planos perimétricos, las que constituyen mérito suficiente para su inscripción en el Registro de Predios, según lo dispone el artículo 22° del Reglamento de Formalización de la Propiedad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-99-MTC concordado con el artículo 2012° del Código Civil que prevé la publicidad registral, por lo que se entiende que desde el 24 de mayo de 2000, fecha en que se realizó la inscripción registral de la Resolución de Gerencia de Titulación N° 1090-COFOPRI-GT del 20 de mayo de 2000, los representantes de la quejosa tomaron conocimiento de dicha resolución, por lo que declaró improcedente por extemporáneo el recurso de apelación presentado por la recurrente, en aplicación del artículo 207.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

7. Que, si bien es cierto que el artículo 22° del Reglamento de Formalización de la Propiedad dispone que los planos se inscriben en forma inmediata, sin establecer la obligación de notificarlo, también lo es que son materia de impugnación una vez inscritos, pues según el artículo 14° del TUO de la Ley de Promoción de Acceso a la Propiedad Formal, los interesados pueden impugnar los actos administrativos que dicte COFOPRI, señalando en su inciso a) *“las resoluciones inscritas en el Registro Predial Urbano de aprobación y/o rectificación de planos perimétricos”*; seguidamente en su último párrafo agrega que los procedimientos de impugnación y reclamación de dichos actos administrativos se sujetarán al reglamento que apruebe el Jefe del Registro Predial Urbano, por lo que ante la ausencia de esa norma y en atención a la fecha de emisión e inscripción de la resolución aludida en el considerando que antecede, resulta imperativo la aplicación del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, por lo que la notificación debió diligenciarse en forma directa al interesado, o por edictos si no se conocía a estos. En tal sentido, al no haberse procedido de esa forma debe concluirse que el administrado tomó conocimiento de la resolución al momento de impugnarla.

8. Que, respecto a lo sostenido por la Instancia Funcional referida a que la inscripción registral sirve como mecanismo para que el administrado tome conocimiento de la resolución, debe descartarse por los siguientes fundamentos: i) La publicidad del registro constituye una puesta en conocimiento genérica, no dirigida a ninguna persona en particular; por el contrario, la notificación busca poner en conocimiento el hecho en forma directa y efectiva, para lo cual dirige la comunicación al mismo interesado; ii) el artículo 2012° del Código Civil, por el cual se presume el conocimiento de las inscripciones, constituye una ficción jurídica, ya que no admite prueba en contrario; en consecuencia, resulta desproporcionado que se perjudique el interés directo de un administrado a través de una ficción de notificación; iii) por último, el citado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas

Generales de Procedimientos Administrativos, ni en la norma actual, se considera a la publicidad del registro como mecanismo de notificación” (Finalmente, se declaró fundada la queja y se concedió el recurso de apelación: Resolución N° 012-2008-COFOPRI/TAP de 21 de enero de 2008, firmada por los Vocales Gunther Gonzales Barrón, Luz Marina Sánchez Mera y José Seclén Peralta).

Entonces, ¿por qué el Código Civil reconoce un plazo medido desde la inscripción? La razón es sencilla: cuando se trata de acuerdo no inscribible, la caducidad opera a los 60 días computados desde la asamblea; empero, cuando se trata de acuerdos inscribibles, el plazo es de 30 días desde la inscripción, pero debe recordarse que existe un tiempo permitido para que los interesados puedan acudir al registro, que es, precisamente, de 30 días, según las disposiciones de la antigua y vigente Ley de Sociedades, aplicable por analogía. Por tanto, si tenemos 30 días para solicitar la inscripción, y luego 30 días desde la inscripción, entonces el resultado es que tenemos los mismos 60 días del plazo general.

En resumen, el plazo de caducidad de los acuerdos no inscribibles, así como de los inscribibles, en teoría, es el mismo (60 días; y 30+30 días, respectivamente), aunque en la práctica podrían haber diferencias. Sin embargo, en ningún momento se pensó que la inscripción sirva de notificación.

CONCLUSIONES

El quinto pleno casatorio de la Corte Suprema (Casación N° 3189-2012), pendiente de resolución, plantea la siguiente controversia: ¿las causas de invalidez previstas en Libro II del Código Civil, son aplicables en forma autónoma a los acuerdos colectivos, o estas mismas causas tienen que someterse al régimen específico del art. 92 CC?

Hay dos tesis para afrontar este problema.

Un primer sector opina que la impugnación es independiente de la nulidad, en consecuencia, existen defectos específicos que habilitan el remedio impugnatorio; mientras tanto, por otro lado, coexisten los vicios de invalidez que prevé el Libro II del Código Civil. El 92 CC establecería, en tal caso, un **remedio complementario**, al margen de la nulidad y anulabilidad. Es la tesis “valorativa”.

Un segundo sector considera que el art. 92 CC regula la misma materia de invalidez negocial prevista en el Libro II del Código, pero referida a los actos colectivos de las personas jurídicas, por lo que se trata de una norma especial que debe aplicarse con prevalencia en esta hipótesis. Es la tesis “dogmática”.

Aquí, claramente, la especialidad se emparenta con una visión dogmática del derecho, en el entendido que la única finalidad de las normas es lograr la coherencia y la completitud, dentro de un sistema cerrado, sin lagunas ni incongruencias.

La tesis dogmática es inviable por razones filosóficas, pues, su único sustento son razones formales: coherencia estática y seguridad jurídica hueca. El positivismo, que va de la mano con el puro conceptualismo, es una forma de entender el derecho que se encuentra agotada, pues no concede relevancia a los valores subyacentes, a los principios, a la argumentación. En efecto, esta posición pretende aplicar la especialidad, por cuestiones teóricas, pero sin que exista una razón moral o valorativa que la justifique. Es el simple imperio de la fuerza normativa: *dura lex, sed lex*.

La tesis dogmática es inviable por razones ético-jurídicas, en cuanto la rápida caducidad para cualquier tipo de nulidad, e incluso en supuestos de inexistencia del negocio, llevaría a resultados desastrosos para la justicia, tales como la convalidación de acuerdos falsos o inexistentes, mediante el paso de sesenta días contados ¿desde qué? ¿si nunca hubo la asamblea? La autonomía privada, reconocida en la Constitución bajo los principios de libertad individual y libertad contractual, no puede tolerar intromisiones en la personalidad ajena, y peor aún, que el sistema jurídico las termine validando de modo inmoral. La interpretación dogmática del art. 92 CC no es compatible con la Constitución, en tanto se produciría una afrenta a la dignidad del ser humano, pues su voluntad vendría “expropiada” por un tercero.

La tesis dogmática es inviable por razones sistemáticas, pues, en primer lugar, la única particularidad del art. 92 se encuentra en la caducidad de la impugnación, con el transcurso de 60 o 30 días, según el caso, por lo que cabe cuestionar un régimen especial con tan poca sustancia. En segundo lugar, la legitimación reducida del art. 92 CC, que excluye a los que votaron a favor del acuerdo, haría que la voluntad subsane graves defectos de nulidad; por ejemplo, ¿podría aceptarse una asociación proclive al terrorismo porque el acuerdo se tomó por unanimidad, y nadie puede impugnarla? En tercer lugar, las supuestas ventajas de la norma especial, tales como la coherencia y la seguridad jurídica, no son ciertas, puesto que la impugnación del tercero podría extenderse por diez años, ya que no se le aplica el 92; en consecuencia, ¿para qué asumir una posición que pretende cerrar un debate, pero que en realidad tampoco cumple ese objetivo?

La tesis dogmática es inviable por razones sociales, pues en un país afectado por problemas recurrentes de falsificación, se termina facilitando la labor de los defraudadores, quienes ahora conseguirán su objetivo en forma más rápida.

Por último, la supuesta finalidad de seguridad jurídica que inspira la caducidad *express* de la impugnación, olvida tener en cuenta el interés valioso de la contraparte. En efecto, ¿seguridad jurídica, para quién?, ¿para el falsificador, para el falsario, para el delincuente?; ¿seguridad jurídica, para qué? ¿para convalidar con la máxima celeridad los fraudes, los abusos, los despojos?

La tesis dogmática, en consecuencia, ha quedado derrumbada, por lo que solo cabe postular la tesis valorativa, pero ello implica que existan un tercer grupo de defectos, materia de la impugnación; y que sean diferentes a las causales de nulidad y anulabilidad.

Por tanto, ¿qué casos abarca este tercer grupo?

Los acuerdos colegiales de las personas jurídicas tienen una doble dimensión (voluntad de la persona jurídicas – voluntad de los asociados individuales), lo que implica que en este tipo de negocio se presenta un problema específico, que no existe en otros actos; y que consiste en la posible disociación entre el interés social y el interés individual, aun cuando este último sea mayoritario.

En buena cuenta, la impugnación de los acuerdos incide sobre su contenido, ya sea que se originen por violaciones estatutarias, o violaciones legales, siempre que impliquen una grave disociación entre la voluntad social y la voluntad individual. Aquí se encuentran los casos de conflicto de interés, la violación legal o estatutaria en los que se aprecie la citada disociación, y todos los casos de violación estatutaria, cualquiera sea su causa.

Por el contrario, la invalidez negocial se refiere a las fallas en el procedimiento de formación de voluntad, por vicios de la voluntad, por voluntad simulada o por voluntad dirigida a un fin ilícito o en contravención de normas imperativas.

¿Cómo justificar esta restricción de los casos impugnables que aparentemente no tiene base en el texto normativo? Muy simple: la legitimación en la impugnación se reduce a los asociados que no votaron o que votaron en contra del acuerdo, y dejaron constancia de tal hecho; en consecuencia, los votantes a favor y los terceros quedan excluidos de tal potestad. Por tanto, esta figura se refiere exclusivamente a los defectos cuya relevancia se circunscribe al interés particular de los asociados, por lo que la voluntad favorable puede convalidar los vicios, por lo que la patología se concentra en las hipótesis de discrepancia entre los fines de la voluntad corporativa y los fines de las voluntades

individuales, en los que el tema de fondo es sustancialmente patrimonial, razón por la que estos defectos se subsanan con la aquiescencia o asentimiento del perjudicado.

La impugnación es un defecto exclusivamente de orden interno, sin repercusión en los terceros, que no han ocasionado el vicio, ni se produce incidencia sobre ellos. En consecuencia, la sentencia estimatoria solo afecta las relaciones entre los asociados o en el vínculo de estos con la asociación, pero no se expande a los terceros contratantes, salvo que la demanda haya sido anotada o se produzca la inscripción de la sentencia favorable. En tales casos, entra en juego la llamada “publicidad-mala fe”, es decir, las inscripciones registrales sirven para asegurar el conocimiento de la situación jurídica, por lo que los terceros pueden ser imputados de mala fe; en tal caso, su normal protección viene a menos