

Miércoles 18 de enero de 2017



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia de la República
IX Pleno Casatorio Civil

**Sentencia del Pleno Casatorio
Casación N° 4442-2015-Moquegua**

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

CASACIÓN N° 4442-2015 MOQUEGUA

Demandantes : Mejía García, Liliana Amanda
Barrios Carpio, Jubert Alberto

Demandados : Reátegui Marín, Rosa Estrella
Collantes Arimuya, Ángel Gabriel

Materia : Otorgamiento de escritura pública

Vía procedimental : Proceso sumarísimo

Sumario:

- I. Resumen del proceso
- II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar
- III. Las opiniones de los *amicus curiae*
- IV. Planteamiento del problema
 - IV.1. El contrato y sus efectos
 - IV.2. El principio de la libertad de forma
 - IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*
 - IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública
 - IV.5. El proceso de calificación del acto jurídico
 - IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública
 - IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública
 - IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso
 - IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública
 - IV.7.1. El contrato de compraventa
 - IV.7.2. El contrato de donación y el contrato de anticresis
 - IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública
 - IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública
 - IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública
 - IV.8.3. La resolución del contrato y el otorgamiento de escritura pública
- V. Análisis del caso
- VI. Decisión

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

En la ciudad de Lima, Perú, a los 09 días del mes de agosto de 2016, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 08 de junio de 2016, oídas que fueron las exposiciones de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo la magistrada ponente la señora Jueza Suprema Janet Tello Gilardi, de los actuados resulta:

I. Resumen del proceso

1. Mediante escrito corriente de fojas 32 a 42, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, interponen demanda de otorgamiento de escritura pública contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y su cónyuge Rosa Estrella Reátegui Marín, peticionando, como **pretensión principal**: que se ordene a los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana “H”, Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoría**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida N° PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoría**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Los demandantes argumentan en su demanda lo siguiente:

1.1. Los demandados fueron propietarios del lote de terreno urbano N° 10 –Manzana “H” – PROMUVI II – SIGLO XXI –Pampa Inalámbrica – Distrito y Provincia de Ilo, y mediante contrato de compraventa contenido en el documento privado del 26 de agosto del 2008, lo transfirieron a favor de los demandantes.

1.2. Agrega que los demandados, en el año 2005, se fueron a radicar al Callao y dejaron el lote de terreno de su propiedad al cuidado de una tercera persona. Luego, los demandados manifestaron su voluntad de vender el lote de terreno de Ilo, indicando que habían adquirido un lote de terreno en el Callao por lo que necesitaban con urgencia el dinero para pagar esta última adquisición. Es así que demandantes y demandados se pusieron de acuerdo en el precio del lote de terreno y acordaron que estos últimos arribarían a la ciudad de Ilo para la suscripción del contrato correspondiente.

1.3. Con fecha 25 de agosto del 2008 arriba a la ciudad de Ilo el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien manifestó que por motivos de salud su esposa no pudo viajar, sin embargo, podían celebrar el contrato de compraventa en documento privado con el compromiso de que en los días posteriores se formalizaría la transferencia mediante escritura pública, situación que fue ratificada, vía telefónica, por la señora Rosa Estrella Reátegui Marín quien además indicó que su esposo estaba autorizado para recibir el precio pactado.

1.4. Con fecha 26 de agosto del 2008 se celebró el contrato en documento privado, el mismo que fue suscrito por el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y por la demandante Liliana Amanda Mejía García, entregándosele ese mismo día, a aquél, el precio convenido: US\$5,000.00 Dólares Americanos. El inmueble fue desocupado por la persona que lo estaba custodiando y los demandantes entraron en

posesión del mismo desde fines de agosto del 2008, conservándola hasta la fecha.

1.5. En el contrato de compraventa los demandantes se comprometieron a pagar la deuda que tenían los demandados con el Banco de Materiales y ENACE, así como, el impuesto predial y los arbitrios municipales, siendo que los demandantes ya han cancelado la deuda con el Banco de Materiales; sin embargo, los demandados se han desentendido de su obligación de otorgar la escritura pública que formalice el contrato de compraventa.

1.6. Invocan como fundamento de derecho de su demanda los artículos 140, 141, 949, 1412, 1529 y 1549 del Código Civil.

2. Por resolución número uno corriente a fojas 44 se admitió a trámite la demanda en la vía del proceso sumarísimo, corriéndosele traslado a los demandados por el término de ley, bajo apercibimiento de declarárseles rebeldes.

3. Por resolución número dos de fojas 54 se declaró la rebeldía de los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, y se señaló fecha para la audiencia única.

4. En la Audiencia única cuya acta corre de fojas 66 a 68, se declaró saneado el proceso; se fijó como punto controvertido: "Determinar si el contrato de compraventa celebrado entre las partes obliga a los demandados a otorgar escritura pública"; y se califican los medios probatorios.

5. A fojas 83, se emite la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

5.1. En la partida registral del inmueble materia de venta aparecen como titulares el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Rosa Estrella Reátegui Marín, ambos en condición de casados, por lo que el bien le pertenece a la sociedad conyugal; mientras que en el contrato que se pretende formalizar únicamente ha intervenido como parte vendedora el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y como parte compradora la señora Liliana Amanda Mejía García, no mencionándose en ningún momento a la cónyuge del primero de los mencionados.

5.2. Los demandantes no han acreditado que al momento de la celebración del contrato de compraventa, el cónyuge demandado haya actuado con poder especial para actuar en representación de la otra cónyuge, evidenciándose la falta de manifestación de voluntad de ésta, y mucho menos han acreditado la existencia de documento posterior de confirmación del contrato de compraventa, para validar la exigencia del otorgamiento de la escritura pública.

5.3. Si bien en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se discute la validez o eficacia del contrato que se pretende formalizar, sino únicamente el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, debe tenerse en cuenta que tratándose de la enajenación de un bien social, la forma prescrita por la ley es la intervención de ambos cónyuges, y, en el caso de autos, en el contrato que se pretende formalizar solo ha intervenido uno de los cónyuges, por lo que se ha incurrido en evidente causal de nulidad del contrato por infracción de los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, falta de manifestación de voluntad del agente (la cónyuge que no intervino) y falta de la forma prescrita por la ley (la intervención de ambos cónyuges), deviniendo en improcedente la demanda.

6. Por escrito de fojas 199, Elsa Flores Pally, actuando en representación de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, se apersona a la segunda instancia e informa sobre la existencia de un proceso de nulidad del contrato que ahora se pretende formalizar, proceso seguido por la antes mencionada contra su cónyuge Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Liliana Amanda Mejía García (demandante en el presente proceso), ante

el Juzgado Mixto de Ilo, adjuntando a su escrito copia de la demanda de nulidad de acto jurídico y de un escrito de apersonamiento y formulación de excepciones presentado por Liliana Amanda Mejía García.

7. A fojas 208, se emite la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince, que confirma la sentencia apelada que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

7.1. En el contrato que se pretende formalizar participaron Ángel Gabriel Collantes Arimuya, como vendedor, y Liliana Amanda Mejía García, como compradora, y no así la cónyuge del vendedor, doña Rosa Estrella Reátegui Marín, quien debió participar en el contrato para consolidar la manifestación de voluntad de la sociedad conyugal.

7.2. No resulta admisible que la manifestación de voluntad de Rosa Estrella Reátegui Marín sea tácita o implícita, a la luz de la actitud asumida para la celebración de sus actos jurídicos.

7.3. No existe prueba que acredite que doña Rosa Estrella Reátegui Marín haya expresado su voluntad de enajenar el bien, siendo que los indicios de no vivir o reclamar el bien no conducen a concluir que ésta transfirió el bien.

7.4. De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil para disponer de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal se requiere de la intervención de ambos cónyuges, es más si uno de los cónyuges actúa en representación del otro, requiere poder especial. Por lo tanto, al no haberse acreditado la transferencia de la propiedad de la sociedad conyugal, no cabe amparar la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

8. Contra la sentencia de vista, la codemandante, Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, que corre de fojas 222 a 227; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

8.1. La recurrente en su recurso de casación denuncia: **(i)** infracción normativa del artículo 141 del Código Civil concordante con el artículo 1352 del Código Civil, en tanto los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento, y la manifestación de voluntad puede ser tácita, que es lo que se habría producido respecto de la señora Rosa Estrella Reátegui Marín ya que ésta por vía telefónica comunicó que por razones de enfermedad no podía viajar del Callao a Ilo para la firma del contrato de compraventa y lo haría su esposo Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien, en efecto, el 26 de agosto del 2008, celebró el contrato. Luego, han sido los propios demandados los que entregaron el inmueble y retiraron sus bienes muebles para trasladarlos al Callao, no habiendo solicitado la restitución del inmueble en ningún momento; **(ii)** indebida aplicación e interpretación del artículo 315 del Código Civil, pues se habría realizado una interpretación literal de la precitada norma, sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 141 del Código Civil, ya que la demandada Rosa Estrella Reátegui Marín sí ha manifestado su voluntad de vender el inmueble, de manera tácita.

9. Por auto calificadorio del recurso de casación, obrante de fojas 26 a 29, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desestimó las denuncias formuladas por la recurrente, en tanto pretenden lograr un reexamen fáctico y/o probatorio lo cual no resulta viable en sede de casación, al no constituir una tercera instancia; sin embargo, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, concedió excepcionalmente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil.

10. Mediante auto de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el

Pleno Casatorio que se realizará el día 08 de junio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar

1. La presente sentencia del Pleno Casatorio tiene como objeto dilucidar si en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública es posible o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, pues se ha advertido que a nivel jurisprudencial se pueden encontrar pronunciamientos contradictorios, señalándose, en algunas oportunidades, que dicho control sí es posible y, en otras, que no lo es. Así, en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, se señaló que: *“se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles y la de derecho constitucional y social de este Supremo Tribunal, en los procesos que versan sobre otorgamiento de escritura pública, los están resolviendo con criterios distintos y hasta contradictorios, pues en algunos casos señalan que en este tipo de procesos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico y en otros establecen que a pesar de que en este tipo de casos sólo se exija la determinación de la obligación de otorgar la mencionada escritura ello no exime al juzgador de su deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números: 104-2013, 146-2013, 1656-2010, 1765-2013, 2745-2010, 4396-2009, 1267-2011, 1553-2011, 1188-2009, 4612-2011, 13648-2013, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme ni consenso respecto al conflicto antes mencionado”*.

2. La jurisprudencia nacional se ha ocupado del tema en cuestión –esto es, si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar- aunque –como se ha dicho- arribando a soluciones contradictorias. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2952-2003-Lima que señala que: *“En el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el acto jurídico, no discutiéndose en esta vía los requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima. El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios, lo que ha de sustanciarse en vía de conocimiento”*. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio –por cierto, mayoritario, a nivel jurisprudencial- que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el negocio jurídico; **(ii)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública no puede discutirse la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar pues la vía procedimental en la que se tramita (sumarísima) no lo permite; **(iii)** la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe discutirse en otro proceso; **(iv)** el proceso en el que se discuta la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe tramitarse en la vía de conocimiento. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2406-2014-Ayacucho en la que, luego de invocarse la línea jurisprudencial clásica de acuerdo con la cual en los procesos sumarísimos no se discute la validez del negocio jurídico [véase: considerando segundo], se precisó que: *“[...] Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este*

caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencias o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro. Quinto: Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) u otorgar una Escritura Pública cuando el acto jurídico es solemnisimo (porque entonces sería la judicatura la que diera origen al acto jurídico que no tiene validez manifiesta por incumplimiento de la formalidad requerida, bajo sanción de nulidad”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez debe analizar que el negocio jurídico que se pretende formalizar exista y que concurren los elementos mínimos del contrato que se pretende formalizar; **(iii)** el análisis que se realizará no debe transgredir lo que ha de ser materia de pronunciamiento; **(iv)** sostener lo contrario, esto es, que no debe realizarse ningún tipo de control del negocio jurídico, podría llevar a formalizar un negocio jurídico que no se condice con la realidad y si éste es inscrito posibilita la realización de transferencias de mala fe que aparecerán protegidas por la fe del registro.

3. La contradicción resolutoria en torno al tema que se pretende dilucidar motivó que el mismo sea materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo en la ciudad de Arequipa, los días 16 y 17 de octubre de 2015, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: *“¿Es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública?”*¹, y se adoptó como conclusión plenaria, por mayoría, que: *“Sí es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública, ya que el juzgador no puede dejar de advertir o merituar el documento que sirve de sustento de la pretensión, esto es, no puede ni debe dejar de verificar si el mismo adolece de un defecto evidente o de fácil comprobación que vicie el acto jurídico. No es posible jurídicamente disponer la formalización de un acto jurídico inválido”*².

4. Por su parte, nuestra doctrina ha realizado importantes aportes en torno al ejercicio de la facultad que tiene

¹ Véase: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/CONCLUSIONES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed>> (Consulta: 15/07/16).

² Ibid.

el juez de apreciar -para algunos- o de declarar -para otros- de oficio la nulidad del negocio jurídico³, facultad que aparece contemplada en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, según el cual: “La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”, tema que, definitivamente, guarda directa relación con el que motiva la presente, debiendo dilucidar, en las líneas sucesivas, el ámbito de alcance sustantivo (el juez puede apreciar o declarar cualquier nulidad o solo la nulidad manifiesta) y procesal (el juez puede ejercer esta facultad dentro de un proceso sumarísimo o sólo puede hacerlo dentro de procesos más latos) de aquella facultad, así como la forma en que ésta debe ser ejercida.

5. Corresponde dilucidar, también, si la calificación del negocio jurídico que se pretende formalizar debe extenderse o no al análisis de su exigibilidad o eficacia y, en caso de ser afirmativa la respuesta, se tendrán que dilucidar otras cuestiones específicas tales como: (i) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública debe o no atenderse a la presencia de alguna modalidad en el contrato que se pretende formalizar (condición suspensiva o plazo suspensivo); (ii) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse el ejercicio de una excepción de incumplimiento formulada por la parte demandada; (iii) si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse la resolución del contrato que se pretende formalizar; etc.

6. El Pleno Casatorio encuentra justificación, además, en la necesidad de establecer lineamientos en torno a un específico problema social y económico como es el brindar mayor seguridad y certeza respecto de las titularidades que ostentan los sujetos de derecho, lo que, adicionalmente, coadyuva a facilitar la circulación de las mismas. En efecto, la elevación a escritura pública de un contrato no solo posibilita el acceso de la titularidad al Registro Público (artículo 2010 del Código Civil⁴), lo que –al menos en línea de principio– determina que el titular ostente un derecho inatacable (artículos 1135⁵ y 2022 del Código Civil⁶) y que los terceros puedan conocer al titular del derecho, derecho en el que podrían estar interesados (artículos 2013⁷ y 2014 del Código Civil⁸), facilitando así su circulación; sino que, además, aun la escritura pública misma –es decir, prescindiendo de su ingreso al Registro Público– reporta una mayor certeza respecto a la titularidad de un derecho (artículo 235 del Código Procesal Civil⁹), certeza que, incluso, podría ser determinante para definir la suerte de una serie de conflictos de intereses como, por ejemplo, aquél que subyace en la tercería de propiedad contra embargo (artículo 535 del Código Procesal Civil¹⁰), conflicto que –conforme a lo establecido en el Séptimo Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-Lima), de fecha 05 de noviembre de 2015– se resolverá a favor del tercerista siempre que ostente un documento de fecha cierta anterior a la inscripción del embargo. Ciertamente es que normalmente los procesos de otorgamiento de escritura pública están referidos a contratos de compraventa sobre bienes inmuebles inscritos, pero no se puede perder de vista que no solo tales contratos son susceptibles de acceder al Registro Público, sino que también lo son otros tipos de contratos como, por ejemplo, el contrato de hipoteca, el contrato de opción, el contrato de arrendamiento, el contrato de donación, el contrato de usufructo, el contrato de leasing, etc. Ahora, la necesidad de que se otorgue la escritura pública de un determinado contrato generalmente obedece a una falta de racionalidad de parte de quien adquiere, o a favor de quien se constituye, una titularidad, por no haber condicionado la culminación de su contraprestación al hecho de recibir el título que le permitirá acceder al Registro Público (esto es, la escritura pública), por lo que la finalidad de la parte demandante en los procesos de otorgamiento de escritura pública no es solo obtener la prueba de que celebró un contrato sino alcanzar el título inscribible¹¹. Debe determinarse, entonces, si la consecución de tal fin puede o no ser controlada por el órgano jurisdiccional en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública, de manera que no se formalicen contratos que presenten patologías manifiestas o, en general, que no guarden conformidad con la realidad y el Derecho, para lo cual debe tenerse en cuenta, además, que la elevación a escritura pública de un contrato concede

preferencia en el orden de prelación de las titularidades y posibilita la inscripción registral y, con ello, la posibilidad de que se realicen sucesivas transferencias de mala fe que parezcan protegidas por la fe pública registral. Debe determinarse si el referido control de legalidad del contrato

³ ARIANO DEHO, Eugenia. *Sobre el poder del juez de 'declarar' de oficio la nulidad ex art. 220 CC*, En: *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, 2003, pp. 135 y ss.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*, En: *Ius et Veritas*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 24, Lima, 2002, pp. 56-63; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, novena edición, 2013, pp. 540-541; TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, 2001, p. 701; MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inconsistente 'declaración' de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, 2012, pp. 13-23; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Comentario al artículo 220 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 932; LAMAMORE, Héctor Enrique. *La nulidad de oficio del acto o negocio jurídico manifiestamente nulo ¿debe subsistir?*, Disponible en: <<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/nulidad%20de%20oficio.htm>> (Consulta: 15/07/16);

TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario. *La declaración de nulidad manifiesta: ¿potestad o deber judicial? Una propuesta alternativa de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil peruano*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 174, Lima, 2008, pp. 49-54; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el Juez*, Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA05272FA006B7BD1/\\$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA05272FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf)> (Consulta: 15/07/16); RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Ineficacia estructural del acto jurídico y la nulidad de oficio en el proceso civil*, En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Número 33, marzo, Lima, 2016, pp. 13-18; ABANTO TORRES, Jaime David. *La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, pp. 25-34; NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *¿Cuándo es 'manifiesta' la nulidad del acto jurídico?* (sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 220 del Código Civil), En: *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico*. En la jurisprudencia de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 81-121; BERAÚN MAC LONG, Carlos. *Sobre la miopía del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 170, Lima, 2008, pp. 98-100.

⁴ Artículo 2010 del Código Civil.- “La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”.

⁵ Artículo 1135 del Código Civil.- “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

⁶ Artículo 2022 del Código Civil.- “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone [...]”.

⁷ Artículo 2013 del Código Civil.- “El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme [...]”.

⁸ Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

⁹ Artículo 235 del Código Procesal Civil.- “Es documento público: [...] 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia [...]”.

¹⁰ Artículo 535 del Código Procesal Civil.- “La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar”.

¹¹ Cfr. ARATA SOLIS, Moisés. *Control de legalidad en los procesos de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacífico, junio, 2016, pp. 40-44.

que se pretende formalizar puede practicarse aun cuando la parte demandada se encuentre en situación de rebeldía o aun cuando la parte demandada no alegue la ilegalidad del contrato al contestar la demanda.

7. Con todo, el tema respecto del cual se plantearán determinados lineamientos, lejos de ser un tema sencillo es en realidad uno complejo, por las varias aristas que se presentan en su dilucidación, las cuales comprenden no solo temas de derecho sustantivo, sino también procesal, pues, se determinará, por ejemplo, si cabe o no un control de legalidad del contrato que se pretende formalizar; si el referido control debe limitarse a la validez del contrato o debe alcanzar, también, a la ineficacia del mismo; si dentro del control de validez podrá analizarse únicamente la nulidad manifiesta o también la nulidad no manifiesta y la anulabilidad; en qué consiste la nulidad manifiesta; qué supuestos podrían analizarse dentro de un eventual control de eficacia del contrato; en qué forma se debe actuar el poder que el artículo 220 del Código Civil le confiere al Juez; si la nulidad manifiesta debe ser analizada sólo en la parte considerativa de la sentencia o si, además, debe ser declarada en la parte resolutive; qué principios procesales se pueden ver comprometidos por una eventual declaración de nulidad del contrato a pesar de que ninguna de las partes la haya alegado; la incidencia que podrían tener los lineamientos que se establezcan en la presente sentencia, en algún otro Pleno Casatorio Civil en el que se haya abordado alguna cuestión relativa a la que nos convoca, etc.

8. Cabe señalar, desde ya, que tanto la solución que niega la posibilidad de realizar un control de validez y un control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, como aquella que acepta tal posibilidad, cuentan con respaldo legal y jurisprudencial. En efecto, la solución que niega la posibilidad de efectuar los referidos controles, además de ser la postura mayoritaria a nivel jurisprudencial, encuentra sustento en una interpretación literal del artículo 1412 del Código Civil que supedita la formalización del contrato únicamente al mandato de ley o al convenio de las partes y al hecho de que la forma a la cual se va mutar no sea una forma solemne, mas no al análisis de los requisitos de validez del contrato, a diferencia, de lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 1279 del Código Civil español que expresamente señala: “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez” [el resaltado es nuestro]; asimismo, si bien los controles de validez y eficacia no se realizaban dentro del proceso mismo sobre otorgamiento de escritura pública, siempre quedaba abierta la posibilidad de que dichos controles sean requeridos, por la parte interesada, vía de acción y en procesos más latos. De igual forma la solución que acepta la posibilidad de realizar los controles en cuestión, también cuenta con respaldo normativo y jurisprudencial como se verá en las líneas sucesivas.

III. Las opiniones de los *amicus curiae*

1. La intervención de los *amicus curiae*, profesores Juan Espinoza Espinoza, Eugenia Ariano Deho, Moisés Arata Solís, Martín Mejorada Chauca, Hugo Forno Flórez y Nelson Ramírez Jiménez, ha sido sintetizada por el último de los mencionados, en una reseña cuyos términos son compartidos por este Supremo Tribunal y expuestos a continuación:

“1.1. Juan Espinoza Espinoza, sostuvo que desde un punto de vista sustantivo, debe considerarse que el art. 220 del C.C. permite que se declare una nulidad incluso de oficio. Por consiguiente el Juez debe evaluar la validez del acto, sin que sea óbice que el proceso de otorgamiento sea en la vía sumarísima. No cabe una mera revisión formal del acto discutido.

1.2. Eugenia Ariano Deho, consideró que el problema es la vía procedimental, pues mientras el otorgamiento de escritura se ventila en la vía sumarísima, en el que no cabe reconvencción, la nulidad del acto jurídico debe ser discutida en una vía más amplia. Considera que hay que diferenciar “cognición sumaria” de vía sumaria. Debe tenerse en cuenta que el sumarísimo

es tan plenario como un proceso de conocimiento amplio. Por tanto, nada impide que se discuta a su interior sobre la validez del acto. Si un registrador tiene la competencia para evaluar la validez del acto que pretende inscribirse, a mayor razón puede hacerlo un juez.

1.3. Moisés Arata Solís, considera que el problema se circunscribe a los contratos de compra venta inmobiliaria. La formalización del documento (minuta) suele hacerse de manera muy mecánica. La línea jurisprudencial que acoge esta tendencia formalista debe superarse, pues es necesario que se fiscalice la validez del acto que pretende formalizarse con la finalidad de inscribirse en los registros. Deben reconocerse los casos de nulidad manifiesta y los casos de inexigibilidad de la obligación demandada. Propuso que se siga el criterio adoptado en el Cuarto Pleno Casatorio que versó sobre la posesión precaria.

1.4. Martín Mejorada Chauca, coincidió también en que sí debe analizarse la validez. Exigir el otorgamiento de escritura supone el ejercicio de un derecho, cuya fuente es el contrato. Por ende, el juez tiene que verificar si esa fuente justifica la tutela solicitada. Sin embargo, el juez se debe limitar a analizar esa validez, pero no puede declararla. Coincidió también con el planteamiento hecho en el IV Pleno Casatorio, que tiene por base la urgencia de tutela. El examen que haga el juez debe incluso ser más profundo, pues debe analizar la exigibilidad y no detenerse en la sola validez o invalidez. Por ejemplo, si el contrato siendo válido ha dejado de tener eficacia, como es el caso en que se haya producido la resolución del contrato. El juez debe tener algunos criterios para llevar a cabo esta revisión, y la sentencia del pleno debe cuidar de fijarlos.

1.5. Hugo Forno Florez, se expresó también a favor de la discusión de la validez al interior del proceso sumarísimo, debiendo extenderse a temas de inexigibilidad y no meramente de invalidez. Las formas no siempre funcionan como meras formas, sino que a veces se convierten en requisitos, exigencias, para acceder al fortalecimiento de los derechos. Es el caso del concurso de acreedores que privilegia los derechos de aquel que los tiene formalizados en escritura pública. La vía procedimental no puede impedir esa discusión. No hay otro tipo de argumentos que impida hacerlo¹².

1.6. Finalmente, Nelson Ramírez -quien también se adhiere a la tesis de que no hay impedimento para que, dentro de un proceso sumarísimo, se discuta la validez del acto que se pretende formalizar- sintetiza su intervención en los siguientes términos: “Debe considerarse la especial naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas, en el que la relación obligacional es de ‘doy para que des’, ergo, una prestación tiene por causa a la otra. En tal sentido, si uno de los obligados no cumple, el otro está legitimado para no cumplir la suya. Esa constatación inicial nos lleva a considerar los alcances de la excepción de contrato no cumplido, que equivocadamente viene siendo tratada como una excepción procesal, cuando su naturaleza es exclusivamente sustancial y por tanto, no debe exigirse que se proponga de manera expresa y sólo en determinado momento procesal, pues es una defensa de fondo por la que se busca mantener el equilibrio en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Por ende, si la cuestión opuesta es la invalidez o inexigibilidad de la fuente contractual, los jueces deben activar esos mecanismos de protección del equilibrio negocial, sin que lo impida la vía procedimental. Por otro lado, debe preservarse el efecto registral, pues el sistema de justicia no debe permitir que acceda a la inscripción un acto jurídico que sea nulo o ineficaz, bajo el purito

¹² RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Crónica del IX Pleno Casatorio: Validez del acto jurídico y la escritura pública*, En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, de fecha martes 14 de junio de 2016, pp. 2-3.

de que la vía procedimental no permite su discusión al interior del mismo¹³.

2. En consecuencia, tenemos que todos los *amicus curiae* coincidieron en que la vía procedimental en la que se tramita el proceso de otorgamiento de escritura pública no releva al Juez de realizar un control de validez respecto del negocio jurídico que se pretende formalizar, es más, algunos de ellos, específicamente, los profesores Martín Mejorada, Moisés Arata, Hugo Forno y Nelson Ramírez, sostuvieron que el análisis no debe restringirse a la validez/ invalidez del negocio jurídico sino que debía extenderse a la exigibilidad del negocio jurídico o al análisis de sus efectos.

IV. Planteamiento del problema

IV.1. El contrato y sus efectos

1. El término contrato es uno polisémico en tanto no presenta un único significado sino más bien varias acepciones. El contrato puede ser entendido como supuesto de hecho, como relación jurídica, como texto o como reglamento. Así, por ejemplo, cuando se hace referencia a la firma o celebración de un contrato, se entiende a éste como supuesto de hecho, es decir, como un acto o hecho concreto, al que la ley califica como un acuerdo logrado entre dos o más partes. Cuando se hace referencia a la resolución de un contrato se entiende a éste como relación jurídica que vincula a las situaciones jurídicas subjetivas de las que son titulares las partes. Cuando se hace referencia a la claridad o falta de claridad del contrato, se entiende a éste como texto, vale decir, como un conjunto de cláusulas o estipulaciones. Y cuando se hace referencia al compromiso que se deriva del contrato, se entiende a éste como reglamento, es decir, como el conjunto de reglas que las partes se han impuesto así mismas y que deberán observar para la satisfacción de sus respectivos intereses¹⁴. En este momento, nos interesa abordar, brevemente, el estudio del contrato como acto o supuesto de hecho.

2. El contrato es una manifestación específica (y concreta) de la categoría general (y abstracta): negocio jurídico. "El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica"¹⁵.

3. El Código Civil, en su artículo 1351, nos da una definición del contrato, de la cual podemos extraer sus rasgos característicos: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Los rasgos característicos son: (i) la presencia de un acuerdo, entendido éste no como la coincidencia de voluntades (internas) sino como la coincidencia de declaraciones de voluntad¹⁶: oferta y aceptación; (ii) la presencia de dos o más partes, entendidas éstas no como personas sino como centros de intereses¹⁷; y (iii) la presencia de una finalidad consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

4. El contrato, en tanto negocio jurídico, es un instrumento de ejercicio de la autonomía privada, es decir, un instrumento por medio del cual las partes establecerán las reglas que permitirán la satisfacción de sus intereses, pero hay que precisar que el único género de relaciones sobre las cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas), es el de las relaciones jurídicas patrimoniales¹⁸.

5. Ahora bien, los efectos que puede generar un contrato no se circunscriben a la relación obligatoria -es decir, aquella relación jurídica que vincula dos situaciones jurídicas a saber: un derecho de crédito y un deber jurídico específico, y que podría ser descrita como la relación que "coordina un deber de ejecutar una conducta (prestación) por parte del deudor, para la realización de un interés de otro sujeto (acreedor) y el derecho de éste de pretender dicha actuación"¹⁹- ciertamente éste es el efecto más común que emerge de la celebración de un contrato pero no es el único que éste puede generar. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de opción, en la promesa del hecho ajeno, en la cesión de posición contractual, en la cesión de derechos, en el contrato de compraventa inmobiliaria, etc., en donde para la satisfacción del interés de una de

las partes no se precisa de una conducta (prestación) que deba realizar la otra. Así, en el contrato de opción (artículo 1419 del Código Civil²⁰), para la celebración del contrato definitivo, el concedente no deberá realizar ninguna conducta, sino que aquélla (la celebración del contrato definitivo) más bien dependerá del comportamiento del optante, la relación jurídica que se genera aquí es una que vincula un derecho potestativo y un estado de sujeción. En la promesa del hecho ajeno (artículo 1470 del Código Civil²¹), la satisfacción del interés del promitente, tampoco dependerá de un comportamiento que deba realizar el promisorio, sino de que este último asuma el riesgo de la falta de verificación del hecho ajeno, efecto (la asunción del riesgo) que se produce en forma automática con la celebración del referido contrato, la relación que se genera aquí, como efecto principal, no es una relación obligatoria sino una relación de garantía²². En el contrato de cesión de posición contractual (artículo 1435 del Código Civil²³) y en el contrato de cesión de derechos (artículo 1206 del Código Civil²⁴), el efecto principal no se traduce en una obligación a cargo del cedente, sino en la transferencia de todas las situaciones jurídicas subjetivas que integran una de las posiciones contractuales (para el caso de la cesión de posición contractual) o en la transferencia del derecho de crédito (para el caso de la cesión de derechos). En el contrato de compraventa inmobiliaria (artículo 949 del Código Civil²⁵), la transferencia de la propiedad no dependerá de una conducta que deba realizar el vendedor, sino que aquélla se producirá con el mero consentimiento legítimamente manifestado, de donde se tiene que el contrato genera también efectos reales²⁶.

¹³ Íd., p. 3.

¹⁴ Cfr. ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, Traducción de Nélvor CARRETEROS TORRES, Traducción a cura de Eugenia ARIANO DEHO, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 43.

¹⁵ BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. 3. El contrato*, Traducción de Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 24.

¹⁶ FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, Traducción efectuada por Nélvor CARRETEROS TORRES, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León, Primera edición, Editorial Grifley, Lima, 2004, pp. 4-6.

¹⁷ DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Primera Parte - Tomo I, Volumen XI, En: *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1998, pp. 74-80.

¹⁸ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 30.

¹⁹ FORNO FLOREZ, Hugo. *Acerca de la noción de contrato*, En: *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, Tomo 78-B, p. 20.

²⁰ Artículo 1419 del Código Civil: "Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no".

²¹ Artículo 1470 del Código Civil.- "Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente".

²² FORNO FLOREZ, Hugo. *Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno*, En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor: Lizardo Taboada Córdova*, Editorial Grifley, 2004, principalmente, p. 538 y 539.

²³ Artículo 1435 del Código Civil.- "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta".

²⁴ Artículo 1206 del Código Civil.- "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor".

²⁵ Artículo 949 del Código Civil.- "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

²⁶ Sobre el contrato y sus diversos efectos: Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., pp. 20-25.

6. Conviene detenernos, brevemente, en este último caso –pues los procesos de otorgamiento de escritura pública versan normalmente sobre contratos de compraventa de inmuebles²⁷– para precisar que si bien el contrato de compraventa inmobiliaria genera un efecto real en lo que concierne a la transferencia de la propiedad (artículo 949 del Código Civil), no es menos cierto que, también, genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil²⁸), la obligación de entregar el bien (artículo 1550 del Código Civil²⁹), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil³⁰), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil³¹), etc.

7. De lo expuesto podemos concluir, entonces, que el contrato no solo genera relaciones obligatorias, sino que, también, puede generar otro tipo de efectos jurídicos.

IV.2. El principio de la libertad de forma

8. El contrato (en general, el negocio jurídico) no es un fenómeno psíquico sino un fenómeno social, un hecho social y, como tal, precisa de señales externas que hagan reconocible el acuerdo. El acuerdo tiene siempre necesidad de un medio a través del cual pueda exteriorizarse. Ese medio es lo que se conoce como la forma del contrato. Podemos entender a la forma como el modo en que se presenta el contrato frente a los demás en la vida de relación, su figura exterior³². “En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica”³³.

9. La forma es, entonces, “la técnica de comunicación social con la cual se manifiesta la voluntad”³⁴. Así, contrato y forma son datos inescindibles: Todo contrato tiene una forma, porque si no la tuviera no existiría el acuerdo que es necesario para que exista contrato³⁵. Esta situación de consustancialidad ha sido descrita en los siguientes términos: “No es posible hablar de un contrato privado de forma, del mismo modo que no es posible hablar de persona natural si está privada de un cuerpo”³⁶.

10. Las principales formas del contrato son la escritura pública, la escritura privada, la forma oral y el comportamiento concluyente³⁷.

11. En el derecho moderno rige el principio de la libertad de forma en mérito del cual las partes son libres de elegir la forma (la técnica comunicativa) por medio de la cual manifestarán su voluntad contractual. La vigencia de este principio obedece a exigencias de propiciar la mayor cantidad y celeridad en la circulación de las titularidades, exigencias propias de un mercado capitalista. En tal sentido, se ha dicho que: “La afirmación del principio de libertad de forma está determinada, en suma, por una precisa visión del mundo: la ideología liberal que ha acompañado las vicisitudes económicas de las sociedades capitalistas del siglo pasado y que quiere que la contratación se muestre libre, estable y copiosa”³⁸.

12. En nuestro sistema jurídico el principio de libertad de forma aparece recogido en el artículo 143 del Código Civil según el cual: “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. El mensaje es claro: Ante el silencio de la ley, las partes tienen plena libertad de escoger cualquier técnica de comunicación para exteriorizar su voluntad contractual. Podemos concluir, entonces, que la regla es la libertad de forma y que aquellas normas que imponen la observación de una determinada forma deben recibir el trato de normas excepcionales por lo que no podrán, por ejemplo, ser aplicadas vía analogía³⁹ (ex artículo IV del Título Preliminar del Código Civil⁴⁰).

13. En atención a lo expuesto conviene superar la clásica clasificación de los negocios en “formales” y “no formales”, pues pareciera denotar la existencia de negocios sin forma y, ya está visto, que un negocio no puede prescindir de una forma, por lo que parece mejor hacer referencia a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre⁴¹. Nos encontraremos frente a una forma vinculada cuando ésta es exigida por ley (artículo 144 del Código Civil⁴²) o por las partes en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1411 del Código Civil⁴³).

IV.3. Las formas ad solemnitatem y ad probationem.-

14. La forma vinculada puede ser de dos clases:

- a. **La forma solemne (o forma ad solemnitatem).**- Es aquella que constituye un elemento de validez del negocio jurídico, de manera que la celebración de este último sin observar la forma en cuestión conllevará su invalidez, específicamente, su nulidad, tal como lo establece el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil que a la letra dice: “El acto jurídico es nulo: [...] 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”. Respecto de la forma solemne se ha dicho que “cuando la ley prescribe una determinada forma (forma legal) o las partes eligen una de común acuerdo (forma convencional), esa se convierte en elemento esencial del negocio: si el negocio no es concluido en la forma prescrita, es nulo por falta de uno de sus elementos esenciales”⁴⁴; entonces, la forma solemne puede tener su fuente en la ley (forma solemne legal) o en el convenio de las partes (forma solemne convencional). En la forma solemne legal, la ley, de manera expresa, sancionará con nulidad la inobservancia de la forma (artículo 144 del Código Civil), tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1871 del Código Civil: “La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”, lo propio sucede, entre otros, con los artículos 1304, 107, 1625, 1925, 1092 del Código Civil. Pero las propias partes

²⁷ ARATA SOLIS, Moisés. Ob. cit., p. 39.

²⁸ Artículo 1558 del Código Civil.- “El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador”.

²⁹ Artículo 1550 del Código Civil.- “El bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios”.

³⁰ Artículo 1551 del Código Civil.- “El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto”.

³¹ Artículo 1549 del Código Civil.- “Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”.

³² Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción y concordancias con el derecho español por A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 110.

³³ *Ibid.*

³⁴ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 217.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La forma como requisito de validez*, Comentario al artículo 1411 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 430.

³⁷ BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 293.

³⁸ LEYVA SAAVEDRA, José. *Forma y formalismo contractual*, En: *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima Sur, marzo, 2013, p. 48.

³⁹ Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Traducción de Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 793.

⁴⁰ Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.- “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

⁴¹ Así: BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 110; ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 219; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1977, p. 242; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 859.

⁴² Artículo 144 del Código Civil.- “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”.

⁴³ Artículo 1411 del Código Civil.- “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”.

⁴⁴ ALPA, Guido. *El contrato en general*, Pacífico Editores, Lima, 2015, p. 132.

pueden convenir, previamente, que el negocio jurídico que celebrarán deberá observar una determinada forma, probatoria o solemne, en este último caso -tal y como sucede con la forma solemne legal- la inobservancia de la solemnidad origina la nulidad del negocio; cabe precisar, además, que ante el silencio de las partes respecto a la calificación de la forma se presumirá (presunción *juris tantum*) que se ha convenido una forma solemne (artículo 1411 del Código Civil).

Teniendo en cuenta lo dicho en relación a la forma solemne legal y a la forma solemne convencional, podemos afirmar que “los sujetos solamente pueden introducir requisitos de forma en los actos jurídicos que según el ordenamiento jurídico son libres de formalidades o bien pueden establecer formalidades más severas que las previstas en la ley, siempre que no contravengan normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En cambio, los otorgantes del acto jurídico no pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, pero sí pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por ellos”⁴⁵.

- b. **La forma probatoria (o forma ad probationem).**- Es aquella que sirve para acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico. Tradicionalmente se le ha atribuido a la observancia de esta clase de forma, la utilidad de constituir el medio probatorio idóneo para probar la existencia y el contenido del negocio; de hecho, algunos artículos explicitan esta (aparente) utilidad, tal es el caso del artículo 1605 del Código Civil que señala: “*La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios*”; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil dicha utilidad ha venido a menos⁴⁶, ya que en el artículo 197 del citado cuerpo normativo se ha establecido que: “*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [...]*”. Por lo tanto, actualmente, a los efectos de acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico, la forma probatoria constituye solo un medio de prueba más como cualquier otro.

IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública.-

15. Por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se petitiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil en su primer párrafo, el referido dispositivo establece, además, en su segundo párrafo, que esta pretensión se sustanciará como proceso sumarísimo. Pues bien, como se ha visto en el planteamiento del problema, es esta última característica del proceso de otorgamiento de escritura pública la que se invoca a fin de descartar cualquier posibilidad de control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, por lo que resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza del proceso sumarísimo.

16. Los procesos según su función pueden ser de tres tipos: proceso declarativo, proceso de ejecución y proceso cautelar⁴⁷. El primero de los mencionados, esto es, el proceso declarativo es aquél que “tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo”⁴⁸.

17. A su vez, dentro del proceso declarativo debemos distinguir entre lo que es un proceso ordinario y lo que es un proceso especial. Un proceso ordinario es aquél en el que “los órganos jurisdiccionales pueden

conocer objetos de toda clase, habiéndose establecido con carácter general”⁴⁹. Los procesos ordinarios son aquellos que la ley establece “para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de la generalidad de las acciones. La inmensa mayoría de las acciones que se pueden afirmar en un proceso civil son juzgadas con arreglo a unas mismas normas procesales, con independencia de cuáles sean las peculiaridades de las normas jurídicas sustantivas en que se funden”⁵⁰. En los procesos ordinarios “los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general”⁵¹, entre los tipos de procesos ordinarios “las diferencias son de tramitación, pero están previstos para que por ellos se conozcan todo tipo de objetos, distinguiéndose principalmente por la cuantía del asunto”⁵². Un proceso ordinario es aquél en el que se ventilará cualquier pretensión a la que la ley no le haya impuesto una tramitación especial. Nuestro Código Procesal Civil ha previsto tres procedimientos para sustanciar los procesos declarativos, y los ha denominado proceso de conocimiento, proceso abreviado y proceso sumarísimo, los tres son, en potencia, procesos ordinarios⁵³. Por otro lado, un proceso especial será aquél previsto para ventilar una determinada controversia y que, además, cuenta con algunas reglas aplicables en forma exclusiva⁵⁴. Los procesos especiales, entonces, son aquellos a los que la ley le ha asignado una tramitación especial. En efecto, los procesos especiales son “aquellos que el legislador ha establecido para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de ciertas materias. En principio, la previsión legal de procesos especiales se justifica en que el legislador advierte que el enjuiciamiento de dichas materias a través de los procesos ordinarios no sería adecuado porque las mismas exigen peculiaridades en su tratamiento jurisdiccional, es decir, están necesitadas de una *tutela jurisdiccional diferenciada*. Las peculiaridades, singularidades o especialidades reclamadas por esas materias pueden ser de muy variado tipo. Así, el legislador puede establecer normas especiales en instituciones tan distintas como la postulación y defensa, la legitimación, la intervención procesal, la acumulación de acciones y procesos, la carga de la prueba, las diligencias preliminares, y un largo etcétera. Hay casos en que, además, el legislador establece un entero procedimiento distinto del propio de los procesos ordinarios. Pues bien, cuando las especialidades de una materia son procedimentales estamos en presencia, en sentido estricto, de un proceso declarativo especial. Cuando las especialidades de una materia no son procedimentales, sino de otro orden, y el procedimiento a seguir es uno de los ordinarios [...] estamos en presencia de especialidades de los procesos declarativos ordinarios”⁵⁵. En nuestro

⁴⁵ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Teoría General del Contrato*, Tomo I, Primera edición, Pacifico Editores, Lima, p. 568.

⁴⁶ Conforme: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Causales de nulidad absoluta*, Comentario al artículo 219 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 923.

⁴⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Temis, Bogotá, 1996, p. 136.

⁴⁸ *Id.*, p. 137.

⁴⁹ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado del juicio verbal*, Segunda edición, Editorial Navarra, Aranzadi, 2004, p. 143, citados por: ARIANO, DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacifico, junio, 2016, p. 33.

⁵⁰ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Especialidades de los procesos declarativos ordinarios*, En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 585.

⁵¹ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional, I, Parte General*, Décima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 305.

⁵² *Id.*, p. 306.

⁵³ ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 33.

⁵⁴ *Id.* p. 34.

⁵⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 586-587.

ordenamiento procesal son procesos especiales, por ejemplo, los procesos de divorcio, tercería de propiedad, prescripción adquisitiva, alimentos, interdicción, etc.

18. Desde otra perspectiva, específicamente, en relación al grado de cognición del juez, debemos distinguir entre un proceso plenario y un proceso sumario. Son procesos penarios aquellos en donde las partes no encontrarán restricción en torno a las alegaciones que podrían formular y a los medios probatorios que podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea plena o completa⁵⁶. Sobre los procesos penarios o de conocimiento, se ha señalado que: “La intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, depende de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos. Precisamente esta variación determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar *plenos o de conocimiento propiamente dichos*, los intermedios –en donde la capacidad y tiempo se ha reducido– reciben el nombre de *penarios rápidos o abreviados*, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *penarios rapidísimos o sumarísimos*”⁵⁷. Y son procesos sumarios aquellos en donde, por ley, se han limitado las alegaciones que podrían formular las partes o los medios probatorios que éstas podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea, también, limitada⁵⁸, estos procesos se basan en un “conocimiento no definitivo o parcial o superficial”⁵⁹. En forma precisa, Ignacio Diez-Picazo, explica que el significado técnico-jurídico de proceso sumario no es el de proceso rápido sino el de proceso con limitación de cognición y ausencia de cosa juzgada –el primero es solo un significado “vulgar”– y, en consecuencia, proceso sumario es lo contrario a proceso plenario: “En sentido amplio o vulgar, se dice que un proceso es sumario cuando está configurado por la ley para que sea un proceso rápido. Sumariedad es, en ese sentido, sinónimo de rapidez o celeridad. En sentido técnico-jurídico, en el Derecho procesal, la sumariedad –aunque comporta, como consecuencia, la rapidez de la tutela jurisdiccional– significa limitación de la cognición del tribunal y ausencia de cosa juzgada. Un proceso es sumario porque en él se limitan las alegaciones de las partes y, en ciertos casos, los medios de prueba utilizables. Lo contrario de un proceso sumario es un proceso plenario”⁶⁰. Luego de explicar el significado y las principales características del proceso sumario, el citado autor precisa el objeto y las consecuencias de esta clase de proceso: “un proceso sumario tiene siempre un objeto limitado, es decir, no permite el enjuiciamiento de todos los aspectos de una relación jurídica. A través de un proceso sumario, lo que el legislador pretende es brindar al demandante, caso de que la demanda sea estimada, una tutela jurisdiccional provisional o interna (aunque, de hecho, la misma pueda ser indefinida). Dadas las limitaciones impuestas, la tutela jurisdiccional sumaria no puede ser definitiva. Por eso, la sentencia dictada en un proceso sumario no tiene fuerza de cosa juzgada material y no impide que se incoe un ulterior proceso declarativo plenario que tenga el mismo objeto. Dado que la tutela jurisdiccional sumaria es provisional, la ley procesal debe procurar que sea rápida”⁶¹. Con todo, dos son los rasgos fundamentales de los procesos sumarios: Primero, “la finalidad del proceso sumario es otorgar una tutela más rápida que la concedida en el proceso plenario; sin embargo, la rapidez o brevedad no es la esencia del proceso sumario, sino lo esencial será la limitación en la cognición”⁶². En efecto, cierto es que “la aceleración de los procesos ha sido el motivo del desarrollo de la sumarización, en otras palabras su razón de ser, pero este –es decir la rapidez en su tramitación– no es su esencia, al punto que podemos afirmar que no todo proceso de tramitación rápida es sumario, ya que procesos rápidos pueden también ser de cognición plenaria, pero si se puede afirmar que un proceso de cognición limitada es sumario”⁶³. Y segundo, lo resuelto en el proceso sumario no tendrá el efecto de la cosa juzgada, lo que se explica precisamente por la cognición limitada de la controversia⁶⁴. Por ello, “la sumariedad supone limitación y esta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la condición judicial, lo que lleva a que en el proceso

sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino solo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad de litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada”⁶⁵. En nuestro ordenamiento procesal será un proceso sumario, por ejemplo, el proceso de desalojo por falta de pago, en tanto solo se admitirán como medios probatorios: el documento, la declaración de parte y la pericia (artículo 591 del Código Procesal Civil)⁶⁶.

19. En consecuencia, son distintos los procesos penarios y los procesos sumarios y, específicamente, son distintos los procesos penarios rápidos y los procesos sumarios: “Los penarios rápidos son aquellos procesos en los cuales se ha simplificado las formas, reduciendo los plazos pero sin que exista una restricción de la cognición, y lo que es más importante, lo resuelto en estos procesos generan cosa juzgada. En tanto que el proceso sumario o sumarizado –en oposición al de cognición plena o plenario– es aquel que se tramita en forma rápida y simple, cuya cognición se encuentra limitado legalmente, tanto en la posibilidad de alegación como de prueba, y cuya resolución definitiva –necesariamente– no tiene los efectos de cosa juzgada”⁶⁷. Pues bien, el hecho de que un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública, presente plazos más cortos y una menor cantidad de actos procesales, no hace que devenga, necesariamente, en un proceso sumario. Proceso sumarísimo no es sinónimo de proceso sumario. Y nuestro proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública no tiene legalmente impuestas limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, por lo que no es un proceso sumario, sino un proceso “plenario rápido”⁶⁸, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil⁶⁹ para todos los procesos sumarísimos.

20. Lo antes dicho constituye un importante argumento a favor de la posibilidad de realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, aun cuando la causa se tramite en la vía del proceso sumarísimo.

IV.5. El proceso de calificación del negocio jurídico.-

21. El negocio jurídico ha de ser portador de intereses dignos de protección y las reglas que las partes se han impuesto a sí mismas como mecanismos para alcanzar

⁵⁶ ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

⁵⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, ob. cit., p. 138.

⁵⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen III, Traducción de E. Gómez Orbaneja, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008, p. 21.

⁶⁰ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 611.

⁶¹ *Id.*, p. 612.

⁶² CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. *El régimen de promoción del arrendamiento para vivienda y el (pseud) proceso único de ejecución de desalojo*, En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Número 27, septiembre, 2015, p. 77.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.*, p. 77-78.

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y garantía: El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tiranti lo Blanch, Valencia, 2006, p. 344, citado por: CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 78.

⁶⁶ ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

⁶⁷ CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 76.

⁶⁸ Conforme: ARIANO DEHO, Eugenia. *El ‘sumarísimo’ proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 35.

⁶⁹ Artículo 559 del Código Procesal Civil.- “En este proceso no son procedentes:

1. La reconvencción.
2. Los informes sobre los hechos”.

la satisfacción de aquellos intereses, han de guardar conformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Es así que se habla de un proceso de calificación del negocio jurídico que permitirá concluir no sólo si éste se ha celebrado con arreglo a Derecho sino, además, si ha producido sus efectos y si estos conservan vigor o si por alguna circunstancia no resultan exigibles o han venido a menos. Esta calificación se realiza en tres niveles: relevancia/irrelevancia, validez/invalidez y eficacia/ineficacia.

22. En el primer nivel se practica el **juicio de relevancia**, aquí se verificará “la presencia de algunos datos mínimos idóneos para identificar típicamente el hecho y para permitir ‘su subsumción en el *nomen iuris*’⁷⁰, lo que significa que si el hecho no presenta algunos datos mínimos que permitan la identificación de un determinado negocio jurídico (compraventa, donación, testamento, etc.), éste será jurídicamente inexistente. En esa misma línea se ha dicho que “es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permita hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral”⁷¹. Así, por ejemplo, no pasará el juicio de relevancia un contrato en donde no se pueda identificar un acuerdo o la presencia de más de una parte, en general, no pasarán este examen aquellos “comportamientos humanos que sean, como suele decirse, meros ‘simulacros’ de negocio, en cuanto desprovistos de los requisitos mínimos que permiten calificar *sub especie iuris* el hecho, así hayan ‘provocado en alguno de los interesados la impresión superficial de haber celebrado un negocio o de haber asistido a él’⁷².”

23. En el segundo nivel se practica el **juicio de validez**, en donde se verificará que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan las directrices del ordenamiento jurídico, este análisis “puede concluir en sentido afirmativo (el hecho es conforme a las opciones del sistema), o en sentido negativo (el hecho es valorado con desfavor por el ordenamiento)”⁷³, si sucede lo primero el negocio será válido, si, por el contrario, sucede lo segundo, el negocio será inválido, es decir, nulo (artículo 219 del Código Civil) o anulable (artículo 221 del Código Civil).

24. Finalmente, en el tercer nivel se practica el **juicio de eficacia**, en donde se verificará si el negocio jurídico produce efectos jurídicos o no; en este nivel se debe considerar que un negocio válido, en principio, es idóneo para desencadenar sus efectos, pero no necesariamente será así, pues el negocio podría estar sujeto a un plazo o condición suspensiva, o dejar de producir sus efectos a consecuencia de eventos sobrevenidos (v.gr.: resolución del contrato), o dejar de producir algún efecto específico a consecuencia de no haberlo ejercitado oportunamente (v.gr.: prescripción extintiva). Asimismo, se debe considerar que un negocio inválido, en principio, no desencadenará sus efectos, pero no siempre será así, como sucede, por ejemplo, con el negocio anulable el cual produce efectos precarios que podrían tornarse en definitivos por convalidación o por prescripción extintiva de la acción de anulación⁷⁴.

25. Conviene recordar que en el Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 3189-2012 - Lima Norte), de fecha 03 de enero de 2013, publicado el 09 de agosto de 2014, se ha señalado que la categoría de la inexistencia (o irrelevancia) no es de aplicación en nuestro sistema, aseveración que se sostiene sobre la base de las siguientes razones: “**160. De esta manera el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tática o virtual**”. Por lo tanto, los actos que no superen el juicio de relevancia, deberán ser sancionados con la forma más grave de invalidez que prevé nuestro sistema jurídico, esto es, la nulidad.

26. En las líneas sucesivas deberá determinarse, entonces, si los exámenes antes descritos pueden o no realizarse

dentro del proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública

IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

27. Si lo que se busca es determinar si dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, el Juez puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 220 del Código Civil, según el cual: “*La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*”.

28. Lo primero que se advierte es que la norma hace referencia solo a una de las dos clases de invalidez: la nulidad, mas no a la anulabilidad. La nulidad es la forma más grave de invalidez que, de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil, puede ser demandada cuando el negocio jurídico presenta las siguientes patologías: **a)** falta de manifestación de voluntad; **b)** incapacidad absoluta de la parte que lo celebró; **c)** objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable; **d)** fin ilícito; **e)** simulación absoluta; **f)** ausencia de la forma solemne; **g)** declaración expresa de nulidad; **e)** contravención al orden público o a las buenas costumbres. La nulidad es un remedio que busca tutelar intereses generales, a diferencia de la anulabilidad que más bien busca tutelar intereses particulares⁷⁵, de ahí que, por ejemplo, la nulidad no es susceptible de confirmación, mientras que la anulabilidad sí lo es. Pero estos no son los únicos rasgos que diferencian a ambas categorías, podemos mencionar, además, que: **(i)** el negocio nulo no produce efectos, mientras que el negocio anulable genera efectos precarios; **(ii)** el negocio nulo no precisa de una sentencia para no producir efectos (sentencia meramente declarativa), a diferencia de lo que sucede con el negocio anulable que dejará de producir sus efectos (precarios), en forma retroactiva hasta su celebración, una vez que quede firme la sentencia que declare la anulación (sentencia constitutiva) (artículo 222 del Código Civil); **(iii)** la nulidad puede ser peticionada por las partes que celebraron el negocio, por quien tenga algún interés o por el Ministerio Público (artículo 220 del Código Civil), en tanto que la anulabilidad solo puede ser peticionada por la parte que se considere afectada; **(iv)** la acción de nulidad prescribe a los 10 años (artículo 2001.1 del Código Civil) y la acción de anulabilidad prescribe a los 2 años (artículo 2001.4 del Código Civil); **(v)** el negocio nulo –ya está dicho– no puede ser convalidado, mientras que el negocio anulable sí puede serlo por medio de la confirmación (artículo 230 Código Civil); y, **(vi)** la nulidad puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 220 del Código Civil) mientras que la anulabilidad no.

29. La nulidad busca tutelar intereses generales, “valores fundamentales, colectivos e irrenunciables que un sistema jurídico preestablece (aunque sea implícitamente) y que podríamos calificar como trascendentes de la esfera individual [...] la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes, es de orden público”⁷⁶, es esto lo que explica que el legislador haya previsto, en el precitado artículo 220

⁷⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 994.

⁷¹ GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Traducción de Francisco BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, 1992, p. 261.

⁷² BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 1028.

⁷³ Íd., p. 995.

⁷⁴ Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 996.

⁷⁵ BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 635.

⁷⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.

del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aprecie de oficio la nulidad -es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado- y funde en dicha apreciación su decisión. En efecto, al comprometer la nulidad, intereses generales, su declaración no solo puede ser instada por las partes que celebraron el negocio jurídico, sino también por cualquier tercero que tenga algún interés en ello y por el Ministerio Público y, además, el Juez puede apreciarla de oficio. En este mismo sentido se ha sostenido que "la nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez, lo que se explica porque la nulidad es la sanción típica a que recurre el legislador para garantizar el respeto de la norma imperativa, en atención a un interés general"⁷⁷.

30. La posibilidad de que el Juez pueda apreciar de oficio la nulidad, es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado, ha sido pacíficamente admitida por los sistemas jurídicos más influyentes.

31. En el sistema alemán, en donde aunque su Código Civil no contemple un dispositivo que expresamente atribuya al Juez la facultad en cuestión, se considera que ésta es una consecuencia necesaria de la nulidad, tal y como lo señala Werner Flume: "La causa de nulidad provoca 'per se' que la reglamentación negocial del negocio jurídico nulo no valga. El juez tiene que tener en cuenta la nulidad si de la exposición de las partes resulta la existencia de una causa de nulidad, aunque el demandado no invoque la nulidad, es decir, no la haga valer. Si el demandado no está representado en el proceso, no se estimará la acción del demandante cuando de su exposición resulte que el negocio jurídico en el que apoya su demanda es nulo [...] La nulidad del negocio jurídico vale, por principio, a favor y en contra de cualquiera"⁷⁸. Y en ese mismo sentido se ha dicho que: "El negocio es nulo cuando como consecuencia de un vicio del factum no produce los efectos que corresponden a su contenido. El vicio consiste en que falta un hecho constitutivo -p. ej., el negocio carece de la forma prescrita- o existe un hecho impediendo -p. ej., incapacidad de obrar de una de las partes, falta de seriedad en la declaración, simulación, etc.-. Si por mencionar una de las partes en la audiencia, ha llegado a conocimiento del juez que falta un hecho constitutivo o que existe un hecho impediendo, el juez debe tomar en consideración la nulidad que resulte sin que sea necesario que una de las partes la invoque. La nulidad es un efecto que se produce *ipso iure* por el hecho mismo de la existencia del vicio"⁷⁹.

32. Lo propio sucede en el sistema francés, en donde, respecto de la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad se ha dicho que: "cuando el acto nulo haya sido invocado principal o incidentalmente por vía de acción o de excepción, tendrá pleno derecho de descubrir la ilicitud y aplicar la nulidad. La única restricción que deberá observar será la de mantenerse en el campo estricto de la ilicitud aparente: no podrá, por consiguiente, llevar el análisis más allá del contenido del acto jurídico, no tendrá derecho a aventurarse en la investigación de circunstancias exteriores del acto, ni a inquirir en el dominio de la intención de las partes. Para él, el único hecho que tiene valor es el acto jurídico y los documentos que le acompañan. Si de su apariencia resulta el carácter de ilicitud, podrá colocarse al amparo del orden público para hacer valer la nulidad"⁸⁰.

33. En Italia, la prerrogativa en cuestión se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1421 del Código Civil que a la letra dice: "*Salvo disposición diversa de ley, la nulidad puede ser hecha valer por quien tenga interés, y puede ser estimada de oficio por el juez*" [el resaltado es nuestro]. Comentando dicha norma se ha dicho que: "Siendo el negocio nulo completamente inválido (non valet) para el derecho, es lógico que cualquiera pueda hacer valer la nulidad: las partes, sus herederos o causahabientes, y los acreedores (art. 1421 C. C.). Es necesario un interés jurídico, se entiende; de ser el negocio nulo o válido debe seguirse una diversidad de consecuencias para la situación jurídica de quien intenta el ejercicio de la acción. Puesto que el negocio afecto de nulidad *non valet*, el Juez puede apreciar de oficio la nulidad (art. 1421 cit); puede, no debe, y en tanto puede en cuanto tiene modo de deducirla de los actos, ya que debe juzgar *iuxta alligata et probata*"⁸¹. Sobre el particular, Franceso Galgano ha sostenido que: "La nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez (art. 1421); el cual puede declarar nulo un contrato que haya sido aportado al juicio, incluso cuando no haya sido interpuesta por el interesado una demanda

o una excepción en tal sentido. La anulación, en cambio, sólo puede ser pronunciada por el Juez como resultado de la demanda o de la excepción de la parte legitimada"⁸². Para seguidamente resaltar algo de suma importancia: "La declaración de oficio de la nulidad, admitida por el Código civil, debe ser coordinada sin embargo con los principios del *Codice di Procedura Civile* y, particularmente, con el principio de la demanda (art. 99 c.p.c.) y con la congruencia entre demanda o excepción y el fallo (art. 112 c.p.c.), así como con el principio sobre la disponibilidad de las pruebas (art. 115 c.p.c.)"⁸³. Finalmente, expone algunos lineamientos que ha establecido la jurisprudencia italiana a fin de conseguir la referida coordinación entre la norma sustantiva y los principios procesales: "a) el Juez puede declarar de oficio la nulidad de un contrato si su validez es el elemento constitutivo de la demanda y si entre las partes existe discusión sobre su aplicación o sobre su ejecución; b) el Juez no puede declarar de oficio la nulidad del contrato si la parte interesada ha formulado frente al mismo un remedio distinto, como la anulación o como la resolución, o si ha sido demandada la declaración de nulidad por cual otra causa; c) el Juez puede declarar de oficio la nulidad sólo si la causa de nulidad proviene de los documentos y no precisa ninguna otra investigación posterior de hecho; d) la nulidad del contrato puede ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso: incluso en grado de apelación o de casación, siempre que el Juez de grado inferior no se haya pronunciado sobre la validez del contrato, puesto que esto comportaría la formación de un fallo que precluiría el examen posterior de la materia"⁸⁴.

34. Y, en España se ha dicho lo siguiente: "Los Tribunales de Justicia pueden apreciar 'de oficio' la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes. Resultado a que se ha llegado, aunque para ello se haya tenido que superar el principio de Justicia rogada, predominante en el procedimiento civil, y dejar de lado la exigencia de que la sentencia haya de ser congruente con la demanda (artículo 359 L.E.C.). Desviación del criterio general de la Ley Rituaria civil, que se considera necesaria, en obediencia a los principios generales de nuestro Derecho; porque sería inadmisibles que el juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, el cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño"⁸⁵.

35. El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, es decir, al amparo del artículo 220 del Código Civil, se ajusta a verificar que un determinado negocio jurídico no incurra en una específica clase de invalidez: la nulidad, pero no cualquier nulidad, sino una nulidad cualificada, una nulidad manifiesta, de manera que se circunscribirá a verificar que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan en forma evidente aquellas directrices del ordenamiento jurídico que tutelen intereses generales, es

⁷⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. LEÓN, Primera edición, Editorial Grilley, Lima, 2004, p. 239.

⁷⁸ FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Traducción de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Cuarta edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 653.

⁷⁹ TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Volumen II: *Los hechos jurídicos*, Traducción de Tito RAVÁ, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 253.

⁸⁰ LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*, Traducción de Manuel ROMERO SANCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, Porrúa, México Distrito Federal, 1993, p. 282, citado por NINAMANCCO CORDOVA, Fort. Ob. cit., p. 95.

⁸¹ CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Traducción, prólogo y notas de Manuel ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, p. 282.

⁸² GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 316.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Id., p. 317.

⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1997, p. 476.

decir, que no contravengan las disposiciones contenidas en el artículo 219 del Código Civil. El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, no podrá extenderse a la verificación de alguna causal de anulabilidad, y es coherente que así sea, pues -como se ha visto- la anulabilidad solo opera a petición de parte y precisa de una sentencia que la declare.

36. En efecto, se advierte que el precitado artículo 220 del Código Civil señala que aquello que el Juez puede declarar de oficio es la nulidad “manifiesta”, es decir, no cualquier nulidad sino una nulidad especial, una nulidad, podríamos decir, “cualificada”. La misma terminología aparecía en el antecedente legislativo de la referida norma, el artículo 1124 del Código Civil de 1936: “La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

37. Toca, entonces, determinar, qué debemos entender por nulidad “manifiesta”. Sobre el particular José León Barandiarán sostuvo que el vicio es manifiesto en caso de que “aparezca inequívoca e inmediatamente del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra comprobación”⁸⁶, como sucede, por ejemplo, “si se ha celebrado una anticresis sin haberse empleado escritura pública; si Pedro, marido de Juana, ha celebrado con ésta un contrato pese a la prohibición del art. 1139”⁸⁷. Encontramos mayores alcances en la opinión de Fernando Vidal⁸⁸ quien sostiene que la nulidad “manifiesta” se orienta a dos significados: **(i)** puede ser la que se presenta al descubierto, de manera clara y patente, que es fácil de advertir por el órgano jurisdiccional, un ejemplo de esto se encontraría en el acto jurídico que no respeta la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad; **(ii)** puede ser la que inicialmente se presenta encubierta, pero luego resulta manifiesta como consecuencia de la evaluación que realiza el juez, ejemplo de esto se da “cuando se celebra un contrato con finalidad ilícita que no ha sido expresada, ya que, en tal caso, si una de las partes recurre al órgano jurisdiccional para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, materia de la controversia”⁸⁹. Por su parte, Juan Lohmann plantea que lo manifiesto se puede entender de dos formas: **(i)** Puede ser aquello que al juez le resulte visible en el contexto general del proceso merced a la luz que proporcionen otros elementos de prueba sobre circunstancias contingentes o hechos ajenos al acto jurídico mismo; o **(ii)** puede ser aquello ostensible, patente, que se expresa, muestra, expone, evidencia y revela por y en el acto mismo y que, por tanto, no requiere de prueba extrínseca para su demostración⁹⁰. El citado autor se inclina por la segunda alternativa y sostiene que: “Manifiesta ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido) con tal grado de claridad que no se requiera de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que ‘resulte manifiesta’ significa pues, que la nulidad ya sea evidente y directa e inmediatamente perceptible”⁹¹. Juan Lohmann considera, además, que no son casos de nulidad manifiesta en tanto precisan de una prueba extrínseca: **(i)** la simulación, pues se presume la autenticidad del acto; **(ii)** el objeto indeterminado pero cuya determinabilidad no consta del acto, pues se supone la determinabilidad del objeto, no que las partes han querido lo impreciso; **(iii)** objeto cuya imposibilidad física sea relativa o subjetiva, pero no objetiva o absoluta, pues se supone la posibilidad del objeto, no que las partes han querido lo imposible; **(iv)** la finalidad ilícita que no conste del propio acto y que requiera ser comprobada, pues se presume la rectitud y la licitud, no un propósito del acto que el ordenamiento repudie⁹². Para Aníbal Torres, la nulidad es manifiesta “cuando no existe lugar a ninguna duda sobre su existencia, se infiere del simple examen del documento que contiene al acto jurídico o de las pruebas actuadas en el proceso, caso en el que puede declararla de oficio por el Juez, sin requerirse de que exista invocación de parte. El juez no acciona en el sentido de interponer una demanda para que se declare la nulidad, sino que cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conozca de los hechos que la provocan, puede e incluso debe declararla de oficio, pues le está vedado permanecer impasible, por ejemplo, frente a un acto ilícito o contrario a las normas imperativas o a las buenas costumbres”⁹³. Freddy Escobar sostiene que la nulidad es manifiesta “cuando la causal que la produce se encuentra al descubierto de manera clara y

patente (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley)”⁹⁴. Finalmente, para Fort Ninamancco, a la luz del principio de conservación del negocio jurídico se debe realizar una interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil, por lo que la “nulidad manifiesta” no puede estar referida a todas las causales sino solamente a una, aquélla cuya presencia resulta más patente entre todas las causales de nulidad: “Hay, pues, que considerar únicamente a la causal de nulidad que menos análisis probatorio requiere para su comprobación y cuya presencia en un caso concreto admite menos margen de discusión”⁹⁵, esa causal –para el citado autor– sería “la ausencia de formalidad *ad probationem*. Las otras causales, en cambio, requieren mayores elementos probatorios para su determinación, o su presencia, en un caso concreto, admite amplios márgenes de controversia derivada de las diferentes interpretaciones que se pueden dar de la realidad fáctica o jurídica. Esto no ocurre con la causal de ausencia de forma prescrita bajo sanción de nulidad. Al margen de esta causal, por lo tanto, no debería encontrar ninguna aplicación la segunda parte del artículo 220 de nuestro Código Civil”⁹⁶.

38. Este Supremo Tribunal considera acertado partir de la premisa planteada por Juan Lohmann, y, entonces, debemos responder a la siguiente pregunta: ¿La nulidad manifiesta es aquélla que se advierte del análisis del mismo documento, sin que haya necesidad de valorar algún medio probatorio adicional o es que la nulidad manifiesta podría derivar, también, de un elemento de prueba externo al acto pero, evidentemente, incorporado al proceso?

39. Como se acaba de ver, algunos autores han optado claramente por una u otra tesis: José León y Juan Lohmann consideran que la nulidad manifiesta es aquélla que se advierte del acto mismo; Fernando Vidal y Aníbal Torres consideran que la nulidad manifiesta también podría derivarse de alguna otra prueba actuada en el proceso. A nivel jurisprudencial encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva del acto mismo como, por ejemplo, la Casación N° 2009-2002-Puno, en donde, dentro de un proceso de desalojo, se consideró que el contrato de anticresis es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: “**Sétimo:** [...] de autos se advierte que, el contrato notarial de anticresis, no se encuentra formalizado por escritura pública, de conformidad con lo que establece el artículo 1005 del CC de 1936, corroborado con el artículo 1092 del CC actual, resultando por tanto nulo por carecer del requisito de forma a que se refiere el inciso tercero del artículo 1123 del CC de 1936, referido a que el acto jurídico es nulo, cuando no reviste la forma prescrita en la ley [...] **Noveno:** que, en consecuencia, siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del CC, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció”. Del mismo modo, en la Casación N° 1519-2008-Ica, se consideró que el contrato de donación es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: “**Cuarto:** [...] la sentencia, recurrida ha inaplicado los artículos 1625, 220 y 219 inciso 6 del Código Civil, pues el documento de donación no ha sido otorgado mediante escritura pública y al no haber sido realizada bajo la forma

⁸⁶ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*, Cuarta edición, aumentada y corregida-con notas suplementarias, Gráfica Marsom. S.A., Lima, p.67.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 509.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ob. cit.*, p. 59.

⁹¹ *Id.*, pp. 59-60.

⁹² *Id.*, p. 60.

⁹³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*, ob. cit., p. 701.

⁹⁴ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Ob. cit., p. 932.

⁹⁵ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Ob. cit.*, p. 119.

⁹⁶ *Ibid.*

prescrita por la Ley resulta nula de pleno derecho, ello en aplicación del inciso 6 artículo 219 del Código Civil, siendo así la posterior transferencia efectuada mediante el contrato privado de fojas veintitrés es también nula de pleno derecho por haber sido celebrado por quien no tiene el derecho de propiedad, resultando igualmente nulo el acto jurídico de confirmación contenido en la Escritura Pública de fojas veinticuatro, en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 220 del Código Civil, ya que el acto nulo no puede ser subsanado por la confirmación". Pero también encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva de algún otro medio probatorio actuado en el proceso como, por ejemplo, la Casación N° 609-2009-Lima: "Respecto a los agravios en los términos denunciados por ambas partes procesales, se advierte de autos que la sala de mérito sostiene en los fundamentos noveno, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero lo siguiente: está probado que quien suscribe el contrato que da origen a la obligación puesta a cobro en representación del comitente ha sido condenado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, con autoridad de cosa juzgada y si bien al representante legal de la empresa demandante no se le ha condenado, por tanto su responsabilidad penal personal no puede ser invocada en este fallo, sin embargo, si resulta siendo imprescindible la misma para entender el origen ilícito de la obligación, que da lugar a la nulidad manifiesta de la obligación puesta a cobro, dicha nulidad manifiesta, como se aprecia de la jurisprudencia casatoria citada, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, puede ser declarada de oficio por el juez, sin necesidad inclusive que la nulidad del contrato de prestación de servicios sea objeto del debate en el proceso judicial o independientemente de que las partes hayan invocado tal circunstancia; y respecto a la reconvencción formulada por la demandada concluye: cuando se interpuso la demanda los citados procesos penales no habían sido aún resueltos y al evidenciarse un interés jurídicamente justificado de la demandante no puede dar lugar a una prestación indemnizatoria; al respecto el órgano de segundo grado ha apreciado de las copias certificadas del proceso penal obrantes a folios quinientos diecisiete, específicamente en la sentencia penal de folios setecientos cinco, que en la celebración del contrato de servicios celebrado con fecha veintisiete de enero del año mil novecientos noventa y dos –según refiere la recurrida- se produjo un gran desbalance entre las sumas cobradas por los contratistas y el valor de las obras ejecutadas, habiendo existido concertación entre los contratantes; de lo expuesto se colige que la obligación demandada, al provenir de un acto jurídico con finalidad ilícita, no puede ser exigido vía acción judicial; en tal sentido no se puede pretender que la parte demandada honre la obligación puesta a cobro, si se tiene en consideración conforme a los actuados penales (fundamento quinto de la sentencia de fecha ocho de febrero del año dos mil uno) que el contrato de servicios del cual deriva la obligación reclamada fue sobrevalorado en el costo de los servicios contratados, de tal forma que el mismo contraviene normas legales imperativas"⁹⁷.

40. A nivel legislativo -por supuesto a partir de una interpretación literal- encontramos que -a diferencia del nuestro- algunos Códigos Civiles latinoamericanos, también, han optado expresamente por una u otra opción: El artículo 1683 del Código Civil de Chile estipula que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1699 del Código Civil de Ecuador dice que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1742 del Código Civil de Colombia menciona que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1561 del Código Civil de Uruguay señala que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez de oficio, cuando aparece de manifiesto [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 359 del Código Civil de Paraguay prescribe que "cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio [...]" [el resaltado

es nuestro]; y el vigente Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en su artículo 387, señala que "la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia [...]".

41. Para este Supremo Tribunal la nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil siempre que –repetimos- la incursión en alguna causal, cualquiera que ésta sea, resulte fácil de advertir. Estaremos ante un contrato manifiestamente nulo cuando, por ejemplo: exista discrepancia entre la oferta y la aceptación, la oferta no haya sido seguida de la aceptación, el contrato aparezca firmado por una persona que al tiempo de su celebración ya había fallecido, el contrato aparezca firmado por persona inexistente, el contrato no revista la formalidad prescrita por ley bajo sanción de nulidad, el contrato ha sido celebrado por medio de declaración carente de seriedad (hecha en broma, por jactancia o con fines didácticos), cuando se advierta la ausencia de la causa del contrato, cuando se advierta la ausencia del objeto del contrato, cuando el fin ilícito se evidencie por medio de sentencia penal firme, etc.

42. Por último, toca determinar si esta nulidad manifiesta puede ser apreciada o no en un proceso sumarísimo. Sobre el particular una doctrina ha señalado que ello no es posible en atención a las siguientes razones: "(i) En ella [la vía sumarísima] solo se admiten los medios probatorios de actuación inmediata; (ii) en el proceso sumarísimo no se admite la reconvencción lo que impide que el demandado contrademande la declaración de nulidad, conduciendo eventualmente al absurdo de que se ampare la demanda negando el examen de la validez del negocio, cuya nulidad habría que discutir en otro proceso; y, (iii) en el proceso sumarísimo no es posible ofrecer medios probatorios en apelación (artículo 374) para sostener que no hay la nulidad declarada de oficio en la sentencia"⁹⁸.

43. Este Supremo Tribunal considera que es necesario uniformizar los criterios jurisprudenciales en el sentido de que, dentro de un proceso sumarísimo, sí es posible que el Juez declare la nulidad del contrato del que se pretende extraer algún efecto, siempre que aquella resulte manifiesta, toda vez que el artículo 220 del Código Civil no establece ninguna proscripción que nos lleve a sostener lo contrario y tampoco encontramos alguna a nivel de la legislación procesal. En efecto, como se ha visto, el proceso sumarísimo es un proceso plenario (rápido), es decir, un proceso en el que no hay restricciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes y a los medios probatorios que podrían aportar, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil. En el proceso sumarísimo, a menos que se trate de un proceso especial, no existe limitación en la aportación de medios probatorios relativos al tema de fondo, la restricción al aporte de medios probatorios de actuación inmediata es para resolver las cuestiones probatorias (artículo 553 del Código Procesal Civil)⁹⁹. Ciertamente es que en el proceso sumarísimo no procede la reconvencción (artículo 559 del Código Procesal Civil)¹⁰⁰, no obstante, la nulidad de un negocio jurídico no solo puede hacerse valer vía acción (reconvencción) sino también

⁹⁷ Citada por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., pp. 84-85.

⁹⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, Ob. cit., p. 62-63.

⁹⁹ Artículo 553 del Código Procesal Civil: "Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el Artículo 554".

¹⁰⁰ Artículo 559 del Código Procesal Civil: "En este proceso no son procedentes:

1. La reconvencción.
2. Los informes sobre los hechos".

vía excepción (material) que merecerá pronunciamiento al resolver el fondo de la controversia¹⁰¹, además, la nulidad manifiesta constituye una circunstancia que debe ser tomada en cuenta por el Juez, aun cuando no haya sido alegada por la parte demandada, es decir, de oficio. Asimismo, con la modificación del Código Procesal Civil efectuada por la Ley N° 30293, publicada el 28 diciembre 2014, que entró en vigencia a los treinta días hábiles de su publicación, se ha eliminado la restricción del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia en los procesos sumarísimos (artículos 374 y 559 del Código Procesal Civil), por lo que el derecho de defensa y, específicamente, el derecho a probar, de la parte que se ve perjudicada con la apreciación de oficio de la nulidad, no se vería comprometido por tal limitación, ello sumado a la forma en que debe ejercerse este poder que tiene el Juez, tema del que nos ocuparemos más adelante. Por lo demás, el hecho de que dentro de los procesos declarativos, el proceso sumarísimo -en atención a los plazos más cortos y al menor número de actos procesales- sea el más rápido, no releva al Juez de su deber de verificar que los componentes de un determinado negocio jurídico no vulneren en forma manifiesta las directrices del ordenamiento jurídico relativas a la validez de esta clase de actos.

44. En el proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública el control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar se circunscribirá a la nulidad manifiesta del mismo, circunstancia que podrá ser advertida de oficio por el Juez. El análisis de la nulidad no manifiesta y de la anulabilidad por alegación de la parte demandada, constituye un paso más atrevido que, este Supremo Tribunal, considera no posible, dado que la controversia se tornaría demasiado compleja y no permitiría su tramitación en la vía procedimental más corta que ha previsto nuestro ordenamiento procesal para los procesos civiles de cognición, ello sin perjuicio de que en el particular caso de la anulabilidad, la sentencia es constitutiva, es decir, no basta la mera alegación de la parte interesada, lo que abunda a favor de no realizar este análisis en el proceso de otorgamiento de escritura pública.

45. No obstante, la parte demandada puede peticionar en vía de acción la nulidad (no manifiesta) o la anulabilidad del referido negocio jurídico y, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil¹⁰², puede solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en el proceso de otorgamiento de escritura pública hasta que se resuelva el proceso de nulidad (no manifiesta) o anulabilidad del negocio jurídico, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva. Cabe señalar que si una vez resuelto el proceso de nulidad o anulabilidad, el Juez del proceso de otorgamiento de escritura pública aprecia que en la solicitud de suspensión de la expedición de la sentencia ha existido temeridad o mala fe, podrá actuar conforme a lo establecido en los artículos 110¹⁰³ y 111 del Código Procesal Civil¹⁰⁴, esto es, imponer a la parte demandada y/o a su abogado y/o apoderado, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal y, en caso, considere que el abogado ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso.-

46. Ya se ha determinado cuándo existe una nulidad manifiesta y que ésta puede ser apreciada de oficio por el Juez incluso en un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública. Corresponde, ahora, determinar en qué forma se ejerce este específico control de validez del negocio jurídico o, si se prefiere, en qué forma el Juez debe ejercer el poder que se le ha conferido por medio del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil.

47. La facultad que tiene el Juez de apreciar de oficio la nulidad manifiesta de un determinado negocio jurídico, es decir, aun cuando la parte demandada no la haya alegado, podría entrar en colisión con algunos principios

que orientan el proceso judicial, como son: el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

48. El proceso judicial es un instrumento de realización de los derechos materiales de los justiciables, quienes someten sus conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, a la decisión de un Juez que representa al Estado, empero el uso de este instrumento no queda al arbitrio del Juez sino que éste ha de respetar una serie de principios y derechos que en su conjunto conforman lo que conocemos como debido proceso. Estos principios y derechos encuentran consagración en la Constitución y en las leyes, tal y como lo establece el artículo 138 de la Constitución Política de Estado: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]” [el resaltado es nuestro].

49. Uno de los principios que deben ser respetados por el juzgador a los efectos de resolver válidamente la controversia es el principio dispositivo, que se encuentra consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil según el cual: “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar [...]”. Por este principio se entiende que las facultades de iniciar el proceso

¹⁰¹ De acuerdo con Montero Aroca: Mientras las excepciones procesales están referidas a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las excepciones materiales están referidas al fondo de la controversia y buscan que la pretensión sea desestimada (MONTERO AROCA, Juan. “El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000”, Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 431). Los hechos que sustentan una excepción material pueden ser: (i) **Hechos impositivos**: Que vienen a ser aquellos que “impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido por el demandante” (Id., p. 432), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante no llegó a nacer; un hecho impositivo sería, por ejemplo, la nulidad del contrato. (ii) **Hechos extintivos**: En estos casos “los hechos constitutivos han existido y han desplegado su eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro que hecho que ha suprimido esos efectos” (Ibid.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante nació pero al tiempo actual ya feneció; un hecho extintivo sería, por ejemplo, el pago. (iii) **Hechos excluyentes**: En estos casos también “se han producido los efectos de los hechos constitutivos, pero el demandado alega otros hechos, supuesto de la aplicación de una norma que le permite excluir dichos efectos. Frente al existente derecho del actor, existe otro contraderecho del demandado que puede excluir los efectos de aquél” (Ibid.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que si bien existe el derecho del demandante también existe un derecho a favor del demandado que le restaría efectos a aquél; un hecho excluyente sería, por ejemplo, la excepción de incumplimiento.

¹⁰² Artículo 320 del Código Procesal Civil: “Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del Juez sea necesario.

El Juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación”.

¹⁰³ Artículo 110 del Código Procesal Civil: “Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legítimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria”.

¹⁰⁴ Artículo 111 del Código Procesal Civil: “Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar”.

judicial y de fijar los extremos de la controversia, no le corresponden al Poder Estatal sino a los particulares. En efecto, según este principio, “tanto el ejercicio de la acción como el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de dicha acción y la actividad misma del juez, están en gran medida regulados por la voluntad de las partes, esto es, que las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial, así también disponen, si la ley no establece otra cosa, de la iniciación y del desenvolvimiento del proceso”¹⁰⁵. Siendo así, el principio dispositivo guarda concordancia con la garantía de imparcialidad del Juez frente a los particulares.

50. Otro principio que inspira nuestro proceso judicial es el principio de contradictorio que se encuentra vinculado con el derecho de defensa consagrado en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado que dice: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Según este principio, salvo que la ley establezca lo contrario, debe posibilitarse a ambas partes del proceso el plantear sus posiciones sobre toda cuestión que podría generar alguna controversia. “La razón de este principio consiste en el hecho de que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor. Sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso”¹⁰⁶.

51. El principio de congruencia procesal ha sido recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que: “*el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*”. De acuerdo con este principio debe existir correspondencia o identidad entre las pretensiones formuladas por las partes y lo resuelto por el Juez, de manera que no se incurra en una sentencia *extra petita*: cuando se concede algo distinto a lo pedido, es decir, cuando se resuelve sobre una pretensión que no ha sido discutida en el proceso; *infra petita*: cuando se omite resolver alguna pretensión; o *ultra petita*: cuando se concede más de lo pedido; pues cualquiera de estas situaciones conllevará la invalidez del pronunciamiento.

52. Finalmente, el principio de doble instancia, en el inciso 6 del artículo 138 de la Constitución Política del Estado: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 6. La pluralidad de la instancia*”; y en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dice: “*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta*”. Este principio garantiza que las decisiones emitidas por un juez puedan ser materia de revisión por un órgano jerárquico superior.

53. Sobre la relación que existe entre el poder que tiene el juez de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico y el principio de congruencia procesal se generó en nuestro medio un interesante debate entre dos reconocidos juristas. Por un lado, Juan Lohmann sostiene que la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes. Así, el referido autor señala que: “A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo”¹⁰⁷. Y continúa diciendo que: “el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La

regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles”¹⁰⁸. No obstante, el citado autor sostiene que la norma civil y la norma procesal no son contradictorias y podrían conciliarse si interpretamos la primera a la luz de la última y entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”¹⁰⁹, ante ello “lo que el juez puede hacer es plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones”. Y, en opinión del autor que venimos citando, el momento adecuado para que el Juez pueda traer a colación una posible nulidad no alegada por las partes es el de la audiencia de determinación de puntos controvertidos¹¹⁰. Con todo, hay que enfatizar que para Juan Lohmann la nulidad que el Juez advierta de oficio puede ser declarada en la parte resolutive de la sentencia. Finalmente, el citado autor plantea importantes lineamientos en torno a la forma en que el Juez debe ejercer su facultad de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico: “(i) que el Juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada; (ii) que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto; (iii) que el acto esté directamente e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos; (iv) que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si éste involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados; y, (v) que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o, cuando corresponda, se procederá conforme al artículo 96 del Código Procesal Civil”¹¹¹.

54. De otro lado, Eugenia Ariano manifiesta no estar de acuerdo con que la declaración de nulidad *ex officio* se haga en la parte resolutive de la sentencia, y sustenta su discrepancia en que el término “declarar” que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda o de reconvencción¹¹², pues, “si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo ‘extra’)”¹¹³. Para la citada autora, la congruencia de la sentencia, es decir, la correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta¹¹⁴, lo que en realidad sucede es que “hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aún cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser ‘tenidos en cuenta’ de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), ‘eccezioni rilevabili d’ufficio’ o ‘eccezioni in senso lato’, por contraposición a las ‘eccezioni in senso stretto’ o ‘eccepciones’ a secas. Uno de ellos es, justamente,

¹⁰⁵ ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Jurídica Universitaria, 2008, México, p. 322.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 321.

¹⁰⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ob. cit.*, p. 58.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 61.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 60.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Id.*, p. 63.

¹¹² ARIANO DEHO, Eugenia. *Ob. cit.*, p. 140-141.

¹¹³ *Id.*, p. 141.

¹¹⁴ *Id.*, pp. 142-143.

¹¹⁵ *Id.*, p. 145.

la nulidad¹¹⁵. Por lo tanto, “la nulidad ex art. 219 CC constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede ‘tener en cuenta’ de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más”. Lo que lleva a la citada autora a proponer que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil se lea como si dijera: “el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta aunque no haya sido invocada¹¹⁶, y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado¹¹⁷. En buena cuenta, lo que plantea la citada doctrina es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, mas tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutive de la sentencia.

55. El tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, incluso ha sido materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, llevado a cabo en la ciudad de Lima, los días 26 y 27 de marzo de 2010, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: “¿Puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa, al existir una causal manifiesta de nulidad, en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal?”¹¹⁸, y se formularon dos Ponencias: La primera establecía que: “El juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto; por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220 del Código Civil¹¹⁹; y la segunda señalaba que: “El juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto en la parte resolutive. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y sólo para aquellos supuestos de actos jurídicos manifiestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219, inciso 8) del Código Civil¹²⁰. Adoptándose como conclusión plenaria, por mayoría, la primera ponencia.

56. Sobre el particular, en el sistema español se han planteado dos tesis¹²¹: (i) **la tesis civilista**, según la cual, el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad del negocio jurídico en cualquier estado del proceso y a nivel de cualquier instancia, incluso a nivel de la Corte Suprema, y sin que sea necesario promover una actividad contradictoria entre las partes del proceso, a pesar de lo cual el pronunciamiento en torno a la nulidad del negocio jurídico adquiriría la calidad de cosa juzgada, y ello sería así en tanto que la nulidad opera por ministerio de la ley, de forma automática¹²². Los partidarios de esta tesis consideran que “si el contrato nulo accede al proceso el juez debe eliminarlo definitivamente del tráfico jurídico, declarando su nulidad sin necesidad de actuaciones procesales contradictorias entre las partes previas a la declaración, ni tampoco de otro proceso ulterior¹²³.

(ii) **la tesis procesalista** que, a su vez, presenta dos manifestaciones: la primera, según la cual, el Juez, de oficio, puede apreciar la nulidad del negocio jurídico, con eficacia *incidenter tantum*, limitándose a desestimar la demanda y dejando a salvo la posibilidad de que las partes puedan ejercitar la acción de nulidad en un proceso posterior en el que se observen todas las garantías procesales, mas no puede declarar la nulidad, pues esto contravendría el principio dispositivo y las garantías procesales de las partes; y la segunda, según la cual, el Juez, de oficio, podría declarar la nulidad del negocio jurídico, pero siempre que inserte el cauce contradictorio que permita a las partes debatir

sobre la nulidad, con lo cual la declaración de nulidad podría pasar en autoridad de cosa juzgada¹²⁴.

57. Este Supremo Tribunal considera que la forma en que el Juez debe ejercer el poder que tiene para declarar de oficio una nulidad manifiesta debe ser aquella que logre conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, es decir, aquella que permita armonizar de mejor forma los postulados del Derecho sustantivo y del Derecho procesal. En esa línea consideramos que no puede acogerse la denominada tesis civilista que plantea que el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad a nivel de cualquier instancia y sin necesidad de promover el contradictorio, pues tal solución si bien representa una amplia tutela para los intereses que se pueden ver perjudicados con la nulidad, vulnera importantes garantías procesales, tales como, el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

58. Por el contrario, la tesis procesalista, en sus dos manifestaciones, si intenta conciliar las dos tuteladas antes referidas, por lo que el criterio dirimente para optar por una u otra manifestación, debe ser otro, también digno de consideración, como es la economía procesal. Así, por un lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, no puede declarar la nulidad sino solo apreciar la misma y sobre la base de dicha apreciación desestimar la demanda, con lo cual si bien se ahorra el promover el contradictorio entre las partes, se deja abierta la posibilidad de que éstas puedan iniciar un nuevo proceso en el que se discuta la validez del negocio jurídico, con el contrasentido de que un nuevo juez tenga que verificar si la apreciación realizada en su oportunidad por otro juez se ajustó o no a derecho. Por otro lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, puede declarar (entiéndase, en el fallo) la nulidad pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes, con lo cual lo que se decida en torno a la nulidad, adquiriría la calidad de cosa juzgada y eliminaría la posibilidad de que se reabra el debate sobre dicha situación en otro proceso. Es en mérito a tales razones que este Supremo Tribunal se adhiere a este último planteamiento.

59. Este Supremo Tribunal considera que la asunción de esta tesis guarda concordancia con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a que el Juez puede “declarar” la nulidad manifiesta, mas no hace referencia a que el Juez puede solo “apreciar” la nulidad manifiesta, asimismo, el planteamiento en cuestión es consecuente con que el ejercicio, de oficio, de un poder por parte del Juez debe previamente promover el contradictorio entre las partes. Es justamente la apertura de este incidente contradictorio lo que remedia en gran medida la posible vulneración no solo del principio de contradictorio, sino también del principio dispositivo y del principio de congruencia. En efecto, en relación al principio de congruencia, debemos decir que el artículo 219 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil podrían conciliarse si entendemos que “el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes

¹¹⁶ Íd., p. 149.

¹¹⁷ Íd., p. 150.

¹¹⁸ Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. *Materia de lectura. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010*, Lima, 2010, p. 645.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ MARCOS GONZÁLES, María. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 19 y ss.

¹²² Íd., principalmente, pp. 53-56.

¹²³ Así lo explica, aunque sin suscribirse a dicha tesis: Íd., p. 21.

¹²⁴ Íd., principalmente, pp. 56-68.

sobre el particular¹²⁵; asimismo, debemos tener en cuenta que la declaración de oficio de la nulidad guarda relación directa con el derecho que pretende efectivizar el demandante, pues aquél deriva, precisamente, del contrato que se considera manifiestamente nulo, además, se ha posibilitado a las partes y, específicamente, a la parte demandante, el plantear argumentos de defensa y aportar medios probatorios relativos a la nulidad del negocio jurídico, finalmente, proscribir la posibilidad de que el Juez declare de oficio la nulidad manifiesta “permitiría que las decisiones de los tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o delictivos, absurdo ético jurídico inadmisibles”¹²⁶. En relación al principio dispositivo, cierto es que en virtud de éste corresponde a los particulares iniciar el proceso judicial y fijar los extremos de la controversia, empero, también es cierto que excepcionalmente le está permitido al Juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta, máxime, si como sucede en este último caso, se ven comprometidos intereses públicos. Además, así como en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, la flexibilización de determinados principios procesales (como el de iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encontró justificación en la especial tutela de las relaciones familiares, en el presente caso la flexibilización de los principios procesales de congruencia e iniciativa de parte encuentra justificación en la tutela de intereses generales que se ven perjudicados de forma manifiesta.

60. Luego, en relación al principio de contradictorio, ya está dicho que éste debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, lo que significa que el Juez debe comunicar a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas (las partes) puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, siendo el momento adecuado para que el Juez traiga a colación una posible nulidad no alegada por las partes, el momento anterior al saneamiento del proceso, pues, es posible que se pueda plantear como argumento de defensa, por ejemplo, una excepción de cosa juzgada o una excepción de litispendencia, en caso de que en relación a la causal que pretende considerar el Juez ya exista un pronunciamiento firme o ésta se encuentre siendo discutida ante otro órgano jurisdiccional, respectivamente. La calificación de los medios probatorios y las excepciones procesales relativas a la nulidad manifiesta serán resueltas en la audiencia única o -en caso de que ésta haya sido suspendida, justamente, con ocasión de que durante su realización el Juez advirtió una posible nulidad manifiesta en el negocio jurídico que se pretende formalizar y promovió el contradictorio- en la continuación de la Audiencia única. Si el Juez advierte la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico, en un momento posterior al saneamiento del proceso, el Juez, igualmente, antes de emitir sentencia, comunicará a las partes tal posibilidad, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, los cuales han de estar referidos únicamente a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico; y, de ser necesario, el Juez fijará fecha para una audiencia complementaria en la que se resolverán las (posibles) excepciones procesales, se calificarán y actuarán los (posibles) medios probatorios (cabe reiterar que las actuaciones estarán referidas únicamente a la pretensión incorporada de oficio) y se emitirá sentencia, salvo que el Juez reserve su decisión por el plazo de ley.

61. Finalmente, a fin de no vulnerar el principio de la doble instancia, debe existir pronunciamiento de parte de las dos instancias de mérito, en relación a la posible

nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar. En consecuencia, si la instancia superior advierte una posible nulidad manifiesta, respecto de la cual la instancia inferior no ha emitido ningún pronunciamiento, se declarará la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose que se promueva el contradictorio entre las partes en la forma antes señalada, esto es, concediéndoseles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que formulen sus posiciones al respecto y aporten los medios probatorios que juzguen pertinentes, y, de ser necesario, se cite a las partes a una audiencia complementaria. Si la posible nulidad manifiesta es advertida a nivel de la Corte Suprema, no habiendo, las instancias de mérito, emitido pronunciamiento sobre el particular, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia proceda conforme a lo antes señalado.

62. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

63. Emitido un precedente vinculante éste ha de ser observado por todo órgano jurisdiccional, incluyendo a aquél que lo emitió. Sin embargo, existen técnicas que permiten inaplicar un precedente vinculante, siendo las más conocidas: (i) la técnica del *distinguishing*; y (ii) la técnica del *overruling*. La técnica del *distinguishing* “es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar”¹²⁷; en buena cuenta, la técnica del *distinguishing* permite evadir el efecto vinculante de un precedente para un caso concreto sobre la base de la existencia de diferencias fácticas entre el caso que se resuelve y el caso que motivó la emisión del precedente vinculante, pero sin llegar a modificarlo. La técnica del *overruling* “no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial –no se satisface con la no ocurrencia de sus consecuencias en el caso concreto-, sino va más allá de eso, ya que representa una *abrogación* de la propia norma adscrita aceptada como precedente. El *overruling* se presenta como el resultado de un *discurso de justificación* en que resulta descartada la propia *validez* de la regla antes visualizada como correcta”¹²⁸; en buena cuenta la técnica del *overruling* permite cambiar el precedente vinculante por uno nuevo, es decir, se modifica el precedente vinculante pero no solo eso, sino que, además, se impone un precedente vinculante que sustituye al anterior. A su vez, el *overruling* puede ser de dos clases: (i) *overruling* retroactivo; y (ii) *overruling* prospectivo. En el *overruling* retroactivo la nueva regla jurisprudencial se aplica a los casos anteriores a su emisión, al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Mientras que en el *overruling* prospectivo el nuevo precedente vinculante se aplica sólo a los

¹²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 60.

¹²⁶ STS de 31 de diciembre de 1979, citada por: MARCOS GONZÁLES, María. Ob. cit., p. 183.

¹²⁷ MORETTI, Francesca. *El precedente judicial en el sistema inglés*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 45.

¹²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Traducción de Juan Carlos Panes Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 398.

casos futuros mas no a los casos anteriores a su emisión y tampoco al caso concreto que motivó su emisión, entonces, el *overruling* prospectivo “se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, decidiendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada”¹²⁹. No obstante, conforme da cuenta Juan Monroy¹³⁰, existen variantes del *overruling* prospectivo como son: (i) la derogación prospectiva prospectiva, que consiste en posponer los efectos de la nueva regla a una fecha futura determinada; y (ii) la derogación cuasi-prospectiva, la nueva regla se aplica al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Con todo, en las *judicial departures*, es decir, en los casos de apartamiento de un precedente vinculante (*distinguishing*; *overruling*, etc.), “la decisión precedente debe ser apropiadamente semejante al caso subsecuente. En última instancia, el precedente y el caso a ser decidido deben plantear las mismas cuestiones jurídicas, y el caso precedente ya debe haber resuelto la cuestión”¹³¹.

64. El poder que tiene el Juez de declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, importa que aquél podrá declararla –siempre que se haya propiciado el contradictorio- aun cuando las partes no hayan alegado la nulidad manifiesta en sus escritos postulatorios o en sus recursos impugnatorios (apelación o casación), pues, justamente, se trata de una declaración oficiosa que busca evitar que se lesionen intereses indisponibles por las partes. Por lo tanto, en aplicación de la técnica del *overruling* debe quedar superada la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, que establecía que: “Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220° del Código Civil- que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada [...] De igual guisa [la nulidad manifiesta] tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que [...] en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del iura novit curia, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio”. En efecto, conforme a lo antes señalado, la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad (y, en consecuencia, no hayan emitido pronunciamiento sobre el particular) y aun cuando (la nulidad manifiesta) no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, la Corte de Casación en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta. En suma, en un proceso de otorgamiento de escritura pública y, en general, en cualquier proceso civil de cognición, el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60.

65. Por otro lado, en nuestro sistema jurídico, respecto a la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, en el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, se ha establecido como precedente vinculante (5.3.) que: “Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará

dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta” [el resaltado es nuestro]; de donde se tiene que el Juez no “declarará” la nulidad manifiesta, es decir, no emitirá pronunciamiento sobre el particular en la parte resolutive de la sentencia, sino que sólo la analizará en la parte considerativa, lo que conlleva a que aquello que se decida no tendrá la calidad de cosa juzgada, dejándose abierta la posibilidad de que se inicie un nuevo proceso en el que se peticione que se declare la validez del negocio jurídico que otro órgano jurisdiccional ya consideró manifiestamente nulo; asimismo, no se supedita el ejercicio del poder en cuestión a la promoción del contradictorio entre las partes. Pues bien, replanteado el tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, se advierte que por las razones expuestas en los fundamentos 57, 58, 59 y 60, específicamente, por la necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, las ventajas que, en coherencia y economía procesal, determina la “declaración” de la nulidad manifiesta, que posibilita que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada, la concordancia con la literalidad del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a la “declaración” y no a la (sola) “apreciación”, la necesidad de propiciar el contradictorio entre las partes, etc.; este Supremo Tribunal considera que, en aplicación de la técnica del *overruling* que permite cambiar un precedente vinculante, corresponde modificar el citado precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: “Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”. En general, la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición siempre que la invalidez del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes. Ciertamente es que el presente Pleno Casatorio se emite en un proceso de otorgamiento de escritura pública, mientras que el precedente vinculante (que se modifica) contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil fue emitido en un proceso de desalojo, sin embargo, no puede perderse de vista que ambos llegan a ocuparse de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, ambos han establecido el lineamiento en cuestión en el marco de un proceso sumarísimo y no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para el ejercicio del referido poder, esto es, que el mismo sea ejercido de una forma en el proceso (sumarísimo) de desalojo y de

¹²⁹ MATTEI, Ugo. *Stare decisis en los Estados Unidos*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, ob. cit., p. 60.

¹³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, Disponible en: <www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTF> p. 24 del documento (Consulta: 15/07/16).

¹³¹ SUMMERS, Robert y ENG, Svein. “Departures from precedent”, In: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents – A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, p. 521, citados por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ob. cit., pp. 397-398.

otra forma en el proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

66. Finalmente, cabe señalar que los precitados cambios en los precedentes vinculantes serán de aplicación para los casos en los que aún no existe cosa juzgada, es decir, no afectarán lo decidido conforme a los precedentes vinculantes preexistentes.

IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública

IV.7.1. El otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa.-

67. El contrato de compraventa es aquél por medio del cual un sujeto (denominado, vendedor) transfiere o se obliga a transferir la propiedad de un bien a otro (denominado, comprador) y éste se obliga a pagar su precio en dinero. En efecto, tratándose de un bien inmueble, la transferencia de la propiedad se producirá con el solo acuerdo entre las partes sobre el bien y el precio, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (interpretación sistemática de los artículos 949 y 1529 del Código Civil), mientras que tratándose de un bien mueble, sí se genera una obligación de transferir la propiedad que se ejecutará con la entrega del bien (interpretación sistemática de los artículos 947 y 1529 del Código Civil). Como se ha visto, este contrato genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil), la obligación de entregar el bien (artículo 1549 y 1550 del Código Civil), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil), etc.

68. Es el cumplimiento de una de estas específicas obligaciones (la de formalizar el contrato) lo que constituye la pretensión más usual en los procesos de otorgamiento de escritura pública, de ahí la necesidad de analizar el fundamento y la viabilidad de esta pretensión. El artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, establece que: **“Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”** [el resaltado es nuestro]. Pues bien, el contrato de compraventa no es uno cuya celebración deba observar una determinada forma bajo sanción de nulidad (forma solemne legal) y si las partes no se han impuesto la observancia de una determinada forma para su celebración (forma solemne convencional), puede ser celebrado en cualquier forma. En este caso la obligación de elevar a escritura pública el contrato puede derivar de la autonomía privada de las partes, en caso de que hayan previsto dicha obligación en el programa contractual, pero aun cuando las partes no la hayan previsto, tal obligación viene impuesta por ley, específicamente, por el artículo 1549 del Código Civil que establece que: **“Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”**. Así es, esta obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que tiene a su cargo el vendedor supone la realización de aquellos actos que le permitan al comprador ejercitar a plenitud su derecho de propiedad¹³², esto es, que le permitan usar, disfrutar, disponer, reivindicar y oponer el derecho adquirido, de manera que entre tales actos se encuentran: la entrega del bien y el otorgamiento de la escritura pública, pues ésta es necesaria para el acceso al Registro Público, instrumento que permitirá que el derecho subjetivo en cuestión alcance la mayor oponibilidad. En similar sentido se ha dicho que “la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad impuesta por el artículo 1549 del Código Civil, lejos de ser asimilada a la *necessitas* de completar dicha transferencia (o a la de producirla o a la de entregar el bien), debe ser asimilada a la *necessitas* de realizar todos los actos necesarios para otorgar oponibilidad a la propiedad transferida”¹³³, y uno de esos actos, sin duda el principal, es el otorgamiento de escritura pública, presupuesto necesario para el acceso al Registro Público.

IV.7.2. El otorgamiento de escritura pública del contrato de donación y del contrato de anticresis.-

69. El contrato de donación es aquél por medio del cual un sujeto (denominado donante) transfiere o se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien (artículo 1621 del Código Civil). Transfiere, en caso de tratarse de un bien inmueble, y se obliga a transferir, en caso de tratarse de un bien mueble. Aunque este contrato sea, al igual que el contrato de compraventa, un contrato traslativo de dominio; el contrato de donación y el contrato de compraventa presentan, entre otras, una importante diferencia, aquél constituye un contrato con forma vinculada, específicamente, con forma solemne legal, es decir, un contrato que, por imposición de una norma, debe observar una específica forma para que se considere válidamente celebrado.

70. De acuerdo con el artículo 1624 del Código Civil¹³⁴, si el bien materia de transferencia es un bien mueble y su valor supera el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento de la celebración del contrato, éste se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; y de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil¹³⁵, si el bien materia de transferencia es un bien inmueble, el contrato de donación deberá celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelerse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de donación inmobiliaria, ya que aquélla (la escritura pública) constituye una forma solemne legal, por lo que al no haberse observado dicha forma el referido contrato de donación es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código Civil¹³⁶) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitorio jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil¹³⁷. Sobre el particular existe uniformidad a nivel jurisprudencial, véase, por ejemplo, la Casación 1188-2009-La Libertad: **“Quinto: Que, con relación a la forma que debe guardarse en la celebración de los actos de donación, el artículo 1621 del Código Civil establece que en esta clase de actos jurídicos el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien y el artículo 1625 del citado texto material señala que la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, coligiéndose de ello que el legislador estableció una formalidad ad solemnitatem para la celebración de este acto jurídico, que consiste en el otorgamiento de la escritura pública en la que concurren ambas voluntades, la del donante, que se obliga a transferir la propiedad de un**

¹³² ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 65.

¹³³ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano*. En: *Ius et veritas*, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, Número 25, Lima, 2002, pp. 264-265.

¹³⁴ Artículo 1624 del Código Civil.- “Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad [...]”.

¹³⁵ Artículo 1625 del Código Civil.- “La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad”.

¹³⁶ Artículo 219 del Código Civil: “El acto jurídico es nulo: [...] 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

¹³⁷ Artículo 427 del Código Procesal Civil.- “El Juez declara improcedente la demanda cuando: [...] 5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible”.

bien y la del donatario que se traduce en la aceptación de la liberalidad, acorde con lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil que señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y el artículo 1352 según el cual los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. **Sexto:** Por consiguiente, la posibilidad señalada en el artículo 1412 del Código Sustantivo de Compelerse entre las partes de un acuerdo a llenar las formalidades que exige la ley respecto de un contrato de donación, no resulta de aplicación a este caso habida cuenta que no existe por parte del demandado una manifestación de voluntad al ser dicho acto un acto jurídico unilateral; máxime si en este caso ha existido contradicción desde el inicio del presente proceso, además, por cuanto esta norma sirve para dar forma al acto constituido y no para constituir el acto mismo, razón por la cual la pretensión planteada deviene en un imposible jurídico a tenor de lo dispuesto en el artículo 427 numeral 6) del Código Procesal Civil, no apreciándose por consiguiente la interpretación errónea de la norma denunciada”.

71. Respecto del contrato de anticresis que es aquél por medio del cual el deudor o un tercero se obliga a entregar un inmueble al acreedor en garantía del crédito (es decir, de su realización) a fin de que el acreedor perciba los frutos, imputándolos a los intereses y gastos, y luego al capital¹³⁸ (artículos 1091¹³⁹ y 1093 del Código Civil¹⁴⁰); debe arribarse a la misma conclusión, pues este contrato, al igual que el contrato de donación inmobiliaria, también debe ser celebrado por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1092 del Código Civil), es decir, la escritura pública constituye forma solemne legal para celebración del contrato de anticresis. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelerse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de anticresis, ya que, al no haberse celebrado por escritura pública, el referido contrato de anticresis es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitivo jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

72. En las líneas precedentes hemos visto que en los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez debe realizar un específico control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, es decir, debe constatar que éste no incurra en una nulidad manifiesta. Pero éste no es el único control que puede realizar el Juez, quien podrá, además, realizar un control de eficacia del negocio jurídico o, en otras palabras, deberá verificar que la obligación de formalizar el contrato resulte exigible, pues el resultado de este control determinará el amparo o rechazo de la pretensión de otorgamiento de escritura pública. A continuación, y sin que se pretenda realizar una relación taxativa, se enunciarán algunos supuestos que podrán ser analizados dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar.

IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública.-

73. Una de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la presencia de alguna condición suspensiva o plazo suspensivo en el contrato que se pretende formalizar.

74. La condición y el plazo son mecanismos o instrumentos de autonomía privada, es decir, de ese poder que le permite a los sujetos regular sus propios intereses¹⁴¹: instrumentos que las partes pueden insertar o no en el programa contractual y que, si lo hacen, influirán sobre

los efectos del contrato de manera conforme a los planes y a los intereses de aquellas¹⁴². La condición y el plazo inciden en la eficacia del contrato, no en su existencia, ni en su vinculabilidad, ni en su validez. El contrato sujeto a condición o a plazo, es un contrato que ha cumplido su procedimiento de formación, es un contrato que vincula a las partes y genera deberes instrumentales a cargo de las partes y, es además, un contrato válido, a menos que su validez se vea perjudicada por un defecto de la condición¹⁴³, como alguno de aquellos previstos en los artículos 171¹⁴⁴ y 172¹⁴⁵ del Código Civil.

75. La condición es un evento futuro e incierto de cuya verificación se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre condición suspensiva y condición resolutoria: **(i)** La condición suspensiva es aquella que determina que el contrato no produzca sus efectos (o alguno de ellos) sino hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos (o alguno en particular): el contrato ineficaz deviene en eficaz; **(ii)** La condición resolutoria es aquella que determina que el contrato deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición: el contrato eficaz deviene en ineficaz. En este momento nos interesa detenernos en la primera, es decir, en la condición suspensiva.

76. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuérdese que la condición suspensiva “tutela contra el riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde”¹⁴⁶ y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).

77. Pues bien, si lo que se ha supeditado a una condición suspensiva es el efecto específico consistente en la obligación de elevar a escritura pública el contrato y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

¹³⁸ GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 1190.

¹³⁹ Artículo 1091 del Código Civil: “Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”.

¹⁴⁰ Artículo 1093 del Código Civil: “La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital”.

¹⁴¹ BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 57-59.

¹⁴² ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 594.

¹⁴³ Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 564.

¹⁴⁴ Artículo 171 del Código Civil: “La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas”.

¹⁴⁵ Artículo 172 del Código Civil: “Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.

¹⁴⁶ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 565.

78. Cabe precisar que un contrato sujeto a alguna condición puede acceder al Registro Público (lo que presupone que aquél haya sido elevado a escritura pública, es decir, que esta específica obligación no haya sido supeditada a la verificación de algún evento ulterior), posibilidad que guarda concordancia con lo establecido en el inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil según el cual: “Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: [...] 4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependen los efectos de los actos o contratos registrados”, y en el primer párrafo del artículo 173 del citado cuerpo normativo de acuerdo con el cual: “Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios”.

79. El plazo es un evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre plazo suspensivo y plazo resolutorio: (i) El plazo suspensivo es aquél que determina que el contrato no produzca sus efectos sino hasta que llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos: el contrato ineficaz deviene en eficaz; (ii) El plazo resolutorio es aquél que determina que el contrato deje de producir sus efectos cuando llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes: el contrato eficaz deviene en ineficaz.

80. Nos interesa detenernos en el primero, es decir, en el plazo suspensivo, y precisar una ulterior diferencia: entre plazo del negocio jurídico y plazo de cumplimiento (o plazo de la obligación). El plazo del negocio jurídico determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación (o de un efecto en general), en tanto que el plazo de cumplimiento indica el momento en que debe ser ejecutada la prestación relativa a una obligación ya surgida¹⁴⁷, por ejemplo, cuando las partes establecen que la prestación de elevar a escritura pública el contrato que suscriben debe ser ejecutada dentro de seis meses, en este caso la obligación ya surgió y el deudor (vendedor), si el plazo es en su favor, puede liberarse en el período correspondiente al tiempo intermedio, o sea hasta la expiración del sexto mes¹⁴⁸. El plazo de cumplimiento puede ser estipulado en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Si es en beneficio del deudor, éste puede ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo pero el acreedor no podrá exigir la prestación sino al vencimiento. Si es en beneficio del acreedor, éste podrá exigir la ejecución de la prestación aun antes del vencimiento del plazo sin que el deudor pueda rehusarse y a su vez este último no podrá ejecutar la prestación si el acreedor no lo acepta. Si el plazo es en beneficio de ambos, ni el deudor podrá ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo, ni el acreedor podrá exigir la prestación antes¹⁴⁹. El plazo se presume estipulado a favor del deudor, salvo que se pruebe que lo ha sido a favor del acreedor o de ambos (artículo 179 del Código Civil).

81. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de un plazo suspensivo o la de un plazo de cumplimiento en el programa contractual, situaciones que incluso pueden ser apreciadas de oficio por el Juez. Pues bien, si todos los efectos del contrato (entre ellos, la obligación de formalizarlo) se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil). Si la obligación de elevar a escritura pública el contrato se encuentra sujeta a un plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor (vendedor), y a menos que éste exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

82. Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es el posible ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento.

83. No obstante, es pertinente recordar que la posibilidad

de analizar el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 4553-2013-Del Santa: “[...] 4.3. Es de recordar y precisar que este caso, lo que discute es “determinar si es procedente el otorgamiento de la escritura pública, a favor de la parte demandante, respecto del bien inmueble adjudicado por la emplazada, según el documento de formalización de adjudicación, ubicado en el lote veintiuno, manzana m-5, de la urbanización popular bella mar, sector iv, segunda etapa, nuevo Chimbote” 4.4. en ese sentido, la indicada pretensión se tramita en un proceso de cognición sumaria (por contemplar plazos más breves, menor cantidad de actos procesales y la concentración de las audiencias en una sola, denominada audiencia única, en la que no hay posibilidad de una mayor amplitud del contradictorio), en donde no se puede cuestionar la validez del acto jurídico, pues el objeto del juicio probatorio es darle formalidad al acto existente, sea por mandato de la ley o por convenio entre las partes. Ello es así, porque la pretensión de otorgamiento de escritura pública (mal llamado proceso u procedimiento), prevista en el artículo 1412 del código civil, es la consecuencia jurídica de formalizar el acto jurídico celebrado. 4.5. en este caso, se pretende dar formalidad al “documento de formalización de adjudicación” del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, cuya existencia está demostrada, y corroborada con las propias afirmaciones de la demandada; quien ha reconocido la existencia de esa obligación contenida en el documento citado; por lo que el acto requiere ser dotado de las garantías de seguridad necesaria para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; sin que en este proceso se puedan analizar los elementos de validez del mismo, tales como la manifestación de voluntad de agente, representante de la caja, para celebrar la “formalización de adjudicación”, ni la forma de pago del precio del objeto de la compraventa. 4.6. si bien, en los puntos controvertidos se fijó “determinar si la parte demandante ha cumplido con el pago del precio del lote materia de litis y si ha seguido el procedimiento establecido por la entidad demandada para la adquisición y adjudicación”; aquello carece de relevancia fáctica y jurídica, para resolver la pretensión propuesta; que en todo caso, la parte que se considere perjudicado con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: (i) En los procesos de otorgamiento de escritura pública sólo se busca dotar a un determinado acto de las garantías de seguridad necesarias para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; (ii) determinar si la parte ha cumplido con el pago del precio de venta, carece de relevancia fáctica y jurídica para resolver la pretensión propuesta; (iii) la parte que se considera perjudicada con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso.

84. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 943-2005-Lima: “Séptimo: que, si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien conforme al artículo 1529, sin embargo la misma norma también establece que es obligación del comprador pagar el precio en dinero; situación que en el caso de autos no ha sido acreditado por el demandante, quien no ha cancelado el precio ni parte del mismo; resultando de obligación en el

¹⁴⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 969.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*, pp. 495-496.

caso de autos el precepto contenido en el artículo 1426 del código civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. **Octavo:** que, la norma acotada debe ser interpretada en concordancia con el principio de la buena fe a que se refiere el artículo 1362 del código civil, en virtud del cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; debiendo entenderse que se configura la excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426 del código civil cuando la parte que solicita el cumplimiento de la obligación no ha cumplido con su obligación o con una parte sustantiva de la misma que lo legitime a solicitar la contraprestación a cargo de la otra, no resultando acorde con el principio de la buena fe contractual que el actor haya solicitado el otorgamiento de la escritura pública sin siquiera haber cancelado parte del precio ni haber solicitado la consignación del mismo. **Noveno:** que en consecuencia, se ha incurrido en inaplicación de lo preceptuado en el artículo 1426 del código civil, así como de los artículos 1529 y 1558 del mismo código respecto de la obligación del comprador de pagar el precio del bien no resultando procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el actor, quien no ha cumplido con su obligación o con parte sustantiva de la misma que lo legitime para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia [...]. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública si se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: (i) si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, también genera la obligación del comprador de pagar el precio en dinero; (ii) si el demandante no ha cancelado el precio ni parte del mismo, resulta de aplicación el artículo 1426 del Código Civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento; (iii) no resulta procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el demandante cuando éste no ha cumplido con su obligación de pagar el precio de venta, pues solo esto lo legitima para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

85. La excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus* "es un poder de autotutela que tiene por efecto legitimar la suspensión de la ejecución de la prestación a cargo de uno de los contratantes, mientras el otro contratante no cumpla su obligación"¹⁵⁰ o garantice cumplirla (artículo 1426 del Código Civil). Así, si bien el excepcionante se encuentra en situación de incumplimiento, la misma encuentra justificación al ser un modo legítimo de reacción contra el demandante quien también se encuentra en situación de incumplimiento.

86. La excepción de incumplimiento constituye, entonces, un instrumento que resulta idóneo "para contrarrestar las acciones de cumplimiento, de ejecución en forma específica, de resolución del contrato, y más en general de toda acción que el otro contratante pueda realizar contra el excepcionante sobre el presupuesto de su incumplimiento"¹⁵¹.

87. La excepción de incumplimiento tiene como requisitos: (i) La existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) la exigibilidad de ambas prestaciones; (iii) la falta de cumplimiento de ambas prestaciones; y (iv) el ejercicio no opuesto a la buena fe¹⁵². Para el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes, que al momento del requerimiento de la ejecución de la prestación, tanto ésta como la contraprestación resulten exigibles, que ninguna de las prestaciones haya sido cumplida y que el ejercicio de la excepción no sea contrario a la buena fe que debe estar presente incluso en la etapa de ejecución del contrato (artículo 1362 del

Código Civil¹⁵³), lo que significa, entre otras cosas, que no se puede hacer valer la excepción en cuestión frente a un incumplimiento de escasa importancia. Conviene precisar que por incumplimiento debemos entender la "inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Éste se distingue principalmente en incumplimiento total (la prestación es del todo no ejecutada) y cumplimiento inexacto (la prestación es cuantitativamente o cualitativamente inexacta)"¹⁵⁴. Dentro del cumplimiento inexacto encontramos al cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial y el cumplimiento tardío. La excepción de incumplimiento puede hacerse valer tanto frente a un incumplimiento total como frente a un cumplimiento inexacto (artículo 1220¹⁵⁵, 1221 del Código Civil¹⁵⁶), siempre que se altere gravemente la proporcionalidad o el equilibrio entre las prestaciones (artículo 1362 del Código Civil).

88. Este Supremo Tribunal considera que en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa tenemos que el comprador asume la obligación de pagar el precio de venta (artículo 1558 del Código Civil), mientras que el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: "**Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien**" [el resaltado es nuestro]. Luego, si el comprador (demandante) peticiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde. En ese mismo sentido se ha dicho que: "Considerando que el otorgamiento de escritura pública es un acto que otorga oponibilidad a la adquisición del comprador, este es, guste o no, un deber legal y esencial, en consecuencia el vendedor

¹⁵⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 339.

¹⁵¹ BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 342.

¹⁵² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Segunda Parte - Tomo IV, Volumen XV, En: *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996, pp. 233-240; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y Remedios del Contrato*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 275.

¹⁵³ Artículo 1362 del Código Civil: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

¹⁵⁴ BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 1.

¹⁵⁵ Artículo 1220 del Código Civil.- "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación".

¹⁵⁶ Artículo 1221 del Código Civil.- "No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigirse el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda".

puede negarse a otorgar la escritura pública si no se ha cumplido con el pago del precio¹⁵⁷.

89. Con todo, dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, la misma que -en tanto excepción material y no procesal- será analizada al resolver el fondo de la controversia. Pues bien, en caso de advertirse el ejercicio legítimo de una excepción de incumplimiento, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

IV.8.3. La resolución por incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

90. Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la posible resolución del contrato que se pretende elevar a escritura pública.

91. Es pertinente recordar que la posibilidad de analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 2496-2005-Lima: “[...] **7)** En la Ejecutoria Suprema obrante a fojas sesientos veinticuatro, se ha establecido que no es materia de decisión en procesos como el presente, la determinación del cumplimiento del pago, pues la finalidad de la pretensión planteada es simplemente formalizar el acto constituido y no modificarlo ni ampliarlo, ni tampoco determinar la correcta ejecución del pago. **8)** En el contrato de compraventa del referido bien, no se constata que se haya condicionado el otorgamiento de la escritura pública a su realización o que se haya suspendido su cumplimiento ante el incumplimiento de la parte contraria previa comunicación cursada para dicho efecto. **Quinto.-** De lo expuesto, se llega a la convicción de que no siendo el tema decidendum el establecer en este proceso la presunta falta de pago en que habrían incurrido los demandados respecto del precio del bien sub litis, carece de objeto dilucidar la alegada resolución del contrato de compraventa sub materia [...] **Undécimo.-** Finalmente, en cuanto a la denuncia casatoria referida a la inaplicación del artículo 1430 del Código Civil, el recurrente señala, que en representación de sus mandantes comunicó a los actores que el contrato sub materia había quedado resuelto por falta de pago, en virtud de encontrarse adeudado treinticuatro letras de cambio y que por dicha razón -sostiene- que debían desocupar el inmueble sub litis, pues a consecuencia de la resolución producida el contrato había fenecido, siendo que al dirimirse la litis no se ha tenido en cuenta la carta notarial de fecha dieciséis de mayo del dos mil uno, mediante la cual se resolvió el referido contrato por falta de pago. **Duodécimo.-** El numeral 1430 del Código Sustantivo antes mencionado, señala que ‘puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria’. **Décimo Tercero.-** sin embargo, dicha norma es impertinente para dirimir la litis, pues como se ha referido precedentemente el tema decidendum de la presente litis consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar el acto constituido, consistente en la compraventa del bien sub litis a que se refiere la instrumental de fojas cuatro y siguiente. Por lo que no se encuentra discusión la alegada resolución del mencionado contrato. Por consiguiente, el recurso de casación debe desestimarse por infundado”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el objeto litigioso en los procesos de otorgamiento de escritura pública consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar un determinado acto; **(ii)** no se encuentra en discusión la resolución del contrato, cuestión que deberá ventilarse en otro proceso. **92.** Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación N° 3795-2014-Lima: “**Sexto.-** En efecto, como

el petitorio se ciñe a lograr la formalización respectiva y la naturaleza de proceso es uno sumarísimo, y por ende breve y específico, no cabe discutir la validez del acto jurídico, pues ello representaría pronunciarse sobre algo que no se ha controvertido y que solo podría serlo por la vía del proceso de conocimiento. Ello, no solo significaría una vulneración de la vía procedimental, sino además una modificación del petitum que es un tema que corresponde a decidir a las partes, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. **Séptimo.-** De lo expuesto se colige: 1. Que el otorgamiento de escritura pública supone la existencia de un acto jurídico previo. 2. Que aquí no se discute la validez del acto jurídico, sino simplemente la exigencia de la formalidad emergida del convenio o de la ley. 3. No cabe tampoco aquí examinar supuestos de falta de pago, pues aquí no se controvierte la invalidez manifiesta del propio acto jurídico, sino el cumplimiento de las obligaciones que emergen de éste. **Octavo.-** Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencia o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro. **Noveno.-** Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. **Décimo.-** No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) o cuando el acto jurídico es solemnisimo y exige para su validez la propia Escritura Pública porque siendo la forma consustancial al acto jurídico, al no existir aquella no existe ésta. En estos casos la nulidad tiene que ser evidente y debe reflejarse con absoluta certeza o, como la doctrina ha señalado, “cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente”, es decir, “cuando no existe lugar a dudas sobre su existencia, es visible, patente, ostensible, advertible a simple vista”. Lo mismo puede decirse en la resolución del contrato, cuando opera la cláusula resolutoria y ello fluye sin cortapisa de los actuados; en esas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues entonces se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz por efecto sobreviniente (artículo 1371 del Código Civil). En ambos supuestos, la nulidad o resolución debe ser patente, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarísimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos”. De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez puede tener en cuenta la nulidad si es que esta resulta ser evidente y se refleja con absoluta certeza, lo

¹⁵⁷ CALLE TAGUCHE, Ricardo. *El contrato: Su celebración y forma. Reflexiones en torno a una sentencia en casación*, En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 161, febrero, 2012, p. 59.

mismo puede decirse en la resolución del contrato; en estas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz; (iii) la nulidad y la resolución deben ser patentes, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarisimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

93. La resolución por incumplimiento es un instrumento que busca reparar el equilibrio entre las prestaciones que se ha visto afectado por un específico evento sobrevenido como es el incumplimiento, es decir, la inexistente o inexacta ejecución de una de las prestaciones. En nuestro sistema jurídico la resolución por incumplimiento puede ser judicial o de derecho, es decir, extrajudicial. En el primer caso, la resolución se produce por sentencia, es decir, por pronunciamiento del juez (artículo 1428 del Código Civil¹⁵⁸); y, en el segundo caso, la resolución se produce por negocio jurídico unilateral, es decir, por declaración de voluntad del acreedor y siempre que concurren los requisitos dispuestos por ley¹⁵⁹, específicamente, por los artículos 1429¹⁶⁰ y 1430 del Código Civil¹⁶¹, resolución por intimación y resolución por cláusula resolutoria expresa, respectivamente. De acuerdo con el artículo 1429 del Código Civil, para que opere la resolución por intimación se precisa que la declaración del acreedor: (i) se dirija vía carta notarial; (ii) contenga un requerimiento de cumplimiento de la prestación; (iii) contenga un plazo concedido para el cumplimiento que no puede ser menor de quince días; (iv) contenga un apercibimiento en el sentido de que en caso de no ejecutarse la prestación en el plazo concedido la resolución operará de pleno derecho. Y de acuerdo con el artículo 1430 del Código Civil, para que opere la resolución por cláusula resolutoria expresa se precisa que: (i) en el programa contractual las partes hayan estipulado que el incumplimiento de alguna o algunas específicas prestaciones a cargo de una de las partes permitiría a la otra resolver el contrato; (ii) la parte que sufrió el incumplimiento comunique a la otra su decisión de valerse de la cláusula resolutoria prevista en el programa contractual.

94. La resolución por incumplimiento tiene como presupuestos: (i) un contrato con prestaciones recíprocas; (ii) un incumplimiento importante; (iii) la ausencia de circunstancias que justifiquen el incumplimiento; y (iv) la legitimación para resolver el contrato. Para que opere la resolución por incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes; que el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha, cabe precisar que este específico presupuesto no se exigirá para la actuación de la resolución por cláusula resolutoria expresa toda vez que "la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución"¹⁶²; que no concorra algún hecho que haya justificado el incumplimiento del deudor como podría ser la falta de cooperación del acreedor o la tolerancia de éste hacia el incumplimiento¹⁶³; y, finalmente, que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo o al menos haya garantizado su cumplimiento.

95. Este Supremo Tribunal, acorde con la normativa sobre la materia, considera que en tanto la resolución por incumplimiento puede producirse por vía judicial como extrajudicial, a los efectos de desestimar una demanda de otorgamiento de escritura pública no se precisa que se acredite la existencia de una sentencia firme que haya declarado resuelto el contrato que se pretende formalizar, sino que es suficiente que se acredite que el acreedor (demandado) actuó alguno de los mecanismos específicos de resolución extrajudicial (la resolución por intimación o la resolución por cláusula resolutoria expresa), y que en tal actuación concurrirían los requisitos dispuestos por ley, específicamente, por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, respectivamente.

96. En los casos de resolución judicial del contrato, si el demandado acredita la existencia de un pronunciamiento judicial firme que, con anterioridad, ha declarado la resolución (o la rescisión) del contrato que se pretende formalizar, la demanda será declarada infundada.

97. En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos dispuestos por ley, o pactados por las partes, para la resolución extrajudicial y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato.

98. En los casos en los que paralelamente exista en trámite un proceso de resolución contractual respecto del contrato que se pretende formalizar por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública, la parte interesada, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil, podrá solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en este último proceso hasta que se resuelva el primero, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva.

VII. Análisis del caso

1. Conforme se ha mencionado precedentemente, en forma excepcional, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, se ha concedido el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil, es decir, se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material.
2. No obstante, este Supremo Tribunal considera necesario recordar que por encima de cualquier análisis posterior, corresponde evaluar si la decisión jurisdiccional cuestionada se ha emitido respetando las garantías mínimas que informan el debido proceso. En efecto, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil dispone que: "*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*". Por lo tanto, el Juez en su calidad de director del proceso debe velar por la observancia del debido proceso, la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa de las partes que, como derechos fundamentales, aparecen consagrados en los incisos 3 y 14 del

¹⁵⁸ Artículo 1428 del Código Civil: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

¹⁵⁹ Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 862.

¹⁶⁰ Artículo 1429 del Código Civil: "En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios".

¹⁶¹ Artículo 1430 del Código Civil: "Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

¹⁶² ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 885.

¹⁶³ Id., p. 878.

artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso [...]*”.

3. Esto encuentra respaldo, además, en los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil en mérito de los cuales, el Juzgador puede, de oficio, declarar cualquier nulidad insubsanable que se haya producido durante la tramitación del proceso y reponer el mismo al estado que corresponda. En efecto, el mencionado artículo 171 señala que: “*La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad*”; y, a su turno, el artículo 176, en su párrafo final, prescribe que: “*Los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda*”.
4. Conforme a lo reseñado precedentemente, en el presente caso tenemos que, por medio de su escrito de demanda, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, peticionan como **pretensión principal**: que los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana “H”, Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoria**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida N° PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoria**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Demanda que fue declarada improcedente por la sentencia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, porque se consideró que el contrato de compraventa que se pretendía formalizar sería un contrato manifiestamente nulo ya que el inmueble materia de venta era un bien social que pertenece a la sociedad conyugal conformada por Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, mientras que el referido contrato únicamente aparece suscrito por la codemandante, Liliana Amanda Mejía García (como parte compradora) y por el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya (como parte vendedora), mas no por la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, situación que, a **critério del A quo**, conlleva a que la celebración del contrato que se pretende formalizar haya incurrido en las causales de nulidad previstas en los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, es decir, falta de manifestación de voluntad (la de la cónyuge) e inobservancia de la formalidad solemne (la intervención de ambos cónyuges), respectivamente. Esta decisión fue confirmada por la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince.
5. Como puede verse, y aun cuando no se haga referencia explícita al mismo, el Juez ha desestimado la demanda sobre la base del ejercicio (ciertamente irregular) del poder conferido por el artículo 220 del Código Civil, pues de oficio –los demandados no la alegaron y es más fueron declarados rebeldes- ha apreciado la nulidad del contrato que se pretendía formalizar. Sin embargo, conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, al no haberse concedido a la parte demandante la posibilidad de plantear argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó la demanda,

se ha vulnerado su derecho de defensa. Cabe precisar que el hecho de que se haya observado la necesidad de promover el contradictorio entre las partes, sin haber emitido ningún juicio sobre la configurabilidad o no de la nulidad manifiesta que han apreciado las instancias de mérito, no puede llevar a considerar que este Supremo Tribunal coincide con la posición adoptada en tales instancias, pues, lo cierto es que al no haberse respetado las garantías procesales en cuestión, no puede aún emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lo que se hará, de ser el caso, en su oportunidad.

6. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario recordar que para que las partes puedan ejercitar su derecho de defensa es imprescindible que tomen conocimiento de los distintos actos que se suscitan dentro del proceso, debiendo tenerse presente, sobre el particular, que el artículo 155 del Código Procesal Civil señala: “*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código [...]*”.
7. De la revisión de los actuados se advierte que se ha realizado el emplazamiento de los codemandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, en la dirección que el primero de los mencionados señaló en el contrato que se pretende formalizar (fs. 12-13), esto es, en: *Av. Elmer Faucett, Manzana L – Lote 16, Urbanización Aeropuerto, Callao*, dirección que -cabe mencionarlo- si bien se ha consignado en la parte introductoria del contrato, no ha sido señalada como domicilio negocial (artículo 34 del Código Civil). Sin embargo, por escrito de fojas 143, las cédulas de notificación dirigidas a dicha dirección y que contenían la sentencia de primera instancia, fueron devueltas por el señor Arnulfo Renán López Coras, señalando que no conoce a los mencionados codemandados, que estos nunca han residido en dicha dirección y que ésta le corresponde al domicilio de sus padres: Lucinda Coraz Loayza y Arnulfo López Minaya, adjuntando a su escrito copia de un recibo de agua y otro de luz, de marzo y febrero del 2015 (fs. 122 y 123), respectivamente (fechas contemporáneas a aquélla en que se practicó la notificación), y en los que, efectivamente, aparece como titular del inmueble ubicado en la referida dirección la señora Lucinda Coraz Loayza; asimismo, adjunto las fichas de inscripción RENIEC de ambos codemandados (fs. 120 y 121), figurando como dirección de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín: *Juan Pablo II, Mz. N, Lt. 1, Callao* (desde el 19.12.03); y como dirección del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao* (desde el 24.09.98).
8. La codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín se apersonó al proceso y no dedujo ninguna posible nulidad, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 del Código Procesal Civil, de haber existido, aquélla habría quedado convalidada. Sin embargo, no ha sucedido lo propio con el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya quien en ningún momento se ha apersonado al proceso, y no podría entenderse que la convalidación respecto de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín alcanza también a éste, pues, el artículo 65 del Código adjetivo establece que si la sociedad conyugal es demandada la representación recae sobre todos los que la integran.
9. La irregularidad en las notificaciones al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, se hace tanto más manifiesta si tomamos en cuenta las siguientes circunstancias: (i) las divergencias que se advierten respecto de las características del inmueble en el que se habrían practicado las notificaciones y que aparecen consignadas en los

cargos de notificación (véase: cargos corrientes a fojas 47 vuelta, 64 vuelta, 71 vuelta, 82 vuelta, 113 vuelta y 117 vuelta); (ii) la forma en que se proveyó el escrito de devolución de cédulas de notificación presentado por el señor Arnulfo Renán López Coras, en donde, además, solicitó que se dejen de practicar notificaciones en su dirección; pues, por medio de la resolución número doce, de fecha trece de abril de dos mil quince, corriente a fojas 145, se dispuso: “No ha lugar a lo solicitado”, por haber sido presentado el referido escrito por un sujeto que no es parte en el proceso; cuando lo que correspondía era corrérsele traslado a la parte demandante para que absuelva lo concerniente a dicha devolución; (iii) no obra en autos cargo de notificación dirigida al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, conteniendo la sentencia de vista, de fecha dos de octubre de dos mil quince, corriente de fojas 208 a 211; solo se advierten los cargos de notificación del referido acto procesal dirigido a los codemandados (véase: cargos de fojas 215 y 216) y a la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, esta última notificación se practicó en la dirección que ella misma señalara al apersonarse al proceso (véase: cargo de fojas 217).

10. En consecuencia, a fin de no vulnerar el derecho de defensa del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y evitar posibles nulidades, deberá emplazarse a éste en la dirección: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao*, que es la que figura en su ficha de inscripción RENIEC.

11. Sobre el derecho de defensa el Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia de fecha treinta de julio de dos mil quince, emitida en el Expediente Número 2738-2014-PHC/TC, ha señalado que: “31. *La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva [...]*”. Asimismo, en el fundamento 3 de la sentencia de fecha diez de enero de dos mil catorce, emitida en el Expediente Número 748-2012-PA/TC, ha sostenido que: “3. *El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 139.14 de la Constitución, cuyo texto establece [e]l principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Al respecto, en la STC 5871-2005-PA/TC este Tribunal ha sostenido que el derecho de defensa (...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan*”.

12. Ciertamente es que en el presente caso se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil), empero, también es cierto que no se puede soslayar la evidente vulneración del derecho de defensa tanto de la parte demandante (al no habersele dado la oportunidad de plantear

argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó su demanda), como de uno de los codemandados (al no habersele notificado con arreglo a ley los actos del proceso), más aún si la situación de indefensión de las referidas partes se ha debido a la negligencia del propio órgano jurisdiccional (que no promovió el contradictorio y que no verificó que los actos de notificación hayan sido regulares), siendo deber de este Supremo Tribunal, como de todo órgano jurisdiccional, el garantizar el pleno respeto de los principios y garantías procesales, por lo que, en forma excepcional, corresponde amparar el recurso de casación por las causales de infracción normativa de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, al encontrarse comprometida la validez del presente proceso como consecuencia de la vulneración del derecho al debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa, tanto de la parte demandante, como de uno de los codemandados, situación que conlleva a una nulidad insubsanable, resultando de aplicación lo dispuesto en los precitados artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto, por ahora, emitir pronunciamiento sobre una posible afectación de las normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil). Por tales consideraciones:

VIII. DECISIÓN

PRIMERO.- Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 222 a 227; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 208 a 211; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, obrante de fojas 83 a 87, y **NULO** todo lo actuado hasta el emplazamiento del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya; **ORDENARON** que el *A quo*, reponga la causa al estado que corresponda y proceda conforme a las consideraciones precedentes.

SEGUNDO.- Asimismo, declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.
2. En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.
3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y

que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

4. La nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.
5. La demanda por medio de la cual se solicita el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.
6. Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:

Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.

En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato.

7. Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio

jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

TERCERO.- DISPUSIERON LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En los seguidos por Jubert Alberto Barrios Carpio y Liliana Amanda Mejía García contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, sobre otorgamiento de escritura pública.

SS.

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ

JANET OFELIA TELLO GILARDI

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA

COLUMBA MARIA DEL SOCORRO

MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

DIANA LILY RODRIGUEZ CHAVEZ

CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS

ULISES AUGUSTO YAYA ZUMAETA

JOSE FELIPE DE LA BARRA BARRERA

VICTOR RAUL MALCA GUAYLUPO