

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA NULIDAD ¿REGLA O PRINCIPIO DE DERECHO?

Mario Castillo Freyre*
Rita Sabroso Minaya**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y NULIDAD.— 2.1. EL ACTO JURÍDICO CONTRARIO A LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES.— 2.2. EL ACTO JURÍDICO EN DONDE FALTE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE.— 2.3. EL ACTO JURÍDICO PRACTICADO POR PERSONA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ.— 2.4. EL ACTO JURÍDICO NULO POR OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE.— 2.5. EL ACTO JURÍDICO NULO POR FIN ILÍCITO.— 2.6. EL ACTO JURÍDICO NULO POR ADOLESCER DE SIMULACIÓN ABSOLUTA.— 2.7. EL ACTO JURÍDICO NULO POR NO REVESTIR LA FORMA PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD.— 3. CONCLUSIONES.—

1. INTRODUCCIÓN

La definición que la doctrina nos brinda en torno a la naturaleza de la Teoría de los Actos Propios no es unánime. Para algunos, se trata de un principio de Derecho, para otros, es una regla de Derecho derivada del principio de la Buena Fe.¹ Muchas veces se suelen utilizar distintos términos en forma indiscriminada sin reparar en las distintas acepciones que éstos pueden tener. Así, quienes han recurrido a la Teoría de los Actos Propios para su aplicación o no, la han denominado *doctrina, principio de Derecho, regla, teoría, brocardo, máxima, aforismo*, etc.

Sin embargo, para nosotros resulta claro que la Teoría de los Actos Propios es una regla de Derecho y no puede ser considerada como un principio general de Derecho, en la medida de que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones. Esta precisión es importante, en razón de que suele suceder que en los tribunales de justicia, las partes hacen un uso indiscriminado de la Teoría de los Actos Propios, sin siquiera conocer el contenido y los alcances de dicha teoría.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Docencia del curso de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumna de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

¹ En relación a las diversas posiciones sobre la naturaleza de la Teoría de los Actos Propios, recomendamos PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En: Estudio de Derecho Comparado. Barcelona: Ariel, 1951; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989; BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

Coincidimos con López Mesa y Rogel Vide² quienes señalan que la falta de abordaje suficiente de esta figura, ha contribuido al desaprovechamiento de la herramienta en algunos aspectos, y a su empleo abusivo, en otros.

La Teoría de los Actos Propios requiere —aparte de los presupuestos de conducta vinculante, pretensión contradictoria, e identidad de sujetos— que no exista una causa de justificación, es decir, que la ley no legitime el comportamiento contradictorio.

En efecto, dicha Teoría no puede ser aplicada automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio en el comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses.

Si se partiera de la idea de que nunca una persona puede tener una conducta contradictoria con alguna conducta suya anterior o afirmar determinadas cosas que antes negó o negar determinadas cosas que antes afirmó, tendríamos como resultado una sociedad en donde los tribunales de justicia estarían *pintados en la pared*.

Decimos esto, pues, salvo aquellas pretensiones derivadas de supuestos de responsabilidad civil extracontractual, o aquellas pretensiones derivadas del incumplimiento de obligaciones cambiarias, o aquellas pretensiones derivadas de algunos conflictos propios del Derecho de Familia, en su aspecto no patrimonial, nunca alguien podría demandar a otro, pues, de seguro, en algún momento estuvieron de acuerdo y pensaron lo mismo.

2. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y NULIDAD

No cabe duda de que el primer gran tema en donde se cuestiona de una manera radical la posibilidad de aplicar esta Teoría es aquél en el cual nos encontramos en presencia de un acto jurídico nulo, en cuya validez creyeron, al momento de su celebración, ambos contratantes. En ese sentido, es posible que luego de celebrado el acto, una de la partes sostenga o invoque tal nulidad, lo que podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte. Sin embargo, dicha Teoría resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes.

A tal efecto, vamos a analizar los supuestos de nulidad contemplados por el Código Civil peruano, a fin de ver su relación con la Teoría de los Actos Propios.

2.1. *El acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*

² LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005, p. 97.

Como sabemos, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Según Vidal Ramírez,³ el artículo V es una norma que constituye un principio general de Derecho que subordina la autonomía de la voluntad o autonomía privada al orden público –que comprende a las buenas costumbres–, en cuanto declara la nulidad del acto, o si se quiere del negocio jurídico, que pretende producir efectos que le sean contrarios y advierte que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sólo si está enmarcada dentro del orden público.

Así, las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad.

Espinoza Espinoza,⁴ citando a Messineo y Bianca, señala que el orden público es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas.

En cambio, las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social. También se las conceptúa como los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro.

En consecuencia, la contravención a las normas de orden público genera la nulidad absoluta del acto jurídico. Esta nulidad es la denominada nulidad virtual, en cuanto deriva de la violación del orden público y no de una causal específica o textual. Y, precisamente, por ser una nulidad que se fundamenta en el orden público puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público; asimismo, puede ser declarada de oficio por el juez y no puede subsanarse por la confirmación.⁵

Dentro de tal orden de ideas, imaginemos que dos personas celebran un

³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I: Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 237.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 54-56.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 251.

contrato que es manifiestamente contrario a normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Ambos contratantes, al momento de su celebración, están absolutamente convencidos de que los actos que constituyen objeto de sus obligaciones, no son contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres.

Tanto así, que ejecutan buena parte de las obligaciones nacidas de ese contrato, intercambiando diversas prestaciones (pago de dinero, transferencia de propiedad de otros bienes, etc.).

Podríamos preguntarnos qué pasaría si es que en algún momento de la ejecución de ese contrato o incluso cuando hubiese finalizado dicha ejecución, una de las partes descubriera –y se convenciera de ello– que en realidad el contrato celebrado sí era contrario a normas expresas de orden público o a las buenas costumbres.

E imaginemos también qué pasaría si esa parte decide recurrir a los tribunales de justicia demandando la nulidad del contrato por la mencionada causal.

No nos cabe la menor duda de que en este caso sería irrelevante que la contraparte haya invocado la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que aquello que está en juego es un asunto de carácter imperativo y de orden público, es decir, un asunto que el Derecho hace suyo independientemente de cuál sea la interpretación, criterio o voluntad de las partes que desean celebrar actos que contravengan dichas normas.

De lo contrario, tendríamos que afirmar que en virtud de la supuesta –y negada por nosotros– aplicación de la Teoría de los Actos Propios, el juez tendría obligatoriamente que declarar infundada la demanda, en razón de que quien la interpuso, alguna vez sostuvo lo contrario de lo que sostiene ahora, a pesar de que el acto o contrato cuya nulidad se invoca, sea manifiestamente contrario al orden público o a las buenas costumbres, configurando el supuesto de nulidad establecido por el citado artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Siguiendo la misma línea expuesta, López Mesa y Rogel Vide⁶ señalan que es inaplicable la Teoría de los Actos Propios en aquellos casos en que el primer acto versase sobre una cuestión de orden público, indisponible para las partes.

Como vemos, ésta es una primera y notable excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

2.2. *El acto jurídico en donde falte la manifestación de voluntad del agente*

⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 174.

Como se recuerda, el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

La manifestación de voluntad constituye un requisito de validez y ella misma es la conclusión del proceso formativo de lo que Vidal Ramírez denomina como *voluntad jurídica*, que es el resultado de la voluntad interna y de la voluntad exteriorizada o manifestada.⁷

Escobar Rozas⁸ nos dice que en general, la ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de referir o imputar eficazmente dicha manifestación a su pretendido autor. Por tanto, se tiene falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos:

- (a) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración (en virtud de la cual se «celebra» el negocio) carece de existencia jurídica.
- (b) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada.
- (c) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia negocial. Esto sucede en tres supuestos genéricos; a saber:
 - En caso de que la manifestación no sea negocial, esto es, en caso de que la misma no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses.
 - En caso de que la manifestación no sea «seria», esto es, en caso de que la misma no demuestre la existencia de la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado. Evidentemente, tal intención debe ser objetiva y razonablemente perceptible por terceros. La falta de seriedad se presenta, por ejemplo, cuando el sujeto actúa con fines didácticos o lúdicos.
 - En caso de que la manifestación dirigida a concluir un contrato no «concuere» con la de la otra parte (disenso).
- (d) Cuando la manifestación de voluntad ha sido «arrancada» por la presión física ejercida sobre el sujeto.

Sin embargo, debemos precisar que no en todos los supuestos en los que falte manifestación de voluntad estaremos ante un acto nulo. Existen otros supuestos en los cuales la sanción es la anulabilidad del acto, los mismos que serán analizados más adelante.

⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, Tomo III, Volumen II, p. 779-780.

⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Causales de nulidad de absoluta». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 916-917.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos imaginar un supuesto en el cual una persona crea o tenga entendido equivocadamente que su padre –ya fallecido– celebró un determinado contrato y que tal persona, en su condición de heredero universal de su padre, debe cumplir con las obligaciones emanadas de dicho contrato.

Imaginemos también que el mencionado heredero ha venido cumpliendo con buena parte o casi todas las obligaciones supuestamente contraídas por su padre en el citado contrato, hasta que descubre que en realidad la firma que aparece en el documento que contiene tal contrato, no es la firma de su padre, pues la misma ha sido burdamente falsificada.

Acaso sería posible sostener que por el hecho de haber ejecutado buena parte de las obligaciones emanadas de ese contrato y por el hecho de haber sostenido –de palabra y por los hechos– que el referido acto jurídico era válido y eficaz, el mencionado heredero se encuentre impedido de demandar la nulidad de dicho acto jurídico, luego de que descubra que su padre nunca lo celebró, es decir, luego de que descubra que faltaba la manifestación de voluntad del agente, requisito indispensable para la validez de todo acto jurídico.

Y es evidente que nada le impediría proceder de esta manera, al igual que resulta evidente que los jueces deberían declarar fundada su demanda, a pesar de que aquel que sí celebró ese acto, invocara que el heredero estaría actuando contra la Teoría de los Actos Propios, al sostener hoy que dicho contrato era nulo, cuando antes sostuvo lo contrario.

Como puede apreciarse, ésta constituye una segunda excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

2.3. El acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz

Como se recuerda, el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.⁹

Valencia Zea¹⁰ señala que el término «capacidad» (de *capacitas*), en su más amplia acepción indica *aptitud* para ser sujeto de derecho, por una parte, y *aptitud* para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos, por otra. De aquí surge un dualismo fundamental en materia de capacidad: aptitud o capacidad para ser sujeto de las relaciones jurídicas, especialmente de los derechos subjetivos, y capacidad para obrar jurídicamente, introduciendo cambios o modificaciones en las relaciones jurídicas de las que se es sujeto.

⁹ Artículo 1358.- «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1989. pp. 397-398.

Continúa el citado autor afirmando que la «capacidad jurídica» o «de derecho» se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona. En cuanto se refiere a los derechos civiles de orden patrimonial, toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene «capacidad jurídica», vale decir, que tanto el infante como el loco, tanto las personas físicas como las personas jurídicas, pueden ser titulares de esos derechos.

Pero no toda persona que tenga «capacidad jurídica» respecto a los derechos civiles patrimoniales, tiene la «capacidad de ejercicio» de los mismos. En efecto, para ejercer un derecho civil patrimonial mediante un negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada. Así, un infante o un loco tienen capacidad jurídica, pero no capacidad de obrar.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Albaladejo,¹¹ quien sostiene que la capacidad jurídica la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella. La capacidad jurídica que el Derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos. En cambio, la capacidad de obrar, como aptitud reconocida por el Derecho para realizar en general actos jurídicos, ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen.

Según Raúl Ferrero Costa,¹² la capacidad de derecho o de goce consiste en la aptitud para ser titular de un derecho. Todas las personas, por el hecho de nacer con vida tienen capacidad de goce o de disfrute. En tanto que la capacidad de ejercicio o de obrar es la capacidad mediante la cual se tiene aptitud para adquirir y para ejercer con la propia voluntad, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo, obligaciones jurídicas. Esta capacidad permite realizar actos y negocios de naturaleza personal o patrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, se entiende que la incapacidad absoluta a que se refiere la causal contemplada en el inciso 2 del artículo 219 es la incapacidad de ejercicio y no la de goce.

¿Qué pasaría si un incapaz absoluto celebra un contrato y, siendo incapaz, sostiene de palabra y en la ejecución del propio contrato, conductas que inequívocamente indiquen que dicho contrato era válido?

Concretamente, nos imaginamos, en estricta aplicación de los supuestos del artículo 43 del Código Civil,¹³ que un menor de dieciséis años celebre un contrato de

¹¹ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1996, tomo I, volumen primero, p. 226.

¹² FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Rocarme S.A., 1974. pp. 99-101.

¹³ Artículo 43.- «Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

compraventa sobre una casa, sostenga su validez, ejecute la prestación que como comprador le correspondía, pague el precio y cumpla con todo aquello que debe ejecutar un contratante leal, honesto y de buena fe.

Imaginemos también que una vez cumplida la mayoría de edad, dicho comprador se entere de que el acto que había celebrado era nulo y además descubra, por añadidura, que las condiciones económicas de dicho acto le fueron verdaderamente desventajosas.

No cabe duda de que el hecho de que una parte se arrepienta de haber celebrado un acto, porque las condiciones económicas en que lo celebró no fueron óptimas, no constituye argumento jurídico suficiente como para impugnar dicho acto ante los tribunales, habida cuenta de que la ley no faculta –salvo casos excepcionales– el arrepentimiento de los contratantes.

Pero, nada impediría al comprador de nuestro ejemplo impugnar el contrato que celebró cuando era un incapaz absoluto, no amparado en el hecho de que el negocio no le convino, sino amparado en el hecho de que el contrato era jurídicamente nulo.

En este sentido, mal podría su contraparte –el vendedor– sostener que la conducta de dicho comprador resulta absolutamente contradictoria, e incluso sostener que está promoviendo la nulidad del contrato porque considera que no le convienen las condiciones económicas en que lo celebró.

Todo esto puede que sea cierto, es decir, puede que verdaderamente haya ocurrido un notorio y radical cambio de conducta en dicho comprador, pero en tanto y en cuanto ese cambio de conducta esté amparado en una norma expresa de la propia ley, no resulta aplicable la Teoría de los Actos Propios, sino la nulidad del contrato.

Este tercer supuesto de excepción a dicha teoría va ratificando que, dentro del ordenamiento jurídico peruano, la Teoría de los Actos Propios tiene un carácter absolutamente residual, en la medida de que se aplicará sólo si no fuere contradictoria con otros principios de Derecho que regulen expresamente supuestos en donde se otorguen derechos a los particulares y en tanto y en cuanto dichos particulares los puedan hacer valer.

También podríamos citar como ejemplo dentro de este supuesto el de una persona que celebre un contrato, encontrándose privada de discernimiento.

Como se recuerda, el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, establece que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de

3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

discernimiento.

En ese sentido, si una persona privada de discernimiento celebrara un contrato, sostuviese su validez y lo ejecutara completamente, mal podría sostenerse que al momento de recuperar el discernimiento, dicha persona no pueda sostener, precisamente en virtud de lo establecido de manera expresa por el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil y por lo establecido en el también citado inciso 2 del artículo 219 del referido Código, que el acto celebrado es nulo, por más de que esta última alegación constituya una conducta contradictoria con respecto a su proceder anterior.

Esto significa que ningún juez podría declarar infundada su demanda de nulidad, por considerar que alguna vez con su conducta, demostró creer en todo lo contrario de aquello en lo que hoy cree.

Finalmente, dentro de los alcances de la excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, contenida en el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, debemos referirnos a los alcances del inciso 3 del artículo 43 del acotado Código, cuando establece que son absolutamente incapaces los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

En tal sentido, si estuviésemos en presencia de una de estas tres personas que hubiera celebrado un contrato e incluso hubiere procedido a ejecutarlo, resultaría total y absolutamente razonable y congruente con la lógica y la razón, que su representante legal (curador) pueda demandar ante los tribunales de justicia, que el acto jurídico celebrado por su representado, estaba viciado de nulidad.

En ese caso queda absolutamente claro que ningún juez podría amparar a su contraparte contractual cuando le diga que la conducta de dicho incapaz y de su representante a lo largo del tiempo, han sido conductas contradictorias.

2.4. *El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable*

Como se recuerda, en virtud de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Vidal Ramírez¹⁴ nos dice que la imposibilidad física supone, pues, la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización. La imposibilidad jurídica, que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico. La indeterminabilidad del objeto está referida a la imposibilidad de identificar los bienes o intereses inmersos en la relación jurídica.

¹⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 785.

Osti y Betti¹⁵ señalan que el objeto del negocio es físicamente imposible, en general, cuando en el plano de la realidad física, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas. Ahora bien, se distingue, por un lado, entre una imposibilidad física «absoluta» y una imposibilidad física «relativa»; y, por el otro, entre una imposibilidad «objetiva» y una imposibilidad física «subjctiva».

La imposibilidad física «absoluta» constituiría un impedimento que no puede ser vencido por la fuerza humana, en tanto que la imposibilidad física «relativa» constituiría un impedimento que sólo puede ser vencido empleando un esfuerzo superior al ordinario.

Por su parte, la imposibilidad física «objetiva» constituiría un impedimento que determina que nadie pueda ejecutar la regla negocial, mientras que la imposibilidad física «subjctiva» constituiría un impedimento que determina que el deudor no pueda ejecutar la regla negocial.

En torno a la imposibilidad jurídica, Escobar Rozas¹⁶ afirma que estaremos ante una imposibilidad jurídica, cuando en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado (jurídico) no previsto por el ordenamiento (piénsese en la constitución de una hipoteca sobre un bien mueble o en la enajenación de un bien que se encuentra fuera del comercio) o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último para la obtención del efecto deseado (piénsese en la necesidad de no tener deudas cuyo pago pueda verse perjudicado con el patrimonio familiar que se desea constituir).

En relación al objeto, Ferrero Costa¹⁷ sostiene que debe ser determinado o al menos determinable, ya que en caso contrario queda incierto, vago, el *quid* sobre el que recae la declaración de voluntad. A falta de determinación, al momento mismo de la conclusión del negocio, es preciso por lo menos la determinabilidad, la que presupone que se haya establecido un medio objetivo de determinación.

En consecuencia, entendemos que el objeto al momento de la celebración del acto jurídico no debe estar necesariamente determinado o individualizado. Basta que las partes hayan acordado los criterios idóneos para –en un momento posterior– determinar el objeto que en un principio era determinable.¹⁸ En tal sentido, si las partes no acordaron esas especificaciones mínimas para determinar el objeto, nos encontraríamos ante un caso de indeterminabilidad del objeto, que el Código Civil sanciona con nulidad.

Dentro de tal orden de ideas, un ejemplo de acto jurídico con objeto

¹⁵ Citados por ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 918.

¹⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 920.

¹⁷ FERRERO COSTA, Raúl. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁸ Así, el artículo 1142 del Código Civil peruano establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

físicamente imposible, es el de un contrato en el cual una parte se obliga a entregar a otra –de inmediato– un dinosaurio vivo.

Y es un objeto físicamente imposible, en la medida de que, como todos sabemos, no existe ningún dinosaurio vivo.

¿Acaso sería posible que el acreedor de dicho dinosaurio invocara la Teoría de los Actos Propios en contra del deudor que plantee judicialmente la nulidad del acto, debido a que en determinado momento de la relación contractual sostuvo que el mismo tenía un objeto físicamente posible?

Evidentemente que no, pues más allá de lo que haya pensado dicho deudor, e independientemente de que el mismo, por las razones que fuere, hubiese cambiado de opinión en torno a la validez o nulidad de dicho acto jurídico, ante la existencia de una causal expresamente contenida en la ley, los jueces deberían declarar fundada dicha nulidad, habida cuenta de que nos encontramos ante una excepción a la Teoría de los Actos Propios y ante una norma de orden público.

Lo propio ocurriría en los otros dos supuestos contemplados por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, es decir, cuando nos encontráramos frente a un acto de objeto jurídicamente imposible o indeterminable.

Como sabemos, la posibilidad jurídica de un acto se relaciona directamente con la capacidad de que el acto celebrado por las partes cumpla con la finalidad jurídica deseada por ellas.

En tal sentido, de existir un contrato de objeto jurídicamente imposible, mal podríamos sostener que por más de que las partes hubiesen pensado en un principio que dicho objeto era posible jurídicamente y sólo una de ellas hubiese cambiado de opinión, alegando ahora su nulidad, por el hecho de esa contradicción en la conducta de esa parte, resultara aplicable al caso la Teoría de los Actos Propios.

Lo mismo podríamos argumentar en caso nos encontráramos frente a un contrato de objeto indeterminable, como sería aquél en el cual resultara imposible conocer en qué consisten las obligaciones contraídas por los contratantes.

Como sabemos, el Derecho de Obligaciones y Contratos parte de la idea de que debe conocerse con claridad a qué se obligan el deudor (para que sepa qué es lo que tiene que cumplir) y el acreedor (para que sepa qué es lo que puede exigir), de tal manera que resultará imposible la sola existencia de una obligación que carezca de objeto susceptible de determinación.

En ese sentido, si cuando celebraron un contrato ambas partes consideraban que una de las obligaciones tenía objeto determinable, pero en realidad no lo tenía y una de esas partes, convencida de esta última situación, demandara la nulidad del

contrato por objeto indeterminable, entonces, resultaría evidente que los tribunales de justicia deberían amparar dicha nulidad declarándola fundada, debiendo rechazar cualquier invocación de la Teoría de los Actos Propios.

2.5. El acto jurídico nulo por fin ilícito

De conformidad a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito.

En primer lugar, debemos señalar que el término *fin* –en materia de actos jurídicos y contratos– está relacionado al concepto de causa.¹⁹ La causa es un elemento del acto jurídico que implica necesariamente un doble aspecto: un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo.

En relación al aspecto objetivo, Lizardo Taboada²⁰ señala que la causa es entendida como la finalidad típica del acto jurídico, o en su función jurídica, o en su función económica y social, o en la razón económica y jurídica de la misma, etc. En este sentido, la causa del contrato es definida como la función económica y social que el Derecho reconoce relevante para sus fines y que únicamente justifica la tutela de la autonomía privada.

Según Rómulo Morales,²¹ la causa –desde la perspectiva objetiva– debe ser conforme no sólo a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también debe estar de acuerdo con la necesidad de que el fin intrínseco del acto jurídico sea socialmente apreciable y digno de protección.

En relación al aspecto subjetivo, los Mazeaud²² señalan que la causa es entendida como la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato.

Para Lizardo Taboada,²³ la causa –desde su aspecto subjetivo– permite la incorporación de los motivos concretos y determinantes de los sujetos, cuando los mismos se conviertan en la base o razón exclusiva y determinante de la celebración del negocio jurídico. Esto significa que la noción de causa da cabida al concepto del propósito práctico como razón determinante de la celebración del acto jurídico.

Dentro de tal orden de ideas, la causa se configura tomando en cuenta tanto su aspecto objetivo como su aspecto subjetivo, por lo que la licitud de la misma se

¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 336.

²⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 338.

²¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. *La causa del contrato en la dogmática jurídica*. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 391.

²² MAZEAUD, Henri, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de la edición francesa por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1978, segunda parte, volumen I, p. 292.

²³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 279.

producirá siempre que los dos aspectos de la causa resulten de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La causa ilícita se configura cuando la causa en su aspecto subjetivo ha incorporado motivos ilícitos, que determinan la nulidad del acto jurídico. Es así que en todo acto jurídico deberíamos encontrar un fin o un motivo que sea el que haya impulsado a las partes a celebrarlo, de tal manera que ese fin de carácter subjetivo, representa una valoración interna del sujeto antes de expresar su voluntad.

De esta manera, se establece que en la causa o fin se produce la conjunción, tanto del aspecto subjetivo como del aspecto objetivo de la causa; por tanto, cuando este primer aspecto no se condice con el ordenamiento jurídico y lo vulnera, se habrá configurado una causa o fin ilícito, que determinará que el acto jurídico resulte nulo.

Al respecto, Taboada²⁴ afirma que la doctrina moderna considera que el aspecto netamente subjetivo de la causa permite incorporar los motivos ilícitos de la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

En torno a este punto, Vidal Ramírez²⁵ señala que el *fin lícito* consiste en la orientación que se le dé a la manifestación de voluntad, esto es, que ésta se dirija, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados por el Derecho objetivo. Pero si la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal amparo, por cuanto la intención del o de los celebrantes que le da contenido, tiene una finalidad ilícita, es que se produce la nulidad absoluta del acto. Ello ocurriría, por ejemplo, si dos o más personas se vinculan por un acto jurídico con la finalidad de traficar con estupefacientes.

Creemos que en este caso, la imposibilidad de aplicar la Teoría de los Actos Propios resulta más que manifiesta, en la medida de que para los tribunales de justicia debe resultar absolutamente irrelevante el hecho de que una de las partes que celebren el acto o contrato hubiese sostenido durante un tiempo su validez e incluso hubiera procedido a cumplir con las prestaciones nacidas de dicho acto.

La Teoría de los Actos Propios no puede prosperar frente a disposiciones de orden público, como es el caso de las nulidades y, menos aún, frente a supuestos en donde esté de por medio la nulidad por el fin ilícito del acto.

Creemos que éste es el ejemplo por excelencia en donde prevalecen los preceptos de nulidad por sobre cualquier consideración relativa a la Teoría de los Actos Propios.

²⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 338.

²⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 785.

Estimamos, incluso, que sostener la aplicación de dicha teoría en este caso, no sólo devendría en improcedente, sino hasta en ridículo.

2.6. El acto jurídico nulo por adolecer de simulación absoluta

El inciso 5 del artículo 219 del Código Civil peruano establece que el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

En el Código Civil de 1936, la simulación –ya sea absoluta o relativa– era considerada como causal de nulidad relativa.²⁶ Sin embargo, ello cambió con el Código Civil de 1984.

La simulación es un acto aparente, el mismo que no refleja la verdadera voluntad de las partes.

Palacios Martínez²⁷ señala que la moderna doctrina conceptúa a la simulación como el acuerdo entre dos o más partes, para realizar una actividad comercial meramente aparente, a la que no corresponde una efectiva regulación de intereses de las partes o a la que le corresponde una autorregulación de intereses diversa. La simulación implica la ostentación de un negocio jurídico aparente y el ocultamiento de la real intención de las partes de no concluir o concluir un negocio diverso de aquel aparente y, por ende, productivo de efectos distintos en sus relaciones recíprocas.

Escobar Rozas²⁸ señala que la simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingen celebrar un negocio. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingen celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

Así, la simulación requiere la presencia de un negocio jurídico simulado y de un acuerdo simulatario. El primero es el que está dirigido a crear la situación de apariencia. El segundo es el que recoge la real voluntad de las partes (de no quedar vinculadas por negocio alguno o de quedar vinculadas por un negocio distinto del que aparentan celebrar).

De esta manera, el artículo 190 del Código Civil establece que por la simulación absoluta, se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo, y, por su parte, el artículo 191 establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto

²⁶ El artículo 1125, inciso 2 del Código Civil de 1936 establecía que «El acto jurídico es anulable por vicio resultante del error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude».

²⁷ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. Lima: Jurista editores, 2002, p. 145.

²⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 922.

entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

En ese sentido, consideramos que la nulidad establecida en el inciso 5 del artículo 219 del Código Civil debe prevalecer por sobre cualquier consideración relativa a la Teoría de los Actos Propios.

Esto equivale a decir que por más de que una de las partes hubiese sostenido, incluso en reiteradas ocasiones, la validez de un contrato que ha celebrado con otra parte en simulación absoluta, esto no significará que una vez que dicho contratante cambie de opinión y, por cualquier consideración, estime conveniente demandar la nulidad de dicho acto jurídico, tenga todo el derecho de hacerlo, debiendo desechar los tribunales de justicia, cualquier eventual aplicación de la Teoría de los Actos Propios por sobre la nulidad.

Coincide con nosotros Vidal Ramírez,²⁹ al señalar que pueden ejercitar la acción de nulidad por simulación los propios simulantes del acto, en cuyo caso, uno será el actor y el otro el demandado.

2.7. El acto jurídico nulo por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como bien señala Ferrero Costa,³⁰ por norma general, las declaraciones de voluntad pueden formularse por cualquiera de los medios que sirven para hacerse entender. Estos medios de que la declaración se vale para llegar a conocimiento de otros, constituyen, en un sentido amplio, la forma de la declaración. Mas existe otro sentido, técnico, en que el nombre de *forma* se reserva para designar la exteriorización que el acto ha de revestir por imperio de la ley o por voluntad de las partes.

La forma puede ser de dos clases: (i) cuando se exige por el ordenamiento bajo sanción de nulidad, estamos ante una forma solemne o *ad solemnitatem*; (ii) cuando se requiere una forma sólo para efectos probatorios, estamos ante una forma no solemne o *ad probationem*.

Para ciertos actos jurídicos, la ley impone determinada forma, que va acompañada de la sanción de nulidad en caso de su incumplimiento; a saber: el artículo 156, que establece la forma del poder para realizar actos de disposición; el artículo 295, que establece la forma cuando los cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios; el artículo 675, para la renuncia de la herencia; el artículo

²⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 562.

³⁰ FERRERO COSTA, Raúl. *Op. cit.*, p. 151.

1207, que establece la forma para la cesión de derechos, entre otros supuestos.

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil se refiere a la forma *ad solemnitatem*, ya que no es posible que las partes puedan acordar apartarse de la forma impuesta por la ley.

En tal sentido, imaginemos el caso de un contrato de donación de bien inmueble, el mismo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1625 del Código Civil,³¹ debe cumplir, entre otros requisitos formales, con estar elevado a escritura pública bajo sanción de nulidad.

Imaginemos también que ambas partes redactaron un documento privado en el que constaba esa supuesta donación y nunca lo elevaron a escritura pública.

Imaginemos también que ambas partes han sostenido durante mucho tiempo que el contrato que celebraron era válido.

Imaginemos también que el donante, una vez que toma conocimiento de la ausencia del requisito formal, considera que verdaderamente el acto que celebró era nulo y, finalmente, imaginemos que demanda ante los tribunales de justicia el que se declare tal nulidad.

En la eventualidad de que el donatario alegara contra el donante la Teoría de los Actos Propios, resulta evidente que dicha teoría no debería prosperar, en la medida de que jamás podrían hacerse prevalecer sus consideraciones, esbozadas a título de supuesto principio del Derecho (que como ya hemos visto sólo se trata de una simple regla de Derecho), en contra de una norma imperativa y de orden público, que exige un requisito formal ausente y que sanciona dicha ausencia con nulidad absoluta.

2.8. El acto jurídico nulo por declararlo así la ley

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

Con esta precisión efectuada en la norma anotada, la ley toma las precauciones del caso en torno a determinadas nulidades para supuestos específicos en los que la ley declara una situación como ésa.

Se trata de un remedio que la ley prevé para determinadas situaciones en particular, que no se encuentran dentro de las reglas generales del artículo 219 del propio Código.

³¹ Artículo 1625.- «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».

A entender de Vidal Ramírez,³² se trata de una facultad o, más propiamente, potestad, que se reserva el legislador pero que tiene que ponerla de manifiesto en los textos legales. Sólo si el acto celebrado queda comprendido en la norma que ha previsto la nulidad, se produce ésta. Desde luego, debe tratarse de una norma ya vigente en el momento de celebrarse el acto y no de una norma legal que se dicta para declararlo nulo. Se trata, pues, de una nulidad expresamente prevista.

En este sentido, tampoco podría prevalecer la aplicación de la Teoría de los Actos Propios en contra de una nulidad expresa y, por tanto, de orden público, establecida en la ley.

Esta línea de pensamiento es seguida por López Mesa y Rogel Vide,³³ quienes sostienen que la Teoría de los Actos Propios no es aplicable cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por la ley.

Finalmente, queremos concluir nuestro análisis de la Teoría de los Actos Propios y la nulidad, citando un fallo español, en donde se señaló que «la Teoría de los Actos Propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes».³⁴

3. CONCLUSIONES

En consecuencia, si confrontamos la Teoría de los Actos Propios con los diversos supuestos de nulidad llegaríamos a la conclusión de que los casos en que no se aplica la citada teoría, son tan numerosos que se hace imposible calificarla como un principio del Derecho, que, por concepto y naturaleza, debería ser aplicable al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tal sentido, la Teoría de los Actos Propios no puede ser considerada como un principio general de Derecho, en la medida de que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones.

La Teoría de los Actos Propios no puede ser aplicada automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio en el comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses.

Finalmente, cabe señalar que ya en 1987 —unos años después de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina, en donde se terminó por imponer definitivamente el concepto de la Teoría de los Actos Propios—, se realizó

³² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 787.

³³ LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 175.

³⁴ Tribunal Supremo de España, Sala Sexta, 15/7/86. (Idem.).

en el Chaco un nuevo encuentro en donde se concluyó que la Teoría de los Actos Propios requiere que «no existe una causa de justificación, es decir, que la ley no legitime el comportamiento contradictorio».³⁵

Lima, diciembre del 2008.

³⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 101.