



MARCIAL RUBIO CORREA

NULIDAD Y ANULABILIDAD

La invalidez del acto jurídico



FONDO
EDITORIAL

MARCIAL RUBIO CORREA es doctor en derecho y profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde ejerce la docencia desde 1972. Ha sido jefe del Departamento de Derecho y vicerrector académico de la misma universidad, en la que actualmente es rector.

Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Peruana de la Lengua, y fue ministro de Educación durante el Gobierno de Transición de Valentín Paniagua (noviembre de 2000 - julio de 2001).

Es doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y de la Universidad César Vallejo, y profesor honorario de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, la Universidad San Pedro de Chimbote, la Universidad Nacional de Piura, la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

NULIDAD Y ANULABILIDAD:
la invalidez del acto jurídico



MARCIAL RUBIO CORREA

NULIDAD Y ANULABILIDAD:
la invalidez del acto jurídico



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico

Marcial Rubio Correa

© Marcial Rubio Correa, 2013

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2016

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Ilustración de carátula: grabado de Honoré Daumier

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición, octubre de 1989

Séptima edición, julio de 2013

Primera reimpresión, junio de 2014

Segunda reimpresión, agosto de 2016

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN: 978-612-4146-40-4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-09426

Registro del Proyecto Editorial: 31501361600778

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| CAPÍTULO I | |
| CONCEPTOS CIVILES SOBRE INVALIDEZ | 11 |
| 1.1. EFICACIA E INEFICACIA | 11 |
| 1.2. VALIDEZ E INVALIDEZ | 14 |
| 1.3. NULIDAD | 16 |
| 1.3.1. Concepto | 16 |
| 1.3.2. Nulidad e inexistencia | 19 |
| 1.3.3. Consecuencias de la nulidad | 23 |
| 1.4. ANULABILIDAD | 28 |
| 1.4.1. Concepto | 29 |
| 1.4.2. Diferencia con otras figuras civiles | 30 |
| 1.4.3. Efectos de la anulabilidad | 40 |
| CAPÍTULO II | |
| REVISIÓN DE LAS NORMAS SOBRE INVALIDACIÓN DEL LIBRO DEL ACTO JURÍDICO | 47 |
| 2.1. ARTÍCULO 219 | 47 |
| 2.2. ARTÍCULO 220 | 53 |
| 2.3. ARTÍCULO 221 | 53 |
| 2.4. ARTÍCULO 222 | 58 |
| 2.5. ARTÍCULO 223 | 59 |
| 2.6. ARTÍCULO 224 | 60 |

| | |
|--------------------|----|
| 2.7. ARTÍCULO 225 | 61 |
| 2.8. ARTÍCULO 226 | 62 |
| 2.9. ARTÍCULO 227 | 62 |
| 2.10. ARTÍCULO 228 | 63 |
| 2.11. ARTÍCULO 229 | 63 |

CAPÍTULO III

ESTUDIO DE LA FORMA DEL ACTO JURÍDICO A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL

| | |
|-----------------------------------------------|----|
| 3.1. NORMAS DE CARÁCTER GENERAL | 65 |
| 3.1.1. Las normas generales del acto jurídico | 65 |
| 3.1.2. Las normas generales sobre contratos | 69 |
| 3.2. NORMAS ESPECÍFICAS DEL CÓDIGO | 72 |
| 3.2.1. Artículo 7 | 72 |
| 3.2.2. Artículo 81 | 73 |
| 3.2.3. Artículo 87 | 74 |
| 3.2.4. Artículo 90 | 75 |
| 3.2.5. Artículo 100 | 76 |
| 3.2.6. Artículo 111 | 76 |
| 3.2.7. Artículo 156 | 77 |
| 3.2.8. Artículo 162 | 77 |
| 3.2.9. Artículo 232 | 78 |
| 3.2.10. Artículo 261 | 79 |
| 3.2.11. Artículo 264 | 79 |
| 3.2.12. Artículo 268 | 80 |
| 3.2.13. Artículo 274 inciso 8 | 80 |
| 3.2.14. Artículo 280 | 81 |
| 3.2.15. Artículo 295 | 81 |
| 3.2.16. Artículo 296 | 82 |
| 3.2.17. Artículo 320 | 82 |

| | |
|---------------------------------------|----|
| 3.2.18. Artículo 390 | 83 |
| 3.2.19. Artículos 447, 448, 449 y 450 | 83 |
| 3.2.20. Artículo 675 | 86 |
| 3.2.21. Artículo 743 | 86 |
| 3.2.22. Artículo 753 | 87 |
| 3.2.23. Artículo 832 | 87 |
| 3.2.24. Artículo 853 | 87 |
| 3.2.25. Artículo 1092 | 88 |
| 3.2.26. Artículo 1098 | 88 |
| 3.2.27. Artículo 1205 | 89 |
| 3.2.28. Artículo 1207 | 89 |
| 3.2.29. Artículo 1224 | 89 |
| 3.2.30. Artículo 1250 | 90 |
| 3.2.31. Artículo 1304 | 90 |
| 3.2.32. Artículo 1378 | 90 |
| 3.2.33. Artículo 1425 | 90 |
| 3.2.34. Artículo 1475 | 91 |
| 3.2.35. Artículo 1605 | 91 |
| 3.2.36. Artículos 1624 y 1625 | 91 |
| 3.2.37. Artículo 1650 | 92 |
| 3.2.38. Artículo 1692 | 92 |
| 3.2.39. Artículo 1734 | 93 |
| 3.2.40. Artículo 1817 | 93 |
| 3.2.41. Artículo 1858 | 93 |
| 3.2.42. Artículo 1871 | 93 |
| 3.2.43. Artículo 1925 | 93 |
| 3.2.44. Artículo 1964 inciso 1 | 94 |
| 3.2.45. Artículo 1966 | 94 |
| 3.3. CONCLUSIONES | 94 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CAPÍTULO IV | |
| EL ARTÍCULO V DEL TÍTULO PRELIMINAR A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL | 97 |
| 4.1. ASPECTOS CONCEPTUALES | 98 |
| 4.1.1. Análisis interno del artículo | 98 |
| 4.1.2. El orden público | 99 |
| 4.1.3. Las buenas costumbres | 101 |
| 4.1.4. La determinación de la violación del orden público y las buenas costumbres | 104 |
| 4.2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO | 105 |
| 4.2.1. El orden público y las buenas costumbres | 105 |
| 4.2.1.1. <i>Artículos V y 219 inciso 8</i> | 105 |
| 4.2.1.2. <i>Artículo 6</i> | 107 |
| 4.2.1.3. <i>Artículo 13</i> | 110 |
| 4.2.1.4. <i>Artículos 96 y 120</i> | 111 |
| 4.2.1.5. <i>Artículo 738</i> | 112 |
| 4.2.1.6. <i>Artículo 1328</i> | 112 |
| 4.2.1.7. <i>Artículos 1681 inciso 7 y 1697 inciso 3</i> | 113 |
| 4.2.1.8. <i>Artículos 2049 y 2050</i> | 115 |
| 4.2.1.9. <i>Artículos 2060 y 2104 inciso 7</i> | 120 |
| 4.2.2. Las normas imperativas | 121 |
| 4.2.2.1. <i>Artículo 689</i> | 122 |
| 4.2.2.2. <i>Artículos 1354 y 1356</i> | 123 |
| 4.2.2.3. <i>Artículo 2096</i> | 125 |
| 4.3. CONCLUSIONES | 126 |
| BIBLIOGRAFÍA | 135 |

CAPÍTULO I

CONCEPTOS CIVILES SOBRE INVALIDEZ

Tratar el tema de la invalidez del acto jurídico (nulidad y anulabilidad) supone desarrollar un conjunto de conceptos interrelacionados. No todos ellos han sido legislados en los Códigos Civiles, pero pertenecen al dominio de la doctrina y es conveniente esclarecerlos antes de abordar el tratamiento de las normas concretas.

Los conceptos fundamentales para el tratamiento del tema son: eficacia e ineficacia, validez e invalidez, inexistencia del acto jurídico, nulidad, anulabilidad, convalidación, confirmación, conversión, rescisión y ratificación. Los abordaremos a continuación.

1.1. EFICACIA E INEFICACIA

La *eficacia* del acto jurídico consiste en la aptitud de este para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan (Castro y Bravo, 1985, p. 462; Larenz, 1978, p. 622; García Amigo, 1979, p. 849).

La *ineficacia* del acto jurídico, al contrario, será la incapacidad de este para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido o bien por que ciertas circunstancias exteriores a él impiden tales efectos (Castro y Bravo, 1985, p. 462; Betti, s/f, p. 349).

La eficacia o ineficacia del acto jurídico, en consecuencia, es un factor que atañe a la producción de sus efectos (García Amigo, 1979, p. 850).

La ineficacia tiene muy diversas causas, tantas y variadas, que no pueden ser taxativamente enumeradas. Sin embargo, sí podemos hacer una lista de las principales:

- Una causa intrínseca a la conformación del acto (Stolfi, 1959, p. 77; Albaladejo, 1958, pp. 396-397; García Amigo, 1979, pp. 851-853) constituida por la falta de alguno de sus requisitos esenciales: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (ver el artículo 140 del Código Civil peruano). En todos estos casos nos hallamos ante la nulidad del acto jurídico declarada por el artículo 219 del Código Civil (que, desde luego, contiene más causales de nulidad, como puede comprobarse de su texto).
- En otras palabras, la nulidad es causa de ineficacia del acto jurídico.
- Incumplimiento de una norma imperativa a las que el Código Civil peruano llama preferentemente normas de orden público. Esta es una causal de nulidad expresamente considerada en el artículo V del título preliminar del Código y en el inciso 8 de su artículo 219.
- Simulación absoluta, que es causa de nulidad del acto, según el artículo 219 inciso 5 del Código Civil.
- Incumplimiento de obligaciones recíprocas en los contratos que las contienen (Stolfi, 1959, p. 124). En este caso se produce una ineficacia por lo menos temporal que ha sido establecida en el artículo 1426 del Código Civil.
- Anulabilidad del acto jurídico, producida por las causales establecidas en este Código, cuya norma general es el artículo 221.
- Revocación (Albaladejo, 1958, pp. 397-398).
- Recisión (Castro y Bravo, 1985, p. 520).
- Acto sujeto a modalidades (condición, plazo, cargo), en tanto ellas no se cumplen si son suspensivas o a partir del cumplimiento si son resolutorias (Albaladejo, 1958, pp. 397-398).

- Mutuo disenso (García Amigo, 1979, pp. 851-853).
- Resolución (1979, pp. 851-853).
- Caducidad del acto jurídico (1979, pp. 851-853).
- Imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación (1979, pp. 851-853).
- Ineficacia frente a terceros cuando el acto es válido para las partes, pero inoponible a los demás (1979, pp. 851-853; Stolfi, 1959, p. 24).
- Necesidad aún no satisfecha de que el acto sea aprobado por terceros, por algún magistrado (por ejemplo, el juez) o por la autoridad administrativa (García Amigo, 1979, pp. 877-880).
- Circunstancias varias como, por ejemplo, capitulaciones matrimoniales con muerte de uno de los otorgantes antes del matrimonio, entre otras (Albaladejo, 1958, pp. 396-397).

De estas muchas formas puede apreciarse que la eficacia y la ineficacia del acto jurídico pueden ser parciales o totales, temporales o permanentes.

Por tanto, hay ineficacia total cuando el acto no produce ninguno de sus efectos para ningún sujeto. Es el caso de los actos nulos o convalidables (acto nulo convalidable es el matrimonio, en ciertos casos, como veremos posteriormente).

Luego, hay ineficacia parcial cuando el acto produce algunos de sus efectos o también cuando los produce para ciertas personas pero no para otras.

Hay ineficacia permanente cuando el acto no produce sus efectos en adelante por ninguna razón (por ejemplo, un acto revocado, rescindido, caduco, nulo, etcétera).

La ineficacia está expresamente mencionada en los artículos 161, 195, 197, 198, 199 y 1399 del Código Civil peruano.

1.2. VALIDEZ E INVALIDEZ

La mejor definición de *invalidéz* que hemos encontrado es la proporcionada por Emilio Betti:

Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece. Invalidez es aquella idoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios (s/f, p. 349).

Friedrich Savigny, por su parte, distingue dos formas de invalidez y les da nombres distintos de los que actualmente utilizamos:

Llamo invalidación completa a aquella que quita toda la eficacia al acto jurídico y, por consiguiente, que es igual en extensión y poder al hecho que destruye. La expresión técnica empleada en este caso es la de nulidad (s/f, p. 348).

La invalidación parcial es por su naturaleza enteramente variable, pues se pueden concebir una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan a la eficacia de los actos jurídicos. Se muestra bajo la forma de una acción, de una excepción, de una obligación que tenga por objeto un nuevo acto jurídico contrario al anterior, de una restitución o finalmente de una *bonorum possessio contra tabulas*. Para comprender estos casos tan diversos bajo una designación común, digo que la relación de derecho es entonces vulnerable (p. 349).

Con el marcado acento romanista que le es característico, Friedrich Savigny está acá refiriéndose a lo que modernamente se considera *nulidad y anulabilidad* del acto jurídico. Manuel Albaladejo resume adecuadamente lo que expresamos:

Los negocios nulos y los anulables se llaman inválidos, advirtiéndose que, en ellos, la carencia de efectos en los primeros o la amenaza de destrucción que pesa sobre los segundos procede de un defecto intrínseco al negocio; a diferencia de lo que ocurre en las otras categorías de negocios ineficaces inicialmente o de eficacia amenazada, en las que la ineficacia procede de una causa externa al negocio (1958, pp. 398-399).

Por oposición, *validez* es aquella característica que el acto jurídico asume al haberse reunido en él todos los requisitos fácticos y jurídicos establecidos por el derecho para su conclusión debida. Desde luego, el acto jurídico válido puede ser a su vez ineficaz, no porque le falten requisitos intrínsecos sino porque algún factor externo le impide producir sus efectos.

Las relaciones entre invalidez e ineficacia son claras: aquella es una de las especies de esta. En otras palabras, la invalidez es la ineficacia producida por vicios intrínsecos al acto, en tanto que la ineficacia en general es cualquier situación en la que el acto deja de producir efectos. Es más, un acto válido puede devenir en ineficaz (por ejemplo, si es revocado, rescindido, terminado por mutuo disenso o si la condición a la que estaba sujeto no se verifica, etcétera). A la inversa, un acto inválido puede volverse eficaz si el vicio es subsanado, es decir, si el acto es convalidado.

Por otra parte, como dice Manuel García Amigo: «[...] ambos conceptos se manifiestan en dos planos distintos: la validez-invalidez se refiere a la celebración del negocio, mientras la eficacia-ineficacia es la consecuencia del negocio, la invalidez actúa como causa de ineficacia, originando uno de sus supuestos más importantes» (1979, p. 850).

Ahora bien, si los actos inválidos son los nulos y los anulables, debemos proceder a analizar estos dos conceptos.

El Código menciona la invalidez expresamente en los artículos 171, 274, 280, 743, 757, 798, 806, 906, 1438, 1497, 1629, 1634, 1635, 1636, 1642, 1643, 1964 y 2013.

De estos casos, los artículos 171, 743, 757, 806, 1497, 1629, 1634, 1636, 1694 y 2013 utilizan el término *invalidez* como sinónimo

de *nulidad*. El artículo 798 utiliza como expresión particular «carece de valor» y el artículo 1643 habla de «invalidación de pleno derecho», lo que constituye una referencia conceptual a la nulidad (pues la anulabilidad no tiene tal consideración, como veremos luego). Consideramos que sería conveniente revisar estos distintos usos de los términos con el fin de tratar de lograr la mayor precisión posible y univocidad de significado.

El término *validez* está utilizado en los siguientes artículos: 140, 211, 758, 759, 763, 978, 1099, 1169, 1223, 1224, 1250, 1308, 1309, 1360, 1377, 1389, 1398, 1399, 1411, 1420, 1421, 1438, 1476, 1480, 1528, 1544, 1545, 1669, 1802, 1872, 1873, 1875, 1930, 1966 y 2011. El uso que se hace de él diverge de norma a norma, como podrá apreciarse si se revisan los textos: en algunos casos es un adjetivo, en otros casos es una afirmación genérica de validez, en otros es una afirmación intensiva de validez («el acto solo será válido») y en otros, finalmente, el término es utilizado bajo forma condicional, por ejemplo, cuando se dice «para la validez se requiere».

No corresponde a este trabajo hacer un estudio de naturaleza lógico-jurídica sobre la significación de estos distintos tratamientos, pero sí resulta evidente que no es tan sencillo utilizar el argumento *a contrario* frente a ellos de manera automática. Muchas veces, la legislación establece la validez de determinado acto solo en referencia a un acto específico, pero, desde luego, el acto podrá ser inválido por otras razones no presentes en el sentido de la norma que dice, por ejemplo, «solo serán válidos [...]». En todo ello hay que dar a la aplicación de las normas un tratamiento cuidadoso, propio de los ámbitos de la interpretación y la integración jurídica.

1.3. NULIDAD

1.3.1. Concepto

En esta materia existe diversa nomenclatura, según los autores y los sistemas nacionales de derecho civil. Algunos hablan de *nulidad*, por oposición a *anulabilidad*, en tanto que otros se refieren a la nulidad como *nulidad absoluta* por oposición a la *nulidad relativa*, que vendría

a ser la *anulabilidad*. Nosotros hablaremos de nulidad y anulabilidad, siguiendo la opción de nuestro Código.

Dice Giuseppe Stolfi sobre la nulidad:

Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa.

Para que haya nulidad no es necesario, por consiguiente, que sea declarada caso por caso, ya que viene impuesta como sanción con que la ley castiga en general la inobservancia de una norma coactiva. Por esto se dice justamente que la nulidad puede ser expresa o tácita (o bien, como algunos prefieren, textual o virtual). La primera supone que el legislador la establezca expresamente [...] La segunda, en cambio, deriva lógicamente de la ley: aunque ninguna norma lo prohíbe, es obvio que es nulo el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo (1959, p. 80).

Lo primero que hay que destacar es que, como en todo caso de invalidez, la nulidad pertenece a la esfera de lo intrínseco del acto, es decir, existe nulidad cuando uno de sus elementos esenciales presenta problemas desde la misma conclusión del acto o cuando este atenta contra una norma de orden público o contra las buenas costumbres¹.

Esta definición es la que, en nuestro criterio, concuerda mejor con el tratamiento que el Código Civil peruano hace de la institución. No obstante, hay en la doctrina definiciones más o menos distintas a ella. Así, Karl Larenz dice: «Un negocio jurídico que en principio sea ineficaz a todos los respectos y permanezca ineficaz establemente se denomina nulo por el Código Civil» (1978, p. 622).

Esta afirmación conduciría a una identificación entre la *nulidad* y la *ineficacia permanente* de la cual hemos hablado antes. Obviamente, este no es el significado que el término *nulidad* tiene en nuestro Código Civil.

¹ Sobre el tema de orden público y buenas costumbres tratamos más ampliamente en otro libro (Rubio Correa, 1988, capítulo V).

Por su parte, Manuel Albaladejo dice: «Hay quien cree que la ineficacia es esencialmente transitoria; de forma que cuando exista la certeza de su perpetuidad, el negocio es nulo y no únicamente ineficaz. Ahora bien, aun no admitiendo ese punto de vista, por lo menos el negocio definitivamente ineficaz debe recibir el mismo trato que el nulo» (1958, p. 400).

En la primera parte de esta última cita se dice, en esencia, lo que sostiene Karl Larenz, nada más que Manuel Albaladejo no hace suya la información (al menos, no expresamente). En la parte final del texto, sin embargo, señala que el negocio definitivamente ineficaz debe recibir el mismo trato que el nulo. Nótese que no dice que ambas categorías son equivalentes, sino solo las asimila en sus consecuencias. Esta posición nos parece correcta en relación al sistema peruano: para nosotros, la invalidez es una causa de ineficacia entre otras, como ya se ha dicho y, por consiguiente, no es equivalente a ella.

En nuestro Código Civil los casos de nulidad se hallan esparcidos en varios artículos. Sin embargo, los de alcance general son el V del título preliminar y el 219.

En segundo lugar, Giuseppe Stolfi explica que existen dos tipos de nulidades, desde el punto de vista de su forma de presentación en la legislación positiva: uno es el de la nulidad expresa o textual; el otro, el de la tácita o virtual.

La *nulidad expresa* o *textual* es aquella que consta expresamente en el texto de normas jurídicas. En nuestro Código Civil existen muchos casos. Basta citar a manera de ejemplo los artículos 156 y 675.

La *nulidad tácita* o *virtual* es aquella que no consta expresamente en el texto de la norma, pero que puede desprenderse fácilmente de él a partir de la aplicación de la regla de interpretación o del argumento *a contrario*. Georges Ripert y Jean Boulanger dicen al respecto:

Las nulidades son virtuales, se quiere decir con eso que la nulidad existe solamente porque no han sido respetadas las prescripciones legales en la conclusión del contrato. La ley no da la lista de los casos de nulidad; es excepcional que se preocupe de decir que la regla debe ser respetada

«bajo pena de nulidad». El método del legislador es diferente: fija las condiciones de validez del contrato. Se incurre con nulidad cuando falta una de estas condiciones (1964, p. 415).

Solo a manera de ejemplo, en adición al matrimonio contraído entre personas del mismo sexo (que tiene un rol fundamental en esta parte de la teoría civil como veremos después), tenemos el caso del artículo 1919 en el cual, si la aceptación de los árbitros no consta en el acta firmada de la manera que establece el artículo, no tendrá validez. En otras palabras, la nulidad tácita o virtual es un concepto según el cual para que haya nulidad no hace falta que la ley lo diga expresamente en cada norma. Basta que exista una norma genérica de declaración de nulidad y que se infrinja la disposición correspondiente.

En nuestro Código Civil este tipo de norma general existe en el artículo V del título preliminar, reiterada por el inciso 8 del artículo 219. Que la nulidad correspondiente a estos artículos es la virtual queda ratificado porque el inciso 7 de este artículo se refiere específicamente a los casos de nulidad expresa o textual («[e]l acto jurídico es nulo: cuando la ley lo declara nulo»).

1.3.2. Nulidad e inexistencia

El tema de las nulidades virtuales conduce a un problema conceptual muy importante dentro de esta parte del derecho civil: a la diferencia entre *nulidad* e *inexistencia del acto*. Según cuentan las fuentes europeas, el dilema aparece en Francia durante el siglo XIX, porque su sistema civil había desarrollado el principio de que no había nulidad si no constaba expresamente. Ocurrió, entonces, que se presentó el problema del matrimonio de dos personas del mismo sexo, cuya nulidad no estaba expresamente consagrada. José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Escurra cuentan:

El siglo XIX y la etapa de la codificación contribuirán también a este proceso mediante la figura de los actos jurídicos inexistentes

que surgirán como reacción al vigor impuesto por el principio inicialmente canónico, luego adoptado y magnificado por el derecho regio y traducido al derecho administrativo francés como el principio «pas de nullité sans texte».

El supuesto doctrinal que dio origen a esta distinción (por cautela excesiva que tornó en lanzas las cañas) consistiría en la ineficacia de los matrimonios entre personas del mismo sexo no prevista por el legislador, debido a lo cual se haría preciso distinguir entre las condiciones de existencia de los actos y la condiciones de validez al objeto de poder sostener la ineficacia de los primeros (sobre la teoría de la inexistencia de los actos resultó fundamental la aportación Zachariae) (1982, p. 178).

La idea del negocio inexistente prendió en Europa y de ello tenemos testimonio por autores de diversos Estados. Emilio Betti dice al respecto:

Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente (s/f, pp. 351-352).

Por su parte, Manuel Albaladejo, al tiempo que reconoce expresamente los negocios inexistentes como una categoría distinta de los nulos e ineficaces, añade otros ejemplos: «Como los efectos proceden del negocio, no se verifican cuando realmente no lo hay, sino que existe, a lo más, solo una apariencia de negocio o este es incompleto. Por ejemplo: adopción por simple declaración verbal del adoptante al padre del adoptado, compraventa sin aceptación, con solo oferta, *comodato sin datio rei*» (1958, pp. 396-397).

Según el testimonio de los autores españoles, en su sistema la distinción se halla plenamente reconocida: «Por tanto, es claro que el Tribunal Supremo, distingue inexistencia de nulidad. Y esta interpretación del Tribunal Supremo viene avalada por la explicación histórica: en efecto, nuestro Código Civil se inspira abiertamente en el francés; y allí su jurisprudencia y doctrina elaboran la teoría de la inexistencia como categoría aparte e independiente de la nulidad absoluta» (García Amigo, 1979, p. 855).

Federico de Castro y Bravo, otro autor español, dice sobre la inexistencia del acto:

[...] se dirá que se trata de *negotium non existens* (*Nicht-Rechtsgeschäft*), cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio; mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo, contrario a la validez. El negocio inexistente se compara a un fantasma y el nulo al nacido ya muerto. Muchos autores han considerado insuficientes estas explicaciones para justificar la distinción entre las dos figuras; se trataría, se objeta, de nociones sociológicas, extrañas al derecho positivo, y que más complican que aclaran (1985, p. 464).

Pero añade a continuación:

Frente a estas censuras, se ha defendido todavía el mantenimiento de la calificación de inexistencia, diciendo que ella se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que «haga inconcebible el negocio» o que impida se dé el «concepto de negocio». Señalándose, además, que el negocio nulo puede ser convalidado, convertido en otro válido y tener eficacia como putativo, lo que no sucede con el negocio inexistente (p. 464).

Argumentos como los de la parte final de esta cita son aportados también por Manuel García Amigo: «[...] hay diferencias importantes, incluso de tipo práctico; así solo el negocio nulo —no el inexistente— puede ser convalidado; solo el negocio nulo —no el inexistente— puede

ser objeto de conversión; solo el negocio nulo —no el inexistente— es susceptible de ineficacia parcial; solo el negocio matrimonial nulo —no el inexistente— da lugar al supuesto del matrimonio putativo previsto en el artículo 69 del Código Civil» (1979, pp. 855-856).

En definitiva, es este mismo autor el que procura la descripción más clara, a nuestro juicio, de lo que es un acto inexistente según esta corriente de pensamiento: «Supuestos de inexistencia serán todos aquellos en que falte uno de los elementos esenciales del negocio —consentimiento, objeto, causa y forma solemne—» (p. 857).

En otras palabras, el negocio inexistente (simple apariencia o fantasma como metafóricamente lo describen las citas anteriores) es aquel en el que se producen *supuestos de inexistencia*. Y ¿cuáles serían estos? Luego de la última cita de Manuel García Amigo es evidente que son los requisitos del acto jurídico definidos como esenciales (que en el caso peruano, serían los contenidos en el artículo 140 del Código Civil).

Sin embargo, en nuestro Código Civil, la falta de los elementos esenciales del acto jurídico no es causal de inexistencia, sino específicamente de nulidad, a tenor de diversos incisos del artículo 219. Por consiguiente, hay que señalar que nuestro Código no opta por reconocer la teoría de la inexistencia del acto: entre nosotros solo existen la nulidad y anulabilidad. Los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, entre nosotros son de nulidad².

Muchos sistemas de derecho civil tampoco reconocen la inexistencia. Karl Larenz, a propósito de Alemania, dice: «La designación de un negocio ineficaz a todos los respectos y permanentemente como nulo no debe inducir a estimar que tal negocio sea algo no existente. El negocio existe como acto realizado, esto es, como un evento; solo que se le deniegan

² De la misma opinión es Vidal Ramírez (1985, pp. 509-510). Hay que dejar constancia, sin embargo, de que en el proyecto de libro sobre acto jurídico presentado por Manuel de la Puente y Lavalle y Shoshana Zusman Tinman sí se consideraba la inexistencia para la legislación peruana. No podemos aquí desarrollar el esquema de dicho trabajo, pero por su claridad y consistencia merece ser consultado (1980, pp. 21 y ss.).

los efectos jurídicos a que se dirige. El ordenamiento jurídico no puede convertir en no acontecido el acto realizado como tal» (1978, p. 624).

Una conclusión adicional que podemos extraer de esta discusión es que el acto nulo debe ser considerado como existente (pues solo puede ser calificada alguna entidad existente), pero resulta privado de efectos (Albaladejo, 1958, pp. 400-401).

1.3.3. Consecuencias de la nulidad

La consecuencia esencial de la nulidad es que convierte el acto respectivo en ineficaz perpetuamente y desde el inicio (Albaladejo, 1958, pp. 404-405). Giuseppe Stolfi lo expresa claramente:

De lo ya dicho se deducen fácilmente las consecuencias de la nulidad del negocio jurídico entre las partes y respecto de terceros.

En cuanto a las partes puede decirse:

- a) Que ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, porque de otro modo el negocio produciría el efecto que le es propio.
- b) Que si el negocio ha sido cumplido, las cosas deben reponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado, ya que no tuvo ni puede tener eficacia alguna (1959, pp. 88-89).

Desde luego, si esto ocurre en las relaciones bilaterales o plurilaterales, también sucede en un acto unilateral: no produce efectos.

Asunto de especial interés es el de saber si es que el acto nulo deja de producir efectos sin necesidad de declaración alguna o si, por el contrario, esta declaración debe necesariamente producirse (normalmente a través de una resolución judicial).

En la teoría y en la legislación comparada, existen las dos posiciones. Henry, Lèon y Jean Mazeaud sostienen que la declaración judicial debe ser siempre realizada:

Cuando no se llena uno de los requisitos exigidos para la formación de un contrato, este es nulo, ya sea de nulidad absoluta, ya sea de nulidad relativa.

Toda nulidad debe ser verificada por el juez, puesto que se necesita destruir una apariencia (1960, p. 332).

Unas páginas más tarde, explican este punto de vista:

La nulidad, sea absoluta o relativa, debe ser pronunciada por el juez. En efecto, salvo en casos excepcionales, que constituyen hipótesis didácticas —por ejemplo, el contrato concluido por puro pasatiempo: *jocandi causa*—, un contrato, aunque nulo, tiene la apariencia de un contrato válido. De ahí la necesidad de que el juez destruya esa apariencia y esa presunción de validez [...] a menos que los interesados estén de acuerdo para reconocer la nulidad del acto, es necesario siempre acudir a los tribunales (p. 337).

Sin embargo, estos autores cuentan de otras legislaciones en las que la solución es distinta:

Las legislaciones modernas (Códigos polaco, suizo y alemán) han intentado evitar el acudir a los tribunales, permitiendo a la parte que invoca la nulidad dirigir al otro contratante una «declaración de nulidad». La experiencia ha demostrado que ese sistema no aporta ninguna simplificación real; porque el otro contratante no deja casi nunca de sostener que el contrato es válido; debe acudir entonces al tribunal para que se verifique esa validez (p. 337).

Friedrich Savigny opinaba, a su vez, que el acto nulo es inexistente y que, por tanto, no cabe ejercitar acción contra él. Dice:

Según una opinión muy general, aquel a quien perjudica un acto nulo tiene el derecho de reclamar contra él, y a este efecto se le atribuye una acción especial bajo el nombre de *querela nullitatis*; pero en realidad es superfluo y también imposible el dirigir una acción contra un acto nulo, es decir, contra un acto que no existe jurídicamente [...] no existe

acto jurídico, y por consiguiente, no hay necesidad de ninguna acción [...] (s/f, pp. 350-351).

Fernando Vidal Ramírez dice respecto de este punto:

El que el acto nulo lo sea *ipso jure*, es decir, de pleno derecho, significa que no requiere de una sentencia judicial que así lo declare. Como señala Coviello, como consecuencia de la nulidad *ipso jure*, las partes que han concluido un negocio nulo y sus causahabientes pueden obrar como si el negocio no se hubiese concluido y considerar únicamente la condición jurídica que preexistía a tal celebración sin necesidad de recurrir al magistrado. Pero si el recurso al magistrado no es necesario en tesis general, puede serlo en algunos casos, y en otros, ser totalmente útil; es necesario, cuando alguna de las partes o sus herederos o causahabientes pretendan ejercitar un derecho sobre la base del negocio jurídico nulo; puede ser útil en otros casos, como medio preventivo para evitar las molestias que podría ocasionar quien quisiese atribuir eficacia al negocio nulo. Más en la primera hipótesis la acción no tiene por objeto hacer anular el negocio, sino solo rechazar la pretensión del adversario, en cuanto privada del fundamento jurídico, en la segunda, la acción tiene exclusivamente por fin obtener la declaración de nulidad en vía preventiva; no es acción condenatoria, sino simplemente declarativa.

[...]

El acto nulo, pues, no requiere de pronunciamiento judicial. Solo si una de las partes que lo celebró pretende su validez, corresponderá al juez declararla, sin que la sentencia que reconozca la nulidad tenga un carácter constitutivo, sino meramente declarativo (1985, pp. 511-512).

En el Código Civil peruano, este problema no ha sido definido expresamente. El artículo 220 se limita a decir que:

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

A partir de este texto, consideramos que en nuestro sistema el problema de si la nulidad opera de pleno derecho o por declaración judicial no supone exclusión de las posibilidades (como dice Fernando Vidal Ramírez): si las partes se ponen de acuerdo sobre la nulidad del acto, la solución del problema quedará en el ámbito de la negociación privada, sin necesidad de que este sea invalidado por sentencia judicial. En estos casos, obviamente, será indispensable dejar prueba suficiente del acuerdo al que se ha arribado. Sin embargo, si alguno de los interesados prefiriere interponer la acción de nulidad, tiene el camino abierto, bien porque le sea útil, bien porque la otra parte insista en que el acto produzca efectos. También queda abierto el camino a la intervención del Ministerio Público o a la declaración de oficio del juez cuando la nulidad resulte manifiesta.

Solo cabe añadir que entre quienes aceptan la teoría de la inexistencia la consecuencia en lo que atañe a este punto es la siguiente: el acto nulo deberá ser declarado como tal por el órgano judicial, en tanto que el acto inexistente no, simplemente porque no existe. Dicen Georges Ripert y Jean Boulanger: «Si es útil pronunciar la nulidad de un contrato, es que el contrato existe, la nulidad supone que están reunidos los elementos de un contrato, es decir, que ha habido un acuerdo de voluntades en vista de un resultado a obtenerse. La nulidad no se confunde, pues, con la inexistencia» (1964, p. 411).

La acción de nulidad es otorgada a cualquier interesado (Mazeaud, Mazeaud & Mazeaud, 1960, p. 336) y entre ellos se cuenta también al que incurrió en la nulidad (Castro y Bravo, 1985, p. 474). Estos criterios son congruentes con el contenido normativo del Código Civil peruano.

La acción de nulidad del acto jurídico procede en el Perú por las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil y, según el inciso 1 del artículo 2001, prescribe a los diez años. También puede ejercitarse la nulidad en vía de excepción, aunque el Código no lo diga expresamente. Fernando Vidal Ramírez lo explica así: «[...] el Código no legisla sobre la excepción de nulidad, conforme a la propuesta que planteamos como ponentes. La nulidad de un acto o contrato —dijimos

en nuestra exposición de motivos— puede ser invocada en vía de acción o de excepción, sin que en esta hipótesis se requiera norma que la franquee, pues excepcionarse es también un modo de ejercitar el derecho» (1985, p. 528).

Por lo demás, el acto jurídico nulo no puede ser ratificado, ni confirmado (ver artículo 220 del Código Civil en su parte final). Tampoco puede ser convalidado, pero se hace excepción con ello a ciertos casos de nulidad de matrimonio (ver los incisos 5 y 8 del artículo 274). Esta excepción es tradicional y está realizándose desde mucho tiempo atrás en el contexto del derecho civil.

Lo que sí puede ocurrir con el acto jurídico nulo, según la doctrina y algunas legislaciones, es que pueda ser convertido. En ese caso, la voluntad negocial de las partes adquiere eficacia transformándose en un acto distinto. Aun cuando la conversión no exista en el sistema civil peruano (pp. 515-516) vale la pena describirla en palabras de Manuel Albaladejo:

El negocio nulo puede convertirse.

Hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido de otro tipo diferente.

[...] la conversión es el cambiar del mismo (el negocio), el pasar a constituir otro negocio con los materiales (elementos y requisitos) que se reunieron para formar infructuosamente el primero. Realmente, pues, no se conserva ni se salva este, sino que se conservan los elementos existentes para, haciendo con ellos un negocio distinto, salvar el fin propuesto y los efectos que con aquel perseguía la voluntad negocial. Hay favor voluntatis y no favor negotii, porque se cambia de negocio en homenaje a aquella, haciéndola pilar central del nuevo (1958, p. 407).

El mismo autor trata de los requisitos de la conversión:

La conversión precisa de dos circunstancias, una objetiva y otra subjetiva.

Consiste la objetiva en que los elementos y requisitos existentes, que son insuficientes o inadecuados para el primer negocio, sean los necesarios para el segundo.

Consiste la subjetiva en que sea admisible una voluntad hipotética de las partes; que, de haber conocido la invalidez del primero, hubiesen querido el segundo (p. 408).

Al ejecutar la conversión, el juez puede tender a desnaturalizar la voluntad expresada por las partes, sobre todo cuando la forma elegida era de transcendencia para las partes que realizaron el acto nulo. Es por ello pertinente citar a Karl Larenz en relación con este punto:

Acertadamente ha declarado el BGB que la conversión «no debe conducir a una tutela de las partes que se halle en oposición a la autonomía privada y que simplemente no considere la dirección particular de la voluntad ni los particulares criterios de las partes». Por ello, no solo es relevante el resultado económico pretendido, sino también el que las partes hayan atribuido una especial importancia a la forma jurídica por ellas dirigida. En este caso, la conversión es ilícita. El juez no debe sustituir las valoraciones de las partes por las suyas propias o por las que estime adecuadas; ha de basarse en el fundamento de valoración subjetivo de las partes por él desconocido (1978, p. 643).

En el anteproyecto de Manuel de la Puente y Lavalle y de Shoschana Zusman Tinman se proponía una fórmula de conversión para el negocio jurídico que no fue incluida en el texto final del Código. A él remitimos al lector para una información mayor (1980).

1.4. ANULABILIDAD

La *anulabilidad* ha recibido diversas denominaciones. Se cuentan entre ellas la de *vulnerabilidad*, utilizada, como vimos, en la obra de Friedrich Savigny, la de *nulidad relativa* (Mazeaud, Mazeaud & Mazeaud, 1960, p. 335) y la *impugnabilidad* (Albaladejo, 1958, p. 415; Larenz, 1978, p. 653).

Nosotros hablaremos de *anulabilidad*, siguiendo la nomenclatura utilizada por el Código Civil peruano.

1.4.1. Concepto

Dice Manuel Albaladejo: «El negocio anulable (también llamado impugnabile) es plenamente eficaz, pero por haberse celebrado con determinados defectos está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos. Se trata de un negocio provisionalmente válido (no hay invalidez actual) que, por tanto, modifica la situación jurídica preexistente [...]» (1958, p. 415).

Emilio Betti la define así: «Anulable, en cambio, se denomina el negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el derecho acompaña a aquel, puede —tras la reacción de la parte interesada— ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiera existido» (s/f, p. 353).

Federico de Castro y Bravo presenta su propia posición: «La anulabilidad. Se viene llamando negocio jurídico anulable aquel cuya invalidación depende tan solo del ejercicio de la acción de impugnación» (1985, p. 497).

Y añade luego: «El juego de este tipo de nulidad relativa se basa en que el negocio tiene un vicio invalidante no visible y también sanable fácilmente a voluntad del protegido; vicio que podrá determinar la nulidad radical del negocio, pero solo por la declaración judicial» (p. 499).

De estas definiciones podemos extraer los siguientes elementos que caracterizan el concepto:

- El acto ha sido consumado con defectos que ameritan que sea invalidado, cumplidos determinados requisitos. En el Código Civil peruano el artículo sobre causales de anulabilidad es el 221.
- El vicio del que adolece el acto anulable puede ser convalidado de diversas formas a iniciativa de quien pueda solicitar la anulación.

Por ejemplo, en el Código Civil peruano existe la confirmación del acto anulable en los artículos 230 a 232.

- El negocio anulable no es inválido *per se* sino eficaz y produce sus efectos de manera plena a partir de su consumación. Sin embargo, está amenazado de destrucción, es decir, tiene una invalidez pendiente (artículo 222 del Código Civil).
- Que esta invalidez pendiente se convierta en invalidez actual depende exclusivamente de la voluntad de quien está legitimado para ejercer la acción de anulabilidad (artículo 222 del Código Civil). Este sujeto puede perseguir la invalidación o por el contrario, puede subsanar el vicio eliminando la amenaza de destrucción.
- La doctrina es unánime en considerar que la anulabilidad solo puede ser establecida por sentencia judicial, a diferencia de la nulidad en la que, como hemos visto, hay sectores que opinan que la declaración judicial no es indispensable (y Friedrich Savigny, que no es ni siquiera posible).
- Una vez lograda la invalidez, opera retroactivamente al momento de consumación del acto y el efecto consiste en que es como si este no hubiera existido (artículo 222 del Código Civil).

1.4.2. Diferencia con otras figuras civiles

Karl Larenz expresa claramente la diferencia entre la anulabilidad y la ineficacia pendiente (cuyos ejemplos podrían ser la existencia de una condición suspensiva o del requisito del cumplimiento de un cargo):

Lo opuesto a los negocios jurídicos en un principio eficaces, pero anulables por impugnación debido a un vicio a ellos inherentes, son los negocios con ineficacia pendiente. Ciertamente, no son por lo pronto eficaces, pues falta un requisito de eficacia que se halla fuera del verdadero negocio jurídico, pero pueden aún hacerse eficaces si se recupera dicho requisito. En realidad, hablamos de una situación de pendencia solo allí donde la originación [sic] posterior del requisito

de eficacia aún es incierta, no allí donde es cierta y, por tanto, los efectos están solo diferidos. El negocio con ineficacia pendiente toma definitivamente efecto cuando se recupera el requisito de eficacia de que aún se carece (1978, pp. 662-663).

Como muy bien dice Fernando Vidal Ramírez, la anulabilidad tiene que ser diferenciada de otras causales que, según citas anteriores, son también especies de la ineficacia. Ellas son la rescisión, la resolución, la revocación y el mutuo disenso.

Sobre la *rescisión* dice este autor:

Es la figura más afín a la anulabilidad, al extremo que algunos autores la confunden con ella. Espín reconociendo que la distinción no es muy precisa, pues la anulabilidad y la rescisión suponen un negocio con todos los requisitos esenciales para su validez, considera que la diferencia más importante radica en su fundamento, que en la anulabilidad es un vicio o defecto de los elementos esenciales del negocio, y en la rescisión, la existencia de un perjuicio (1985, pp. 547-548).

Sobre la misma figura, Federico de Castro y Bravo afirma:

La rescisión es también, como la anulabilidad, una figura de eficacia, en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que, a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la existencia de este, sino que se limita a ser un remedio «in extremis», arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto. Cabe, por ello, decir que el negocio rescindible es: un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero [...] podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado (1985, p. 520).

De tal manera que, estando los dos autores de acuerdo en lo fundamental, puede decirse que la anulabilidad es una institución

vinculada a los vicios del negocio, es intrínseca a él, en tanto que la rescisión es una figura que trata, mediante la equidad positivamente recogida, de equilibrar una situación propiamente contractual que se ha tornado injusta para una de las partes. Ejemplos son la lesión (artículo 1447 del Código Civil), la venta de bien ajeno rescindible por el comprador (artículos 1539, 1540 y 1541), la compraventa sobre medida (artículo 1575), también ha sido tradicionalmente reconocida como tal la acción rescisoria u oblicua que está contenida en nuestro artículo 195 pero, en su versión final dentro del Código, ha devenido no estrictamente en rescisoria sino en una de ineficacia frente al acreedor perjudicado.

Las normas generales sobre rescisión en el Código Civil peruano están contenidas en los artículos 1370 y 1372 que dicen:

Artículo 1370. La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

Artículo 1372. La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato [...].

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

A su vez, es importante mencionar la norma del artículo 1398 que declara inválidas las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (y los contratos por adhesión) en los que se otorgue facultades de rescindir el contrato a favor de quien los ha redactado.

La *resolución*, según Fernando Vidal Ramírez, consiste en lo siguiente:

La resolución tiene un fundamento y caracteres distintos de la rescisión y, desde luego, de la anulabilidad. Se produce por causas sobrevinientes al acto jurídico, afecta la relación jurídica y se le suele reconocer efectos retroactivos.

Los Mazeaud la explican diciendo que con motivo de la ejecución del acto, una de las partes no cumple con lo que ha prometido y, entonces, al otro contratante, para evitarle un perjuicio muy grave, se le permite demandar la destrucción del contrato; y así es desligado de su propia obligación [...] Betti la explica como una defensa destinada a tutelar la condición de respectiva igualdad de las partes, no en el acto de la conclusión del contrato, sino en el desenvolvimiento de la relación contractual y, consecuentemente con esta función suya, no se dirige propiamente contra el negocio, sino contra la relación jurídica a que este ha dado vida. En rigor, enfatiza Betti, lo que resuelve no es el negocio con todos sus defectos, sino la relación contractual, de tal modo que entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas (1985, p. 549).

El Código Civil peruano tiene como normas generales sobre resolución las siguientes:

Artículo 1371. La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Artículo 1372.

[...]

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

Como ocurre con la rescisión, la resolución es también una figura de naturaleza contractual y se refiere no a vicios intrínsecos del acto, sino a los problemas que aparecen en el desenvolvimiento de la relación contractual, constituyéndose en una forma de solución de ellos para la parte perjudicada. Formas de resolución se hallan legisladas en el Código dentro de las obligaciones de hacer y no hacer, en el inciso 3 de los artículos 1150 y 1158.

También hay que diferenciar *anulabilidad de revocación*. Consiste ella, según Fernando Vidal Ramírez en lo siguiente:

Según León Barandiarán el Código del [19]36 utilizó el término revocación para referirse a ciertos casos en que el negocio dejaba de seguir produciendo sus efectos, cuando se trataba de circunstancias sobrevinientes o de una decisión unilateral [...].

Messineo explica que la revocación de los actos y de los negocios jurídicos implica una actividad del sujeto; la misma es, propiamente, una declaración de voluntad unilateral que consiste en la retractación de un anterior acto o negocio jurídico, incluso bilateral, consentido, consentido por la ley al autor de ella (1985, p. 551).

Casos de revocabilidad en nuestro Código Civil son los siguientes:

- Disposición en vida, antes de su consumación, de parte del cuerpo (artículo 9). En este caso, la revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna (parte final del mismo artículo).
- Del acto constitutivo de la fundación, antes de su inscripción (artículo 102).
- De la representación, en diversas hipótesis (artículos 150 a 153, 159 y 1808).
- De las donaciones de quienes han contraído esponsales al romperse la promesa de matrimonio (artículo 240).
- Del permiso de los padres al menor capaz de discernimiento para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio (artículo 457).

- Del testamento cerrado (artículos 700 y 2118).
- De la desheredación (artículo 753).
- De las disposiciones testamentarias (artículos 798 a 804).
- De la oferta sujeta a ciertas reglas (artículos 1373 y 1384).
- Del derecho tercero (artículos 1464 a 1468).
- De la donación (artículos 1637 a 1643 y 1647).
- De la promesa al público (artículos 1963 a 1965).

Nuestro Código, en el inciso 4 del artículo 2001 establece un plazo de prescripción de dos años para la acción revocatoria y, según el artículo 2039 inciso 3, las revocaciones de los testamentos deben ser inscritas en el registro correspondiente.

Como puede apreciarse, la revocación se refiere en la inmensa mayoría de casos a actos unilaterales y, excepcionalmente, a las donaciones (bilaterales pero gratuitas).

El *mutuo disenso* es un acuerdo entre partes, que tiene por finalidad dejar sin efecto un pacto anterior. Por consiguiente, es un acto distinto del original y marca una diferencia clara con la anulabilidad que se presenta, precisamente, por un vicio constitutivo del primer acto.

El artículo 1313 del Código Civil dice: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado».

La diferencia entre *nulidad* y *anulabilidad* tiene fuente en Roma, aun cuando allí no se reconocía sino la nulidad hasta que aparece la influencia del pretor. José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Escurra dicen lo siguiente al respecto:

Inicialmente solo se reconocía un tipo de vicio para los actos y negocios jurídicos: la nulidad de pleno derecho. La sanción del vicio de nulidad consistía en la ineficacia absoluta del acto [...] sin posibilidad alguna de ser sanado por el tiempo e incluso sin necesidad de intervención judicial alguna. Sin embargo, este último punto no se admite

pacíficamente en la doctrina debido a la confusión —bimilenaria— entre la declaración judicial y el hecho de que existiese desde la lex Aebutia —130 a.C.— una doble fase en el proceso «in iure» y «apud iudicem». La primera se desarrollaba ante el pretor y paralizaba la fase siguiente en caso de que el acto estuviese viciado de nulidad provocando la «denegatio actionis» (1982, p. 177).

Luego continúan:

La anulabilidad de los actos aparece en una fase posterior del derecho romano, una vez superado el formalismo del «ius quiritum» como protección específica que podía reclamarse del pretor frente a los actos válidos con arreglo al «ius civile», pero de consecuencias injustas o contrarias a la equidad. La anulabilidad del acto producía, así, la denominada «restitutio in integrum» afectando tan solo a las partes en el negocio (frente al carácter «erga omnes» de la nulidad) y pudiendo ser solicitada tan solo dentro de los plazos concedidos para cada tipo de acción (un año para la «actio doli» y la «actio metus causa») (p. 177).

Manuel García Amigo, hablando a propósito del Código Civil español, añade información:

[...] la diferenciación entre nulidad y anulabilidad hunde sus raíces en el derecho romano: en el ius existe solo el acto nulo, con nulidad radical; pero el pretor, para favorecer al incapaz de negociar o a quien lo hizo presionado por la violencia, les permite la facultad de anular con su negocio y obtener la restitutio in integrum si la ejercitan. Esto pasa a los autores del Código Civil, a través de la recepción y a todos los Códigos Civiles modernos; pero tanto Domat como Pothier no han perfilado las ideas suficientemente, y mezclan nulidad y anulabilidad en confusión o mezcla que pasa al Código Civil francés, y de él al nuestro (el español) (1979, pp. 865-866).

En efecto, el libro IV del *Digesto* trata de la *restitutio in integrum* a lo largo de nueve títulos, en los que se trata variada materia y casuística

Sin embargo, son especialmente importantes los tres primeros párrafos del título 1 de este libro:

1. La utilidad de este título no necesita recomendación pues él mismo se recomienda. Porque en el título de esta rúbrica el pretor viene de muchos modos en auxilio de los que son víctimas del error, o del engaño, en el que caen por intimidación o malicia, o bien a causa de la edad o de la ausencia (Ulp. 11 ed.) (D.4.1.1.).
2. O bien a causa del cambio de estado o de error excusable (Paul. 1 sent.) (D. 4.1.2.).
3. Todas las restituciones totales son prometidas por el pretor previa cognición de causa, es decir, una vez que ha examinado si son justas las causas por las que concede su protección y si responden a los hechos alegados (Mod. 8 pandec.) (D. 4.1.3.).

La obra modificadora de los rigores del derecho romano por el pretor sobre la base de la equidad es reconocida en la historia del derecho romano. Los textos transcritos son una prueba de ello y, en esencia, son aplicación de dicha equidad de manera que si bien no se anula el acto realizado, se otorga la restitución, total al perjudicado. Desde este origen remoto, entonces, la anulabilidad es un beneficio a cierto interesado dentro del acto jurídico (concepto que, desde luego, no es romano sino decimonónico).

Así establecidas las cosas, puede señalarse las diferencias entre anulabilidad y nulidad. Giuseppe Stolfi tiene un texto adecuado para ello:

A este propósito pueden, pues, formularse cuatro reglas que son de antítesis de las que conciernen a la nulidad.

La primera es que la anulabilidad no puede ser tácita o virtual, sino expresa, en el sentido de que tiene lugar únicamente en los casos y por las causas señaladas en la ley, sin que el destino del negocio dependa del arbitrio de una de las partes.

La segunda es que la anulación es un medio de protección dispuesto a favor de personas determinadas y por motivos que nada tienen de absolutos: por ello el negocio es inatacable por todo otro.

La tercera es que la anulación no se verifica «*ipso iure*», sino «oficio *judicis*» [...]

La cuarta es que el interesado puede renunciar a la impugnación confirmando el acto (1959, pp. 96-97).

En primer lugar, descarta el autor que la anulabilidad pueda ser tácita, en tanto que al hablar de la nulidad hemos dicho que puede ser expresa o tácita. Por consiguiente, no habrá anulabilidad posible, a menos que esté expresamente consignada en norma jurídica.

En segundo lugar, señala que el acto jurídico anulable solo puede ser atacado por aquel a quien se otorga la protección de la acción de anulabilidad y no por otro. En este sentido, la anulabilidad es distinta de la nulidad que, como vimos, podía ser perseguida por cualquier interesado, por el Ministerio Público o resuelta de oficio por el juez cuando es manifiesta. Por lo demás, Giuseppe Stolfi deja claro que en ningún otro aspecto la eficacia del acto queda sujeta al arbitrio de cualquiera de las partes en tanto el fenómeno es propio de la anulabilidad.

En tercer lugar, afirma que la anulabilidad solo opera por decisión judicial y no *ipso iure*, como sectores importantes de la doctrina opinan que funciona la nulidad.

Finalmente, el acto anulable puede ser convalidado de diversas formas por el interesado, cosa que no ocurre con la nulidad (salvo en dos casos: el matrimonio, como oportunamente señalamos, y la situación en la que prescribe la acción de nulidad).

No es esta la única manera que se ha reconocido, para diferenciar nulidad y anulabilidad. En Francia, según cuentan los Mazeaud, los parlamentos diferenciaron la nulidad absoluta y la relativa por los intereses perseguidos: «En el antiguo derecho francés, en lugar de crear un criterio adaptado a las necesidades de su derecho, la práctica de los parlamentarios

conservó la distinción romana: pero agregándole un criterio nuevo, fundado sobre el carácter de orden público de las nulidades absolutas, por oposición a las nulidades relativas o de interés privado» (1960, p. 339).

Sin embargo, los mismos autores dicen a continuación: «Ese criterio no es, por otra parte, nada perfecto; porque numerosas disposiciones referentes a la protección de intereses privados interesan no obstante el orden público, sobre todo las concernientes a los incapaces» (p. 339).

El problema de este criterio de diferenciación consiste en lo siguiente: por principio, en todo acto jurídico de particulares se supone que hay un interés privado, no importa cuál sea ni cuánta relevancia le dé la parte respectiva. Por consiguiente, tanto en nulidad como en anulabilidad, este interés privado está presente. Lo que sostiene la diferenciación que comentamos es que en los casos de anulabilidad hay un interés privado en juego, en tanto que en los de nulidad hay un interés público (además, naturalmente del privado). Sin embargo, la objeción que los Mazeaud hacen en el caso de la anulabilidad que concierne a los actos de incapaces, en la que hay un evidente interés público, quita fuerza a este criterio de distinción, que no es pues totalmente excluyente entre caso y caso. Compartimos la crítica estos autores y no estimamos adecuado el criterio del interés en juego como fundamento de la distinción entre nulidad y anulabilidad.

Finalmente, es importante esclarecer lo siguiente a propósito de las diferencias entre nulidad y anulabilidad: generalmente, se sostiene que la nulidad es una sanción de mayor grado que la anulabilidad porque, comparadas una con otra, evidentemente es más drástica. Sin embargo, hay que hacer una distinción cuidadosa: la nulidad es más enérgica porque no puede ser convalidada (salvo contadas excepciones que hemos anotado), porque puede ser ejercitada por más sujetos o de oficio, porque tiene un plazo de prescripción más largo y porque es virtual en tanto que la anulabilidad tiene que ser expresa. Pero, cuando hablamos de los efectos, ambas conducen al mismo resultado y ello queda ratificado por texto del artículo 222 que establece: «El acto jurídico anulable es nulo desde

su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare». Salvo el tema de la convalidación, la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad está marcada por la manera como se ejercita la acción correspondiente. Dicen Georges Ripert y Jean Boulanger:

Eso ha llevado a ciertos autores a rechazar esa división bipartita de las nulidades. La acción de nulidad no sería más que el ejercicio de un derecho de crítica abierto a ciertas personas en razón de la irregularidad de un contrato. No habría incluso, hablando con propiedad, una acción de nulidad. Si un acto es nulo ¿de qué sirve destruirlo? No se trataría más que de deducir, por medios apropiados de procedimiento, las consecuencias del hecho de que un contrato es ineficaz (1964, p. 418).

1.4.3. Efectos de la anulabilidad

La anulabilidad otorga al interesado la acción respectiva que, una vez ejercitada, produce efectos retroactivos. El artículo 222 del Código Civil peruano dice:

El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Las consecuencias del ejercicio de esta acción están contenidas en el texto del artículo y un párrafo de Federico de Castro y Bravo las precisa: «El ejercicio de la anulabilidad se ha concebido como una acción doble: 1. La declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad. 2. La restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido en el negocio» (1985, p. 504).

Estos efectos, como puede verse, son coherentes con el artículo 222 del Código Civil peruano.

Según Fernando Vidal Ramírez, la sentencia que declara nulo el acto anulable es constitutiva y no declarativa, como la de la nulidad: «La sentencia que declara nulo un acto anulable es de carácter constitutivo y no declarativo. La nulidad del acto anulable es consecuencia de la sentencia, aun cuando esta tenga un efecto retroactivo, pues, al contrario de lo que ocurre con el acto nulo, el acto anulable es un acto válido y eficaz» (1985, p. 532).

Adicionalmente, hay que mencionar que la norma general sobre prescripción de la acción de anulabilidad es de dos años, según el inciso 4 del artículo 2201 del Código Civil.

Como en el caso de la nulidad, la anulabilidad puede ejercitarse en vía de acción o de excepción. Emilio Betti sostiene este punto al lado de otros aspectos que ya hemos tratado antes:

La iniciativa de pedir la anulación representa el ejercicio de un poder para el que, en el negocio bilateral solo está legitimado quien es parte del negocio e interesado en él, y en el negocio mortis causa cualquiera que tenga ese interés. Puede ejercitarse por el medio procesal de la acción o por el de la excepción, según que el interesado asuma la iniciativa de proceso de anulación, o bien, se encuentre en la necesidad de defenderse en un procedimiento promovido para hacer valer los efectos jurídicos del negocio anulable. En todo caso, el negocio produce tales efectos hasta que la iniciativa que pretenda anularlos haya alcanzado éxito a través de una sentencia constitutiva (s/f, p. 354).

El acto anulable contiene en su propia naturaleza la posibilidad de ser convalidado. Manuel Albaladejo da una definición clara de esta institución:

Los negocios anulables, pueden convalidarse.

Llamamos convalidación (también denominada sanación, subsanación, convalecencia, etc.), a la desaparición de la impugnabilidad.

Conviene precisar que propiamente la convalidación no elimina la causa de impugnabilidad sino solo sus efectos: es decir, exclusivamente la impugnabilidad misma (1958, p. 417).

Dice a continuación:

La doctrina enumera diversas causas de las que puede proceder la convalidación, como son: la confirmación, la prescripción sanatoria, la ejecución voluntaria por parte del titular del derecho a impugnar y la pérdida —en ciertos supuestos— de la cosa objeto del negocio impugnado [...] todas ellas se pueden reducir a dos grupos:

1. convalidación porque lo quiere el sujeto del negocio —convalidación *ex voluntate*—, como lo son la confirmación y la ejecución voluntaria;
2. convalidación porque lo dispone la ley —convalidación *ex lege*—, como lo son la prescripción sanatoria o la pérdida de la cosa (p. 419).

Entre nosotros existen la confirmación del acto jurídico (artículo 230 del Código Civil) y las convalidaciones por ejecución voluntaria o por conducta tácita (artículo 231). Además, está la prescripción de la acción de anulabilidad ya mencionada, y contenida en el inciso 4 del artículo 2001. De esta manera, el sujeto interesado puede convalidar el acto anulable de varias formas, tácita o expresamente, pasiva o activamente.

Sobre la confirmación existen ciertas reglas que resulta importante mencionar. La primera es que la confirmación, como dice Manuel Albaladejo: «[...] es un negocio jurídico accesorio del convalidado» (1958, p. 420).

Federico de Castro y Bravo contradice esta afirmación: «La confirmación no es un negocio jurídico, en el sentido propio de este término. Es una declaración negocial que afectará al negocio ya existente, unido al cual vendrá a corroborarlo o afirmarlo. Manifestación del poder confiado al protegido, no tendrá que contar para su ejercicio con la aceptación o con la condición en que se encuentre la otra parte o el interesado» (1985, p. 512).

La discusión tiene perspectivas en los sistemas que abordan el negocio jurídico como una subespecie del acto jurídico. No es la alternativa elegida por nuestro Código, que trata solo sobre este último de manera genérica. Por consiguiente, sí es importante rescatar de las citas transcritas dos cosas:

la primera, que la confirmación es un acto jurídico accesorio al convalidado y, la otra, que es un acto unilateral de quien tiene legitimación para exigir la anulabilidad, sin que requiera aceptación de la otra u otras partes (sobre esto último, hay muchos otros autores que manifiestan acuerdo expreso, entre ellos, Ripert & Boulanger, 1964, p. 442).

A su vez, la anulación puede ser confirmada por la parte a quien corresponda la acción de anulación (artículo 230 del Código), pero siempre que conozca el vicio. De otra manera, no ha tenido la voluntad de purgarlo. Dice Giuseppe Stolfi: «La convalidación implica que la parte tenía conocimiento de la causa de anulabilidad (art. 1444, pp. 1 y 2), porque en otro caso faltaría la voluntad específica de confirmación, que es la característica del negocio que examinamos: el que ignora haber sido víctima del error o del dolo no puede manifestar esa voluntad, porque por su ignorancia podría expresar la intención de sanar un vicio, pero no la necesaria para sanar precisamente el vicio que vulnera el acto» (1959, pp. 104-105).

En los casos en los que la causa de anulabilidad permanece a lo largo del tiempo, la doctrina sostiene que la convalidación debe efectuarse después de su cese. Dice el mismo autor: «La convalidación debe efectuarse después de haber cesado la causa de invalidez (art. 1444, p. 3), porque de otra forma, si subsiste el mismo vicio que afecta al negocio a confirmar, se daría vida a un acto también anulable. Por consiguiente, la víctima de violencia no puede confirmar el acto mientras aquella perdura, porque en tanto no puede expresar libremente su consentimiento» (1959, p. 104).

En la terminología civil, es necesario diferenciar a la *confirmación* de otras figuras como la *ratificación*, el *reconocimiento* y la *transacción*.

La *ratificación* supone un contrato válido en sí mismo, celebrado por un representante sin poderes suficientes y la *confirmación* se aplica, por lo contrario, a un contrato anulable (Ripert & Boulanger, 1964, p. 440).

Y Giuseppe Stolfi dice sobre ella y la confirmación:

Además de por prescripción, la acción de anulación puede perderse por voluntad del interesado cuando prefiera confirmar el acto en lugar de impugnarlo: en la rúbrica del art. 1444 se habla para este caso, y con exactitud de convalidación, mientras los prácticos hablan todavía de ratificación, pero sin razones firmes para ello porque este término indica el acto por el que el «dominus» hace propio el negocio concertado por el representante sin poder para ello (1959, p. 103).

De manera tal que la ratificación es una figura destinada a solucionar un problema de manifestación de voluntad, que consiste en que el representante excedió en sus atribuciones, o bien en que alguien asumió una representación que no tenía. La ratificación la hará, entonces, el representado. La confirmación no tiene que ver con el fenómeno de la representación, sino con la subsanación de otros tipos de vicios en el acto realizado, que lo constituyen en acto anulable.

La norma central sobre ratificación en el Código Civil peruano es el artículo 162, que se refiere al 161:

Artículo 161. El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Artículo 162. En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se transmite a los herederos.

Fernando Vidal Ramírez trata la diferenciación con el *reconocimiento* en un párrafo que basta transcribir por su claridad:

El reconocimiento consiste en una declaración en virtud de la cual se admite la existencia de una obligación preexistente: es, por ello, un acto declarativo. Se trata de una obligación nacida de un acto válido, porque si no lo fuera, por causa de nulidad relativa, sería una confirmación. En ello radica la diferencia. En el reconocimiento la obligación que se reconoce emerge de un acto válido, no afectado por nulidad relativa, mientras que en la confirmación se está frente a un acto anulable que se convalida, precisamente, con el acto confirmatorio (1985, pp. 557-558).

Sobre el reconocimiento de obligaciones, hay que referirse al artículo 1205 del Código Civil que dice: «El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma».

Finalmente, el mismo autor diferencia *transacción de confirmación* recurriendo a José León Barandiarán:

Por último, la transacción supone el otorgamiento recíproco de concesiones para decidir sobre los aspectos dudosos o litigiosos emergidos de un acto jurídico que ha dado lugar al entablamiento de un vínculo obligacional o contractual, a fin de evitar un pleito por promoverse o ponerle fin a uno ya promovido. León Barandiarán difiere la confirmación de la transacción, pues esta supone de las partes un abandono recíproco de derechos o pretensiones en tanto la confirmación emana de una sola de las partes, que renuncia a su derecho a atacar la convención, sin estipular nada en su provecho (Vidal Ramírez, 1985, p. 558).

El Código Civil peruano da un tratamiento extenso a la transacción entre los artículos 1302 y 1312. El que define a la institución es el primero de ellos:

Artículo 1302. Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizado el que está iniciado.

Con las concesiones, recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LAS NORMAS SOBRE INVALIDACIÓN DEL LIBRO DEL ACTO JURÍDICO

Si bien con este trabajo no pretendemos hacer un análisis exegético de las normas sobre invalidez que contiene el Código Civil, sí nos interesa llevar a cabo un breve comentario de ellas.

Ante todo, debe indicarse que el nombre dado al título IX del libro II del Código es impropio. Luego de lo visto anteriormente, debe hablarse aquí de invalidez del acto jurídico y no de nulidad, que es una de sus formas, aunque el artículo 222 establezca que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración. Esta norma atañe a los efectos de la anulabilidad, pero no a su naturaleza, que es obviamente distinta de la nulidad por numerosas razones ya expuestas. Desde luego, lo propio debiera hacerse con el capítulo III del título IX de la sección II del libro IV sobre testamentos.

2.1. ARTÍCULO 219

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

Según el artículo 140, «El acto jurídico es la manifestación de voluntad, destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas».

De esta manera, la falta de manifestación de voluntad del agente constituye una carencia esencial en la configuración del acto. Es una causa

intrínseca de nulidad perfectamente encuadrada en la teoría y, como vimos oportunamente, para muchos es inclusive una causal de inexistencia.

Los artículos 141 y 142 del Código regulan los principios básicos que hay que tener en cuenta cuando se trata de la manifestación de voluntad:

Artículo 141. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 142. El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

El proyecto sustitutorio sobre el libro del acto jurídico de Manuel de la Puente y Lavalle y de Shoschana Zusman Tinman traía dos artículos interesantes a propósito del tema que tratamos:

Artículo 49. No hay declaración de voluntad cuando el agente no tiene conciencia del acto externo que realiza o del valor de tal acto como declaración de voluntad.

Quien por culpa del agente hubiere confiado en la declaración así emitida, tendrá derecho a obtener de este la indemnización de los perjuicios que por ello sufra.

Artículo 50. No hay declaración de voluntad cuando el comportamiento exterior del agente haya sido forzado por violencia física (1980, p. 30).

El contenido del artículo 49 de este proyecto da una descripción de la falta de declaración de voluntad que puede perfectamente asimilarse al tratamiento del inciso 1 del artículo 219. El artículo 50, en buena doctrina, considera la violencia física como una carencia de declaración de voluntad,

pero hay que decir frente a ello que nuestro Código la considera como una causal de anulabilidad en el inciso 2 del artículo 221.

Esta opción legislativa es equivocada porque la violencia es una fuerza irresistible que impele a realizar el hecho y, por consiguiente, quien actúa así no lo ha hecho con voluntad propia.

En la actuación de las personas sin declaración de voluntad debe incluirse los casos de falta de conciencia, hipnotismo, y similares.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

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

El inciso se refiere a las personas que tienen incapacidad absoluta de ejercicio, que están señaladas en el artículo 43 del Código Civil:

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

La norma es coherente con el inciso 1 del artículo 140 que requiere agente capaz para la realización válida del acto jurídico.

El tratamiento sistemático de la incapacidad de ejercicio no pertenece a este trabajo sino al derecho de las personas, pero si es útil hacer una referencia a las normas que autorizan a los menores de dieciséis años a realizar determinados actos. Ellas son:

- El asentimiento para la adopción cuando el menor tenga más de diez años (artículo 378 inciso 4).

- La aceptación por el menor capaz de discernimiento de legados y herencias voluntarias que sean puras y simples y los derechos estrictamente personales (artículo 455).
- Los actos del ejercicio regular de una actividad autorizada por los padres (artículo 457) o por el tutor (artículo 532 inciso 4) al menor capaz de discernimiento.
- El recurso contra los actos del tutor por el menor que ha cumplido catorce años (artículo 530).
- La presencia del menor al rendirse judicialmente la cuenta de la tutela cuando tenga más de catorce años (artículo 542).
- El pedido de remoción del tutor por el menor que ha cumplido catorce años (artículo 557).
- La asistencia y opinión del menor en el Consejo de Familia cuando tiene más de catorce años (artículo 646).

A pesar de que el inciso que comentamos solo hace excepción del artículo 1358, hay que entender que ninguno de los actos antes mencionados es nulo, por tener validez expresamente declarada en las normas.

Por su parte, el artículo 1358 mencionado dice: «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

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

El inciso guarda concordancia con el artículo 140 inciso 2.

Un objeto es físicamente imposible de acuerdo a la naturaleza. No quiere decir que no exista en el momento en que se realiza el acto, porque

puede ser creado o elaborado. La imposibilidad física es equivalente a la imposibilidad de existencia material.

Un objeto es jurídicamente imposible cuando la ley prohíbe su existencia, aunque la naturaleza lo permita.

Un objeto indeterminable es aquel que no puede ser individualizado.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

4. Cuando su fin sea ilícito.

El inciso guarda concordancia con el artículo 140 inciso 3.

El fin debe ser entendido aquí como la causa final, es decir, como el resultado que las partes aspiran a tener con el acto. Fin ilícito se produce en un contrato para hacer daño, o en el tráfico ilícito de drogas, o en el contrato para acaparar, etcétera.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

La simulación absoluta está contenida en el artículo 190: «Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo».

Es decir, el acto de simulación absoluta es un acto sin voluntad y, por ello, carece de uno de los requisitos esenciales. Las reglas sobre simulación corren entre los artículos 190 y 194 del Código.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

6. Cuando no revisa la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Esta nulidad es concordante con el requisito de validez del acto jurídico contenido en el inciso 4 del artículo 140. Dado que existen varias

normas generales y especiales involucradas, tratamos este tema con mayor extensión en el capítulo siguiente.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

7. Cuando la ley lo declara nulo.

Nos hallamos aquí ante lo que se denomina nulidad expresa y que hemos tratado en párrafos anteriores. Casos específicos de nulidad expresa que no se refieran a problemas de forma, pueden encontrarse en los siguientes artículos del Código: 218, 268, 274, 295, 450, 629, 688, 808, 811, 813, 814, 865, 1111, 1169, 1286, 1308, 1310, 1328, 1405, 1406, 1408; 1453, 1520, 1528, 1543, 1582, 1587, 1631, 1780, 1784, 1927, 1932, 1944, 1945, 1986, 1990 y 2070.

A estos casos hay que añadir algunos otros en los que el Código no habla estrictamente de nulidad sino de invalidez, pero de cuyos textos puede deducirse fácilmente que se trata de nulidad. Los mencionamos ya al tratar los conceptos de validez e invalidez en el capítulo anterior.

En todos estos casos, la nulidad opera bien porque se cumple el supuesto que da origen a la nulidad, bien porque no llegan a cumplirse cabalmente los requisitos que, en el supuesto de la norma, conducen a la validez del acto.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

[...]

8. En el caso del artículo VI del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción distinta.

Estamos aquí ante el caso de nulidad virtual, que se produce no ante declaración expresa de la norma sino cuando se incumple normas de derecho que pertenecen al orden público o a las buenas costumbres. Como el tema es amplio, nos ocupamos de él en el capítulo IV.

2.2. ARTÍCULO 220

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.

La nulidad, como vimos antes, legitima la acción para cualquiera que tenga interés. Aquí el interés debe ser el legítimo que establece el artículo VI del título preliminar, es decir, un interés amparado por el sistema jurídico.

El Ministerio Público también puede interponer la acción y procede la declaración de oficio por el juez cuando la nulidad resulte manifiesta.

La imposibilidad de confirmar también es coherente con la doctrina. Hay que hacer excepción, sin embargo, de los incisos 5 y 8 del artículo 274 del Código, que autorizan la convalidación del matrimonio nulo por causa de la protección especial que recibe y que es algo también reconocido largamente en la teoría civil.

Cabe añadir que la sentencia de nulidad no es constitutiva sino declarativa: el acto nulo tiene un vicio que lo invalida desde su propio origen. Como se dijo antes, la nulidad es *ipso iure*. Inclusive, en el artículo 1643 parece haber un reconocimiento expreso de ello al hablarse de casos de «invalidación de pleno derecho».

2.3. ARTÍCULO 221

El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.

Los incapaces relativos están señalados en el artículo 44 del Código:

Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

El análisis de estos casos corresponde al derecho de las personas, no a este trabajo, pero sí es conveniente reseñar algunas normas respecto al primer inciso.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el artículo 46:

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Desde luego, y aunque el inciso no lo mencione expresamente, queda entendido que no son anulables los actos del mayor de dieciséis y menor de dieciocho que rigen por el artículo 1358, que los autoriza a contratar para las necesidades ordinarias de su vida diaria. No puede ser de otra manera, si la excepción ya está expresamente considerada en la ley y exime de nulidad según el artículo 219 inciso 2.

Además, dentro del Código existen normas que autorizan a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho a realizar determinados actos.

Estos son:

- Reconocer al hijo extramatrimonial (artículo 393).
- La opinión que deben expresar antes de ciertos actos que corresponde realizar a sus padres sobre la administración o disposición de sus bienes (artículo 449).
- Contraer obligaciones o renunciar derechos cuando sus padres ejercen la patria potestad lo autoricen expresa o tácitamente o ratifiquen el acto (artículo 456).
- La opinión del menor sobre actos de administración de sus padres en materia de patria potestad (artículo 459).
- La intervención del menor en la realización del inventario judicial de los bienes, previo al ejercicio de la tutela (artículo 520 inciso 1).
- La opinión del menor ante el juez (artículo 533).

En todos estos casos (a los que hay que añadir los mencionados al comentar el inciso 2 del artículo 219), estamos ante autorizaciones expresas de la ley y, por consiguiente, dichos actos no pueden ser viciados de anulabilidad.

Artículo 221. El acto jurídico es anulable

[...]

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

Este inciso menciona lo que se conoce como vicios de la voluntad y que se hallan tratados entre los artículos 201 y 218 del Código Civil.

El error no ha recibido un tratamiento todo lo claro que sería recomendable en el Código. Consiste en la ignorancia parcial de los hechos o del derecho, o también en la equivocada apreciación de ellos.

El error se manifiesta de muchas formas, pero lo que en realidad exige el Código para que produzca la anulabilidad es que sea conocible por la otra parte y que sea determinante de la voluntad de realizar el acto anulable.

Según el artículo 203: «El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo».

Da la impresión, a partir del artículo 201, que para que el error sea relevante tiene que ser también esencial, pero esto es incorrecto, porque entre los artículos 204 y 209 se considera varios errores no tomados como esenciales por el artículo 202.

Aunque el Código no lo diga expresamente, la tradición romano-germánica exige que el error sea excusable, es decir, que se haya incurrido en él sin negligencia grave o lo que es lo mismo, con culpa leve o levísima. Para determinar la excusabilidad habrá que estar a los comportamientos generales de los sujetos en el medio de que se trate y, también, a las cualificaciones específicas de quien incurrió en error. Por ejemplo, es más fácil excusar un error de derecho en el lego que en el abogado.

El dolo está descrito en el artículo 210:

El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

A esta regla general cabe añadir las que vienen entre los artículos 211 y 213 del Código, destacando la de este último, en el sentido de que cuando el dolo ha sido empleado por las dos partes no puede ser causa de anulación del acto.

La violencia no ha sido específicamente descrita por el Código, aunque hay referencias en los artículos 214 y 216. Se entiende por ella una fuerza física irresistible que lleva a realizar el hecho. Así definida, y tal como hemos dicho antes, hay que considerar que más que un vicio de la voluntad,

es una ausencia de declaración. Por consiguiente, la decisión del Código de considerarla una causa de anulación es equivocada: debiera ser de nulidad. Antes dimos ya las razones, apoyándonos en el anteproyecto de Manuel de la Puente y Lavalle y Shoschana Zusman Tinman (1980, p. 30).

La intimidación está descrita en el artículo 215:

Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

Al tratar de violencia e intimidación se debe tomar en cuenta los artículos 216 y 217 del Código.

Artículo 219. El acto jurídico es anulable:

[...]

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

La simulación de que trata este inciso es la llamada relativa (la absoluta es causal de nulidad según el inciso 5 del artículo 219) y que está descrita en los artículos 191 y 192:

Artículo 191. Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

Artículo 192. La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

La causal de anulabilidad de la simulación relativa es, justamente, la hipótesis inversa del artículo 191: se causa daño a tercero. La acción podrá

ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según lo establece el artículo 193.

Artículo 219. El acto jurídico es anulable:

[...]

4. Cuando la ley lo declara anulable.

Estamos aquí ante anulabilidades expresas pues, como apuntamos ya antes, no pueden existir anulabilidades tácitas o virtuales. Esto queda corroborado por el hecho de que para la anulabilidad, no existe una norma de carácter general como la del inciso 8 del artículo 219.

El Código señala anulabilidades expresas en los siguientes artículos: 163, 166, 201, 204, 206, 207, 210, 214, 227, 582, 594, 743, 808, 809, 812 y 813.

Además, menciona la anulabilidad los artículos 1122, 1286, 1287, 1308, 1309, 1310, 1875 y 2014. Según el artículo 2001 inciso 4, la acción de anulabilidad tiene un plazo de prescripción de dos años.

Por último, hay que señalar que algunas veces, el Código utiliza la expresión *invalidéz* en genérico, que puede entenderse como de nulidad o de anulabilidad (y también utiliza expresiones de similar significación). Los casos han sido consignados en la parte del capítulo anterior en la que tratamos de validez e invalidéz.

2.4. ARTÍCULO 222

El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

La anulabilidad no procede de oficio, ni por intervención del Ministerio Público (como ocurre con la nulidad), sino a instancia de la parte que es legitimada por la norma legislativa. La sentencia que anula un acto

no es declarativa sino constitutiva y ello no puede ser de otra manera desde que antes, el acto anulable ha sido válido y ha producido efectos.

Sin embargo, los efectos de la sentencia se retrotraen a la celebración del acto, el que es entonces nulo. Hay que destacar, no obstante, que decir que la anulabilidad produce nulidad solo atañe a los resultados. En muchos otros aspectos nulidad y anulabilidad son distintas, como hemos ya dicho en párrafos anteriores.

Todo esto es acorde con la doctrina que hemos revisado y analizado.

2.5. ARTÍCULO 223

En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella debe considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Aquí se aplica a la nulidad la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa. El ejemplo puede ser un contrato entre un autor de libros, un editor y un dibujante. El autor entrega el libro, el editor lo imprime y, con la finalidad de graficar determinadas partes, contrata también en el mismo acto el dibujante.

Si el contrato en la parte del dibujante fuera declarado nulo, no queda afectado lo correspondiente al editor que es la actividad central prevista. Sin embargo, si se declara nulo lo referente al editor, entonces no tiene sentido que subsista lo que corresponde al dibujante. Obviamente, en estos casos podrá haber resarcimiento de daños y perjuicios, pero esto pertenece a otro ámbito del derecho civil.

Cuando el Código habla de nulidad en el texto de este artículo debemos entender invalidez pues la norma se aplica tanto a la nulidad como a la anulabilidad.

2.6. ARTÍCULO 224

La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando estas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad [sic] de estas no origina la de la obligación principal.

Se aplica a través de este artículo, varios principios de derecho civil:

- El primer principio es el de la conservación del acto y se manifiesta en que mientras las disposiciones sean divisibles y pueda salvarse algunas a pesar de la invalidez de otras, ello debe hacerse (párrafo primero).
- El segundo párrafo supone que habiendo cláusulas nulas por oponerse a la legislación, son sustituidas por lo mandado por la norma imperativa.
- El tercer párrafo hace aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y no a la inversa, como ya dijimos al comentar el artículo anterior.

Lo único que queda por señalar es que en el libro de acto jurídico existen los artículos 168 a 170 referidos a la interpretación del acto jurídico. En relación al artículo que comentamos cabe decir dos cosas:

- La primera, que las cláusulas nulas no pueden ser utilizadas para dicho proceso interpretativo.
- La segunda, que si alguna cláusula es sustituida por norma imperativa, según lo dicho en el segundo párrafo del artículo 224, entonces el contenido por tomar en cuenta para la interpretación del acto será el de la norma imperativa y no el de la cláusula sustituida.

2.7. ARTÍCULO 225

No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Frente a las normas de este artículo caben dos circunstancias:

- Que la forma sea esencial y, por consiguiente, que su incumplimiento sea causal de nulidad. Estamos ante los casos de los incisos 4 del artículo 140 y 6 del 219. A ellos hay que añadir las disposiciones complementarias de los artículos 1352, 1411, 1412 y 1425.

En estos casos la forma es parte constitutiva del acto jurídico y su inobservancia acarrea la nulidad. Por consiguiente, el artículo 225 no es aplicable en dichos supuestos.

- Que la forma no sea exigida con sanción de nulidad, en cuyo caso hay dos posibilidades: o la legislación no menciona forma y entonces las partes pueden elegir la que prefieren (artículo 143) o existe una forma prescrita pero sirve solo para efectos de probanza del acto (artículo 144).

Es a estos casos a los que se aplica el artículo 225 reconociendo, en buena doctrina, que dos cosas distintas son el documento que pretende reflejar el acto y el acto mismo. La invalidez del documento no acarrea la del acto porque constituyen dos fenómenos distintos en el derecho.

Consecuencia práctica de ello es que cuando ocurra una divergencia entre el contenido del documento y del acto, lo que debe buscarse es la elaboración de un nuevo documento que exprese adecuadamente el acto y no la invalidez de este.

Como en el caso del artículo anterior, la expresión nulidad debe ser entendida como *invalidez* porque también puede aplicarse al caso en el que el documento sea anulable.

2.8. ARTÍCULO 226

La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Aquí hay dos normas entremezcladas, de distinto contenido, la segunda de las cuales aparece sumamente oscura:

- La primera dice que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio. Este es un principio por demás razonable en el derecho y no requiere mayor comentario: quien contrata con el incapaz no puede pretender el beneficio de haberlo hecho cuando prefiere invalidar el acto.
- La segunda dice: «La incapacidad de una de las partes puede ser invocada por la otra en su propio beneficio cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común».

Aquí el acto jurídico realizado es distinto que en el caso anterior. En el primero hay dos partes, una capaz y otra incapaz. En el que estamos viendo hay una parte capaz de un lado y, del otro, hay más de una persona en calidad de obligada, siendo una incapaz y la otra u otras capaz o capaces, pero de manera tal que la prestación a la que están obligadas resulta indivisible.

Es en este supuesto que el acreedor puede invocar la incapacidad de una de las personas que constituyen su contraparte, en su beneficio. Así aclaradas las cosas, la disposición aparece razonable.

2.9. ARTÍCULO 227

Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

La norma es clara en sí misma. Solo cabe añadir que como hemos visto al comentar el inciso 2 del artículo 219 y el inciso 1 del artículo 221, existen muchos actos de menores de dieciocho años que pueden ser realizados sin necesidad de autorización alguna. Estos actos serán, pues, plenamente válidos y no susceptibles de anulabilidad al haberse hecho en virtud de autorización legal expresa.

Los actos anulables en virtud de este artículo pueden ser convalidados de acuerdo a las diversas posibilidades existentes para dar validez definitiva a lo anulable.

2.10. ARTÍCULO 228

Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

La disposición es suficientemente clara para requerir comentario adicional.

2.11. ARTÍCULO 229

Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad.

Nulidad vuelve a querer decir aquí invalidez para cubrir los casos de anulabilidad.

Es difícil imaginar la hipótesis en la que un incapaz de temprana edad pueda lograr el cometido de ocultar su incapacidad frente a una contraparte capaz. Sin embargo, como se ha visto en páginas anteriores, los incapaces pueden ser muchos otros, circunstancias en la que sí es procedente la aplicación de este artículo.

CAPÍTULO III

ESTUDIO DE LA FORMA DEL ACTO JURÍDICO A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL

3.1. NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

Las normas de carácter general que tienen que ver con el problema de la forma del acto pueden ser subdivididas en dos grupos: las que pertenecen al campo genérico de la legislación sobre el acto jurídico y las que son específicas del campo contractual (que es una de las especies más importantes del acto jurídico en la configuración de nuestro sistema civil).

3.1.1. Las normas generales del acto jurídico

Estos artículos son cuatro: 140, inciso 4, 143, 144 y 219, inciso 6. Sus textos dicen:

Artículo 140. El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

[...]

4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 143. Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Artículo 144. Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

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

Las posibilidades fácticas que se presentan, en resumen, son cinco y varias de ellas admiten subdivisión:

- a) La ley prescribe una forma determinada y sanciona su incumplimiento con la nulidad del acto. Aquí estamos ante las circunstancias previstas en el inciso 4 del artículo 140 y en el inciso 6 del artículo 219. Es el caso de la forma requerida *ad solemnitatem*. La prescripción de la ley es imperativa y la nulidad expresa. Las partes no pueden poner su voluntad por encima de la legislativa y deben someter su arbitrio al cumplimiento de la forma establecida. En caso contrario, el acto es nulo por faltarle un requisito esencial. En otras corrientes distintas a las del Código Civil peruano, analizadas en el capítulo I de este trabajo, ello sería causal de inexistencia del acto. Como ya ha quedado claro entre nosotros no hay inexistencia sino solo nulidad y anulabilidad.
- b) La ley prescribe una forma determinada pero no sanciona su incumplimiento con la nulidad del acto. Aquí estamos ante la hipótesis del artículo 144 y, por tanto, si la forma prescrita es inobservada, ella constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto. Es el caso de forma *ad probationem*. Por consiguiente, dicho acto podrá ser idealmente probado mediante la existencia de la forma dada en la ley, pero también podrá admitir otras modalidades de prueba.

Esto equivale a decir que, por decisión legislativa expresa, en materia de formas no hay nulidad virtual: o es expresa o no hay invalidez. Se establece un principio distinto al general de la nulidad que consiste

en que la nulidad puede ser virtual o expresa. Desde luego, esta es una opción legislativa que no tiene por qué objetarse.

También es importante señalar que, en materia de forma del acto, el artículo 144 es de aplicación preferente y excluyente frente al artículo V del título preliminar del Código Civil. Este es un corolario que estimamos importante porque si el artículo V del título preliminar fuera aplicable a los casos de forma, entonces podría ocurrir que el acto no estuviera viciado de nulidad por incumplir la forma (que no tiene la sanción de nulidad), pero siempre lo estuviera por no observarse una norma imperativa o de orden público (que es precisamente la que establece la forma sin sanción expresa de nulidad). Este problema de aplicación de normas puede perfectamente presentarse vista la gran variedad de maneras de expresar normativamente los requisitos de forma.

En otras palabras, el artículo V del título preliminar tiene que ver con las disposiciones de orden público o con las buenas costumbres que no tengan que ver con la forma del acto. Las normas aplicables en este aspecto del acto jurídico son entonces el 140 inciso 4, el 219 inciso 6, el 143 y el 144.

- c) La ley no ha establecido una forma *ad solemnitatem* y las partes tampoco. Aquí caben dos subhipótesis:
- La primera que no exista una forma legislativa *ad probationem* y, por consiguiente, ese acto no tiene ninguna forma prescrita. Estamos ante el supuesto del artículo 143. El acto podrá probarse por cualquier medio válido para tal fin y basta que se hayan producido los demás requisitos que exige el derecho para que el acto sea válido.
 - La segunda consiste en que haya una forma legislativa *ad probationem* para el acto de que se trate. En ese caso, dicha forma constituye el medio privilegiado (aunque no único) de la probanza en aplicación del artículo 144. Es decir, si la forma

ad probationem existe, constituye el medio de prueba que se impone y, si no existe, el acto podrá ser probado de cualquier otra manera válida. En rigor, es el mismo caso que hemos listado como b). Lo repetimos aquí con finalidad aclarativa.

- d) La ley no ha establecido una forma *ad solemnitatem* pero las partes sí lo han hecho. En este caso, estamos ante la plena aplicación de la autonomía de la voluntad en el contexto del artículo 143 y la forma elegida *ad solemnitatem* por las partes es requisito constitutivo esencial del acto jurídico. En caso de no verificarse habrá nulidad por decisión de las mismas partes.

En este caso, desde luego, importa poco que haya o no una forma *ad probationem* establecida legislativamente: las partes pueden elegir esa u otra forma para la validez de su acto y la que corresponderá investigar, dado el caso, es la que ellas tomaron para sí.

- e) La ley no ha establecido una forma *ad solemnitatem* y las partes han establecido una forma pero sin mencionar si es *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

Aquí caben tres sub-hipótesis:

- Que no haya *ad probationem* establecida por la ley. En este caso, habrá que estar a la interpretación del significado de la forma dentro del acto, según las reglas de los artículos 168 y 170. En términos prácticos, esta observación aconseja que cada vez que se elija una forma dentro del acto, quede establecido su carácter expresamente para evitar problemas interpretativos posteriores.
- Que haya una forma *ad probationem* establecida por la ley y que ella sea la misma que eligieron las partes. En este caso estamos ante la aplicación plena del artículo 143 y, por consiguiente, dicha forma será el medio privilegiado (aunque no único) de prueba.

- Que haya una forma *ad probationem* establecida por la ley pero que las partes elijan una distinta. Este caso, es nuestro criterio, no tiene fácil solución porque puede decidirse con cualquiera de las siguientes alternativas:
 - Que la forma establecida por la ley es *ad probationem* pero la elegida por las partes es *ad solemnitatem*.
 - Que ambas son *ad probationem* privilegiándose la legislativa sobre la consensual. Esta sería la opinión más correcta si nos atenemos al mandato del artículo 144.
 - Que ambas son *ad probationem*, pero la consensual toma privilegio sobre la legislativa. Esta sería una aplicación extensiva del artículo 143, colocando la libre elección de las partes por encima del artículo 144. Sin embargo, no nos parece la más adecuada porque el artículo 144 parece ser una norma imperativa cuando se cumple su supuesto.

Todo esto hace ver, nuevamente, la conveniencia de establecer claramente la naturaleza de la forma consensual dentro del acto.

Como veremos a continuación, si estamos en esta hipótesis cuando se trata de contratos, según el artículo 1411 se presume *iuris tantum* que la forma elegida por las partes es requisito constitutivo del acto, bajo sanción de nulidad.

Este análisis demuestra que la combinación de posibilidades sobre el aspecto formal del acto jurídico es bastante compleja y no todos los casos reciben una respuesta inequívoca a partir de las disposiciones existentes en el Código Civil.

3.1.2. Las normas generales sobre contratos

Los artículos que las contienen son las siguientes: 1352, 1411, 1412 y 1413. Sus textos establecen:

Artículos 1352. 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.

Artículo 1411. 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.

Artículo 1412. 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, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Artículo 1413. Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

El artículo 1352 es de carácter dogmático y pretende resolver el problema conceptual de cuándo queda perfeccionado el contrato. Las reglas que contienen son dos:

- Una de carácter general que establece que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Max Arias-Schreiber comenta este dispositivo diciendo lo siguiente:

Este precepto pone énfasis en el carácter consensual de los contratos, en el entendimiento de que con ello se facilitan las operaciones de naturaleza patrimonial y haciendo la salvedad de todos aquellos casos sujetos al cumplimiento de una formalidad. Ya Colin y Capitant, en su «Curso elemental de derecho civil», escrito a comienzos de este siglo, sostienen que uno de los caracteres esenciales de las legislaciones modernas está constituido por la regla de que el simple acuerdo de voluntades basta para perfeccionar el contrato. En efecto, el principio de *solus consensus obligat* es el resultado de una evolución jurídica

que ha terminado por imponerse en la mayoría de las legislaciones contemporáneas.

[...]

Adicionalmente, mediante el precepto bajo comentario se consagra la supresión de los contratos reales, convirtiendo a los que tradicionalmente eran considerados dentro de esa categoría —mutuo, comodato y depósito—, en contratos ordinariamente consensuales [...]. Se ha dado, pues, un paso trascendental al implantarse el sistema de la consensualidad, eliminado la entrega o tradición, como regla general. El acto de la entrega, en un contrato, debe entenderse en consecuencia, no como un elemento perfeccionador de él, sino como el mecanismo de cumplimiento de lo prometido (1985, pp. 15-16).

- Otra de carácter excepcional que establece que los contratos en los que se debe observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad se perfeccionan por el consentimiento de las partes y por el cumplimiento de tal forma.

Esta disposición guarda coherencia con las normas de carácter general correspondientes al acto jurídico y enumeradas antes. Estamos en los supuestos del inciso 4 del artículo 140 y 6 del artículo 219.

El artículo 1411 tiene vinculación con la autonomía de la voluntad y establece que cuando las partes convienen en adoptar anticipadamente y por escrito una forma se presume que es requisito indispensable para la validez del acto bajo sanción de nulidad.

Esta es tomada por una presunción *iuris tantum* por Max Arias-Schreiber en la medida que el texto no establece la cláusula «*sin admitir prueba en contrario*» que es propia de las presunciones *iuris et de iure* (1985, p. 71). Por consiguiente, y aun cuando las partes no hayan estipulado en absoluto sobre el carácter *ad probationem* o *ad solemnitatem* de la forma elegida podrán luego establecer que dicha forma solo era válida para efectos de probanza, desvirtuando la presunción de este artículo.

La norma es coherente con el artículo 143 del Código Civil que deja librados los asuntos de forma a la decisión de las partes cuando no se haya establecido ninguna dentro de la legislación para el acto de que se trate.

El artículo 1412 es de carácter operativo y autoriza a las partes a compelerse recíprocamente a llenar la formalidad que sea requerida para su acto. Esta puede ser cualquiera de las posibles: mandada por la ley o elegida por las partes, *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

El artículo 1413 establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato, la que puede ser la forma legal o la acordada por las partes, según cada caso. En principio, podría pensarse que esto no constituye un requisito formal con sanción de nulidad, pero sería equivocado porque el artículo pertenece al grupo de las normas generales sobre forma de contrato y debe entenderse vinculado al artículo 1411 que sí estatuye la nulidad en la forma que hemos visto.

Si ahora tratamos de interconectar lo que hemos desarrollado en esta parte de contratos con lo que se vio en la parte del acto jurídico, el único añadido que hay que hacer a las cinco hipótesis planteadas en la parte del acto consiste, como ya se vio, en que la forma elegida por las partes es *iuris tantum*, requisito indispensable para la validez del acto bajo sanción de nulidad (parte final del artículo 1411).

En lo demás, nuestras conclusiones sobre lo referente a la parte del acto jurídico se aplican también a los contratos, que no son sino una modalidad del acto.

3.2. NORMAS ESPECÍFICAS DEL CÓDIGO

3.2.1. Artículo 7

La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

La norma manda que la disposición de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran, con las limitaciones expresas, debe ser hecha mediante consentimiento expreso y escrito del donante.

Hay que notar que la intención de someter la donación a documento escrito queda bastante clara a partir del texto «[...] está sujeta [...]», ¿Puede entenderse que esta expresión es equivalente a aquella de «bajo sanción de nulidad»? Pensamos que no porque el artículo 144, así como los artículos 140 inciso 4 y 219 inciso 6 del Código Civil exigen la mención expresa de dicha sanción. Por ello, y de acuerdo a las normas mencionadas, debe entenderse que la formalidad escrita, en este caso, tiene solo valor de prueba.

Desde luego, esta conclusión es aplicable a la relación entre donante y donatario, por lo cual no exime al profesional que eventualmente haga viable la donación (un cirujano, por ejemplo) de las sanciones que correspondan por haber realizado la operación sin que se haya observado la forma debida.

3.2.2. Artículo 81

El estatuto debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley.

Si no estamos ante un caso especial de asociación que se rija por leyes especiales, entonces la norma consiste en que el estatuto debe constar por escritura pública.

Cabría pensar que, al no establecerse la sanción de nulidad, la forma establecida queda simplemente como medio de prueba, según el artículo 144, pero consideramos que esta sería una interpretación equivocada porque el estatuto de una asociación no tiene que ver únicamente con los asociados sino también con terceros. Incluso, el artículo 2025 del Código Civil establece que diversas disposiciones estatutarias contenidas en el artículo 82 del mismo Código deben ser registradas en el Registro de Asociaciones. Por consiguiente, esta es una norma de orden público y se rige

por el principio general establecido en el artículo V del título preliminar. Así, un estatuto no elevado a escritura pública ni puede inscribirse ni ser enfrentado como tal a terceros.

Esto hace ver, a nuestro juicio, que en este caso la falta de validez del estatuto no proviene exactamente de la ausencia de forma prescrita, sino de la contravención a una norma de orden público. Cabría por tanto extraer, de este caso, el principio de que las formas que tienen trascendencia para terceros no vinculados directamente al acto son obligatorias por ser normas de orden público y no solo, ni esencialmente, por las disposiciones sobre la forma del acto jurídico. Este principio debe aplicarse caso por caso, estudiando el conjunto de disposiciones aplicables.

3.2.3. Artículo 87

Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.

Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.

Los asociados pueden ser representados en asamblea general por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.

La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y solo con carácter especial para cada asamblea.

Estas son disposiciones de orden público similares a la que hemos tratado en el artículo 81, porque tienen que ver con acuerdos que pueden tener transcendencia frente a terceros no directamente involucrados en los actos de los que se trata, que son los de reunión válida de la asamblea general de la asociación.

En consecuencia, si no se cumple con los requisitos mínimos establecidos en el Código, se infringe normas de orden público y se estaría adoptando acuerdos inválidos según el tenor del artículo V del título preliminar del Código Civil.

Estas son formas que, por tanto, tienen que ver no directamente con las normas sobre formalidad de los actos, sino con su carácter de orden público. Tanto es así, que según el artículo 92, los asociados pueden impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

3.2.4. Artículo 90

La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito.

Carece de sanción de nulidad y, por consiguiente, podría pensarse que en aplicación del artículo 144, una renuncia verbal puede ser válida sujeta a la probanza del caso.

No obstante, estimamos que la renuncia no es solo un acto de interés individual para el sujeto que la formula, sino que constituye un fenómeno de relevancia social dentro de la institución, tanto más cuanto que puede influir en la composición general de la Asamblea y en otros aspectos similares.

Por consiguiente, consideramos que trasciende al simple interés individual y hay que entender que es una disposición de orden público que no puede ser incumplida, de acuerdo al artículo V del título preliminar. Comparte, en este sentido, la problemática analizada en los artículos 81 y 87 del Código Civil.

3.2.5. Artículo 100

La fundación se constituye mediante escritura pública por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento.

El comentario que cabe hacer en esta parte es similar al del artículo 81, en el sentido que la constitución de la fundación, con igual o mayor razón que el de la asociación, es un fenómeno social que interesa no solo al o a los que la establecen sino también a terceros.

A la vez, según el artículo 2025 del Código Civil, el acto constitutivo de la fundación tiene contenidos que deben ser registrados en el Registro de Personas Jurídicas, lo que ratifica el argumento que hemos dado.

Por consiguiente, esta forma atañe al orden público y, por tanto, su invalidez se rige por la norma del artículo V del título preliminar del Código Civil.

3.2.6. Artículo 111

El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista.

El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.

También esta norma es de orden público, si consideramos que el comité tiene por finalidad actuar frente a terceros y, por tanto, varios contenidos de su estatuto deben ser registrados en el Registro de Personas Jurídicas, según la remisión del artículo 2025 al 113 del Código Civil (que trata, precisamente, de los contenidos esenciales de dicho estatuto).

Al no constar por la formalidad establecida, el acto es inválido para ser registrado y tampoco es enfrentable a terceros, en virtud del artículo V del título preliminar.

3.2.7. Artículo 156

Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Habiendo sido establecida la sanción de nulidad, esta es una forma indispensable para la validez del acto jurídico que otorga el encargo. De otra manera, entran en aplicación con pleno vigor las normas generales revisadas antes.

3.2.8. Artículo 162

En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

Se refiere este artículo a los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas, así como a los actos ineficaces ante el supuesto representado porque fueron celebrados por persona que no tiene la representación que se atribuye.

La ratificación que se produce sin observar la forma prescrita para la celebración del acto ineficaz está en una situación jurídica que requiere interpretación:

- Si nos atenemos al texto de los artículos 140 inciso 4 y 219 inciso 6, tendremos que reconocer que la ratificación que no sigue la forma del acto al que se refiere es válida por no haberse establecido expresamente la sanción de nulidad en el artículo 162. En todo caso, la forma queda solo como un medio de prueba de la existencia del acto (artículo 144 del Código).
- De otro lado, se puede argumentar que el mandato de que se siga la forma del acto original es imperativo y, por consiguiente, de orden público. Si ello fuera así, entonces la ratificación de forma distinta sería nula, pero no por vicio de forma sino por atentar

contra la norma de orden público. En relación a este caso podría decirse que la intención de la ley es producir nulidades formales solo cuando ella expresamente lo establece y en tal sentido sería incorrecto aplicar para la nulidad el argumento del orden público.

Al propio tiempo, resulta claro que el espíritu del artículo 162 es dar al acto ratificatorio la misma forma que al ratificado y esto es razonable porque garantiza que las partes y los terceros puedan enterarse de la ratificación realizada con mayor facilidad que si las formas difieren.

Con argumentos en uno y otro sentido, como hemos mostrado, el asunto no tiene una solución inequívoca pero, ante los argumentos dados, nos inclinamos a considerar que sistemáticamente hablando, la norma aplicable es la del artículo 144, porque al haberse legislado de manera expresa sobre el significado de una forma que no va aparejada a la sanción de nulidad, la disposición genérica sobre la norma de orden público no es pertinente.

La forma requerida para la ratificación es la que establezca la ley o hayan establecido las partes para el acto ratificado. En caso de no existir estas, se puede utilizar la que se prefiera según las normas analizadas al principio de esta parte.

3.2.9. Artículo 232

La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

En este caso la sanción de nulidad no ha sido expresamente establecida por lo que hay que considerar que se trata de una forma para efectos de prueba según el artículo 144. Esto, tanto más, si el supuesto de la norma es el de un acto jurídico en el que no necesariamente está involucrado el interés que se halla más allá de los directamente interesados.

Tal vez el objetivo al elaborar este artículo fue quitar validez a la confirmación que no cumple la forma establecida, pero, sin embargo, de acuerdo a las disposiciones generales, positivamente hablando el incumplimiento

del requisito no acarrea la nulidad. Será materia de discusión entre las partes la probanza del acto, de llegarse a tal discusión.

3.2.10. Artículo 261

El matrimonio puede celebrarse ante el alcalde de otro concejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente.

Este artículo hay que concordarlo con la nulidad establecida en el inciso 8 del artículo 274 que, precisamente, se refiere a la hipótesis de que no se cumplan las formalidades como la que él señala.

En consecuencia, la nulidad está expresamente prevista y la falta de forma conduce a la invalidez del matrimonio. No obstante, como hemos visto, la doctrina y las normas positivas comparadas suelen otorgar el beneficio de la convalidación al matrimonio nulo en atención a diversas consideraciones sociales de trascendencia. Entre otras, hay que mencionar el reconocimiento que la Constitución da al matrimonio en su artículo 4.

Por consiguiente, y excepcionalmente, un matrimonio nulo puede ser en efecto convalidado siempre que los contrayentes hayan actuado de buena fe y que subsanen la omisión.

3.2.11. Artículo 264

El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración.

El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz, antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente.

El poder caduca a los seis meses de otorgado.

La sanción de nulidad al incumplimiento de estas normas está expresamente señalada en el artículo y emerge también del inciso 8 del artículo 274 del Código Civil. Resultan innecesarios mayores comentarios.

3.2.12. Artículo 268

Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

La inscripción solo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

La nulidad del incumplimiento de la forma establecida en la parte final del artículo está consagrada expresamente y, además, fluye del inciso 8 del artículo 274.

3.2.13. Artículo 274 inciso 8

Es nulo el matrimonio:

[...]

8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

El matrimonio es un tema de excepción en varios de los aspectos de la invalidez del acto, precisamente por su trascendencia para las personas y la sociedad. En este caso, se autoriza de manera verdaderamente extraordinaria, la convalidación del acto matrimonial si se subsana la omisión

de trámite en que se incurrió y si los contrayentes han actuado de buena fe. Salvo en el caso del matrimonio, el acto nulo no es convalidable.

De otro lado, estamos aquí ante una de las circunstancias del inciso 8 del artículo 219 que establece que son nulos los actos contrarios a las normas de orden público, salvo que la ley establezca sanción diversa. Precisamente esto último es lo que está haciendo el inciso 8 que comentamos y, es más, ni siquiera dicta sanción diversa sino que autoriza la convalidación. Por ello, el inciso 8 del artículo 219 quedaría mejor redactado, probablemente, si en vez de decir «[...] salvo que la ley establezca sanción diversa», dijera «[...] salvo consecuencia distinta establecida en la ley».

Parece evidente que las reglas generales aplicables a este inciso 8 del artículo 274 no son las correspondientes a la nulidad por defecto de forma sino más bien las que se refieren al incumplimiento de las normas de orden público.

3.2.14. Artículo 280

La invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

La nulidad que acarrea el incumplimiento de la forma de escritura pública para que el apoderado demande la invalidez del matrimonio está expresamente contenida en el texto.

3.2.15. Artículo 295

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Esta norma, a nuestro juicio, es clara y completa: la sanción de nulidad al incumplimiento de la forma está establecida de manera textual y, adicionalmente, el último párrafo del artículo establece la presunción (de pleno derecho) que soluciona el problema: si no hay escritura pública se está a que los interesados hayan adoptado el régimen de sociedad de gananciales para todos los efectos prácticos de carácter jurídico.

3.2.16. Artículo 296

Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal.

El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

Dice el artículo que el incumplimiento de las formas quita validez al convenio entre los cónyuges y, tal vez, debió ser más específico estableciendo que la sanción es la nulidad pues, como vimos en la parte conceptual, la invalidez puede ser bien un vicio de nulidad bien uno de anulabilidad.

En este caso, tanto más si intervienen normas de orden público como son las referentes al Registro Personal, resulta obvio que estamos hablando de nulidad y no de anulabilidad.

Este artículo muestra que la sanción de nulidad puede ser expresada de diversas maneras: o diciendo textualmente bajo sanción de nulidad (como suele ocurrir) o haciendo referencia a la invalidez. Ya hemos comentado este aspecto en los capítulos anteriores.

3.2.17. Artículo 320

Fenecida la sociedad de gananciales se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario

puede formularse en documento privado con firmas legalizadas si ambos cónyuges o sus herederos están de acuerdo. En caso contrario, el inventario se hace judicialmente.

Aquí la jerarquía de las formalidades es en primer lugar el inventario judicial y, solo de estar de acuerdo ambos cónyuges o sus herederos, cabe la posibilidad de hacer el inventario en documento privado con firmas legalizadas.

No se hace en este caso mención expresa a la sanción de nulidad, por lo que tenemos que concluir que las formas quedan solo para efecto de probanza, de acuerdo al texto del artículo 144 del Código Civil.

Sin embargo, por la naturaleza de la situación, cabe anotar que estaríamos ante una forma que tiene características de norma de orden público y que, tal vez, debiera ser exigible bajo sanción de nulidad. Obviamente, desde el punto de vista legislativo esta no es la opción elegida.

3.2.18. Artículo 390

El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

La norma no señala expresamente la sanción de nulidad, y el inciso 1 del artículo 402 señala que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. Por consiguiente, debe concluirse que el reconocimiento realizado sin los requisitos del artículo 390 queda sometido a la probanza respectiva. Se cumple, de esta manera, con los presupuestos establecidos en las normas generales, particularmente en el artículo 144 del Código Civil.

3.2.19. Artículos 447, 448, 449 y 450

Artículo 447. Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer,

en su caso, que la venta se haga tasación y en pública subasta cuando lo requieran los intereses del hijo.

Artículo 448. Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:

1. Arrendar sus bienes por más de tres años.
2. Hacer partición extrajudicial.
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.
4. Renunciar herencias, legados o donaciones.
5. Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.
6. Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
7. Dar o tomar dinero en préstamo.
8. Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.,
9. Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
10. Convenir en la demanda.

Artículo 449. En los casos de los incisos 2, 3 y 7 del artículo 448, se aplican también los artículos 987, 1307 y 1651. Además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización. Esta se concede conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para enajenar u obligar bienes de menores.

Artículo 450. Pueden demandar la nulidad de los actos practicados con infracción de los artículos 447, 448 y 449:

1. El hijo, dentro de los dos años siguientes a su mayoría.
2. Los herederos del hijo, dentro de los dos años siguientes a su muerte si ocurrió antes de llegar a la mayoría.
3. El representante legal del hijo, si durante la minoría cesa uno de los padres o los dos en la patria potestad. En este caso, el plazo comienza a contarse desde que se produce el cese.

Las normas de los artículos 447 a 449 son ilustrativas de las exigencias formales establecidas para los actos de que se trata. El artículo 450 establece una norma que resulta confusa a la luz de la parte conceptual de este trabajo.

En efecto, dos factores son particularmente resaltantes en este respecto:

- De un lado, que la legitimación activa para esta nulidad parece recaer exclusivamente en los interesados, según los supuestos de cada uno de los tres incisos. La nulidad del acto jurídico, de acuerdo a las disposiciones generales, puede ser perseguida por cualquier interesado, declarada de oficio por el juez o perseguida por el Ministerio Público, de acuerdo al artículo 220. Sin embargo, la norma parece excluir estas tres posibilidades dado lo estricto de sus términos.
- De otro lado, el plazo de dos años desde que se cumplan los supuestos establecidos es más cercano al de la anulabilidad, previsto en el artículo 2001 inciso 4, que al de la nulidad, establecido en el inciso 1 del mismo dispositivo.

En otras palabras, esto parece estar sometido a la anulabilidad antes que a la nulidad. El asunto no es ocioso por dos razones: si se trata en efecto de una nulidad, deben funcionar las reglas de legitimación del artículo 220 al lado de las del 450. De otra parte, si tratamos de nulidad, también hay que considerar que el plazo de dos años sería de caducidad y no de prescripción, debido a que se recorta sustantivamente en su extensión con las consecuencias que trae frente a ello el libro VIII del Código Civil.

Estamos aquí, por consiguiente, ante una situación de interpretación en la que hay que optar: o se trata de una nulidad por el texto expreso o de una anulabilidad por el sentido de las disposiciones. Desde un comentario como este no se puede aportar una solución definitiva al dilema, lo que solo podrá ocurrir jurisprudencialmente. Sin embargo, ante texto expreso de la norma, nos acogemos a que se trata de una nulidad y, por consiguiente, que estamos en plazo de caducidad al tiempo que el Ministerio Público puede

perseguir la nulidad o declararla de oficio el juez. Solo estaría restringida la legitimación activa de terceros no contemplados en el artículo 450, ya que en su texto dice expresamente quiénes pueden accionar.

Refuerza esta opinión el hecho que el juez competente esté involucrado en todas las formas dictadas en los artículos 447 a 449.

3.2.20. Artículo 675

A propósito de la renuncia de la herencia, dice el Código Civil:

La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada.

La sanción de nulidad para cualquiera de estas formas alternativas está expresamente consignada en el artículo y funcionan, por consiguiente, las normas generales con plena aplicación.

3.2.21. Artículo 743

La causal de la desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La desheredación dispuesta sin expresión de causa, o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, no es válida. La fundada en causa falsa es anulable.

La norma establece expresamente la sanción de invalidez para el incumplimiento de las formas. Invalidez puede ser tanto nulidad como anulabilidad, pero en este caso la parte final del artículo elimina el posible problema de interpretación pues dice claramente que la anulabilidad se produce por la existencia de falsa causa (es decir, de causa erróneamente aplicada por el sujeto que deshereda). Por argumento *a contrario*, resulta evidente que en los casos previos se trata entonces de nulidad.

Las normas generales funcionan adecuadamente en este caso.

3.2.22. Artículo 753

La desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado o por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En tal caso, no produce efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación.

En este caso, la formalidad no va aparejada de la sanción de nulidad y, por consiguiente, queda librada solamente a efectos de la prueba de acuerdo al artículo 144 del Código Civil. Esto quiere decir que si el desheredado logra probar por medio distinto que la desheredación fue revocada, la revocación tendrá efecto.

3.2.23. Artículo 832

A propósito de la dispensa de la colación, dice el Código Civil:

La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente el testador en su testamento o en otro instrumento público.

No está expresamente contemplada la sanción de nulidad al incumplimiento de la forma. Por consiguiente, tenemos que entender que se trata de un caso en el que aplicable el artículo 144 y las formalidades sirven para efecto de prueba dentro del procedimiento correspondiente.

3.2.24. Artículo 853

Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en Registros Públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firmas notarialmente legalizadas.

La norma no contempla sanción de nulidad y, por consiguiente, la forma queda con efecto de probanza, de acuerdo al artículo 144. No obstante, como en este ámbito funcionan los aspectos registrales (aunque no imperativamente), el incumplimiento de las formalidades impide que la partición sea registrable.

3.2.25. Artículo 1092

En referencia a la anticresis, el Código establece:

El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

La sanción de nulidad al incumplimiento de la forma se halla expresamente contenida en el artículo.

3.2.26. Artículo 1098

La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

El artículo no establece la sanción de nulidad al incumplimiento de la forma, pero el inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil dice que para que la hipoteca sea válida se requiere «[q]ue el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble», con lo cual queda clara la nulidad de una hipoteca que no cumple las disposiciones formales establecidas. No puede considerarse que se trate de una anulabilidad (aunque la palabra *invalidéz* la contiene), porque la hipoteca no existe jurídicamente mientras no se cumplan las normas antedichas.

Al apreciar la validez de la escritura de constitución de la hipoteca hay que tomar en cuenta los requisitos del artículo 1108 del Código Civil.

3.2.27. Artículo 1205

El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

El artículo trata del reconocimiento de las obligaciones y, en principio, queda claro que si se trata de una obligación contractual y se estableció forma para la obligación primitiva, entonces, por aplicación del artículo 1411 del Código Civil, hay que concluir que el reconocimiento es inválido por nulidad si tal forma no se sigue. Es procedente hacer esta aplicación concordada del artículo 1411 y el 1205.

Si la obligación no fuese de naturaleza contractual, entonces la forma queda librada a efectos de probanza de acuerdo con la regla general del artículo 144 del Código Civil.

3.2.28. Artículo 1207

La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Se refiere el artículo a la cesión de derechos y contiene expresamente la sanción de nulidad a la forma establecida.

3.2.29. Artículo 1224

Solo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.

El incumplimiento de la forma de realización del pago está sancionado con invalidez, que debe ser entendida como de nulidad y no de anulabilidad, porque esta última supone que el pago haya sido válido en su momento inicial y que puede ser simplemente impugnado.

3.2.30. Artículo 1250

Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

La norma tiene una redacción poco contundente porque estrictamente no sanciona con invalidez el pacto que incumple la forma. Sin embargo, el texto permite suponer que, al contrario, habrá invalidez si no se cumple con ella. Creemos que esta es la interpretación correcta atendiendo al espíritu de la disposición.

3.2.31. Artículo 1304

La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad o por petición al juez que conoce el litigio.

La forma escrita de la transacción no verificada por procedimientos judiciales está expresamente exigida bajo sanción de nulidad.

3.2.32. Artículo 1378

No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

En este caso, el dispositivo da a la forma el carácter de requisito de validez y, por consiguiente, en caso contrario debemos entender que el acto de aceptación es nulo.

Hay que notar que el artículo indica que «no tiene efectos», lo que alude a la eficacia más que a la validez en términos doctrinales. Sería mejor que el artículo dijera «Es nula la aceptación...».

3.2.33. Artículo 1425

Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

La sanción de nulidad es expresamente contemplada por el artículo, funcionando en consecuencia, las normas generales aplicables.

3.2.34. Artículo 1475

En referencia al contrato por persona a nombrar, dice el Código Civil:

La declaración de nombramiento y la aceptación por la persona nombrada deben revestir la misma forma que las partes hayan usado para el contrato, aunque no esté prescrita por la ley.

Es esta una norma imperativa que concordada con el artículo 1411 permite ver que nos hallamos ante un caso de nulidad cuando se incumple la forma prescrita, aunque el texto del artículo 1475 no lo diga expresamente. En este caso, como en otros de la parte referente a contratos, debe ponerse énfasis especial en las normas de carácter general aplicables a las formalidades.

Hubiera sido mejor, sin embargo, que el artículo contemplara expresamente la sanción correspondiente.

3.2.35. Artículo 1605

En referencia al contrato de suministro, dice el segundo párrafo del artículo:

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

La sanción está expresamente considerada como de nulidad para el caso del incumplimiento de la forma establecida.

3.2.36. Artículos 1624 y 1625

Artículo 1624. 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.

En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donen.

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.

En ambos casos, la sanción de nulidad al incumplimiento de la forma es expresa. Hay que tomar en cuenta la excepción a estas normas que hace el artículo 1626 para el caso de las donaciones de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares.

3.2.37. Artículo 1650

El mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda el límite previsto por el artículo 1625.

El artículo contiene expresamente la sanción de nulidad frente al incumplimiento de la forma. Se aplican de manera plena las normas generales existentes al respecto.

3.2.38. Artículo 1692

El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario a favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador.

El requisito formal no está contemplado con sanción de nulidad y, por consiguiente, el arrendamiento existe. La mejor prueba de esto que decimos es que el contrato de arrendamiento puede resolverse (y rescatamos la fórmula condicional) por incumplir esta disposición, según el inciso 4 del artículo 1697. La consecuencia de ello, de acuerdo al texto del artículo 1694, es la extinción del subarrendamiento con la del arrendamiento principal.

En rigor, aquí estamos ante un requisito para que exista válida e inobjetablemente el subarrendamiento.

3.2.39. Artículo 1734

El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad.

La sanción de nulidad al incumplimiento de la forma está expresamente contemplada en el artículo.

3.2.40. Artículo 1817

No puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad.

La sanción al incumplimiento de la norma formal es expresa en el texto del artículo.

3.2.41. Artículo 1858

En referencia al secuestro civil, el Código dice:

El contrato debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

La nulidad frente al incumplimiento de la forma está expresamente contemplada en el texto del artículo.

3.2.42. Artículo 1871

La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

La nulidad está también establecida expresamente en el texto de la norma y, por tanto, operan a cabalidad las normas generales respectivas.

3.2.43. Artículo 1925

La renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

La norma contiene expresamente la sanción de nulidad frente al incumplimiento de la forma.

3.2.44. Artículo 1964 inciso 1

La revocación de que trata el artículo 1963 no tiene validez en los siguientes casos:

Si no se ha hecho pública en la misma forma de la promesa o en forma equivalente.

El artículo invalida el incumplimiento de la forma establecida. Esta invalidez no puede ser la anulabilidad porque supondría que la revocación existe, lo que es contrario al sentido de la norma. En este caso, invalidez no puede significar otra cosa que nulidad.

3.2.45. Artículo 1966

La promesa de prestación como premio de un concurso solo es válida cuando se fije en el anuncio un plazo para la realización del concurso.

El artículo menciona el requisito de validez. Si no se cumpliera la forma establecida, esta promesa sería nula, pues no ha nacido al no cumplirse el supuesto de la norma. No procede, por consiguiente, interpretar que aquí la validez es sinónimo de anulabilidad.

3.3. CONCLUSIONES

Del análisis de estas 49 normas, podemos encontrar las siguientes conclusiones a propósito de la nulidad:

- La nulidad por incumplimiento de la norma establecida legislativamente está expresamente declarada en 32 artículos del Código que son: 156, 261, 264, 268, 274 inciso 8, 280, 295, 296, 447, 449, 450, 675, 743, 1092, 1098, 1207, 1224, 1250,

1304, 1378, 1425, 1605, 1624, 1625, 1650, 1734, 1817, 1858, 1871, 1925, 1964 inciso 1 y 1966.

- En 24 de estos 32 artículos el texto señala como sanción la nulidad de manera textual. En siete casos el texto empleado tiene que ver con la invalidez, que dentro del contexto tiene que ser interpretada como caso de nulidad y no anulabilidad (son los artículos 296, 743, 1098, 1224, 1250, 1964 inciso 1 y 1966). En un caso (el artículo 1378), se señala que el acto será ineficaz.
- Consideramos que sería conveniente uniformizar la terminología y hablar, en todos estos casos, de *sanción de nulidad*.
- En dos casos el artículo 1205 cuando las obligaciones son contractuales y en el 1475 encontramos que se produce nulidad por no cumplimiento de la forma requerida. Aunque en ellos esta sanción no se establece textualmente, fluye de la aplicación concordada en el artículo 1411 del Código Civil.
- Consideramos que sería también conveniente establecer expresamente la sanción de nulidad.
- En los quince artículos restantes que hemos trabajado, no se declara la sanción de nulidad. Se trata de los siguientes artículos: 7, 81, 87, 90, 100, 111, 162, 232, 320, 390, 753, 832, 853, 1205 (cuando la obligación no es de naturaleza contractual) y 1692. Las consecuencias son distintas según los casos.
- En nueve entendemos que se aplica la norma del artículo 144, que establece que la forma requerida solo constituye un medio de prueba de la existencia del acto. Son los artículos: 7, 162, 232, 320, 390, 753, 832, 853 y 1205 (cuando se trata de obligaciones que no tienen origen contractual).
- En otros cinco casos consideramos que la forma no tiene alcance solamente privado sino de orden público y, por consiguiente, aunque la sanción de nulidad por falta de cumplimiento formal

no exista, los actos correspondientes son inválidos por aplicación del artículo V del título preliminar del Código Civil. Se trata de los siguientes artículos: 81, 87, 90, 100 y 111.

- Finalmente, en el artículo 1692, en caso de no contarse con el asentamiento escrito del arrendador para proceder al subarriendo, la consecuencia está establecida en el inciso 4 del artículo 1697 y es la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento, con lo que también se extingue el subarrendamiento (según el artículo 1694 del Código Civil). Esto significa, como anotáramos, que el subarrendamiento existe hasta que se produzca tal resolución.
- No obstante lo dicho en la conclusión anterior, consideramos que en tres casos la situación prevista en los dispositivos parece indicar que la forma fuera esencial para la validez del acto, aunque la opción de la legislación ha sido la contraria. Se trata de los artículos 162, 320 y 853. Tal vez, debiera realizarse la modificación correspondiente a los textos respectivos.

CAPÍTULO IV

EL ARTÍCULO V DEL TÍTULO PRELIMINAR A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo V del título preliminar establece: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Es una norma de carácter general aplicable a lo largo de todo el Código Civil y, por aplicación supletoria, a todo el sistema jurídico nacional, si lo concordamos con el artículo IX del mismo título preliminar.

Es una de las nulidades que en el capítulo I de este libro hemos denominado virtual, porque para aplicarla no será necesario que cada dispositivo específico esté acompañado de una declaración de nulidad expresa. Por el contrario, el procedimiento de aplicación es el siguiente: se analiza la norma concreta y, si es de las previstas en el supuesto del artículo V, entonces cualquier acto que la contraríe sufrirá el vicio de nulidad.

Como hemos dicho en el capítulo III, hay que tomar en cuenta que este artículo se aplica a todas las normas de orden público, en tanto no se ocupen de los aspectos de forma del acto, porque para tal problemática hay dos normas específicas que lo excluyen y son los artículos 143 y 144 del Código Civil.

Aun cuando el contenido normativo de este artículo aparece como correcto y necesario, los problemas de precisión conceptual para utilizarlo son numerosos, existiendo diversidad de opiniones en la doctrina. Por ello, dividiremos el desarrollo de este tema en dos partes:

una que resume¹ los problemas conceptuales y otra que analiza exegéticamente las diversas normas que, dentro del Código, se ocupan del orden público y las buenas costumbres.

4.1. ASPECTOS CONCEPTUALES

4.1.1. Análisis interno del artículo

Este artículo señala como consecuencia la nulidad del acto jurídico y contiene dos supuestos:

- El primero, que es claro, consiste en que se esté contrariando a las leyes que interesen al orden público. Será, por tanto, importante saber cuáles son estas leyes.
- El segundo es menos evidente y consiste en que el acto jurídico contrarie a las buenas costumbres. Nótese que la redacción para esto último es equívoca, pues puede leerse de dos formas: la primera sería «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbre»; la segunda «es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres». El significado de ambas lecturas es completamente distinto porque en la primera alternativa sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal en tanto que, en la segunda, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación.

Opinamos que la interpretación correcta es la última, es decir, que «es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres», pues, como pretendemos demostrar, aquí se está recurriendo a las costumbres como fuente de derecho «según la ley», concepto claramente desarrollado en la teoría del derecho desde antiguo.

¹ Para un tratamiento más detallado del problema conceptual ver Rubio Correa (1988).

Creemos que la parte del artículo que dice «leyes que interesan al orden público» no se limita textualmente a las normas con rango de ley, sino que se extiende a cualquier otra norma jurídica válidamente aprobada mediante los diversos procedimientos legislativos existentes. Lo contrario sería equivalente a negar fuerza vinculante, para estos efectos, a cantidad significativa de normas jurídicas vigentes que constan en decretos, reglamentos y aun en resoluciones.

En consecuencia, del análisis lógico interno del artículo V del título preliminar concluimos lo siguiente: la nulidad prevista afecta a los actos jurídicos contrarios bien a las normas jurídicas vigentes que se refieren al orden público, bien a las buenas costumbres.

Es necesario decir que tanto el orden público como las buenas costumbres son estándares jurídicos, es decir, normas de contenido variable que dejan su materia a criterio discrecional del magistrado judicial encargado en última instancia de resolver estos problemas. No pretenderemos, por tanto, encontrar una definición exhaustiva de lo que es orden público o buena costumbre, sino encontrar una descripción de cada concepto que pueda ser utilizada operativamente en el trabajo específico.

4.1.2. El orden público

El *orden público* es un concepto esencialmente jurídico que atañe al cumplimiento ineludible de las normas imperativas. Hace referencia al derecho y también se vincula al orden interno en el sentido de la preservación de las reglas generales de la organización social. Así, el orden público no puede desvincularse totalmente de los conceptos político-sociales, aun cuando su ámbito específico resulta siendo el derecho.

Esto, porque el orden público puede figurar expresamente mencionado en determinados dispositivos (que veremos en la segunda parte de este capítulo), pero ellos no deben ser entendidos simplemente en su sentido literal; tras las normas existen muchos principios generales del derecho que dan contenido, significado conjunto y hasta sentido a las normas positivas. Estos principios pueden ser trabajados en el derecho

con diversas aproximaciones de interpretación e integración. En general, autores como Francesco Messineo o los Mazeaud, que citamos en nuestra obra antes referida, están de acuerdo con esta afirmación.

Un problema interesante que aparece en el plano teórico, y también en el de la legislación positiva, es el de las normas imperativas por contraste con las de orden público: ¿se trata de los mismos conceptos o de dos de naturaleza distinta? José Puig Brutau dice lo siguiente sobre las normas imperativas:

Normas imperativas y dispositivas. Esta división se funda en el grado de eficacia de las normas frente a la voluntad de los particulares. Normas imperativas o inderogables (*ius cogens*) son las que se imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares, en el sentido de que estos no pueden sustituirlas ni alterarlas. En cambio, las normas permisivas o voluntarias (*ius dispositivum*) son las que cumplen una función supletoria de la voluntad de las partes, de manera que estas pueden sustituirlas por lo que hayan dejado convenido en su lugar (1981, p. 17).

Pasa luego a desagregar cada uno de los conceptos anteriores de la siguiente manera:

Las normas imperativas, dice Castán, se subdividen en preceptivas y prohibitivas. Las preceptivas (normas forzosas positivas) ordenan positivamente una consecuencia jurídica forzosa, a cuyo fin imponen el cumplimiento de determinados actos (v.g., el deber de prestación de alimentos, exigibles en determinadas circunstancias). Las prohibitivas excluyen la posibilidad de realizar lo prohibido, sin establecer en su lugar una norma jurídica positiva (v.g., la prohibición de contratar sobre herencia futura, o sobre cosas o servicios imposibles [...]).

Las normas dispositivas o voluntarias también pueden subdividirse en interpretativas e integradoras o supletorias. Las primeras ayudan a la comprensión de la voluntad declarada cuando esta se ha expresado de modo dudoso o incompleto [...]. Las integradoras suplen la falta de una declaración de voluntad suficiente. Los declarantes pueden

haber omitido la regulación de ciertos efectos en un contrato [...] o pueden haber callado por completo en cuestiones que podían haber previsto (pp. 20-21).

En este contexto conceptual, las normas imperativas son aquellas que ordenan una conducta positiva o una prohibición (y tal vez en vía de especificación habría que añadir a ellas como tercera especie las normas de sanción, que no quedan plenamente ubicadas en ninguno de los dos casilleros expresados en la cita). Es aquel grupo de normas jurídicas a las que se refiere la clásica disposición «nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe» (literal a del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución). Por oposición a ellas, estarían las normas dispositivas que, caracterizadas como lo hace nuestro autor, no pueden ser clasificadas dentro de las imperativas.

En resumen, esta clasificación entre normas imperativas y dispositivas es clara y excluyente, permitiendo una aplicación más precisa de los conceptos al caso del orden público. De esta manera, el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico (y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación).

4.1.3. Las buenas costumbres

Por de pronto, la expresión *buena costumbre*, requiere tres calificaciones: que sea una costumbre jurídica, que pueda ser calificada como buena, y, además, que el acto jurídico materia de análisis sea contrario a tal buena costumbre jurídica.

La teoría del derecho ha establecido diversos requisitos para que una costumbre social pueda ser calificada como jurídica. No entraremos aquí en mayores precisiones y destacaremos que, en nuestro criterio, dichos elementos son tres: antigüedad, conciencia de obligatoriedad y uso reiterado.

Que la costumbre jurídica sea además *buena* plantea la necesidad de recurrir a calificaciones de naturaleza extrajurídica, más precisamente de moral social, y según las cuales las costumbres podrían ser, a efectos legales, buenas o neutras (puesto que se supone que las malas costumbres no podrían ser válidamente aplicadas dentro del sistema jurídico).

Es de notar, a la vez, que la norma del artículo V está planteada en términos de inversión negativa, es decir, que resulta nulo el acto *contrario a las buenas costumbres*, con lo cual no solo se está reclamando la existencia de una *buena costumbre* sino, más aún, que en el acto materia de análisis exista lo *contrario* a ella.

En este sentido, el supuesto normativo no juega ni con lo que diverge de la buena costumbre sin ser contrario a ella, ni con lo que resulta contrario a una costumbre que podríamos llamar *neutra*, porque el acto jurídico que cayera en tal condición bien podría resultar a su vez neutro. No puede escapar a nosotros que estas disquisiciones plantean problemas complejos de determinación.

En general, puede al mismo tiempo comprobarse que los criterios con que se aprecian las buenas costumbres pueden variar con el tiempo; de hecho, la manera como está tutelada la moralidad sexual dentro de la parte referente a delitos ha sufrido varias modificaciones a lo largo del tiempo tendientes a lograr mayor flexibilidad. Lo propio ha ocurrido con las faltas sancionables. Es decir, el concepto de buena costumbre tiene contenido mudable en función del tiempo, al menos, a partir de las constataciones que hacemos.

Al propio tiempo, los pares moralidad-inmoralidad y licitud-ilicitud no designan una y misma cosa. Lo *ilícito* será lo que vaya contra las normas legales positivas vigentes, o contra sus principios, a ser obtenidos mediante procedimientos interpretativos de tipo lógico o sistemático. Pero lo lícito o ilícito no tiene que ver solo con lo moral o inmoral, pues cubre campos que no interesan necesariamente a la moral. También es cierto decir que no todo lo que concierne a la moral concierne al derecho. Hay, por tanto, ciertos campos en los que moral y derecho se entrecruzan y, allí, el derecho

convierte en ilícito lo que dentro de dicho campo resulta inmoral. La determinación de cuáles son esos campos corresponde necesariamente a la casuística.

Así, al final, queda claro que lo contrario a las buenas costumbres, en cierta manera es contrario también al orden público, es decir, que las buenas costumbres son una especie del género *orden público*, que se caracteriza por su correlación con la conciencia moral social de un momento y un lugar determinados. El orden público comprende a las buenas costumbres, pero no se agota en ellas, proyectándose a otras ilicitudes que carecen de contenido moral, pero que son contrarias a normas imperativas. Esta conclusión es importante para lo que planteamos después: que en cada norma en la que existe referencia genérica exclusiva al orden público se está haciendo también referencia a las buenas costumbres porque ellas son especie de aquel.

Intentando una síntesis operativa, podríamos decir lo siguiente sobre este tema:

- Las buenas costumbres son determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporalmente ubicada.
- Las buenas costumbres no se agotan en la moral sexual, sino que van a cubrir otros terrenos.
- Las buenas costumbres de las que tratamos tienen que ser costumbres jurídicas y el acto nulo es el que las contraría. Por tanto, se requieren tres determinaciones: costumbre jurídica, buena y acto contrario a ella.
- Las buenas costumbres se ubican en el complejo campo de las relaciones entre derecho y moral.
- Las buenas costumbres son una especie del orden público pero no lo agotan.

4.1.4. La determinación de la violación del orden público y las buenas costumbres

La nulidad de los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres es materia en la que se hace primar intereses sociales frente a la autonomía de la voluntad, declarada constitucionalmente como derecho de la persona. Por tanto, la determinación de esta circunstancia debe ser realizada por los tribunales competentes.

Para la indagación de qué es orden público y qué es buena costumbre en cada caso, José León Barandiarán dice comentando el artículo III del título preliminar del Código de 1936:

La condenación del pacto en cuanto se opone a las buenas costumbres es también (como en el caso del orden público) una limitación a la libertad convencional. La respectiva apreciación corresponde, naturalmente, al juez, en cuanto ello cae dentro de su competencia funcional. Mas, como una exigencia deontológica, por la propia naturaleza de la función judicial, no puede ser una apreciación arbitraria, caprichosa, completamente subjetiva, personalísima. El juez aquí es un intérprete del sentir y del apreciar general de las gentes sobre la moral social reinante, debiendo proceder como procedería un hombre con un sensato y natural criterio de persona de bien. Siempre resulta posible hacer la discriminación entre lo lícito o lo ilícito, lo moral o lo inmoral, para poder pronunciar la nulidad del pacto que atenta contra el primero (1973, pp. 46-47).

La opinión de este autor es coincidente con los principios generales que hemos desarrollado anteriormente en relación al carácter de estos conceptos, tan estrechamente ligados a la determinación de las normas imperativas en el caso del orden público y al escudriñamiento de la conciencia moral determinada en el caso de las buenas costumbres. El magistrado judicial, aquí, no debe resolver en función de sus propias convicciones, porque no se trata de una discrecionalidad personal, sino

que debe actuar como un develador de las ideas sociales predominantes. En esto no hay nada inusual, ya que la función jurisdiccional ha estado (y está) estrechamente vinculada al quehacer y a las concepciones sociales. Ello permite ver, de paso, la importancia que en la formación del juez tendrá una aproximación a los desarrollos que son propios de las ciencias sociales, al menos pero no únicamente, para efectos de cumplir sus funciones en este terreno.

De otro lado, no podemos dejar de hacer mención a la trascendencia social que tiene esta norma en nuestro medio, en el que amplios sectores de la población tienen costumbres que son significativamente distintas de las posiciones culturales e ideológicas dominantes de la Costa, y más específicamente, de Lima. El artículo V, desde esta perspectiva, permite flexibilizar de manera importante el rigor que eventualmente puedan tener las leyes del Estado al ser aplicadas a partes del territorio o grupos humanos que tienen sus propias cosmovisiones generales y, por tanto, cuentan también con costumbres distintas a las predominantes.

4.2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO

Al orden público se refieren doce artículos del Código Civil a los que hay que añadir otros cuatro en los que se menciona a las buenas costumbres. En esta parte nuestro interés es hacer un estudio analítico de cada norma, con la finalidad de poder desentrañar, hasta donde sea posible, qué arroja sobre estos conceptos la sistemática del Código y luego comparar el concepto de *orden público* con el de *norma imperativa*, que también es utilizado por el Código en cuatros artículos.

4.2.1. El orden público y las buenas costumbres

4.2.1.1. Artículos V y 219 inciso 8

Título preliminar, artículo V. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

La norma, como hemos dicho, constituye un principio general de nuestro derecho civil, extensible a otras ramas del sistema, en la medida que no sea incompatible con ellas, de acuerdo al artículo IX del título preliminar.

Establece dos supuestos:

- Que el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público.
- Que el acto jurídico sea contrario a las buenas costumbres.

En ambos casos la consecuencia es la misma: tal acto jurídico será nulo.

La norma es concordante en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil que dice:

Artículo 219. El acto jurídico es nulo

[...]

8. En el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Este artículo, frente al V del título preliminar, plantea dos cuestiones por precisar:

- La primera, que basta el artículo V del título preliminar para establecer la nulidad del acto jurídico cuando se cumple cualquiera de los dos supuestos. La doctrina, en algunos casos, ha planteado que la norma del título preliminar es una declaración genérica que, para poder conducir a la nulidad, requiere de necesaria concordancia con otra norma específica que establezca dicha sanción al acto. Ahora, concordando las dos disposiciones, es obvio que el artículo V es una norma autónoma que produce el efecto por sí misma.
- La segunda, que puede ocurrir que una norma específica asigne una sanción diversa al acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Esta sanción, en interpretación del inciso 8 del artículo 219, puede ser bien

algo distinto a la nulidad, bien la sanción de nulidad con otra consecuencia adicional (como por ejemplo una indemnización). En este caso nos hallaríamos ante la consagración, de un lado, del carácter de principio general del artículo V y, de otro, de la posibilidad reconocida en el derecho de que la norma especial con sanción distinta prime sobre la norma general.

Salvo el artículo 6 que se plantea casos de estado de necesidad, o de actitudes humanitarias en la disposición del propio cuerpo, y que, por tanto, adquieren contornos excepcionales propios de toda situación límite como esta, no hemos encontrado disposición que no adscriba la nulidad al acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Como ya dijimos, al interpretar el artículo V del título preliminar, debe entenderse que el concepto de orden público no está restringido al ámbito de las leyes sino que tiene que abarcar también otro tipo de normas que sean referidas al orden público aunque provengan de fuentes distintas.

El artículo no brinda precisiones sobre qué debe entenderse por orden público y qué por buenas costumbres. Se supone que ello es determinado por el agente aplicador del derecho (normalmente, el funcionario con jurisdicción).

4.2.1.2. Artículo 6

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

En este artículo, lo referido específicamente a nuestro tema, arroja las siguientes consideraciones:

- No estamos ya ante las «leyes que interesan al orden público» como en el artículo V, sino frente al orden público simple y llano. Esto refuerza la idea señalada anteriormente en el sentido de que orden público tiende a ser un concepto más comprehensivo que ley.
- Vuelve a aparecer la disyunción entre el orden público y las buenas costumbres que resultan distintos en la expresión elaborada por el legislador.
- Que el orden público es distinto a las leyes, se refuerza aún más por el hecho de que el segundo párrafo del artículo establece que toda esta materia de disposición o utilización de órganos y tejidos será regulada por una ley. Desde este punto de vista, y si orden público fuera equivalente a la ley, bastaría con que el Código dijera que están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que así determine esta ley. Sin embargo, a partir del texto, puede concluirse que la ley de la materia establecerá ciertos límites y prohibiciones, pero que eventualmente, en adición a ellos, estarán los límites inherentes al orden público que pueden ser más amplios.
- La norma es imperfecta desde la clasificación de las sanciones porque: ¿un acto de disposición de los prohibidos, una vez realizado, cómo se sanciona? Al parecer, no habría sanción posible como no fuera considerar este hecho como un tipo delictivo.
- La parte final del primer párrafo señala que serán válidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, en tres supuestos:
 - Cuando su exigencia corresponda a un estado de necesidad de orden médico. El concepto *estado de necesidad* debe ser precisado

y, probablemente, tiene conexión con la escala comparativa de valores que subyace al mismo en el derecho penal: disminución física contra pérdida de vida en el donatario, etcétera.

–Cuando su exigencia corresponda a un estado de necesidad de orden quirúrgico. Vale la misma apreciación que en el párrafo anterior.

–Cuando está inspirado por motivos humanitarios, se entiende, en la voluntad del donante.

De tal manera que la prohibición establecida por motivos de orden público o de buenas costumbres puede ser superada por cualquiera de estos tres supuestos, convirtiendo en válido el acto de disposición aún en la etapa previa a la realización física de la donación.

- En verdad resulta difícil encontrar cuál sería el atentado contra el orden público o las buenas costumbres en una donación de persona a persona en materia tan trascendental. Puede ser que se trate de la disposición onerosa que afecte seriamente la salud del interesado, pero habría que establecer jurisprudencialmente cuáles son los límites: ¿En el caso de la sangre será una cantidad determinada? En el caso de órganos que no se regeneran, no estamos ante la prohibición basada en el orden público o las buenas costumbres, porque más bien se trata del otro supuesto: una disminución permanente de la integridad física (que también es causal de prohibición). Podría también tratarse de la desfiguración, que produce un efecto negativo en el resto de la sociedad, pero cabría preguntarse si el derecho tiene que ingresar a este campo tan privado y tan referente a la propia imagen. En definitiva, la norma parece poco clara en lo referente específicamente al orden público (y a las buenas costumbres).

4.2.1.3. Artículo 13

A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, exclusivamente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura, sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

El orden público en este artículo está ligado a las «normas pertinentes». Hay que señalar la diferencia con los artículos anteriormente comentados, en la medida que aquí no se habla ni de orden público a secas ni de leyes que interesan al orden público. En realidad, *normas* puede estar en conexión con cualquier tipo de fuente del derecho y, desde luego, con los principios del derecho.

Como resulta obvio, en materia de necropsias, incineración y sepultura, se puede afectar particularmente a las buenas costumbres. Llama, por consiguiente, la atención que precisamente en este artículo no se haga referencia a ellas. Tal vez sea un indicio de que para el legislador de alguna manera las buenas costumbres están subsumidas en el orden público. Esta no es una consideración incoherente si reparamos que el artículo habla de «normas de orden público» lo que, analizado sistemáticamente con el artículo V del título preliminar, puede fácilmente conducir a considerar que las buenas costumbres son distintas de las «leyes que interesan al orden público» (en el caso del título preliminar, como oportunamente vimos), pero que constituyen en sí mismas «normas de orden público», aplicado el concepto de *norma* en el sentido extensivo que permite la teoría de las fuentes del derecho, entre las cuales se hallan precisamente las costumbres.

En cualquier caso, se puede advertir, en la comparación del artículo 13 con el V del título preliminar, la inconsistencia de las expresiones del legislador al abordar la materia del orden público y las buenas costumbres, pues en cada uno de ellos utiliza conceptos distintos, lo que manifiesta problemas de falta de claridad en la definición de cada campo y cada concepto.

Finalmente, aunque queda tácitamente expresado en la norma, aquí la consecuencia de afectar a una norma de orden público tiene que ser la imposibilidad de la decisión, es decir, su necesaria no ejecución o, en caso de haber sido ya realizada, su reversión. Estaríamos, así, frente a un caso en el que se producen los efectos de la nulidad del acto jurídico de que se trate. Hay que anotar, no obstante, que no siempre el acto podrá ser revertido y que cuando la reversión sea imposible no habrá sanción pues la norma no la contempla.

4.2.1.4. Artículos 96 y 120

Artículo 96. El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 120. Es de aplicación al Comité lo dispuesto en el artículo 96.

En el caso de estos dos artículos, el concepto de orden público vuelve a ser genérico, pues no se menciona ni a las normas ni a las leyes. Al propio tiempo, aparece la disyunción entre orden público y buenas costumbres como conjuntos distintos entre sí.

El tipo de consecuencia, para el caso de instituciones, es el análogo a la nulidad en el caso del acto jurídico: la institución que viola estos principios será disuelta.

Los términos de las normas, sin embargo, no obligan al Ministerio Público a pedir la disolución. Establecen una atribución que, dentro de los cánones interpretativos propios del derecho público, deberá entenderse como sometida a discrecionalidad.

Ambas normas son concordantes con el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución en la parte que establece que las asociaciones y las fundaciones no pueden ser disueltas por resolución administrativa. Con ello, y cuanto menos en este caso, se consagra de manera expresa un principio muy importante: el orden público y las buenas costumbres,

en sus efectos conducentes a la nulidad del acto (o disolución de las instituciones), deberán ser apreciados por quien detenta jurisdicción.

4.2.1.5. Artículo 738

El testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Es evidente que aquí la referencia a la no contradicción de la ley es equivalente al orden público, expresión que debería haberse preferido para guardar coherencia con la sistemática general del Código. Se distingue a las buenas costumbres como una fuente *según la ley* autónoma.

4.2.1.6. Artículo 1328

Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Este artículo se halla ubicado en la parte referente a las disposiciones generales sobre inejecución de obligaciones. El sentido de la norma del segundo párrafo es el mismo que, en general, hemos encontrado en las normas anteriores referentes al tema: se considera que es nulo el pacto que exonera o limita la responsabilidad ante violación de obligaciones derivadas de normas de orden público porque, aunque el pacto no es directamente una violación a dichas normas, sí constituye una manera de eludir el cumplimiento de estas normas en forma impune. Una consecuencia adicional, sobre la base de lo dicho, es que el artículo supone que el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas de orden público debe conllevar la imputación de responsabilidad en el agente.

El artículo no habla del orden público en general, sino de las «normas de orden público». No obstante, carecemos de mención a las buenas costumbres y es de notar que en materia de obligaciones, muchas veces se puede presentar el incumplimiento de las que las afecten, en especial, teniendo en cuenta la naturaleza de la materia específica. Sería inconsistente excluir la nulidad del pacto de exoneración para la violación de las buenas costumbres, tanto más si en la mayoría de las otras normas que versan sobre la materia, las buenas costumbres están consideradas como de cumplimiento obligatorio. Es, por tanto, razonable, aunque no indiscutible, pensar que en este caso, en el legislador el concepto de «normas de orden público» incluye al de «normas referentes a las buenas costumbres». En todo caso, de la redacción normativa, queda claro que existe un vacío al respecto.

Cabría, aún, una reflexión adicional: según este artículo, *a contrario*, sí sería posible un pacto de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos de violación de obligaciones derivadas de normas que no son de orden público. Si este razonamiento fuera aplicable, cabe preguntarse cuáles son este tipo de normas: ¿son solo las pactadas por las partes? ¿Serán aquellas que actúan en suplencia de la voluntad expresa? En este último caso, además, entramos en una nueva consideración de carácter conceptual sobre la naturaleza de las normas pues, bien vistas las cosas, una norma de suplencia, cuando rige por la abstención de las partes sobre el punto pareciera que se vuelve imperativa. La norma del artículo que comentamos no da respuesta a este problema de manera determinante.

4.2.1.7. Artículos 1681 inciso 7 y 1697 inciso 3

Artículo 1681. El arrendatario está obligado:

[...]

7. A no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1697 inciso 3. El contrato de arrendamiento puede resolverse:

[...]

Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquel para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.

La norma considera al orden público como un concepto genérico, no vinculado directamente a las normas jurídicas o a las leyes y lo diferencia de las buenas costumbres. Desde luego, la mención expresa a las últimas se puede explicar en buena parte porque en todo contrato de arrendamiento existen una serie de supuestos no expresamente considerados en las cláusulas del contrato. Ningún contrato de este tipo pretende exhaustividad para regular de manera expresa todas las circunstancias que puedan sobrevenir sobre su ejecución, en particular en cuanto al comportamiento del arrendatario.

Las dos normas son complementarias: la primera es la que se denominaría *norma secundaria* en la terminología kelseniana, es decir, la que establece la disposición básica; la segunda sería la *norma primaria* en las denominaciones del mismo autor y es la que establece la sanción. Esta sanción es la posibilidad de resolver el contrato cuando se presente el supuesto de la norma, solución análoga en las circunstancias a la nulidad del acto jurídico. Desde luego, desde el encabezamiento mismo del artículo queda en claro que la resolución puede o no alegarse a criterio del arrendante, no siendo por consiguiente automática.

Un vasto campo de análisis, que aquí solo dejamos mencionado, es el que plantea el inciso 7 del artículo 1681, al establecer como obligaciones distintas del arrendatario el «no hacer uso imprudente del bien» y el «no hacer uso del bien contrario al orden público», lo que permite suponer que la imprudencia es distinta al orden público. Esta disquisición que pudiera ser intrascendente, apunta, sin embargo, a un tema importante: conceptualmente, en una disposición de este tipo, parece estarse afirmando que el orden público no tiene que ver con la subjetividad del agente que actúa, sino con la conformación objetiva

de sus actos. Es decir, que la violación del orden público es trascendente a la subjetividad de quien lo violenta. Decimos que este es un vasto campo de análisis porque habría, en este artículo, que precisar cuál es el alcance que tiene el concepto de *imprudencia*: ¿Se refiere solo a esta modalidad de la culposidad o incluye otros conceptos como la negligencia, la impericia y, eventualmente, el dolo? La respuesta no aparece ni del inciso 7 ni de la comparación sistemática con los demás incisos del mismo artículo 1681.

4.2.1.8. Artículos 2049 y 2050

Artículo 2049. Las disposiciones de la ley extranjera pertinente, según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano.

Artículo 2050. Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de derecho internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida [...] que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.

La variación fundamental en estos artículos es la referencia al orden público internacional y no al interno. Ello parte de la concepción de un orden público dual dentro del derecho internacional privado que en una excelente tesis César González Hunt describe así:

El orden público interno ejerce su influencia en el seno de un Estado, en la jurisdicción de una sola ley. Está constituido por las reglas que se imponen de una manera imperativa y sin excepción alguna, a los nacionales o a los domiciliados, únicamente. Dichas reglas no pueden ser derogadas por convenciones de carácter particular, porque están fundadas en el orden público, y han sido dictadas con el propósito de salvaguardar los intereses individuales. Son consideradas de esta clase las normas referidas al estado, condición civil, capacidad de las personas y a las relaciones de familia.

El orden público internacional tiene un carácter absolutamente obligatorio para nacionales y extranjeros. Dichas reglas no pueden ser derogadas por la aplicación de leyes extranjeras. En general, la regla de orden público internacional encara directamente el interés del Estado. Son consideradas de esta clase, las normas referidas a las llamadas leyes de policía y seguridad.

Si hiciéramos una distinción entre estos órdenes tendríamos que afirmar que el orden público interno mira el interés particular; mientras que el orden público internacional mira el interés general (1986, pp. 100-101).

Por su parte Delia Revoredo Marsano, ponente de este libro del Código, explica así el contenido del concepto de orden público internacional:

Es necesario ahora esclarecer del mejor modo posible el contenido y la naturaleza del orden público. Para ello debemos diferenciar claramente el orden público nacional del internacional, teniendo presente que es a este último al que se refiere el artículo 2049.

Las normas del derecho peruano de carácter imperativo, que no pueden modificarse a voluntad de los individuos, protegen nociones que son de orden público nacional e internacional. Así, el artículo 42 del Código Civil que dispone que la capacidad civil se adquiere a los 18 años es de orden público interno pues los individuos no podemos declararnos válidamente capaces antes de esa edad, ni la voluntad recíproca de dos contratantes puede modificar tal regla.

El orden público internacional, en cambio, tiene que ver con la naturaleza de normas peruanas que no pueden ser descartadas por la aplicación de leyes extranjeras. El artículo 42 al que acabamos de referirnos puede ser descartado por una disposición extranjera que otorgue capacidad a una edad menor o mayor que 18 años a un individuo domiciliado en el extranjero (pues la capacidad se rige por la ley del domicilio, artículo 2070). Dicha disposición del artículo 42 no es, por tanto, de orden público internacional sino interno.

Por otro lado, no se admitirá que una ley extranjera descarte las disposiciones sobre control de cambios del país del juez cuando el pago de la deuda debe ser hecho en este país. Esta es, entonces, una disposición de orden público internacional. Esta distinción, como aclara Alfonsín, pone de manifiesto que si bien todo precepto de orden público internacional es a fortiori de orden público interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta con que una norma sea de orden público interno para fundar en ella una excepción de orden público internacional (Derecho internacional privado, pág. 570).

A fin de precisar el ámbito del orden público internacional, el Institut de Droit International ha recomendado que «para evitar la incertidumbre, que favorece la arbitrariedad de los jueces y compromete, por lo tanto, el interés de los particulares, cada legislación determine con toda precisión posible cuáles disposiciones no serán postergadas jamás por una ley extranjera [...]».

Debe tenerse en consideración, además, la distinción entre la ley extranjera, y los efectos o consecuencias de la ley extranjera. En palabras de Bar, una ley extranjera opuesta al orden público local puede ser, no obstante, el sostén de derechos que no afectan al orden público local: «Si un país extranjero proscribe el divorcio por razón de orden público, impedirá que ante sus tribunales se demande el divorcio al amparo de tal o cual ley extranjera, regularmente aplicable al caso. Pero no desconocerá el estado civil de quien se divorció en otra parte, ni impedirá que contraiga segundas nupcias, ni desconocerá la validez del segundo matrimonio que haya contraído en el exterior [...]». Lo que afecta al orden público local no es, pues, la ley extranjera, sino su repercusión en nuestro territorio, como aclarara Alfonsín (1985, pp. 903-904).

Los ejemplos utilizados en esta larga cita ameritan, en nuestro objeto de estudio, un análisis detallado. Queda claro de lo transcrito que dos cosas distintas son el reconocimiento de situaciones creadas como hechos cumplidos en aplicación de la ley extranjera y la aplicación de las mismas

leyes en el Perú. Así, si una persona adquirió plena capacidad a edad menor que dieciocho años según su ley de domicilio, o se divorció válidamente allá en virtud de la aplicación de una causal de disolución del vínculo matrimonial no considerada en nuestra legislación, dichas circunstancias serán reconocidas en el Perú, precisamente, como hechos cumplidos. No obstante, dicho sujeto no podrá invocar esas normas ante tribunales peruanos para lograr la plena capacidad o para obtener el divorcio.

Lo que nosotros opinamos en este punto es lo siguiente: en verdad, en el Perú existen dos grupos de normas de derecho público aplicables a estas circunstancias: el primero que tiene validez de carácter general, está conformado por las normas internas referentes a la capacidad o al divorcio; y, el segundo son las normas de los dos primeros párrafos. Estos párrafos dicen lo siguiente:

Artículo 2070. El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

De esta forma, el que llamaríamos *orden público interno* del Perú está conformado por dos posibilidades: la primera, norma de carácter general, que son las internas y aplicables a los domiciliados en el Perú; la segunda, los supuestos del artículo 2070 que hemos transcrito y que prevén que el sujeto esté domiciliado fuera del Perú, o que haya adquirido una situación específica en dicho lugar de domicilio anterior, y que luego se domicilia en el Perú. Esta circunstancia nos muestra que, en realidad, no existen dos órdenes públicos (interno e internacional), sino un solo orden público (interno), con dos posibilidades expresamente reconocidas de la forma cómo lo hemos establecido.

Probablemente, el problema de precisión respecto a aquello en lo que consiste el orden público (interno) proviene de la identificación que se suele hacer entre orden público y derecho público. Es evidente, en los ejemplos propuestos, que las normas internas sobre adquisición de capacidad y sobre

divorcio pertenecen al derecho público del Perú, pero no son su orden público frente a la problemática del derecho internacional privado, en la cual el orden público integralmente considerado supone las excepciones señaladas en el artículo 2070. Por eso, el concepto de derecho público no es útil para la configuración del concepto del orden público.

Una ratificación adicional de lo expresado es el párrafo que Delia Revoredo Marsano transcribe del *Institut de Droit International*, para el cual resulta recomendable que cada legislación determine, con toda la precisión posible, cuáles disposiciones no serán postergadas jamás por una ley extranjera. Aquí, lo que se está pidiendo es que mediante norma de derecho público específica, se haga excepción a otra norma de derecho público genérica frente a ella (que sería la norma de remisión), con la finalidad, precisamente, de fijar el orden público integral del caso. Establecidas así las cosas, queda en claro que no se trata, en nuestro criterio, de que haya dos órdenes públicos, sino uno solo, que debe ser evaluado sobre la base de todo el grupo de normas aplicables a cada circunstancia.

Por ello, compartimos la apreciación realizada por César González Hunt al respecto:

A nuestro entender, el orden público es nacional por definición. En efecto, si el objeto del orden público se centra, en derecho internacional privado, en proteger las instituciones que reúnen las condiciones fundamentales de la vida social, frente a la aplicación obligatoria de un derecho extranjero que normalmente habría de tener efectos en el país, no vemos cómo puede aludirse a un supuesto orden público internacional (1986, p. 106).

De esta manera, en ambos artículos estamos frente a los supuestos antes trabajados: se trata de la prohibición de violentar el orden público y también a las buenas costumbres, entendidos como «las instituciones que reúnen las condiciones fundamentales de la vida social», lo que es una alusión al carácter jurídico-político del orden público que ya hemos señalado anteriormente y que, dicho sea en reconocimiento de verdad,

es compartido por el autor que citamos aunque con expresión literal algo distinta.

4.2.1.9. *Artículos 2060 y 2104 inciso 7*

Artículo 2060. La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú.

Artículo 2104. Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103:

[...]

7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

En ambos artículos el orden público está considerado como un concepto general, no delimitado por su pertenencia a «las leyes» o a «las normas». En el artículo 2060 no hay referencia a las buenas costumbres y en el 2104 sí, lo cual es inconsistente, porque podría ocurrir que también al elegir un tribunal extranjero o al prorrogarse jurisdicción se las afecte. En esta hipótesis, como en otros dispositivos, es dable concluir que en concepto del legislador, las buenas costumbres pueden ser subsumidas en el orden público.

A partir de la redacción del artículo 2060 parece establecerse como distintos el abuso del derecho y lo que resulta contrario al orden público. Sin embargo, el principio de no amparo del abuso del derecho contenido en el artículo II del título preliminar del Código Civil es consustancial al orden público desde que constituye regla que aprecia la forma en que se ejercitan los derechos dentro del sistema. Sería inconsistente considerar, entonces, que el abuso no forma parte del orden público, a partir de una redacción a la que estimamos imperfecta. Es nuestra opinión que en este caso,

como en otros ya analizados, hay que interpretar la mención al abuso como una especificación del orden público, atendiendo a su naturaleza, y no como una diferenciación entre ambos.

Asunto particular consiste en que en ambos artículos se establece como requisitos distintos la no violación del orden público y que la elección de tribunal extranjero, o la sentencia por ejecutar en el Perú, no versen sobre asuntos de competencia exclusiva de los tribunales peruanos. En verdad esto es una inconsistencia porque uno de los elementos esenciales del orden interno es la determinación de la competencia exclusiva. Una revisión sumaria de los otros incisos del artículo 2104, por otro lado, abona en esta asistematicidad. En realidad, con estas dos normas parece demostrarse que el legislador no tiene idea definida del orden público o cuanto menos ha expresado las disposiciones de manera tal que no queda en absoluto claro de qué se trata el orden público: ¿es una referencia genérica que permite incluir todo lo no expresamente mencionado o pretende ser una categoría conceptual con contenido más preciso? Da la impresión de que para el legislador fuera lo primero cuando, en rigor, debiera pretenderse lo segundo.

De las consideraciones hechas a propósito de los artículos 2049 y 2050 sobre el orden público internacional y el interno queda claro que, en nuestro concepto, resulta innecesario establecer la precisión que en el artículo 2060 se hace sobre el orden público del Perú. Basta con la referencia genérica al orden público.

4.2.2. Las normas imperativas

En adición a las normas que se refieren al orden público de la manera reseñada en la parte anterior, existen otros cuatro artículos que mencionan expresamente a las normas imperativas. Ellos son los siguientes: 689, 1354, 1356 y 2096. En el examen que hacemos a continuación nos interesará, particularmente, buscar los elementos de juicio que permitan saber si hay un deslinde factible, en términos conceptuales, entre norma imperativa y orden público.

4.2.2.1. Artículo 689

Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley.

El artículo se halla ubicado en la parte referente a las disposiciones generales de la sucesión testamentaria. Por la naturaleza del mandato, tiene que ver con los artículos 171 y 172 referentes a la condición, y con el artículo 189 referente al cargo.

En el caso de las condiciones hay que distinguir entre las suspensivas y las resolutorias. Para las suspensivas el Código señala los siguientes supuestos en la parte del acto jurídico:

- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto (artículo 171, primer párrafo).
- La condición suspensiva de los efectos del acto, que depende de la exclusiva voluntad del deudor, determina la nulidad del acto (artículo 172).

En ambos casos, el efecto del artículo 789 es considerarlas no puestas, de tal manera que lo que se hace es dar validez directa a la voluntad del testador.

Para las condiciones resolutorias ilícitas y físicas o jurídicamente imposibles, la solución es la misma en el artículo 171, segundo párrafo, y en el artículo 689: se consideran no puestas.

Lo propio ocurre con el artículo 189 en referencia al cargo ilícito o imposible: el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

Es decir que el Código ha sido consistente en estas normas con el principio de que debe respetarse, hasta donde sea posible, la voluntad del causante.

Sin embargo, interesa en nuestro caso determinar lo siguiente. El Código, en el artículo 689, se refiere a «[...] las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley». Por consiguiente, de acuerdo a una

interpretación literal y estricta del dispositivo, debe entenderse que las únicas condiciones y cargos que deben ser considerados no puestos, son los ilícitos, los físicos o jurídicamente imposibles y las condiciones suspensivas que dependen de la voluntad exclusiva del deudor, pero siempre calificadas de acuerdo a las normas imperativas de ley. Por tanto, si eventualmente se hubiera puesto un cargo o una condición no reñidos con *la ley*, pero sí con las buenas costumbres o con otras normas provenientes de fuentes diversas, entonces ellos sí se consideran puestos y, por consiguiente, exigibles.

No extrañará que muchas veces se produzca la situación que hemos previsto y, por consiguiente, en estos casos se genera un problema interpretativo de naturaleza sistemática pues, si en algunos casos el código habla de *orden público* y en este no, muchos entenderán que el criterio adoptado por el legislador ha sido aquí restrictivo a las «normas imperativas de las leyes», pero no a las normas que interesan en general al orden público.

Por lo señalado, encontramos inconsistencia en el tratamiento del problema por el legislador. En nuestro criterio la frase elegida para esta norma es insuficiente, pues en rigor puede tratarse de normas igualmente imperativas como, por ejemplo, las buenas costumbres. En otras palabras, no encontramos buena razón para que en el artículo 680 se haya hablado de «normas imperativas» y hubiéramos encontrado mejor que se dijera «... y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios al orden público o a las buenas costumbres».

4.2.2.2. *Artículos 1354 y 1356*

Artículo 1354. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1356. Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

Lo primero que hay que notar en estas normas es que el artículo 1354 viene a ser una adaptación para las consecuencias de la libre determinación

del contenido del contrato por las partes, de lo estipulado en el artículo V del título preliminar del Código Civil, porque bien puede entenderse en este, dentro de una interpretación literal y estricta: «es nulo el contrato cuyo contenido determinado libremente por las partes sea contrario al orden público o a las buenas costumbres».

En cierta medida, el artículo 1354 deviene en duplicación del artículo V del título preliminar en lo que se refiere a la consecuencia, con dos aspectos negativos:

- El primero, que no establece la sanción correspondiente a su incumplimiento de manera expresa.
- El segundo, que parecería limitar la libertad de las partes solo a lo que mandan las normas legales de carácter imperativo, pero que no consideraría los aspectos más generales del orden público y, sobre todo, de las buenas costumbres.

En una interpretación más sistemática del artículo 1354 puede verse, sin embargo que la concordancia entre su texto y el artículo V del título preliminar del Código Civil resulta inevitable, es decir, que el artículo 1354 no es una norma de carácter excepcional frente al artículo V sino una especie de duplicación, como hemos dicho, para establecer una norma específica al respecto en las disposiciones generales de los contratos. En otras palabras, tiene que entenderse que si las partes pactan libremente contra el orden público o las buenas costumbres, aunque dicho contenido no se halle prohibido expresamente por norma legal de carácter imperativo, también habrá nulidad del contrato por aplicación de la norma señalada del título preliminar.

Por consiguiente, lo que en realidad se ha debido decir en el artículo 1354 es que no se puede contradecir al orden público ni a las buenas costumbres en el ejercicio de la libertad de contratación. La redacción del artículo, para guardar mejor sistemática y unidad dentro del Código, creemos que debería haber tenido el carácter siguiente: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato,

pero se estará a lo mandado por el artículo V del título preliminar, en caso de ser infringidas sus disposiciones».

Tampoco aquí, en consecuencia, encontramos razonable que haya hecho referencia a las normas imperativas, sustituyendo esta expresión a la de orden público (y buenas costumbres).

Y a fundamentar lo antedicho colabora la comparación entre el uso del término *imperativo* en el artículo 1354 y en el 1356. En este, lo que se pretende es efectuar un contraste entre la norma supletoria y la imperativa, es decir, entre la disposición que suple la voluntad no expresada de las partes y la que no puede ser soslayada de ninguna manera. El significado de *disposiciones imperativas* en el artículo 1356 es inmanente a la naturaleza de las normas jurídicas, es una calificación jurídica y tiene que ver solo en parte, e indirectamente, con el concepto de *orden público* al que hemos hecho referencia en este trabajo.

Del análisis de estos dos artículos, por comparación de sus textos, queda claro, a nuestro juicio, que uno es el sentido de *disposición imperativa* (por contraste con *disposición supletoria*); y que otro distinto es el significado de *norma imperativa* como generadora de prohibiciones y nulidades en todo de actos jurídicos, como hemos visto en el acápite anterior.

4.2.2.3. Artículo 2096

La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

Es de notar que en el texto de este artículo se presenta con claridad la inconsistencia que hemos encontrado en la comparación entre los artículos 1354 y 1356 de nuestro Código, por las siguientes razones:

- La primera parte del artículo 2095 establece que la ley competente determina las normas imperativas aplicables y, a la vez, pero como cosa distinta, los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, estos límites incluyen necesariamente a las normas

imperativas aplicables, pero no tienen que ser necesariamente reducidos a ellas pues, en ese caso, la disposición final del artículo sería innecesaria.

- De otro lado, si el artículo 2095 remitiera a la legislación peruana el caso de que se trate, las normas imperativas aplicables estarían fijadas por el artículo 1356 y aquellas a las que él se remitiera de manera específica, pero los límites a la autonomía de la voluntad de las partes estarían fijados por la conjunción, entre otros, de los artículos 1354 y V del título preliminar del Código Civil. En otras palabras, los límites de la voluntad estarían también fijados por la nulidad de los actos contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Esto es equivalente a decir que cuando en el artículo 2096 se utiliza la expresión *normas imperativas*, se hace en el mismo sentido en que es utilizado en el artículo 1356, y no con significado igual al de orden público y buenas costumbres.

4.3. CONCLUSIONES

- a) De los trece artículos que mencionan expresamente los conceptos de orden público y buenas costumbres (pues el artículo 219 inciso 8 hace referencia al artículo V del título preliminar), en diez casos se los señala expresamente en conjunto y solamente en tres casos se habla de orden público sin referencia a las buenas costumbres (son los artículos 13, 1328 y 2060). Sin embargo, en cada uno de los tres artículos hemos encontrado que la no mención de la buena costumbre es una deficiencia que puede presentar problemas interpretativos.

De estas constataciones, queda claro que es necesario bien utilizar este par de conceptos en conjunto cada vez que se hace referencia a uno de ellos, bien establecer con claridad que las buenas costumbres

son parte integrante del orden público, como hemos establecido en la parte teórica de este capítulo.

Por consiguiente, consideramos que dentro de los artículos 13, 1328 y 2060 deben entenderse incluidas a las buenas costumbres como elemento constitutivo del orden público. Esta opinión se fundamenta en que la doctrina así lo considera y en que el análisis norma por norma que hemos realizado demuestra la inconsistencia de no considerar así las cosas.

b) En lo que respecta a la mención del orden público, el Código asume las siguientes características:

- En nueve casos, hace una referencia general al orden público como factor exógeno, no definible necesaria o exclusivamente desde normas específicas del derecho. Son los artículos 6, 96, 120, 1681, 1697, 2049, 2050, 2060 y 2104 (como vimos, en los artículos 2049 y 2050 es propio considerar que el orden interno aludido es uno solo y no adscribir a la teoría dualista).
- En un caso, se refiere a las «leyes que interesen al orden público». Es el artículo V del título preliminar.
- En otros casos el Código se refiere a las «normas de orden público». Estamos hablando de los artículos 13 y 1328.

Esta apreciación estadística demuestra, por un lado, que existe falta de precisión en el lenguaje general del Código sobre la materia, porque las referencias al orden público están hechas de tres maneras distintas y, aparentemente, se trata de decir lo mismo. Cuando menos, eso es lo que manifiesta del trabajo que hemos realizado al analizar artículo por artículo.

De otro lado, muestra que en un número significativamente mayor de casos, el legislador se ha referido al orden público en términos genéricos, no reducido a cierto tipo de normas y, por tanto, definible como un concepto que abarca normas y principios

dentro del derecho, pero que también puede tener connotaciones no jurídicas, como hemos visto en la parte teórica de este capítulo. Consideramos, por ende, que las referencias dentro de estos doce artículos, están hechas al orden público como concepto jurídico-político globalmente considerado, pero, desde luego, en lo que atañe a sus consecuencias dentro del ámbito civil.

- c) La parte referente al derecho internacional privado presenta problemas en relación con el concepto de orden público en el Código, al hacer menciones indistintas al «orden público» (artículo 2104 inciso 7); «orden público del Perú» (artículo 2060); y, «orden público internacional» (artículos 2049 y 2050). En nuestra opinión, el orden público es un solo concepto a lo largo del Código. Obviamente, cumple funciones diversas, según cada conjunto normativo, y, en particular, en el caso del derecho internacional privado es una excepción a la aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, esto no parece justificar que se matice de tres maneras la denominación. Por consiguiente, opinamos que los artículos 2049, 2050 y 2060 deben referirse al orden público sin las especificaciones que hoy tienen. Esto homogeniza la denominación del concepto y permite coherencia general en todo el texto del Código Civil, sin sacrificar contenidos esenciales, tal como oportunamente se vio.
- d) Del análisis de los cuatro artículos que se refieren a «normas imperativas», queda claramente establecido que esta expresión se usa en dos sentidos distintos, adquiriendo características plurisignificantes:
- En los artículos 689 y 1354 es equivalente a los conceptos de orden público y buenas costumbres y, en busca de mayor rigor, debiera utilizarse estos términos y no el de norma imperativa elegida.

- En los artículos 1356 y 2096, la expresión es utilizada para distinguir las normas imperativas de las supletorias de la voluntad y, en tanto ello, es correcto el uso particular que se hace. En estas circunstancias «norma imperativa» adquiere el carácter de clasificador de las normas jurídicas y no el de orden público.
- e) Todos los artículos que mencionan el orden público, salvo el 6 del Código, establecen como consecuencia o bien una prohibición, o bien una sanción que impida la nulidad del acto, la disolución de la institución que lo agravia, o la resolución del contrato (como es el caso del arrendamiento). Sin embargo, hay que notar dos cosas:
- El artículo 6 es el único que permite, por las razones oportunamente señaladas, que un acto contrario al orden público pueda adquirir validez.
 - Tanto en el artículo 6 como en el 13 se presenta el problema de que, inobservada la prohibición, no parece haber sanción posible pues, de un lado, el acto contrario al orden público no podrá ser corregido en la inmensa mayoría de los casos y, por el otro, no se prevé expresamente ninguna sanción distinta (es verdad que pensar, por ejemplo, en alguna indemnización, es difícil en estos dos artículos por la naturaleza de las circunstancias previstas).
- f) El trabajo sobre las normas que contienen estos temas, plantea la necesidad de distinguir entre varias categorías conceptuales. Ellas son:
- norma imperativa
 - norma supletoria
 - normas de orden público
 - norma de derecho público.

Norma imperativa, como ya señalamos en la parte teórica, es aquella cuyo contenido es de ineludible cumplimiento. En este sentido

son las que imponen obligaciones o deberes: asignan atribuciones a funcionarios que deben ser cumplidas forzosamente o imponen sanciones. La norma imperativa se diferencia de las supletorias y de las que otorgan potestades.

Las *normas supletorias* son aquellas que sustituyen la ausencia de voluntad expresa de las partes interesadas y, normalmente, contienen la expresión «... salvo pacto en contrario».

Las normas que otorgan potestades son aquellas que confieren derechos a las personas de derecho privado o atribuciones discrecionales a sujetos de derecho público.

Es de notar que todos estos tipos de normas son de cumplimiento obligatorio, pero su manera de ser obligatoria es distinta porque el supuesto de cada norma es también diferente.

En el caso de las normas imperativas el supuesto contiene un mandato ineludible. En el de las normas supletorias el mandato solo es ineludible cuando se cumple el supuesto de que «no hay pacto en contrario». En las normas que otorgan potestades el supuesto exige que quien detenta la potestad decida positivamente actuar. En otras palabras, la norma imperativa es obligatoria por voluntad directa del legislador. Las demás lo son por expresión (o ausencia de expresión) de voluntad de los interesados o detentadores de los derechos.

Las *normas de orden público* son las mismas que las que denominamos *normas imperativas*, pues no puede hallarse una diferencia sustantiva entre ellas. Es decir, aquí el derecho muestra un fenómeno de sinonimia (no poco frecuente en él) y que consiste en tener dos denominaciones para el mismo fenómeno.

Existen también las *normas de derecho público*, pero para definir las tendríamos primero que ponernos de acuerdo en lo referente a la esencia de este derecho y eso es muy difícil porque, si bien los extremos de la conceptualización sí son claros, existe toda

una extensa zona gris entre el derecho público y el derecho privado para la cual la clasificación no es útil.

Cabe, sin embargo, reconocer que, en materia de clasificación de normas jurídicas, queda aún mucho que hacer: se utiliza nombres muy distintos para los mismos tipos de normas y, en general, la teoría es asistemática porque no se ha puesto de acuerdo en la determinación de las variables de clasificación que deben tomarse como fundamentales.

- g) El estudio de las distintas normas del Código que contienen referencias al orden público nos lleva a sostener como hipótesis interesantes de discutir y probablemente correctas, que el orden público es distinto de la imprudencia y, extensivamente, de otras formas de actuación en las que lo determinante es la actitud subjetiva del sujeto. Esta inferencia puede fundarse en el mandato del inciso 7 del artículo 1681. De asumirse esto, como parece razonable, habría que concluir que al orden público se lo afecta objetivamente, al margen de la intencionalidad o subjetividad del agente que actúa. El orden público sería, así, un concepto de contenido objetivista.

Esta hipótesis es discutible porque supone aislar el significado de una norma concreta y pretender que tiene validez universal, es decir que a partir de ella puede hacerse una inferencia de valor generalizable. Sin embargo, de acuerdo a la fundamentación que oportunamente hicimos al tratar este artículo, nos parece que es una hipótesis consistente.

- h) Un tema importante consiste en comprobar que los criterios de clasificación establecidos en las normas no son siempre consistentes, lo que abona en la dificultad de extraer conclusiones generalizables del tipo de las consignadas en la conclusión f de este capítulo.

Esta inconsistencia se manifiesta claramente en los siguientes dispositivos:

- Artículo 2060, cuando diferencia el orden público del Perú de los asuntos de jurisdicción peruana exclusiva y del abuso del derecho. Esta distinción es inconsistente en materia de jurisdicción exclusiva porque, precisamente, uno de los ejes del orden público es la atribución de funciones jurisdiccionales y especialmente cuando dicha atribución es hecha en exclusividad. En otras palabras, creemos que la jurisdicción peruana exclusiva es parte consustancial del orden público del Perú y que, por consiguiente, el artículo 2060 hace una diferenciación inadecuada en la forma en que está redactado. En lo referente al abuso del derecho como ya se dijo, es obvio que su no amparo en los términos del artículo II del título preliminar del Código Civil forma parte del orden público.
- Lo propio puede decirse de la mayoría de los incisos del artículo 2104, que deben ser incluidos dentro del orden público (particularmente los incisos 1, 3, 4, 5 y 6). Aparece, por tanto, sin mayor consistencia, la distinción entre ellos y lo establecido en el inciso 7 en referencia al orden público y a las buenas costumbres como elementos de valor equivalente a los anteriores.

En realidad, lo correcto sería haber redactado los incisos referentes al orden público (y las buenas costumbres) como géneros en los que pudiera incluir «todas las otras violaciones del orden público no específicamente consideradas en los incisos anteriores».

- i) Otra consecuencia interesante del estudio de las normas es que la concordancia del artículo V del título preliminar del Código Civil con el inciso 8 del artículo 219 permite ver que el artículo V produce nulidad por sí mismo, sin que sea necesario que exista otra norma específica que atribuya nulidad por la violación del orden público o las buenas costumbres, como ya se ha dicho.

j) Finalmente, es importante recalcar lo que ya dijimos a propósito del desarrollo de los artículos 96 y 120: debe ser un principio reconocido, que las nulidades y otras sanciones por imponerse, en aplicación de las normas referentes a la violación del orden público o las buenas costumbres, deben ser evaluadas necesariamente por el magistrado con función jurisdiccional, no por otros funcionarios del aparato del Estado o, peor aún, del ámbito privado.

Y como conclusión general de todo lo tratado en el presente capítulo queremos expresar que, en nuestro criterio, hay dos puntos esenciales:

- El primero es que la referencia al orden público no está hecha particularmente a las leyes o a las normas legislativas, sino al conjunto de elementos que componen los aspectos jurídicos de dicho orden, es decir, normas y principios, y que tampoco se excluye elementos de naturaleza distinta al derecho en su origen, pero con influencia en él. Por consiguiente, es más propio utilizar la expresión «orden público», que otras como «leyes que interesan al orden público», o «normas de orden público» que tienen significados más restringidos. En todo caso, el análisis de las normas del Código demuestra que el codificador ha asumido que esta es la posición correcta en la mayoría absoluta de las normas pertinentes (siete sobre once). Es de lamentar que, precisamente, el artículo V del título preliminar, que contiene el principio general aplicable, se exprese en términos de «leyes que interesan al orden público».
- El segundo, que según vimos en la parte inicial, las buenas costumbres son parte integrante del orden público y que, por consiguiente, su mención expresa en las normas que tratan sobre este tema, se debe entender en vía de especificación. Ello lleva a plantear, en consecuencia, que las buenas costumbres están presentes aún en aquellas normas que, recurriendo al orden público, no las mencionan específicamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel (1958). *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.
- Arias-Schreiber Pezet, Max (1985). Exposición de motivos y comentarios: contratos en general. En Delia Revoredo Marsano (comp.), *Código Civil*. Volumen VI. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada.
- Betti, Emilio (s/f). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Castro y Bravo, Federico de (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- García Amigo, Manuel (1979). *Instituciones de derecho civil I: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas.
- González Hunt, César José (1986). «El orden público en derecho internacional privado peruano» [ejemplar mimeografiado]. Tesis de bachillerato. Lima, PUCP.
- Larenz, Karl (1978). *Derecho civil: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas.
- León Barandiarán, José (1973). *Curso elemental de derecho civil peruano*. Segunda edición. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

- Mazeaud, Henry, Léon Mazeaud & Jean Mazeaud (1960). *Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral*. En *Lecciones de derecho civil* (segunda parte, volumen I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA).
- Puente y Lavalle, Manuel de la & Shoschana Zusman Tinman (1980). De los actos jurídicos. Anteproyecto sustitutorio. En VV.AA., *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Volumen II. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Puig Brutau, José (1981). *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Bosch.
- Revoredo Marsano, Delia (1985). Exposición de motivos y comentarios: derecho internacional privado. En Delia Revoredo Marsano (comp.), *Código Civil*. Volumen VI. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada.
- Ripert, Georges & Jean Boulanger (1964). *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tomo IV, volumen I. Buenos Aires: La Ley.
- Rubio Correa, Marcial (1988). *Título preliminar*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Savigny, Friedrich Karl von (s/f). *Sistema del derecho romano actual*. Volumen III. Segunda edición. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Stolfi, Giuseppe (1959). *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Vidal Ramírez, Fernando (1985). *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cusco.
- Villar Palasi, José Luis & José Luis Villar Ecurra (1982). *Principios de derecho administrativo*. Volumen II. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
agosto 2016 Lima - Perú

Otras publicaciones del Fondo Editorial PUCP

Guerreros civilizadores

Política, sociedad y cultura en Chile durante la Guerra del Pacífico

Carmen Mc Evoy

El Estado en la sombra. El Perú durante la ocupación chilena

Documentos administrativos (diciembre de 1881-julio de 1882)

José Agustín de la Puente Candamo y José de la Puente Brunke, editores

Fuentes documentales para los estudios andinos, 1530-1900

3 vols.

Joanne Pillsbury, editora

Ensayos constructivistas

Susana Frisancho Hidalgo, editora

Santa Rosa de Lima

José Antonio del Busto Duthurburu

¿Error o fraude?

Engaños y equivocaciones en la investigación

psicobiológica infantil

Ernesto Pollitt Burga

Una alucinación consensual

Redes sociales, cultura y socialización en internet

Nelson Manrique Gálvez

Ensayos sobre prueba, argumentación y justicia

Rocío Villanueva, Betzabé Marciani

y Pamela Lastres, editoras

El Perú, las Américas y el mundo 2014-2015

Opinión pública y política exterior

Oscar Vidarte A.

Ese gol existe. Una mirada al Perú a través del fútbol

Aldo Panfichi, editor

Este libro versa sobre el problema de la nulidad y la anulabilidad —que no es otro que el de la invalidez del acto jurídico—, desde una aproximación conceptual antes que exegética y desde un punto de vista práctico. Así, aborda en primer lugar la parte doctrinaria, con referencias marginales a la legislación nacional; luego, sin pretender un estudio detallado de cada artículo, revisa las normas generales de nuestra legislación sobre la materia a fin de que el lector realice una rápida revisión de las disposiciones; finalmente, realiza estudios transversales del Código Civil sobre dos aspectos: las normas de forma del acto como requisito *ad probationem* o *ad solemnitatem* y la aplicación del artículo V del título preliminar.

ISBN: 978-612-4146-40-4

